

Transformation durch Rezeption?

Herausgegeben von
EUGENIA KURZYNSKY-SINGER

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

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

102

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

102

Herausgegeben vom

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

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Transformation durch Rezeption?

Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers
am Beispiel der Zivilrechtsreformen
im Kaukasus und in Zentralasien

Herausgegeben von
Eugenia Kurzynsky-Singer

Mohr Siebeck

Eugenia Kurzynsky-Singer ist wissenschaftliche Referentin und Leiterin des Länderreferats „Russland und andere GUS-Staaten“ am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

Gedruckt mit Förderung der VolkswagenStiftung.

e-ISBN PDF 978-3-16-153320-4

ISBN 978-3-16-153319-8

ISSN 0340-6709 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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

Vorwort

Der Zusammenbruch der Sowjetunion vor etwa zwei Jahrzehnten markierte in allen Nachfolgestaaten den Beginn einer Periode, die mit dem Schlagwort der Transformation bezeichnet wird. Damit wird gemeinhin die Entwicklung der rechtlichen und gesellschaftlichen Sphäre eines Landes weg von staatsorientierten Prinzipien hin zum Zugewinn an marktwirtschaftlichen und privatrechtlichen Strukturen im öffentlichen Leben beschrieben. Eine wesentliche Rolle bei der Transformation der postsowjetischen Rechtsordnungen spielen die Reformen des Zivilrechts, die neben dem Erlass neuer Zivilgesetzbücher eine umfassende Neugestaltung des rechtlichen Rahmens für die nunmehr marktwirtschaftlich orientierte Wirtschaft einschließen.

Im vorliegenden Band, der einem durch die VolkswagenStiftung finanzierten Projekt entstammt, werden die Reformen in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens aus dem Blickwinkel der Entlehnungen aus den westlichen Rechtsordnungen betrachtet. Die Transformationsprozesse im postsowjetischen Rechtsraum bieten insofern eine gute Gelegenheit, die Wirkungsweise der Rechtstransplantate zu studieren, als die durchgeführten Reformen durch eine deutliche Orientierung am westlichen Rechtsdenken geprägt sind.¹

Es ist allerdings zu beachten, dass die Rechtskultur der untersuchten Länder nach wie vor stark durch das sowjetische Rechtsverständnis geprägt ist.² Unabhängig davon, wie stark sich das betreffende Land bei der Entwicklung seiner Zivilrechtsordnung an dem westlichen Recht orientiert, kann daher angenommen werden, dass das jeweilige Zivilrecht aus einem Nebeneinander von transplantierten und vorher vorhandenen Normen und Instituten besteht, wobei deren Verhältnis von Land zu Land stark divergieren kann.³ Bei der Erfassung von *legal transplants* als Phänomen der Transformation ist daher die Wechselwirkung zwischen den Entlehnungen und der rezipierenden Rechtsordnung zu beachten. Die Überwindung der spezifischen sowjetisch geprägten Rechtskultur ist die Vorbedingung der Transformation der betroffenen Rechtsordnungen. Viel wichtiger als die

¹ Siehe hierzu ausführlich *Kurzynsky-Singer*, S. 3 ff., und *Pankevich*, S. 39 ff.

² Hierzu insbesondere *Chanturia*, S. 465 ff.

³ Siehe *Kurzynsky-Singer*, S. 3 ff.

Übernahme einzelner Regelungen und Rechtsinstitute erscheint in diesem Zusammenhang daher der Grenzübertritt der Rechtsideen und Grundsätze, die einer Rechtsordnung eine marktwirtschaftlich orientierte Prägung verleihen.

Um die Dynamik der Entlehnungen in den Transformationsrechtsordnungen zu erfassen, erscheint es daher notwendig, die einzelnen Regelungen im Kontext der gesamten Rechtsordnung zu betrachten, mithin über die Stufe der bloßen Beschreibung der aus den westlichen Rechtsordnungen übernommenen Gesetzesvorschriften hinauszugehen und das Wirken dieser Regelungen innerhalb des Rechtssystems zu überprüfen und im Kontext der Rechtskultur des jeweiligen Landes zu bewerten. Die Verbindung der Beobachterperspektive und der Teilnehmerperspektive in Bezug auf die untersuchte Rechtsordnung erscheint dabei außerordentlich hilfreich. Bei dem im vorliegenden Band dokumentierten Projekt wurde dieser Ansatz in einem hohen Maße verwirklicht.

Das durch die VolkswagenStiftung finanzierte Projekt wurde unter dem Titel „Postgraduierten-Stipendienprogramm: Rechtsvergleichende Studien zum eurasischen Recht“ in den Jahren 2010–2012 am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg durchgeführt. Die Leitung hatten *Professor Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard Univ.)*, Direktor des Instituts, und *Dr. Eugenia Kurzynsky-Singer*, wissenschaftliche Referentin für das Recht Russlands und weiterer GUS-Staaten. Das Stipendienprogramm richtete sich an junge Rechtswissenschaftler aus den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens. Die Teilnehmer des Programms erhielten die Möglichkeit, während eines neunmonatigen Aufenthalts am Institut zu einem selbst gewählten Thema im Bereich des Zivil- oder Wirtschaftsrechts ihres Heimatlandes in rechtsvergleichender Perspektive zu forschen, wobei sie intensiv durch die Mitarbeiter des Referats Russland und weitere GUS-Staaten betreut wurden.⁴

⁴ Anzumerken ist, dass darüber hinaus den Stipendiaten ein Seminarprogramm zum deutschen Recht in russischer Sprache angeboten wurde mit Vorträgen von *Eugenia Kurzynsky-Singer*, *Alexander Shmagin* und *Vladimir Primaczenko*. Siehe im Einzelnen auch die Zwischenberichte über das Projekt auf der Homepage des Instituts unter <www.mpipriv.de/de/pub/forschung/auslaendisches_recht/russland_und_weitere_gus/postgraduierten-stipendienprog.cfm#i49025> (27.11.2013). Inhaltlicher Schwerpunkt war neben den Grundlagen des deutschen Rechts die Vermittlung der deutschen Rechtsmethodik. Diese Förderung sollte den Teilnehmern des Programms als zukünftigen Mittlern zwischen Deutschland und ihrem jeweiligen Heimatland zugute kommen. Durch den Einblick in das rechtliche Denken des Westens wurde es den Stipendiaten ermöglicht, das „westliche“ Rechtsverständnis zu verinnerlichen, um neue Impulse für die Entwicklung der Rechtswissenschaft in ihren jeweiligen Heimatländern in Richtung einer stärker marktwirtschaftlichen und individualrechtlichen Konzeption zu setzen.

Die Abhandlungen der Teilnehmer, die in Teil II des vorliegenden Bandes abgedruckt werden, liefern Einblicke in die Transformationsvorgänge in den jeweiligen Heimatrechtsordnungen. Die intensive Zusammenarbeit zwischen der deutschen Projektseite⁵ und den Teilnehmern des Programms ermöglichte die Berücksichtigung verschiedener Perspektiven bei der Anfertigung der Untersuchungen und sorgte dafür, dass die Fragen der Rechtsvergleichung, insbesondere der Aspekt der Entlehnungen aus den europäischen Rechtsordnungen, in den Vordergrund rückten.

Die durch Stipendiaten vorgenommenen Untersuchungen wurden anschließend einer übergreifenden Analyse unterzogen (siehe Teil I dieses Bandes). *Kurzynsky-Singer* widmet sich in ihrem Beitrag der Wirkungsweise von *legal transplants* bei den Reformen des Zivilrechts, wobei ein Modell zur Beschreibung und Antizipierung dieser Wirkung vorgestellt wird. Diese Untersuchung wird durch drei weitere Arbeiten ergänzt. *Dr. Natalia Pankevich* (Institut für Philosophie und Recht der Russischen Akademie der Wissenschaften, Jekaterinburg) stellt das Phänomen der *legal transplants* in den soziologischen Kontext, indem sie das Gesellschaftsmodell der Länder der Region untersucht. *Walter Grenz* beschreibt in seinem Beitrag die Zivilrechtsentwicklung im Kaukasus und in Zentralasien, um die rechtskulturelle Determinierung der untersuchten Rechtsordnungen zu verdeutlichen. Schließlich zeigt *Kurzynsky-Singer* am Beispiel der Gesetzesumgehung im deutschen Recht, wie ein potentiell *legal transplant* durch das Gesamtgefüge seiner ursprünglichen Rechtsordnung vorgeprägt sein kann und wie dies im Falle der Rezeption zu beachten ist.

Um die Ergebnisse des Programms zu diskutieren, veranstaltete das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht gemeinsam mit der Staatlichen Iwane-Dschawachischwili-Universität Tiflis (Georgien) im Rahmen des Projekts am 18./19. Oktober 2012 in Tiflis eine internationale Konferenz mit dem Titel „Entwicklung des Privatrechts im Kaukasus und in Zentralasien. Transformation mittels *legal transplants*?“. Die Beiträge der Projektteilnehmer, die ihre Forschungsergebnisse präsentierten, wurden eingerahmt durch Vorträge von prominenten Rechtswissenschaftlern aus Deutschland, dem Kaukasus und Zentralasien, die Einblicke in den Vorgang der Rechtstransformation im postsowjetischen Raum boten. In Teil III dieses Buchs werden drei dieser Vorträge vollständig abgedruckt, weitere Vorträge sind im Rahmen eines ausführlichen Konferenzberichts zusammengefasst.

Eugenia Kurzynsky-Singer

⁵ Die inhaltliche Betreuung der Untersuchungen gewährleisteten neben *Eugenia Kurzynsky-Singer* auch die Projektassistenten *Alexander Shmagin* und *Walter Grenz*. Eine besonders intensive Unterstützung erhielt bei ihrer Arbeit *Zhannat Dosmanova*.

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XI

Teil I : Das Phänomen der *legal transplants*

Eugenia Kurzynsky-Singer

Wirkungsweise der <i>legal transplants</i> bei den Reformen des Zivilrechts	3
--	---

Natalia Pankevich

Phenomena of Legal Transplants Related to the Social Model of the Post-Soviet Countries	39
--	----

Walter Grenz

Zivilrechtsentwicklung im Kaukasus und in Zentralasien	65
--	----

Eugenia Kurzynsky-Singer

Das Verbot der Gesetzesumgehung im deutschen Recht als ein potentiell <i>legal transplant</i>	89
--	----

Teil II : *Legal transplants* als *law in action*.

Untersuchungen zu einzelnen Fragen des Zivil- und Wirtschaftsrechts
in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens

Eugenia Kurzynsky-Singer und *Tamar Zarandia*

Rezeption des deutschen Sachenrechts in Georgien	107
--	-----

Giorgi Tsertsvadze

The New Georgian Arbitration Law in Practice	139
--	-----

Ketevan Giorgishvili

Das georgische Verbraucherrecht 219

Giorgi Vashakidze

Kodifikation des Internationalen Privatrechts in Georgien 289

Irina Pak

The “Point of Confusion” in the Uzbek Trade Marks Act 1994 331

Iroda Djuraeva

Personal Non-property Rights of Minors in Uzbekistan 361

Zhannat Dosmanova

Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen
nach dem Recht der Republik Kasachstan 395

Teil III : Materialien der Konferenz

„Entwicklung des Privatrechts im Kaukasus und in Zentralasien.
Transformation mittels *legal transplants*?“

Jürgen Basedow

Georgien und die Europäisierung des Privatrechts 457

Lado Chanturia

Die Entwicklungstendenzen im Zivilrecht der Länder
des Kaukasus und Zentralasiens 465

Elchin Usub

Entwicklung des Zivilrechts Aserbaidschans 477

Walter Grenz und Alexander Shmagin

Konferenzbericht

„Entwicklung des Privatrechts im Kaukasus und in Zentralasien.
Transformation mittels *legal transplants*?“

am 18. und 19. Oktober 2012 in Tiflis, Georgien 487

Autorenverzeichnis 507

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Am. J. Comp.L.	American Journal of Comparative Law
APK	Administrativnyj processual'nyj kodeks [Verwaltungsprozessgesetzbuch]
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
ASSR	Autonome Sozialistische Sowjetrepublik
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberlandesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BSK	Basler Kommentar
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CCP RUz	Code of Civil Procedure of the Republic of Uzbekistan
CIS	Commonwealth of Independent States
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf
CJEC	Court of Justice of the European Communities
CJEU	Court of Justice of the European Union
CMR	Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr
CUECIC	United Nations Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts
DAI	direkte ausländische Investitionen
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
E.T.M.R.	European Trade Mark Reports
ECHR	European Convention on Human Rights
ECJ	European Court of Justice
ECR	European Court Reports
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche

EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EVÜ	Europäisches Schuldvertragsübereinkommen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
F.S.R.	Fleet Street Reports
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht
FAS	Federal'nyi Arbitražnyj Sud [Föderales Wirtschaftsgericht]
FC RUz	Family Code of the Republic of Uzbekistan
FWVG	Gesetz über den freien Handel und den Wettbewerb
Foro It.	Il foro italiano
GEL	Georgischer Lari (Währung)
GG	Grundgesetz
GIZ	Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit
GLR	Georgian Law Review (K'art'uli samart'lis mimoxilva)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GS	Gesetzessammlung
GTZ	Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit
GUS	Gemeinschaft Unabhängiger Staaten
GVerf	Verfassung von Georgien
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HWBEuP	Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts
I.C.C.L.R.	International Company and Commercial Law Review
ICC	International Chamber of Commerce
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IDEA	Intellectual Property Law Review
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
Int'l. & Comp. L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	Gesetz zum Internationalen Privatrecht
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
J. Intell. Prop. L.	Journal of Intellectual Property Law
J.L.& Econ.	Journal of Law and Economics
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jurist (Kas.)	Jurist (Rechtszeitschrift, Republik Kasachstan)
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung

kas. SteuerGB	Steuergesetzbuch der Republik Kasachstan
kas. UGB	Umweltgesetzbuch der Republik Kasachstan
KPA	Kooperations- und Partnerschaftsabkommen
KPdSU	Kommunistische Partei der Sowjetunion
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MGIMO	Moskovskij Gosudarstvennyj Institut Meždunarodnych otnošenij [Moskauer Institut für Internationale Beziehungen]
MinKo	Minsker Konvention
MJECL	Maastricht Journal of European and Comparative Law
ML	UNCITRAL Model Law
MLR	Modern Law Review
n.F.	neue Fassung
NAG	georgisches Gesetz über die Normativakte
NEP	Neue Ökonomische Politik
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report
NYC	New York Convention
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OGG	Oberstes Gericht Georgiens
OJ	Official Journal
OLG	Oberlandesgericht
OON	Organizacija Ob’’edinënych Nacij [Organisation der Vereinten Nationen]
Pat.&T.M. Rev.	Patent and Trademark Review
PSA	Production Sharing Agreements
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums
RA	Republik Aserbaidshan
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBÜ	Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst
Rec. d. Cours	Recueil des Cours
RF	Russische Föderation
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RK	Republik Kasachstan
ROW	Recht in Ost und West
RPC	Reports of patent, design and trade mark cases
RSFSR	Russische Sozialistische Föderative Sowjetrepublik
RUz	Republic of Uzbekistan
RW	Rechtswissenschaft – Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung

XIV

Abkürzungsverzeichnis

SAPP	Sobranie aktov Prezidenta Respubliki Kazachstan i Pravitel'stva Respubliki Kazachstan [Sammlung der Rechtsakte des Präsidenten der Republik Kasachstan und der Regierung der Republik Kasachstan]
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
Slg.	Sammlung der Entscheidungen des EuGH
SSR	Sozialistische Sowjetrepublik
StGB	Strafgesetzbuch
TM Rep	Trademark Reporter
TMA	Trade Marks Act
TPP	Torgovo-Promyšlennaja Palata [Industrie- und Handelskammer]
TSFSR	Transkaukaische Sozialistische Föderative Sowjetrepublik
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
USD	US-Dollar
UzCMF	Uzbek Code on Marriage and Family
UzSSR	Uzbek Soviet Socialist Republic
UzTMA	Uzbek Trade Marks Act
VAS	Vysšij Arbitražnyi Sud [Oberstes Wirtschaftsgericht]
Verf.	Verfassung
Vestnik VAS	Vestnik Vysšego Arbitražnogo Suda RF [Mitteilungsblatt des Obersten Wirtschaftsgerichts der RF]
VG	Versicherungsgesetz
VS	Verchovnyj Sovet [Oberster Rat]
WGO-MfOR	WGO-Monatshefte für Osteuropäisches Recht
WIPO	World Intellectual Property Organization
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa
WPO	Wirtschaftsprozessordnung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGS	Zeitschrift für das Gesamte Schuldrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRK	Zakon Respubliki Kazachstan [Gesetz der Republik Kasachstan]
ZRU	Zakon Respubliki Uzbekistan [Gesetz der Republik Usbekistan]
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Teil I

Das Phänomen der *legal transplants*

Wirkungsweise der *legal transplants* bei den Reformen des Zivilrechts

EUGENIA KURZYNSKY-SINGER

I. Einleitung	4
1. Phänomen der <i>legal transplants</i>	4
2. Ansatz zur theoretischen Erfassung der Rezeptionsvorgänge	5
II. Transplantate in dem Gesamtgefüge der Rechtsordnungen im Kaukasus und in Zentralasien	7
1. Überblick über die Entwicklung des Zivilrechts im Kaukasus und in Zentralasien.....	7
2. Orientierung am ausländischen Recht	8
3. Beibehaltung eines gemeinsamen zivilrechtlichen Referenzrahmens in der GUS	9
4. Wiederbesinnung auf die vorrevolutionären Traditionen?	10
5. Konkurrenz und Zusammenspiel der Reformmodelle	11
III. Konflikt zwischen der rezipierenden Rechtsordnung und der transplantierten Norm	13
1. Problemaufriss	13
2. Beispiel der Abgrenzung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht	15
a) Grundsätzliche Unterscheidung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht	15
b) Inhaltliche Unterschiede zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht	16
aa) Die Konzeption des deutschen Rechts	16
bb) Konzeption der Ausgestaltung staatlicher Machtbefugnisse im postsowjetischen Raum	17
cc) Funktion des Privatrechts und Ausgestaltung des Rechtsschutzes	20
c) Folgen der konzeptionellen Unterscheidung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht	22
aa) Bedeutung der Abgrenzung: Legitimität einzelner Regelungen	22
bb) Möglichkeiten der Übernahme deutscher Konzepte	23
3. Intensität des Konflikts zwischen dem <i>legal transplant</i> und der rezipierenden Rechtsordnung	24
a) Rechtsordnung als ein Spiegelbild des gesellschaftlichen Wertesystems	24
b) Konflikt der Wertentscheidungen im Einzelfall	25
aa) Vorüberlegung	25
bb) Beispiel aus dem usbekischen Familienrecht	26
cc) Beispiel aus dem usbekischen Markenrecht	27
c) Wertneutrale Normen und <i>tabula rasa</i> -Effekt	28
aa) Vorüberlegung	28
bb) Beispiel des georgischen Schiedsverfahrens	29
cc) Beispiel des georgischen Verbraucherrechts	30
dd) Beispiel des georgischen IPR	31
d) Umfassende Entlehnungen	31

IV. Abschließende Überlegungen zu den Erfolgsaussichten eines Rezeptionsvorgangs	33
1. <i>Legal transplants</i> als Mittel der Rechtsangleichung und Vereinheitlichung des Rechts	33
2. <i>Legal transplants</i> als Reforminstrument in einer Transformationsrechtsordnung	34
3. <i>Ex ante</i> -Analyse der Wirkungen eines <i>legal transplant</i>	36

I. Einleitung

1. *Phänomen der legal transplants*

Es scheint außer Frage zu stehen, dass die meisten Rechtsordnungen im Laufe ihrer Geschichte auf eine vielfältige Art und Weise Ideen, Rechtsinstitute, Regelungskomplexe oder auch einzelne Normen aus anderen Rechtsordnungen entlehnt haben.¹ Die Gründe für eine transnationale Zirkulation der Ideen können sehr unterschiedlich sein. Der Export eigenen Rechts in andere Länder kann der Kolonialpolitik geschuldet gewesen sein² oder einen bewussten wie unbewussten Bestandteil der Rechtshilfe und internationaler Zusammenarbeit bilden.³ Die Übernahme fremder Regelungen kann von dem Wunsch des Gesetzgebers getragen sein, hierdurch in gewissem Sinne auch die fremde Rechtswirklichkeit zu importieren oder schlicht die für die Entwicklung eigener Regelungen notwendigen Ressourcen einzusparen.⁴ Auch wenn die Erfolgsgeschichte einzelner Entlehnungen an dieser Stelle dahingestellt bleiben kann, so ist jedenfalls festzustellen, dass eine generelle Frage, ob Rechtstransplantate überhaupt möglich sind,⁵ für sich genommen nicht weiterführt. Interessant ist in diesem

¹ Vgl. ausführlich verschiedene Länderberichte in: Sánchez Cordero (Hrsg.), *Legal culture and legal transplants* (Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law, electronic Edition), Washington, D.C. 2010; *Rehm*, Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und -transformation, *RabelsZ* 72 (2008), S. 1, 5 ff.; *Knieper*, Rechtsimperialismus?, in: *Rechtsreformen entlang der Seidenstraße*, Berlin 2006 (im Weiteren: *Seidenstraße*), S. 57, 62 f.; *Watson*, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2. Aufl., Athen und London 1993, S. 31 ff.; *Fleischer*, *Legal Transplants im deutschen Aktienrecht*, *NZG* 2004, S. 1129 ff.; *Graziadei*, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2007, S. 444 ff.

² *Allott*, *The Limits of Law*, London 1980, S. 161 ff.

³ *Knieper*, *Rechtsimperialismus?*, in: *Seidenstraße*, oben Fn. 1, S. 62.

⁴ Hierzu ausführlich der Beitrag von *Pankevich* in diesem Band S. 39 ff., 56. Interessant in diesem Zusammenhang ist auch das Beispiel von der Übernahme des schweizerischen ZGB in der Türkei; siehe ausführlich zu Ursachen und Gründen: *Hirsch*, *Rezeption als sozialer Prozess*, Berlin 1981, S. 29.

⁵ Dies wird angezweifelt von *Legrand*, *The Impossibility of "Legal Transplants"*, *MJEC* 4 (1997), S. 111, 116.

Zusammenhang viel mehr, wie ein Rezeptionsvorgang im Einzelnen abläuft, insbesondere wie weit die Übernahme eines fremden Rechtsinstituts durch eine Rechtsordnung gehen kann. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass durchaus ein gewaltiger Unterschied bestehen kann zwischen dem, was laut gesetzgeberischem Akt rezipiert werden soll, und demjenigen, was im Laufe eines über Jahre und Jahrzehnte sich erstreckenden sozialen Prozesses durch Normverwirklichung faktisch übernommen und in die Rechtsanwendung inkorporiert wird.⁶ Eine weitere Frage, die sich im Zusammenhang mit dem Rechtsphänomen der *legal transplants* speziell in Bezug auf die Transformationsländer stellt, ist, inwiefern Rechtsentlehnungen als Reformmittel erfolversprechend eingesetzt werden können.

Bei dieser Fragestellung erscheint es sinnvoll den Begriff des Rechtstransplantats weit zu fassen. Umfasst werden sollen zum einen nicht nur einzelne Rechtsnormen, sondern auch komplexe Regelungswerke. Zum anderen sollen auch Rechtsgrundsätze und Rechtsgedanken unter den Begriff *legal transplants* fallen können. Das Vorliegen eines Rechtstransplantats ist damit aus der Perspektive des rezipierenden Landes anhand der Frage zu bestimmen, ob das jeweilige Rechtsinstitut bzw. die ihm zugrunde liegende Rechtsidee einer anderen Rechtsordnung entstammt.

2. Ansatz zur theoretischen Erfassung der Rezeptionsvorgänge

Zu dem Phänomen *legal transplants* gibt es sehr vielfältige Literatur.⁷ Der überwiegend vertretene Ansatz, dem auch vorliegend im Wesentlichen gefolgt werden soll, besteht darin, die Entlehnungen in dem Gesamtgefüge der ursprünglichen wie der rezipierenden Rechtsordnung zu betrachten. Hervorgehoben wird dabei, dass das Recht als eine kognitive Institution aufzufassen ist, in der einzelne Regeln keinesfalls frei und unabhängig voneinander stehen, sondern in ein Gesamtsystem eingebettet sind, das von den lokalen Rechtsanwendern verstanden und akzeptiert werden muss, um Wirkungen zu entfalten.⁸ Damit führt eine rezipierte rechtliche Regelung ohne Verständnis für die Kultur, aus der sie stammt, nicht unbedingt zu den gleichen Interpretationsergebnissen, die sie in ihrer ursprünglichen

⁶ Hirsch, oben Fn. 4, S. 15.

⁷ Ein Überblick bei Graziadei, oben Fn. 1, S. 723, 726 ff., sowie weitere Nachweise bei Rehm, oben Fn. 1, S. 1 ff.

⁸ Pistor, The Standardization of Law and its Effect on Developing Economies, Am.J. Comp.L 50 (2002), S. 97; Berkowitz/Pistor/Richard, The Transplant Effect, Am.J.Comp. L 51 (2003), S. 163; Knieper, Möglichkeit und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht, RabelsZ 72 (2008), S. 88. Zur älteren Auffassung, wonach die ganze Geschichte des Rechts größtenteils eine Geschichte der Entlehnungen der Rechtsgedanken aus anderen Rechtssystemen und deren Assimilierung sei, vgl. Watson, oben Fn. 1, m.w.N.

Rechtsordnung indizierte.⁹ Bei der Implementierung eines entlehnten Rechtsinstituts in einer Rechtsordnung erhält die entlehnte Norm nicht selten einen neuen Inhalt, auf den nicht nur die Rechtskultur, in der sie rezipiert wird, sondern auch der gesellschaftliche Diskurs Einfluss nehmen kann.¹⁰

Die Grundannahme des vorliegenden Beitrags bildet die Vorstellung, dass jeder transplantierten Vorschrift, jedem transplantierten Rechtsinstitut, jeder transplantierten Rechtsidee eine durch die ursprüngliche Rechtsordnung bedingte Prägung anhaftet. Diese Prägung kann in Widerspruch zu der rezipierenden Rechtsordnung treten, so dass das Rechtstransplantat in diesem Fall in einen Konflikt mit der rezipierenden Rechtsordnung gerät. Dieses Phänomen wurde bereits von *Teubner* am Beispiel der Einführung des Instituts von Treu und Glauben in das englische Recht beschrieben.¹¹ Zu berücksichtigen ist aber, dass bei den Transformationsrechtsordnungen, zu denen die vorliegend untersuchten Staaten des Kaukasus und Zentralasiens gehören, der Konflikt zwischen den rezipierten Rechtsinstituten und der rezipierenden Rechtsordnung insofern auf einer viel tieferen Ebene stattfindet, als er die Grundlagen der gesellschaftlichen Ordnung betrifft.¹² Es wird die These vertreten, dass eine differenzierte Betrachtung des Konflikts zwischen den rezipierten Regelungen und der rezipierenden Rechtsordnung den Schlüssel zum Verständnis des Rezeptionsvorgangs im Einzelfall darstellt.

Diese Annahme zwingt dazu, bei der Betrachtung der Rezeptionsvorgänge zunächst ein besonderes Augenmerk auf die rezipierenden Rechtsordnungen zu richten. Eine ausführliche Darstellung der Zivilrechtsentwicklung in den Staaten Zentralasiens und des Kaukasus ist anderen Beiträgen dieses Bandes vorbehalten.¹³ Im folgenden Abschnitt II dieser Untersuchung sollen lediglich einige Eckpunkte zusammengefasst werden. Im Abschnitt III werden verschiedene Konstellationen eines Konfliktes zwischen der rezipierenden Rechtsordnung und einem *legal transplant* eingehend untersucht. Abschnitt IV enthält abschließende Überlegungen zu den Erfolgsaussichten eines Rezeptionsvorgangs.

⁹ *Legrand*, oben Fn. 5, S. 111 ff.

¹⁰ *Teubner*, *Legal Irritants, Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, MLR 61 (1998), S. 11, 17 f.

¹¹ *Teubner*, ebd., S. 11–32.

¹² *Kurzynsky-Singer/Pankevich*, *Freiheitliche Dispositionsmaxime und sowjetischer Paternalismus im russischen Zivilprozessrecht: Wechselwirkung verschiedener Bestandteile einer Transformationsrechtsordnung*, ZEuP 2012, S. 7 ff.

¹³ Siehe vor allem die Beiträge von *Grenz* (S. 65 ff.), *Chanturia* (S. 465 ff.) und *Usub* (S. 477 ff.); zum gesellschaftlichen Modell der ehemaligen Sowjetrepubliken siehe den Beitrag von *Pankevich* (S. 39 ff., 47 ff.).

II. Transplantate in dem Gesamtgefüge der Rechtsordnungen im Kaukasus und in Zentralasien

1. Überblick über die Entwicklung des Zivilrechts im Kaukasus und in Zentralasien

Festzuhalten ist zunächst, dass die ursprünglich überwiegend gewohnheitsrechtlich geprägten Rechtsordnungen des Kaukasus und Zentralasiens¹⁴ spätestens seit dem 19. Jahrhundert einer erzwungenen Russifizierung unterlagen,¹⁵ die ihren Höhepunkt in der Sowjetzeit gefunden hat.¹⁶ Dies führte zu einer nachhaltigen Zerstörung der vorhandenen Rechtskultur und ihrer weitestgehenden Ersetzung durch das russisch-sowjetisch geprägte Recht, wenn auch einige gewohnheitsrechtliche Elemente in der Verborgenheit der Illegalität zum Teil erhalten blieben.¹⁷

Die Ende 1991 aufgelöste Sowjetunion hinterließ damit ihren Nachfolgestaaten ein widersprüchliches Erbe. Die erlangte staatliche Unabhängigkeit löste in den postsowjetischen Staaten eine Suche nach einer neuen nationalen Identität aus, die oftmals zu der Distanzierung gegenüber der gemeinsamen Vergangenheit im Rahmen der Sowjetunion und der daraus folgenden Befürchtung einer erneuten Hegemonie Russlands führte.¹⁸ Andererseits machten die vielfältigen Bindungen wirtschaftlicher, persönlicher und kultureller Natur, die nach dem Untergang der Sowjetunion über die neu gezogenen Landesgrenzen hinaus fortbestanden, einen kompletten Bruch zwischen den neu gegründeten Staaten weder möglich noch wünschenswert. Dieses Spannungsverhältnis zwischen der Desintegration, Reintegration und Neuintegration prägte und prägt den postsowjetischen

¹⁴ Geiß, Rechtskultur und politische Reformen in Zentralasien, in: Boulanger (Hrsg.), *Recht in der Transformation*, Berlin 2002, S. 152 (im Weiteren: *Rechtskultur, Recht*); Babič, *Gewohnheitsrecht im nordwestlichen und zentralen Kaukasus*, in: Kemper/Reinkowski (Hrsg.), *Rechtspluralismus in der islamischen Welt*, Berlin und New York 2005, S. 255 ff., 257; Kenžaliev, *Das kasachische Gewohnheitsrecht in sowjetischer und postsowjetischer Zeit*, in: ebd., S. 331 ff. Siehe ausführlich den Beitrag von Grenz in diesem Band S. 65 ff.

¹⁵ Anzumerken ist allerdings, dass die zaristischen Kolonialbehörden um eine begrenzte Integration von lokalen Rechtstraditionen durchaus bemüht waren, Geiß, *Rechtskultur, Recht*, vorige Fn., S. 159; ausführlich hierzu Auch, *Adat – Šarī'a – Zakon. Zur Implementierung russischen Rechts in Kaukasien*, *Rechtstheorie* 35 (2004), S. 289–321.

¹⁶ Geiß, *Andere Wege in die Moderne – Recht und Verwaltung in Zentralasien, Osteuropa* 2007, Heft 8–9, S. 157 ff. Siehe ausführlich den Beitrag von Grenz in diesem Band S. 65 ff., 71 ff.

¹⁷ Geiß, *Rechtskultur, Recht*, oben Fn. 14, S. 160 ff.; Kenžaliev, oben Fn. 14, S. 339.

¹⁸ Siehe ausführlich in diesem Band Pankevich, die diese Entwicklung in die globalen Entkolonialisierungsprozesse einordnet (S. 39 ff., 50 f.).

Raum in einem hohen Maße.¹⁹ Dementsprechend verlaufen auch die Reformen des Zivilrechts keinesfalls geradlinig und sind von den konkurrierenden Entwicklungstendenzen geprägt.

2. Orientierung am ausländischen Recht

Die Bekenntnis zur Marktwirtschaft in den Verfassungen der meisten Länder Zentralasiens und des Kaukasus²⁰ legte es nahe, sich bei den Reformen des Zivilrechts an den bestehenden Kodifikationen der westlichen Länder zu orientieren, was zusätzlich durch die zahlreichen ausländischen Beratungsprojekte unterstützt wurde.²¹ Besonders deutlich kam diese Vorgehensweise in Georgien und Turkmenistan zum Vorschein, wo die Zivilgesetzbücher sich deutlich am deutschen BGB orientieren.²² In Georgien gilt die Angleichung an das Recht der Europäischen Union sogar als Rechtsentwicklungsprogramm.²³ Aber auch in anderen Staaten des post-sowjetischen Rechtsraums sind die Bestrebungen, die Zivilrechtsordnungen zu europäisieren, sichtbar. Zum einen sind sie durch die Partnerschaftsabkommen mit der EU zu einer Annäherung ihrer Rechtsordnungen an das europäische Recht in einzelnen Bereichen verpflichtet.²⁴ Zum anderen erfolgt die Übernahme einzelner rechtlicher Standards aus dem euro-

¹⁹ Kurzynsky-Singer, Gemeinschaft Unabhängiger Staaten, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. 1, Tübingen 2009, S. 669 (im Weiteren: HWBEuP).

²⁰ Art. 1 Abs. 2 Verf. Kasachstan; Art. 12 Verf. Tadschikistan; Art. 53 Abs. 1 Verf. Usbekistan; Art. 15 Abs. 1, 2 Verf. Aserbaidschan; Art. 8 Abs. 1, 2 Verf. Armenien.

²¹ Siehe z.B. zu der Rechtsberatung durch die GTZ (jetzt GIZ): Dieke, Die Tätigkeit der Deutschen Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), in: Boguslavskij/Knieper (Hrsg.), Wege zu neuem Recht, Berlin 1998 (im Weiteren: Wege zu neuem Recht), S. 256; sowie weitere Beiträge zur westlichen Rechtsberatung in der GUS im selben Band, S. 259–311. Zur Konkurrenz zwischen verschiedenen Beratungsansätzen siehe *Chanturia*, Recht und Transformation, RabelsZ 72 (2008), S. 114, 116 ff.

²² *Chanturia*, Das neue Zivilgesetzbuch Georgiens: Verhältnis zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Basedow/Drobnig/Ellger/Hopt/Kötz/Kulms/Mestmäcker (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, Tübingen 2001, S. 896; *ders.*, Die Europäisierung des georgischen Rechts – bloßer Wunsch oder große Herausforderung? RabelsZ 74 (2010), S. 155; *Knieper*, Das neue turkmenische Zivilgesetzbuch im Überblick, WiRO 2000, S. 53.

²³ Siehe z.B. zum Verbraucherrecht den Beitrag von *Giorgishvili* in diesem Band S. 219 ff.

²⁴ Siehe z.B. Art. 43 Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States and the Republic of Kazakhstan, OJ 28.7.1999 L 196/3; Art. 42 Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States and the Republic of Uzbekistan, OJ 31.8.1999 L 229/3; Art. 43 Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States and the Republic of Armenia, OJ 9.9.1999 L 239/3; Art. 43 Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States and the Republic of Azerbaijan, OJ 17.9.1999 L 246/3.

päischen Recht durch Implementierung von internationalen Verträgen in das Heimatrecht, wie es z.B. in dem Beitrag von *Djuraeva* geschildert wird.²⁵

3. Beibehaltung eines gemeinsamen zivilrechtlichen Referenzrahmens in der GUS

Ein weiteres Modell für die Reformen des Zivilrechts in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens basiert auf dem Wunsch, einen gemeinsamen Rechtsraum im Rahmen der GUS zu erhalten, was zu deren ursprünglichen Zielen gehörte und insbesondere durch die Gründung der Interparlamentarischen Versammlung bekräftigt war.²⁶ Das bedeutendste Modellgesetz, das von der Interparlamentarischen Versammlung erlassen wurde, ist das Modellzivilgesetzbuch. Es beeinflusste stark die Zivilgesetzbücher von Armenien, Aserbaidschan, Kasachstan, Kirgisistan, Russland, Tadschikistan und Usbekistan²⁷ und stellte damit eine Art gemeinsamen Referenzrahmen für das Zivilrecht dieser Staaten dar.

Dieses Modell der Weiterentwicklung implizierte, dass an das in der Sowjetzeit vorhandene Zivilrecht angeknüpft und dieses an die Bedürfnisse der modernen Marktwirtschaft angepasst werden sollte. Solche Rechtsnormen, die als nicht ideologisch beeinflusst angesehen wurden, fanden dabei Eingang in das Modellzivilgesetzbuch. Eine solche Weiterentwicklung des vorhandenen Zivilrechts war insofern möglich, als die privatrechtliche Tradition während der Sowjetzeit nicht völlig abgebrochen war. 1922 wurde im Zuge der neuen ökonomischen Politik (NEP) das Zivilgesetzbuch der Russischen Sowjetischen Föderativen Republik (RSFSR), das zu einem nicht unerheblichen Teil auf einem vorrevolutionären Entwurf beruhte, ausgearbeitet und in Kraft gesetzt. Auch das nachfolgende Zivilgesetzbuch der RSFSR (ZGB RSFSR) von 1964 setzte diese Kontinuität fort, indem es wiederum viele Vorschriften seines Vorläufers aus dem Jahr 1922 übernahm. Damit enthielten beide Zivilgesetzbücher der RSFSR trotz

²⁵ In diesem Band S. 361 ff.

²⁶ Die Interparlamentarische Versammlung hat im Wesentlichen beratende Tätigkeit, die die Harmonisierung der Gesetzgebung in den GUS-Staaten fördern soll. Insbesondere ist sie befugt, gem. Art. 4 Punkt g der „Konvention über die Interparlamentarische Versammlung der GUS-Teilnehmerstaaten“ vom 26.5.1995 Modellgesetze und Modellgesetzbücher zu verabschieden, die an die Parlamente der teilnehmenden Staaten weitergeleitet werden.

²⁷ Siehe den Beitrag von *Chanturia* in diesem Band S. 465 ff.; *Medvedev*, *Graždan-skij kodeks Rossii – ego rol' v razvitii rynočnoj ekonomiki i sozdanii pravovogo gosudarstva* [Das Zivilgesetzbuch Russlands – seine Rolle bei der Entwicklung der Marktwirtschaft und der Erschaffung eines Rechtsstaates], *Vestnik Vyššego Arbitražnogo Suda RF* [Mitteilungsblatt des Obersten Wirtschaftsgerichts der RF] (im Weiteren: *Vestnik VAS*) 2007, Nr. 7, S. 5, 14.

einer überdeutlichen ideologischen Ausrichtung einen Kern bürgerlich-rechtlicher Vorschriften.²⁸

Die erzwungene Russifizierung des Zivilrechts der ehemaligen Sowjetrepubliken hatte damit zur Folge, dass indirekt auch an die Tradition des europäischen Zivilrechts angeknüpft wurde. Auf diese Weise bestehen historische Verbindungslinien der Rechtsordnungen Zentralasiens und des Kaukasus mit dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis.²⁹

Allerdings ist es wichtig zu beachten, dass diese europäischen Zivilrechtsgrundlagen nicht in ihrer ursprünglichen Form erhalten geblieben sind, da sie vielfach durch ideologische Konstruktionen des sowjetischen Rechtsdenkens belastet wurden. Der Oktoberrevolution folgte eine Instrumentalisierung des Zivilrechts für die Zwecke der kommunistischen Ideologie. In dieser Zeit war das Zivilrecht seiner Funktion als Mittel der Konfliktlösung zwischen privatrechtlichen Subjekten beraubt und diente vor allem als Kontroll- und Regulierungsmechanismus.³⁰ Die Rechtsordnungen der GUS-Länder waren über Jahrhunderte durch eine autoritäre Herrschaft und ein kollektivistisches Gesellschaftsmodell geprägt, was eine entsprechende rechtskulturelle Determinierung³¹ hinterließ und worauf unten noch einzugehen sein wird.

4. Wiederbesinnung auf die vorrevolutionären Traditionen?

Das Erlangen der Eigenstaatlichkeit infolge des Zusammenbruchs der Sowjetunion machte auch das Wiederbeleben früherer gewohnheitsrechtlicher Institute möglich. In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass – im Unterschied zur zaristischen Kolonialpolitik, die noch versuchte, lokale Rechtssysteme ins Justizsystem des Zarenreichs zu integrieren – die Sowjetisierung Zentralasiens mit dem Niedergang lokaler Rechtskultur einherging.³² Das (Wieder)Einführen einzelner gewohnheitsrechtlich oder islamisch geprägter Rechtsinstitute im Recht Zentralasiens scheint von keiner systemrelevanten Bedeutung zu sein. So wurden in die

²⁸ *Makovskij*, Einige Einschätzungen der Hilfe bei der Ausarbeitung der Gesetzgebung und des Standes der internationalen Zusammenarbeit, in: *Wege zu neuem Recht*, oben Fn. 21, S. 339 ff.

²⁹ *Knieper*, Anmerkungen zu den Kodifikationen des Zivilrechts in den Übergangsgesellschaften, in: *Seidenstraße*, oben Fn. 1, S. 100.

³⁰ Siehe ausführlicher *Kurzynsky-Singer*, *Russisches Zivilgesetzbuch*, HWBEuP, oben Fn. 19, Bd. 2, S. 1326.

³¹ Zu der Kontinuität der Rechtskultur siehe *Nussberger*, Die Frage nach dem tertium comparationis. Zu den Schwierigkeiten einer rechtsvergleichenden Analyse des russischen Rechts, ROW 1998, S. 81, 83; *Heller*, Dominante Prägung der Rechtskultur in Russland: der Blick eines Historikers, in: *Luchterhandt* (Hrsg.), *Rechtskultur in Russland: Tradition und Wandel*, Berlin 2011, S. 37 ff.

³² *Geiß*, *Rechtskultur, Recht*, oben Fn. 14, S. 161.

Kompetenz der neu eingeführten *Biy-* und *Aksakal*-Gerichte in dörflichen Gegenden Kasachstans,³³ bzw. der *Mahalla*-Büros in Usbekistan³⁴ und der *Aksakal*-Gerichte in Kirgisistan,³⁵ lediglich Rechtsstreitigkeiten von geringer gesellschaftlicher Relevanz übertragen.³⁶ Das in Kasachstan ermöglichte islamische Bankwesen³⁷ diene dem Anlocken von Investoren sowie der Diversifizierung der Dienstleistungen im Finanzsektor³⁸ und scheint mehr die Erschließung neuer Märkte zu fördern als dem in der kasachischen Gesellschaft verankerten Wertesystem zu entspringen. Bezeichnend ist etwa, dass *Djuraeva* im Bereich des Eltern-Kind-Verhältnisses nur ein einziges dem Gewohnheitsrecht entstammendes Element festgestellt hat, nämlich die Möglichkeit, für das Kind in Abweichung von der allgemeinen Regel einen Nachnamen festzulegen, der auf der Grundlage der Tradition bestimmt wird.³⁹

5. Konkurrenz und Zusammenspiel der Reformmodelle

Damit kann festgehalten werden, dass die Zivilrechtsreformen in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens im Grunde durch zwei konkurrierende Reformmodelle dominiert werden. Das erste Modell sieht eine Rezeption der westlichen Regelungen vor, das zweite bevorzugt eine Entwicklung des Zivilrechts im Rahmen der vorhandenen Traditionen. Dabei ist anzunehmen, dass weder das eine noch das andere dieser beiden Modelle in einer „reinen Form“ existieren kann.⁴⁰ Die Staaten, die dem zweiten Modell folgen, entnehmen unausweichlich einzelne Institute aus anderen Rechtssystemen, wenn auch nur insoweit, als eine derartige Anlehnung notwendig ist, um den Rechtsverkehr unter den Bedingungen der Marktwirtschaft zu ermöglichen. So kann man als Beispiele aus dem russischen Recht solche Vertragstypen wie Leasing (Art. 665–670 ZGB RF) oder Franchising (Art. 1027–1040 ZGB RF) nennen. Andererseits ist in den Staaten, die sich für die Rezeption des ausländischen Rechts entschieden haben, die Wahrung bestimmter Rechtstraditionen unvermeidbar. So wurden selbst im

³³ Vgl. *Kenžaliev*, oben Fn. 14, S. 340.

³⁴ *Geiß*, oben Fn. 16, S. 169 f.

³⁵ *Geiß*, ebd., S. 170.

³⁶ Siehe ausführlich den Beitrag von *Grenz* in diesem Band S. 65 ff., 84.

³⁷ *Maggs*, *Islamic Banking in Kazakhstan Law, Review of Central and East European Law* 36 (2011), S. 1 ff.

³⁸ Stellungnahme des Komitees zur Entwicklung des regionalen Finanzzentrums der Stadt Almaty der Kasachischen Nationalbank unter <http://www.rfca.gov.kz/?furl=show_doc&rfca_id=6099&CFID=4253038&CFTOKEN=84712514> (18.12.2012).

³⁹ Siehe ausführlich den Beitrag in diesem Band S. 361 ff.

⁴⁰ Siehe bereits *Kurzynsky-Singer/Zarandia*, *Recepčija nemeckogo veščnogo prava v Gruzii* [Rezeption des deutschen Sachenrechts in Georgien], *Vestnik graždanskogo prava* [Mitteilungsblatt zum Zivilrecht] 2012, Heft Nr. 1, S. 221.

georgischen Zivilgesetzbuch, das sich wie oben ausgeführt stark am deutschen BGB orientierte, einige herkömmliche Regelungen beibehalten. So wurde beispielsweise im Familienrecht das während der Sowjetzeit als gesetzlicher Güterstand vorgesehene gemeinsame Eigentum der Ehegatten⁴¹ einer Zugewinnngemeinschaft nach deutschem Muster vorgezogen. Ferner wurde auf die Rezeption des Abstraktionsprinzips verzichtet.⁴² Des Weiteren wurden auch im Erbrecht einige Besonderheiten beibehalten.⁴³ Weiterhin können im georgischen ZGB einzelne Normen angetroffen werden, die in derselben Form auch im russischen ZGB enthalten sind. Als Beispiele seien hier die Definition des Eigentums mittels der „Triade der Befugnisse“ (Art. 170 Abs. 1 georg. ZGB, welcher eine ähnliche Regelung wie Art. 209 Abs. 1 russ. ZGB enthält) sowie die Unzulässigkeit der Vereinbarung über die Verjährung (vgl. Art. 146 georg. ZGB, welcher Art. 198 russ. ZGB entspricht) genannt. Die Aufzählung könnte fortgesetzt werden.

Insbesondere die Länder, die ihr Zivilrecht durch die Anpassung und Weiterentwicklung der bestehenden Regeln reformieren, versuchen zum Teil bewusst einen Spagat zwischen den beiden Reformmodellen. So gehört zu den erklärten Zielen der kürzlich angelaufenen⁴⁴ umfassenden Reform des russischen Zivilgesetzbuchs neben der Anpassung der Zivilgesetzgebung an die wirtschaftliche Entwicklung gleichzeitig die Annäherung an das Recht der Europäischen Union und auch die Aufrechterhaltung der Einheitlichkeit in den zivilrechtlichen Regulierungen der GUS-Staaten.⁴⁵

Das Ergebnis der Zivilrechtsreformen in den Staaten des postsowjetischen Rechtsraums wird zum Teil als „eine widersprüchliche Gemengelage von Zivilrecht und dem Recht der Zentralverwaltungswirtschaft“ bezeich-

⁴¹ Art. 1158 georg. ZGB.

⁴² Siehe ausführlich den Beitrag von Kurzynsky-Singer/Zarandia in diesem Band S. 107 ff., 119 ff.

⁴³ Hierzu gehören die Aufteilung der Erbschaft unter den Erben gleicher Ordnung nach gleichen Teilen statt einer Aufteilung nach Quoten gemäß dem deutschen Vorbild, die Zugehörigkeit der Eltern zu den Erben erster Ordnung (Art. 1336 georg. ZGB) sowie die Berechtigung eines nicht arbeitsfähigen Unterhaltsempfängers des Erblassers, unabhängig von seiner Unterhaltsberechtigung Ansprüche geltend zu machen (Art. 1338), wobei zu berücksichtigen ist, dass anders als im sowjetischen Recht (vgl. Art. 532 ZGB RSFSR (1964, Stand 1988)) der Unterhaltsempfänger nach dem geltenden georgischen Recht kein Erbe wird, sondern nur einen Unterhaltsanspruch gegen die Erben bekommt.

⁴⁴ Mit dem Föderalen Gesetz vom 30.12.2012 (Nr. 302-FZ) wurden die ersten Änderungen, und zwar in Kapiteln 1, 2, 3 und 4 des ersten Teils des russischen ZGB vorgenommen (Rossijskaja Gazeta vom 11.1.2013, Nr. 5979).

⁴⁵ Ukaz Prezidenta RF vom 18.7.2008 Nr. 1108 „O soveršenstvovanii Graždanskogo kodeksa RF“ [Über die Vervollkommnung des Zivilgesetzbuchs der RF], Text abrufbar unter <<http://privlaw.ru/files/u1108.html>> (18.9.2012).

net.⁴⁶ Insbesondere zeichnen sich die auf der Grundlage des Modellzivilgesetzbuchs erlassenen Gesetze durch eine oft als unzureichend empfundene Überwindung von Relikten aus,⁴⁷ wie z.B. die nach der Person des Rechtsträgers differenzierten Eigentumsformen.⁴⁸ Als ein weiteres Beispiel für die Nachwirkung der sozialistischen Zivilrechtsprägung kann die Diskussion um das Wirtschaftszivilgesetzbuch angeführt werden, die zurzeit insbesondere in Kasachstan wieder geführt wird.⁴⁹ Dies führt einen bereits in der Sowjetunion geführten Streit über das Verhältnis von Zivil- und Wirtschaftsrecht fort. Bei diesem Streit standen sich die sog. Einheitslehre, die ein einheitliches Zivilgesetzbuch für alle privatrechtlichen Rechtsbeziehungen forderte, und die wirtschaftsrechtliche Konzeption, wonach die Wirtschaft und deren Rechtsverhältnisse so besonders geartet seien, dass sie einer eigenen Kodifikation bedürften, gegenüber. Der Ansatz der wirtschaftsrechtlichen Konzeption zielte dabei keinesfalls auf die Schaffung eines Sonderprivatrechts für Unternehmer, sondern auf die Errichtung eines Regelungskomplexes, der die privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Institute miteinander verschmelzen sollte.⁵⁰

III. Konflikt zwischen der rezipierenden Rechtsordnung und der transplantierten Norm

1. Problemaufriss

Die Konkurrenz zwischen den hergebrachten und den transplantierten Rechtsinstituten erschöpft sich nicht in der Frage, welchem Entwicklungsmodell der Gesetzgeber Vorrang gibt, sondern setzt sich auch nach der Implementierung eines entlehnten Rechtsinstituts in der rezipierenden Rechtsordnung fort. Zu beachten ist nämlich, dass bei den Zivilrechtsreformen in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens die aus den westlichen

⁴⁶ Knieper, Anmerkungen zu den Kodifikationen des Zivilrechts in den Übergangsgesellschaften, in: Seidenstraße, oben Fn. 1, S. 101.

⁴⁷ Knieper, Rechtsimperialismus?, in: Seidenstraße, oben Fn. 1, S. 63 f.

⁴⁸ Zur Überwindung dieses Relikts im georgischen Recht siehe den Beitrag von Kurzynsky-Singer/Zarandía in diesem Band S. 107 ff., 109 f.

⁴⁹ Siehe ausführlich den Beitrag von Chanturia in diesem Band S. 465 ff., 468 f.

⁵⁰ Suchanov, Graždanskoe pravo [Zivilrecht], Bd. I, 3. Aufl. Moskau 2006, S. 24; vgl. für die Ukraine Mamutov, Die Konzeption des Wirtschaftsgesetzbuches der Ukraine, WGO-MfOR 1994, S. 373 ff.; für Kasachstan siehe als prominentesten Gegner des Wirtschaftsgesetzbuchs Sulejmenov, Chozjajstvennyj (predprinimatel'skij) Kodeks: ulučšenie zakonodatel'noj sistemy ili ee razval? [Wirtschafts-(Unternehmens-)Gesetzbuch: Verbesserung der gesetzlichen Systematik oder ihre Zerstörung?], Jurist (Kas.) 2011, Nr. 7, S. 22 ff.

Rechtsordnungen stammenden *legal transplants* auf eine rechtliche Umgebung treffen, die durch die sozialistische Rechtskultur entscheidend vor geprägt ist.

Dabei ist zu beachten, dass die rezipierende Rechtsordnung keinesfalls nur aus geschriebenen Rechtssätzen besteht. Eine lebendige Rechtsordnung enthält viele verschiedene Elemente, darunter neben gesetzlichen Regelungen auch gerichtliche Entscheidungen und Stellungnahmen in der Literatur. Alle diese Bestandteile sieht Sacco als Rechtsquellen eines Rechtssystems, sog. *legal formants*.⁵¹ Zu beachten ist dabei, dass diese Rechtsquellen innerhalb eines einzigen Rechtssystems sich nie in einer perfekten Harmonie befinden können⁵². Ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt ist ferner, dass nicht alle *legal formants* eine explizite Regel formulieren. Einige Regeln, von Sacco als *cryptotypes* bezeichnet,⁵³ bleiben unausgesprochen und bilden eine „stille Rechtsdimension“.⁵⁴ Speziell für die Transformationsländer ist zu berücksichtigen, dass die aus den westlichen Rechtssystemen stammenden Transplantate auf den Ideen der sozialen Marktwirtschaft, der Rechtsstaatlichkeit und Privatautonomie beruhen⁵⁵, während die vorhandenen Normen, *legal formants* und insbesondere die *cryptotypes* zu einem großen Teil dem sowjetischen Rechtssystem entstammen,⁵⁶ das die rechtskulturelle Determinierung eines totalitären Staates aufwies.⁵⁷ Damit entsteht eine Konkurrenz der eingebrachten gesetzlichen Normen und Prinzipien mit den bestehenden rechtlichen Traditionen,⁵⁸ was im folgenden Abschnitt anhand des Beispiels der Abgrenzung des öffentlichen und des Privatrechts dargestellt wird. Anzumerken ist weiterhin, dass diese Konkurrenz nicht nur auf der Ebene der Rechtsanwendung besteht. Wie Pankevich in ihrem Beitrag zeigt, ist bereits das Gesellschaftsmodell der unter-

⁵¹ Sacco, Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law, Am.J.Comp.L 39 (1991), S. 1 ff. (Teil I) und 343 ff. (Teil II), S. 22.

⁵² Sacco, ebd., S. 343.

⁵³ Sacco, ebd., S. 384.

⁵⁴ Graziadei, oben Fn. 1, S. 723, 735.

⁵⁵ Siehe z.B. zu den Zielen der Rechtsberatung durch die GTZ: Meyer, Social Market Economy Values in Legal Reform Projects in South East Europe, in: Jessel-Holst/Kulms/Trunk (Hrsg.), Private Law in Eastern Europe, Tübingen 2010, S. 41 ff.; Dieke, Die Tätigkeit der Deutschen Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), in: Wege zu neuem Recht, oben Fn. 21, S. 256; siehe ferner im selben Band: Hobe, Politik und Institutionen der deutschen Zusammenarbeit, S. 259 ff., sowie weitere Beiträge zur westlichen Rechtsberatung in der GUS, S. 262–311.

⁵⁶ Zur Kontinuität der Rechtsentwicklung siehe ausführlich den Beitrag von Grenz in diesem Band S. 65 ff., sowie Kurzynsky-Singer, Russisches Zivilgesetzbuch, HWB EuP, oben Fn. 30, S. 1324–1329, Makovskij, oben Fn. 28, S. 339 f.

⁵⁷ Zur Fortsetzung der sowjetischen Rechtstradition im modernen Recht der Nachfolgestaaten siehe z.B. Luchterhandt, Künftige Aufgaben der Ostrechtforschung, WGO 1996, S. 159, 170.

⁵⁸ Siehe hierzu bereits Kurzynsky-Singer/Pankevich, oben Fn. 12, S. 7 ff.

suchten Staaten in sich widersprüchlich: Einerseits scheint in den ehemaligen Sowjetrepubliken das Souveränitätskonzept⁵⁹ eines Nationalstaates als Legitimitätsgrundlage des Gesellschaftsmodells zu dominieren, was die Vorstellung von der nationalen Autonomie und folglich auch der Einmaligkeit der Rechtsordnung voraussetzt. Andererseits wird die Entlehnung einzelner Normen, Grundsätze und ganzer Gesetzbücher durch die praktische Notwendigkeit diktiert.⁶⁰ Die sich aus diesem Widerspruch ergebende Frage lautet damit, wie sich die Wirkung einer solchen Entlehnung nach ihrer Implementierung in einer Transformationsrechtsordnung entfalten kann.

2. Beispiel der Abgrenzung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht

a) Grundsätzliche Unterscheidung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht

Die für das deutsche wie auch das gesamte kontinentale Recht grundlegende Unterscheidung des gesamten Rechtsstoffes in öffentliches Recht und Privatrecht⁶¹ bildet ein gutes Beispiel für die grundlegenden Probleme, die mit der Rezeption der Institute einer liberalen Rechtsordnung durch eine Transformationsrechtsordnung zusammenhängen. Die Folgen dieser Probleme können anhand des Aufsatzes von *Dosmanova*⁶² am Beispiel der Bestimmung der Rechtsnatur des Investitionsvertrags über die Nutznießung von Bodenschätzen nach kasachischem Recht nachvollzogen werden.

Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht war dem vorsozialistischen russischen Recht im Grundsatz bekannt,⁶³ doch wurde sie durch das sowjetische Recht aufgehoben. Der früher in der Sowjetunion geübte Verzicht auf die Trennung zwischen dem Privat- und dem öffentlichen Recht führte dazu, dass das Zivilrecht in gewissem Sinne neben den anderen selbständigen Rechtsgebieten wie z.B. dem Familien- und dem Arbeitsrecht und unter dem Primat des öffentlichen Rechts stand.⁶⁴

⁵⁹ Hierzu sogleich.

⁶⁰ *Pankevich*, in diesem Band S. 39 ff., 52 f.

⁶¹ *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., Heidelberg 2006, Rn. 1 (im Weiteren: BGB AT); *Martens*, 27 Rechtsordnungen oder mehr?, RW 2012, S. 432, 435.

⁶² In diesem Band S. 395 ff.

⁶³ Siehe in der vorrevolutionären Literatur *Pokrovskij*, Osnovnye problemy graždanskogo prava [Grundlegende Probleme des Zivilrechts] (1917), Nachdruck Moskau 1998, S. 37 ff.

⁶⁴ Kritisch aus der Perspektive damaliger Zeit *Čerepachin*, K voprosu o častnom i publičnom prave [Zur Frage hinsichtlich des Privat- und des öffentlichen Rechts] (1926), zitiert nach der Ausgabe *Izbrannye trudy* [Ausgewählte Werke], Moskau 2001, S. 114. Aus heutiger Perspektive siehe *Suchanov*, oben Fn. 50, S. 17, 28 ff.

Eine große Bedeutung in der Beschreibung einzelner Rechtsgebiete gewannen dabei die Begriffe „Gegenstand“ und „Methode“, womit die Regelungsgrundsätze des jeweiligen Rechtsgebiets gemeint waren.⁶⁵ Der Verzicht auf die grundsätzliche Trennung zwischen dem Privat- und dem öffentlichen Recht war ideologisch bedingt und, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, dem Primat des Staates über die Gesellschaft und das Individuum geschuldet.

Im Zuge der durch den Zusammenbruch der Sowjetunion ausgelösten Reformen des Zivilrechts wurde eine Rückkehr zu den kontinentaleuropäischen Wurzeln der Rechtsordnungen der GUS-Staaten initiiert,⁶⁶ wodurch auch die grundlegende Unterscheidung des gesamten Rechtsstoffes in öffentliches und Privatrecht (wieder) Einzug in das Rechtsdenken im postsowjetischen Raum nahm.⁶⁷

Allerdings wird in dem postsowjetischen Rechtsraum die Unterscheidung von ganz anderen Grundsätzen geprägt und führt folglich zu anderen Ergebnissen als etwa im deutschen Recht. Diese Unterschiede sind auf die Divergenz der Charakteristika des öffentlichen Rechts in Deutschland und im postsowjetischen Rechtsraum zurückzuführen.

b) Inhaltliche Unterschiede zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht

aa) Die Konzeption des deutschen Rechts

Trotz der zahlreichen wechselseitigen Verzahnungen zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht⁶⁸ ist die Unterscheidung dieser beiden Rechtsmaterien entgegen einzelnen Stellungnahmen in der deutschen Literatur⁶⁹ keinesfalls obsolet,⁷⁰ denn die Abgrenzung zwischen dem öffent-

⁶⁵ Zur Bestimmung des Gegenstands und der Methode des sowjetischen Zivilrechts siehe z.B. *Ioffe*, *Sovetskoe graždanskoe pravo* [Sowjetisches Zivilrecht], zitiert nach *Izbrannye trudy* [Ausgewählte Werke], Bd. 2, St. Petersburg 2004, S. 20 ff.

⁶⁶ *Makovskij*, oben Fn. 28, S. 340; *Sulejmenov*, *Stanovlenie i razvitie graždanskogo zakonodatel'stva Respubliki Kazachstan* [Etablierung und Entwicklung der Zivilgesetzgebung der Republik Kasachstan], Almaty 2006, S. 295 ff.

⁶⁷ *Suchanov*, oben Fn. 50, S. 29; *Sulejmenov*, *Sub'ekty graždanskogo prava* [Subjekte des Zivilrechts], in: *Izbrannye trudy po graždanskomu pravu* [Ausgewählte Werke zum Zivilrecht], Moskau 2006, S. 16, 30 ff.

⁶⁸ Siehe hierzu Beiträge in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden 1996, insbesondere von *Schmidt-Aßmann* (S. 8 ff.) und von *Trute* (S. 171 ff.).

⁶⁹ *Stolleis*, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), vorige Fn., S. 59; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz*, 66. Ergänzungslieferung 2012, Art. 19 Abs. 4 Rn. 60.

⁷⁰ Siehe ausführlich *Bydlinski*, *Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht*, AcP 194 (1994), S. 319 ff.

lichen und dem Privatrecht hat im deutschen Recht eine wichtige inhaltliche Komponente, was durch den Vergleich mit den Transformationsrechtsordnungen besonders deutlich wird.

Der sachliche Unterschied zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht im deutschen Recht kann wie folgt formuliert werden: Im Privatrecht dominiert regelmäßig die freie, keinem Begründungszwang unterliegende Entscheidung, im öffentlichen Recht dagegen die gebundene Entscheidung.⁷¹ Der Privatautonomie im Privatrecht steht also die Begrenzung der Staatsmacht im öffentlichen Recht gegenüber. Diese Begrenzung kann auf verschiedene Weise ausgeprägt sein und von einer gebundenen Entscheidung bis zur Ermessensbegrenzung durch Diskriminierungsverbote reichen.⁷² Damit ist der Sinn und Zweck des öffentlichen Rechts darin zu sehen, dem Handeln des Staates Beschränkungen aufzuerlegen, die für Private grundsätzlich nicht gelten.⁷³

Die Folgen dieser konzeptionellen Unterscheidung zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht sieht man im deutschen Recht zum Beispiel in der Zwei-Stufen-Theorie des öffentlichen Rechts oder in den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts. Dem Staat wird die Flucht in eine privatrechtliche Ausgestaltung der Beziehung zum Bürger in gewissen Bereichen dann verwehrt, wenn dadurch die Bindung des Staates umgangen wird.⁷⁴

bb) Konzeption der Ausgestaltung staatlicher Machtbefugnisse im postsowjetischen Raum

Ein ganz anderes Verständnis von der Ausgestaltung staatlicher Machtbefugnisse findet sich in den Staaten des postsowjetischen Rechtsraums.

In dem sowjetischen Rechtsverständnis waren die Machtbefugnisse des Staates prinzipiell unbegrenzt. In der marxistischen Vorstellung verkörperte jeder Staat eine Diktatur, sei es der herrschenden Klasse oder des Proletariats. Dementsprechend konnte das Recht, das durch den Staat erschaffen wurde, für diesen nicht bindend sein.⁷⁵ Die Idee eines Rechtsstaats wurde als eine Fiktion der bürgerlichen Rechtstheorie diffamiert.⁷⁶

Nach der Wende haben sämtliche Staaten des Kaukasus und Zentralasiens neue Verfassungen verabschiedet, die ein Bekenntnis zur Rechts-

⁷¹ *Medicus*, BGB AT, oben Fn. 61, Rn. 4.

⁷² *Medicus*, ebd., Rn. 5.

⁷³ Knieper/Chanturia/Schramm, Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien. Bestandsaufnahme und Entwicklung, Berlin 2010, S. 43.

⁷⁴ Siehe z.B. Zezschewitz, Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, NJW 1983, S. 1873 ff.

⁷⁵ Ioffe, Soviet Law and Soviet Reality, Dordrecht u.a. 1985, S. 6.

⁷⁶ Tumanov, Bürgerliche Rechtsideologie, Berlin (Ost) 1975, S. 35; Ioffe, vorige Fn., S. 6.

staatlichkeit enthalten.⁷⁷ Dies stellt einen Versuch der Übernahme westlicher Verfassungsmodelle dar, der allerdings nicht als erfolgreich bewertet werden kann.⁷⁸ Unter anderem war eine umfassende Rezeption verfassungsrechtlicher Konzepte dadurch erschwert, dass das auf den Ideen der Aufklärung beruhende Verfassungsrecht der westeuropäischen Staaten eine besonders deutliche kulturelle Prägung enthält.⁷⁹

Bezeichnend ist z.B., dass in der russischsprachigen Literatur zu den Investitionsverträgen der Staat wiederholt als Träger der staatlichen Souveränität bezeichnet wird,⁸⁰ obwohl alle Verfassungen als Träger der Staatsgewalt und damit der Souveränität das Volk des jeweiligen Staates bestimmen.⁸¹ Was auf den ersten Blick wie eine terminologische Ungenauig-

⁷⁷ Vgl. im Einzelnen: Art. 1, 4 Verf. Kasachstan; Art. 1 Abs. 1 Verf. Tadschikistan; Art. 7 Verf. Usbekistan; Art. 1 Verf. Aserbaidschan; Art. 3 Verf. Armenien.

⁷⁸ Siehe ausführlich *Nussberger*, Verfassungsrechtstransfer von West nach Ost, Osteuropa 2010, S. 81–96.

⁷⁹ *Nussberger*, ebd., S. 87.

⁸⁰ *Krupko*, Investicionnye spory meždju gosudarstvom i inostrannym investorom: Učebno-praktičeskoe posobie [Investitionsstreitigkeiten zwischen dem Staat und dem ausländischen Investor: Lehr- und Praxishandbuch], Moskau 2002, S. 8, 10, 11, 20: „In der besagten Kategorie von Streitigkeiten tritt der Staat in erster Linie als Souverän auf und es dominiert somit der öffentlich-rechtliche Aspekt in dem Rechtsverhältnis[...]“; *Dmitrieva* (Hrsg.), Meždunarodnoe častnoe pravo, učebnik [Internationales Privatrecht, Lehrbuch], Moskau 2009, S. 248: „Die auf der Über- und Unterordnung basierende Natur und die Souveränität des Staates müssen sich auf seine rechtliche Stellung auswirken“; S. 265: „Weder die Doktrin noch [...] haben Kriterien aufgestellt, anhand derer das Handeln des Staates als Souverän von dem Handeln als Privatperson abgegrenzt werden kann“; *Sergeeva/Tolstoj*, Graždanskoe pravo, učebnik [Zivilrecht, Lehrbuch], Bd. 1, Moskau 2005, S. 217: „Der Staat als Souverän verfügt über Eigenschaften, die ihn zum besonderen Subjekt des Zivilrechts machen“; *Didenko/Nesterova*, Gosudarstvennye garantii stabilnosti investicionnyh dogovorov [Staatliche Garantien der Stabilität von Investitionsverträgen], Jurist (Kas.) 2008, Nr. 3, S. 29: „Einerseits ist der Staat ein gleichberechtigter Partner, andererseits ist er ein Souverän“; *Sulejmenov*, Immunitet gosudarstva: absoljutnyj ili ograničennyj? [Immunität des Staates: absolut oder beschränkt?], Jurist (Kas.) 2010, Nr. 3, S. 12: „Wir haben uns daran gewöhnt, den Staat als den Träger von Herrschaftsfunktionen zu sehen, als einen unabhängigen und selbständigen Souverän“; *Didenko* (Hrsg.), Graždanskoe pravo, obščaja čast', kurs lekcij [Zivilrecht, Allgemeiner Teil, Vorlesungen], Almaty 2006, S. 228: „Der Staat ist der Träger von politischer Macht und Souveränität“; *Zimanov*, Gosudarstvo i kontrakty v sfere neftjanyh operacij: Naučno-praktičeskoe posobie [Der Staat und Verträge im Bereich des Ölgeschäfts: Wissenschaftlich-praktisches Handbuch], Almaty 2007; *Čencova*, Gosudarstvo i kontrakty na nedropol'zovanie, gosudarstvo i graždanskoe pravo: Materialy konferenzii [Der Staat und Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen; der Staat und das Zivilrecht. Konferenzmaterialien] Almaty, 29-30 maja 2008, Almaty 2008, S. 176: „Im Ganzen wird anerkannt, dass der Staat entweder als Souverän (d.h. als herrschendes Subjekt) oder als [...] in Rechtsbeziehungen treten kann“. Zusammenstellung der Nachweise durch *Dosmanova*.

⁸¹ Art. 3 Abs. 1, 2, 3 Verf. Kasachstan; Art. 6 Abs. 1 Verf. Tadschikistan; Art. 7 Verf. Usbekistan; Art. 3 Abs. 1 Verf. Turkmenistan; Art. 2 Abs. 1 Verf. Aserbaidschan; Art. 5 Abs. 1 Verf. Georgien; Art. 2 Abs. 1 Verf. Armenien; Art. 3 Abs. 1 Verf. Russland.

keit wirkt, erweist sich bei einer genauen Analyse als ein Zeichen der Kontinuität des Rechtsdenkens, denn es deutet vieles darauf hin, dass die staatlichen Machtbefugnisse im modernen postsowjetischen Recht aus dem sowjetischen Konzept der Souveränität abgeleitet werden.

Im sowjetischen Rechtssystem wurde die Staatssouveränität als eine höchste und unbeschränkte Macht des Staates über die Gesellschaft verstanden.⁸² Dieses Konzept basierte auf der marxistisch-leninistischen Vorstellung von der Einheit von Volk und Staat und der Souveränität als der „Selbstherrschaft des Volkes“. Die Legitimation dieser Herrschaft entstammte einem einheitlichen Willen des Volkes, der allerdings nicht als die Summe der Meinungen der im Staat versammelten Individuen sondern nach objektiven Kriterien, d.h. der historischen Notwendigkeit, zu bestimmen war.⁸³ Die sowjetische Volkssouveränität schließt dabei jegliche Machtbeschränkung aus. Der „real existierende Sozialismus“ nahm für sich in Anspruch, bereits in diesem Stadium „die gesellschaftlichen Gegensätze aufgehoben und die persönlichen und gesellschaftlichen Interessen zu einem harmonischen Ausgleich gebracht zu haben“.⁸⁴ Einzelinteressen wurden nur insoweit rechtlich geschützt, als sie dem Gesamtinteresse des Staates nicht zuwiderliefen. Insbesondere konnten die Grundrechte nicht gegen den Staat durchgesetzt werden, denn dies hätte gegen die geltende Ideologie verstoßen.⁸⁵

Beachtenswert in diesem Zusammenhang ist auch, dass das sowjetische Recht diesbezüglich die absolutistischen Traditionen der Zarenzeit fortsetzte.⁸⁶ Gerade im vorrevolutionären Russland griff die Rhetorik der absolutistischen Herrschaft auf die Beschwörung der Einheit des Volkes und des Zaren als Voraussetzung für den inneren Frieden und äußere Sicherheit zurück. Diese Einheit stand allerdings für eine Übereinstimmung der Ziele, die auf der Loyalität des Volkes und Subordination seiner Ziele unter die Ziele des Herrschers beruhte.⁸⁷ Mit dieser Rhetorik wurde ähnlich wie in der Sowjetzeit durch die Proklamation der Einheit des Volkes und des Staates ein kollektivistisches Gesellschaftsmodell untermauert, das die Interessen des Einzelnen den Interessen des Staates unterordnete.

⁸² Antonov, *Theoretical Issues of Sovereignty in Russia and Russian Law*, Review of Central and East European Law 37 (2012), S. 95, 96, 100 m.w.N. Zur Bedeutung des Souveränitätsgedankens in dem Staatsmodell der ehemaligen Sowjetrepubliken siehe ausführlich Pankevich in diesem Band, S. 39 ff., 47 ff.

⁸³ v. Gall, *Die Konzepte „staatliche Einheit“ und „einheitliche Macht“ in der russischen Theorie von Staat und Recht*, Berlin 2010, S. 170.

⁸⁴ Ioffe, oben Fn. 65, S. 39.

⁸⁵ v. Gall, oben Fn. 83, S. 168.

⁸⁶ Antonov, oben Fn. 82, S. 101 m.w.N.

⁸⁷ v. Gall, oben Fn. 83, S. 132.

Die unvollkommene Rezeption der Vorschriften des westlichen Verfassungsrechts in Zentralasien und im Kaukasus beinhaltet keinesfalls die Übernahme der Vorstellung, dass den Machtbefugnissen des Staates gewisse Einschränkungen immanent sein müssen.⁸⁸ Ein Zeichen für die Beibehaltung des Konzepts eines omnipotenten Staates ist in den von *Dosmanova* geschilderten Regelungen im Bereich des Schutzes öffentlicher Belange im Recht der Nutznießung von Bodenschätzen zu sehen.⁸⁹ Die in letzten Jahren eingeführten Gesetzesänderungen führten dazu, dass dem Staat extrem weitreichende Befugnisse eingeräumt wurden. Die Eingriffsvoraussetzungen sind zum Teil sehr allgemein formuliert, so dass diese Gesetzesgrundlagen praktisch ein willkürliches Handeln ermöglichen. Die damit verbundene starke Verschlechterung der Position der Investoren rechtfertigt *Dosmanova* mit der Überlegung, dass der Staat wahrscheinlich auf die geschilderten Mechanismen in der Regel nicht zurückgreifen wird, um die Attraktivität des Landes für die Investoren nicht zu gefährden. Diese Befugnisse würden vielmehr als ultima ratio angesehen, die einen wirksamen Schutz öffentlicher Belange ermöglicht, und sie würden in erster Linie nur die staatliche Verhandlungsposition in einem Konfliktfall verbessern. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die geschilderten Regelungen dem Staat einen so weiten Handlungsspielraum eröffnen, dass dieser im Prinzip aufgrund reiner Zweckmäßighkeitsüberlegungen im Sinne des von ihm definierten Allgemeinwohls handeln kann.

cc) Funktion des Privatrechts und Ausgestaltung des Rechtsschutzes

Der Gedanke der Begrenzung staatlicher Machtbefugnisse, der Bindung und Lenkung des staatlichen Handelns durch die Vorschriften des öffentlichen Rechts, war damit der sowjetischen Rechtstheorie fremd. Doch genauso fremd war ihr auch der Gedanke, das wesentliche Unterscheidungsmerkmal des Zivilrechts im Fehlen einer solchen Bindung zu sehen. Das Zivilrecht wurde in dem sowjetischen Rechtsverständnis nicht durch die Privatautonomie, sondern durch die rechtliche Gleichheit der Rechtsverkehrsteilnehmer charakterisiert.⁹⁰

Diese Konzeption setzt sich auch bei der Bestimmung der Abgrenzungskriterien fort, die aus dem sowjetischen Recht in das postsozialistische Recht übernommen wurden. Demnach wird das öffentliche Recht als ein Regelungssystem für das Verhältnis von „Macht und Unterordnung“ angesehen, das Zivilrecht dagegen durch die Gleichrangigkeit der Teilnehmer

⁸⁸ Siehe ausführlich: *Geiß*, Rechtskultur, Recht, oben Fn. 14, S. 149 ff.

⁸⁹ In diesem Band S. 395 ff.

⁹⁰ *Ioffe*, oben Fn. 65, S. 26; *Smirnov/Tolstoj/Jurčenko*, Sovetskoe graždanskoe pravo [Sowjetisches Zivilrecht], Bd. 1, Leningrad 1982, S. 12; *Krasavčikov*, Sovetskoe graždanskoe pravo [Sowjetisches Zivilrecht], Bd. 1, Moskau 1968, S. 15.

charakterisiert.⁹¹ Das öffentliche Recht wird dabei als ein System der zentralisierten und das Privatrecht als ein System der dezentralisierten Regulierung verstanden.⁹²

Bereits in der vorrevolutionären Literatur wurde dem Privatrecht eine Funktion beigemessen, die über eine bloße Regelung der privatrechtlichen Beziehungen hinausging. Im Zuge der konstitutionellen Reformen fanden in die russische Rechtsdogmatik auch die Ideen des Individualrechtsschutzes Einzug. Allerdings sollte dieser Schutz nicht über eine allgemeine Einschränkung staatlicher, d.h. damals selbstherrschaftlicher, Machtbefugnisse vermittelt werden, sondern über die Etablierung eines separaten Bereichs des privaten Wirkens, der dem Zugriff des Staates in einem gewissen Maße, wenn auch nicht vollständig, entzogen sein sollte. Damit wird im vorrevolutionären russischen Recht das Privatrecht als ein abgesonderter Bereich angesehen, in dem die Einflussnahme des Staates beschränkt ist und eine Freiheitssphäre des Einzelnen garantiert wird.⁹³

Die Vorstellung von den Schutzfunktionen des Privatrechts gegenüber der Willkür des Staates wurde in der postsowjetischen Literatur wieder aufgegriffen. So schreibt *Suchanov*: „Die Bedeutung des Zivilrechts in Russland besteht vor allem darin, dem Staat Grenzen bezüglich einer unbegründeten, willkürlichen Einmischung in die Wirtschaft zu setzen. [...] Gerade das Privatrecht mit seinen grundlegenden Prinzipien der Unantastbarkeit des Eigentums, der Privatautonomie, des Verbotes der Einmischung in die Privatangelegenheiten, einer unbehinderten Gewährleistung und des gerichtlichen Rechtsschutzes der bürgerlichen Rechte stellt ein reales und effektives Schutzmittel gegen die Willkür der öffentlichen Gewalt dar.“⁹⁴ Demgegenüber wird das öffentliche Recht als ein Rechtsgebiet wahrgenommen, in dem „der Staat seine Regeln diktiert“.⁹⁵ Auch in der durch *Dosmanova* dargestellten Diskussion über die Qualifikation des Vertrages über die Nutznießung der Bodenschätze⁹⁶ kommt in der Argumentation der Anhänger der zivilrechtlichen Qualifikation dieses Vertrages sehr deutlich

⁹¹ *Sulejmenov*, oben Fn. 67, S. 16 ff., 36; aus dem sowjetischen Recht siehe *Čerepachin*, oben Fn. 64, S. 105.

⁹² *Pokrovskij*, oben Fn. 63, S. 309; aus der Sowjetzeit: *Čerepachin*, oben Fn. 64, S. 107; aus der postsowjetischen Zeit: *Sulejmenov*, oben Fn. 67, S. 16, 36.

⁹³ *Pokrovskij*, oben Fn. 63, S. 309; siehe auch *Suchanov/Kofanov*, *Vlijanie rimskogo prava na novyj graždanskij kodeks RF* [Einfluss des römischen Rechts auf das neue Zivilgesetzbuch der RF], *Drevnee pravo* [Altes Recht] 1999, S. 7.

⁹⁴ *Suchanov*, *Sovremennoe razvitie častnogo prava v Rossii* [Zeitgenössische Entwicklung des Privatrechts in Russland] (2001), zitiert nach Abdruck in: *Suchanov*, *Graždanskoe pravo Rossii – častnoe pravo* [Bürgerliches Recht Russlands – ein Zivilrecht], Moskau 2008, S. 41–43.

⁹⁵ Als prominentesten Vertreter siehe *Sulejmenov*, oben Fn. 67, S. 16, 33; im Übrigen vgl. die Nachweise im Beitrag von *Dosmanova* in diesem Band S. 395 ff.

⁹⁶ In diesem Band S. 395 ff., 422 ff.

die Funktion des Zivilrechts als Schutzmechanismus gegen staatliche Willkür zum Ausdruck.⁹⁷

c) Folgen der konzeptionellen Unterscheidung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht

aa) Bedeutung der Abgrenzung: Legitimität einzelner Regelungen

In der Lehre der GUS-Länder wird der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen dem Zivilrecht und dem öffentlichen Recht oft eine rein theoretische Bedeutung beigemessen.⁹⁸ Demgegenüber zeigt *Dosmanova* in ihrer Untersuchung, dass die Zuordnung der Verträge über die Nutznießung der Bodenschätze zum Privatrecht oder zum öffentlichen Recht über den Rechtsweg bezüglich der sich aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten entscheidet. Auch für die Lückenfüllung und Auslegung könnte die Zuordnung der Materie von Bedeutung sein. Aus der Sicht der ausländischen Beobachter wird die Bedeutung der Abgrenzung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht zum Teil weiterhin darin gesehen, dass erst diese die Etablierung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit ermöglichen werde.⁹⁹

Meines Erachtens betrifft die Abgrenzungsfrage allerdings noch einen weiteren wichtigen Aspekt, der mit dem Verständnis der Funktion des Privatrechts zusammenhängt: Die Zuordnung der Materie zum Privatrecht oder zum öffentlichen Recht kann über die Legitimität einzelner Regelungen entscheiden.

Zu beachten ist, dass wegen des grundsätzlichen Vorrangs des ZGB bzw. seines systembildenden Charakters in den Rechtsordnungen, die dem Modellzivilgesetzbuch folgten¹⁰⁰, die Regelungen weiterer Rechtsakte auf dem Gebiet des Zivilrechts dem Zivilgesetzbuch nicht widersprechen dürfen. Folglich müssen die Prinzipien des Zivilrechts auch für weitere Regelungen gelten. Für die gesetzliche Regelung der Verträge über die Nutznießung der Bodenschätze bedeutet die Zuordnung zum Zivilrecht, dass z.B. das dem Staat eingeräumte Recht, den Vertrag einseitig aufzulösen, am Prinzip *pacta sunt servanda* und nicht am (im postsowjetischen Rechtsraum wenig ausgeprägten) verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz gemessen werden muss.¹⁰¹ Zwar wird dies in der von *Dosmanova* gesichteten

⁹⁷ Vgl. *Sulejmenov*, Gosudarstvo i graždanskoe pravo: problemy teorii i praktiki [Staat und Zivilrecht: Probleme der Theorie und der Praxis] in: ders./Basin (Hrsg.), Gosudarstvo i graždanskoe pravo [Staat und Zivilrecht], Almaty 2008, S. 8 ff.

⁹⁸ Knieper/Chanturia/Schramm, oben Fn. 73, S. 42.

⁹⁹ Knieper/Chanturia/Schramm, ebd.

¹⁰⁰ Siehe ausführlich den Beitrag von *Grenz* in diesem Band S. 65 ff., 79 ff.

¹⁰¹ In diese Richtung geht die Aussage von *Sulejmenov*, Pravo kak sistema [Recht als System], in: ders. (Hrsg.), Graždanskoe pravo v sisteme prava [Bürgerliches Recht im System des Rechts], Almaty 2007, S. 8, 27.

kasachischen Literatur nicht in aller Deutlichkeit gesagt, allerdings scheint allein der Umstand, wie kontrovers die Debatte über die Zuordnung geführt wird, darauf hinzudeuten, dass diese Folge der Zuordnung einer Rechtsmaterie durchaus wahrgenommen wird.

bb) Möglichkeiten der Übernahme deutscher Konzepte

Auf lange Sicht erscheint die Konzeption des Rechtsschutzes gegen die Willkür des Staates mittels der Zuordnung der fraglichen Materien zum Zivilrecht als wenig tragfähig, denn das Zivilrecht ist nicht dazu konzipiert, öffentliche und private Interessen zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. Gerade ein Blick auf das von *Dosmanova* untersuchte Recht der Nutznießung von Bodenschätzen macht deutlich, dass die privaten Interessen der Investoren mit berechtigten öffentlichen Interessen zum Beispiel im Bereich des Naturschutzes kollidieren können. Die Anwendung des sachlich näheren öffentlichen Rechts auf die einschlägigen Aspekte der Rechtsbeziehung zwischen dem Investor und dem Staat würde es erlauben, öffentliche Interessen in dem Rechtsverhältnis zu berücksichtigen. Naheliegender wäre es, eine an der deutschen Zwei-Stufen-Theorie angelehnte Lösung zu suchen, die eine Differenzierung zwischen verschiedenen Aspekten erlauben würde.

Allerdings scheint eine unreflektierte Übernahme der deutschen Konzepte kaum geeignet, das grundsätzliche Problem einer angemessenen Ausbalancierung der öffentlichen und privaten Interessen bei der Beteiligung des Staates am wirtschaftlichen Verkehr zu lösen. Zu beachten sind nämlich die beschriebenen Unterschiede zwischen der deutschen und der postsowjetischen Konzeption. Zu bedenken ist, dass die Zwei-Stufen-Theorie in Deutschland dazu entwickelt wurde, die Handlungsmöglichkeiten des Staates, die er durch die Flucht ins Privatrecht erweitern könnte, wieder einzugrenzen und an die im Grundgesetz verankerten negativen Kompetenzen zu binden.¹⁰²

In Kasachstan würde eine entsprechende Herauslösung des öffentlich-rechtlichen Aspekts des staatlichen Handelns aus einem grundsätzlich als privatrechtlich qualifizierten Verhältnis nicht zur Eingrenzung, sondern im Gegenteil zur Erweiterung der staatlichen Befugnisse führen. Der *legal transplant* würde zu einem gegenteiligen Effekt führen als derjenige, der durch diesen Mechanismus in der Rechtsordnung ausgelöst wird, der er entstammt. Aus diesem Grund erscheint in diesem Bereich die Übernahme deutscher Lösungen, zumindest im Moment, kaum sinnvoll.

¹⁰² Zezschewitz, oben Fn. 74, S. 1878 ff.

3. Intensität des Konflikts zwischen dem legal transplant und der rezipierenden Rechtsordnung

a) Rechtsordnung als ein Spiegelbild des gesellschaftlichen Wertesystems

Das Konfliktpotential der Rechtstransplantate, die aus den westlichen Rechtsordnungen in das Recht der Staaten des Kaukasus und Zentralasiens übernommen werden, ist, wie an dem oben angeführten Beispiel deutlich wird, a priori hoch. Diese *legal transplants* entstammen einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung, treffen aber auf eine kollektivistisch geprägte Rechtsordnung, die über Jahrhunderte eine autoritäre Herrschaft zu stützen bestimmt war.¹⁰³

Dieser Konflikt wird durch den Umstand verschärft, dass, wie oben bereits ausgeführt, eine Rechtsordnung keinesfalls nur aus den geschriebenen Rechtsnormen besteht. Sowohl die rezipierende Rechtsordnung, als auch die Rechtsordnung, der die *legal transplants* entstammen, enthalten eine „stille Dimension“,¹⁰⁴ die auf die einzelnen Rechtsnormen einen prägenden Einfluss ausübt.

Betrachtet man die deutsche Rechtsordnung als Veranschaulichungsbeispiel, so stellt man zunächst fest, dass die darin enthaltenen Rechtssätze eine hierarchische Struktur haben. Die Verfassung gibt ein Wertesystem vor, das die gesamte Rechtsordnung prägt. Die einfachgesetzlichen Regelungen fügen sich in dieses Wertesystem ein, konkretisieren zum Teil die verfassungsrechtlichen Vorgaben und dürfen diesen jedenfalls nicht widersprechen. Insbesondere auch bei der Anwendung und Fortbildung des Privatrechts kommt den verfassungsrechtlichen Grundlagen ein erheblicher Einfluss zu.¹⁰⁵ Auf diese Weise verkörpert die Verfassung die für die deutsche Rechtsordnung grundlegenden Werte.

Es ist anzunehmen, dass jedes Rechtssystem über einen ähnlichen Wertungsrahmen verfügt. Dieser Wertungsrahmen kann durch eine Verfassung verkörpert werden, er kann aber auch ungeschrieben sein.¹⁰⁶ In jedem Fall ist anzunehmen, dass ein solcher Wertungsrahmen über die allgemeinen Rechtsprinzipien die für die jeweilige Gesellschaft grundlegenden Werte in das Rechtssystem transportiert und so eine Schnittstelle zwischen dem

¹⁰³ Aus der rechtshistorischen Perspektive behauptet Heller, Dominante Prägung der Rechtskultur in Russland: der Blick eines Historikers, in: Luchterhandt (Hrsg.), Rechtskultur in Russland: Tradition und Wandel, Berlin 2011, S. 62: „Insoweit gab es im Grunde gar keinen Kontinuitätsbruch gegenüber der Zeit vor 1917“.

¹⁰⁴ Graziadei, oben Fn. 1, S. 723, 735.

¹⁰⁵ Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, § 4 Rn. 59.

¹⁰⁶ Nach Auffassung von Sacco, oben Fn. 51, S. 384 ff. können „cryptotypes“ in einem Extremfall einen konzeptionellen Rahmen einer Rechtsordnung bilden (S. 386).

Recht und dem gesellschaftlichen Grundkonsens bildet.¹⁰⁷ Der Begriff „gesellschaftlicher Grundkonsens“ enthält in diesem Zusammenhang keine ethischen Wertungen¹⁰⁸ und beschreibt zunächst auf eine prozedurale Weise eine Gesamtheit der grundlegenden Werte, Handlungsmaximen und Werturteile, über die in einer Gesellschaft ein hinreichendes Maß an Übereinstimmung herrscht, um das Funktionieren einer gemeinschaftlichen sozialen Ordnung zu ermöglichen. Dabei fungiert es im konkreten Verfassungsrecht nicht als eine Ganzheit, sondern mittels einzelner Aspekte.¹⁰⁹ So gehört zum deutschen gesellschaftlichen Grundkonsens, der durch Werte des Individualrechtsschutzes geprägt ist, z.B. die Vorstellung, „dass der vom Grundgesetz verfasste Staat dem Einzelnen im Gegensatz zu totalitär verfassten Staaten einen weiten Freiheitsraum zur Entfaltung im privaten wie im öffentlichen Bereich offenhält und gewährleistet“.¹¹⁰ Zu dem Grundkonsens einer kollektivistisch geprägten sozialistischen Rechtsordnung gehörte z.B. die oben geschilderte Vorstellung von einer grundsätzlich unbeschränkten staatlichen Macht als Ausprägung des Kollektivwillens.

b) Konflikt der Wertentscheidungen im Einzelfall

aa) Vorüberlegung

Trotz des oben Gesagten soll das Ausmaß des Konflikts zwischen dem *legal transplant*, das einer freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung entstammt, und der rezipierenden Transformationsrechtsordnung nicht anhand dieses Konfliktpotentials pauschalisiert werden. Zu beachten ist zunächst, dass jede liberale Rechtsordnung neben einem ausgeprägten Individualrechtsschutz auch den Schutz kollektiver Rechtsgüter vorsieht.¹¹¹ Andererseits kennt auch eine autoritär-kollektivistisch geprägte Rechtsordnung

¹⁰⁷ Siehe zum deutschen Recht *Tschentscher*, Der Grundkonsens als rechtsphilosophischer und verfassungstheoretischer Argumentationstopos, in: Die Öffnung des Verfassungsrechts. Symposium zum 65. Geburtstag von Prof. Jörg Paul Müller, recht Sonderheft, Bern 2005, S. 31–35; zitiert nach: <<http://www.servat.unibe.ch/jurisprudential/lit/grundkonsensfs.pdf>> (3.1.2013); *Bumke*, Der gesellschaftliche Grundkonsens im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, Baden-Baden 2000, S. 197–223; sowie weitere Beiträge im selben Buch.

¹⁰⁸ Für den Einschluss moralischer Elemente in den Rechtsbegriff: *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, München 2005, S. 43 f.

¹⁰⁹ Vgl. in Bezug auf das deutsche Recht ausführlich *Tschentscher*, oben Fn. 107, S. 31–35; zitiert nach: <<http://www.servat.unibe.ch/jurisprudential/lit/grundkonsensfs.pdf>>.

¹¹⁰ BVerfGE 44, S. 125, 147.

¹¹¹ Z.B. Umweltschutz, vgl. Art. 20a GG.

einen, wenn auch eingeschränkten, Individualrechtsschutz.¹¹² Bei der Analyse eines Rezeptionsvorgangs ist daher in Bezug auf den konkreten Fall zu prüfen, in welchem Maß die transplantierten Rechtsnormen und die rezipierende Rechtsordnung in einen Konflikt der Wertentscheidungen geraten.

bb) Beispiel aus dem usbekischen Familienrecht

Ein gutes Veranschaulichungsbeispiel bietet die Untersuchung von *Djuraeva* zur Implementierung der United Nations Convention on the Rights of the Child (1989) im Familienrecht Usbekistans. Auch wenn einzelne Regelungen hinter den Vorgaben der Konvention bleiben, so zeigt die Untersuchung insgesamt doch das Bild eines relativ modernen und liberalen Familienrechts, das einem Kind vergleichsweise viele Möglichkeiten bietet, sich an der Entscheidung von Fragen zu beteiligen, die es unmittelbar betreffen. Interessant ist in diesem Zusammenhang z.B. das Recht des Kindes, nach dem Erreichen eines Alters von 16 Jahren seinen Vornamen zu ändern. Soweit das usbekische Recht hinter den internationalen Standards bleibt, liegt dies zum Teil an einer abweichenden Bewertung der Interessen eines Kindes, wie z.B. bei der Frage des Rechts auf die Kenntnis eigener Abstammung im Falle einer Adoption.¹¹³

Dieses Ergebnis ist auf den ersten Blick überraschend. Die sich vollziehende Aufwertung der rechtlichen Stellung eines Kindes von dem Objekt der elterlichen Sorge zu einem Subjekt der Rechtsbeziehungen scheint weder mit der islamischen Tradition Usbekistans noch mit dem sowjetisch geprägten kollektivistischen Gesellschaftsmodell, in dem der totalitäre Staat seinen Bürgern generell eine Subjektqualität abspricht, übereinzustimmen. Bei näherer Betrachtung erscheint der Befund aber folgerichtig.

Zu berücksichtigen ist nämlich, dass das Familienrecht der Sowjetzeit trotz der ideologischen Komponente gerade nicht vom marxistischen Gedankengut übermäßig dominiert war. Während in den ersten Jahren nach der Oktoberrevolution in der Sowjetunion eine radikale Liberalisierung der familienrechtlichen Beziehungen auf der Grundlage der marxistischen Theorien versucht wurde,¹¹⁴ so hat man in den späteren Jahren von diesen Experimenten wieder Abstand genommen.¹¹⁵ Von den westlichen Beob-

¹¹² Siehe z.B. zum Schutz des persönlichen Eigentums im sozialistischen Recht: *Chalfina*, *Pravo ličnoj sobstvennosti* [Recht des persönlichen Eigentums], Moskau 1955, S. 155 ff.; *Pronina/Romanovič*, *Ličnaja sobstvennost' graždan i ee zaščita* [Das persönliche Eigentum der Bürger und sein Schutz], Minsk 1984.

¹¹³ Siehe ausführlich den Beitrag von *Djuraeva* in diesem Band S. 361 ff., 374.

¹¹⁴ Siehe ausführlich *Geiger*, *The Family in Soviet Russia*, Cambridge 1970, S. 43 ff.

¹¹⁵ Siehe z.B. die Beschreibung der Prinzipien des sowjetischen Familienrechts bei *Tarchov*, *Ehe und Familie in der sozialistischen Gesellschaft*, Leipzig/Jena 1955, S. 19 ff.

achtern wurde das sowjetische Familienrecht wie folgt beschrieben: „Was an bestimmenden Einflüssen der Ideologie in diesem [dem sowjetischen] Familienrecht wirksam geblieben ist, sind Grundsätze, die heute zum Allgemeingut eines modernen Familienrechtsdenkens geworden sind.“¹¹⁶ Im Prinzip haben die ideologischen Einflüsse in der Sowjetunion letztlich zu der Ausbildung eines Familienrechtsverständnisses beigetragen, das im Kontext damaliger Zeit als modern und fortschrittlich gelten konnte. In Abgrenzung zu bürgerlichen Rechtsordnungen hob die sowjetische Ideologie die Gleichberechtigung der Frau und den Schutz der Mutterschaft und Kindschaft als besondere Errungenschaften des Sozialismus hervor.¹¹⁷ Zu den typischen Merkmalen eines sozialistischen Familienrechts wurden seitens der westlichen Beobachter u.a. die Gleichberechtigung der Geschlechter, das Zerrüttungsprinzip im Scheidungsrecht und die Gleichberechtigung der unehelichen gegenüber den ehelichen Kindern gezählt.¹¹⁸

Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass die Implementierung der UN-Konvention keine sichtbaren Widersprüche zwischen den Implementierungsnormen und dem usbekischen Recht als der rezipierenden Rechtsordnung hervorrief. Im Prinzip wird durch dieses *legal transplant* nur die bereits vorhandene Entwicklung weitergeführt.

cc) Beispiel aus dem usbekischen Markenrecht

Dagegen ist im usbekischen Markenrecht, das in der Untersuchung von *Pak* dargestellt wird, ein Konflikt zwischen den Prinzipien des usbekischen Markenrechts und den Prinzipien, die den neu eingeführten Regelungen ursprünglich immanent waren, zu beobachten. Die in der Untersuchung skizzierten Regelungen des usbekischen Markenrechts deuten auf den ersten Blick auf einen dem europäischen Recht weitgehend angeglichenen Regelungskomplex hin. Insbesondere schützt das usbekische Markenrecht, ebenso wie das europäische, eine Marke nicht nur vor einer direkten Nachahmung sondern auch vor einer Verwechslungsgefahr.¹¹⁹ Beim näheren Hinsehen wird allerdings deutlich, dass die Ausgestaltung dieses Schutzes im usbekischen Recht die Registrierung neuer Marken stark erschwert. Das usbekische Patentamt darf die Registrierung einer neuen Marke wegen einer Verwechslungsgefahr mit einer bereits eingetragenen Marke verweigern. Zu beachten ist dabei, dass der Begriff Verwechslungsgefahr im usbekischen Recht deutlich weiter ausgelegt wird als im europäischen.

¹¹⁶ *Westen*, Zur Neuordnung des Familienrechts in der UdSSR, Berichte des Bundesinstituts für ostwissenschaftliche und internationale Studien 10/1969, Köln, S. 69.

¹¹⁷ Siehe z.B. *Koroljew*, Sowjetische Familie und Gesetz, Moskau 1977, S. 4 ff.; weitere Nachweise bei *Geiger*, oben Fn. 114, S. 103 ff.

¹¹⁸ *Westen*, oben Fn. 116, S. 70.

¹¹⁹ Vgl. z.B. § 14 MarkenG für das deutsche Recht.

Pak versucht diese Handhabung mit besonderen Anforderungen, die eine wirtschaftliche Transformation des Landes an die rechtlichen Regelungen stellt, insbesondere mit der Notwendigkeit eines höheren Verbraucherschutzes, zu rechtfertigen.¹²⁰ M.E. sind in diesem Zusammenhang aber die Unterschiede zwischen dem Markenschutzsystem in der sowjetischen und in den westlichen Rechtsordnungen zu beachten. Während das westliche Markenrecht ursprünglich als ein Wettbewerbsinstrument konzipiert wurde, bestand die Zielrichtung des sowjetischen Markenrechts im Verbraucherschutz.¹²¹ Diese Konzeption scheint sich im postsowjetischen Recht Usbekistans fortzusetzen. Zu beachten ist nämlich, dass die hohen Hürden für die Markeneintragung den Markteintritt für neue Wettbewerber erschweren, was sich wiederum negativ auf den Wettbewerb auswirkt.

c) Wertneutrale Normen und *tabula rasa*-Effekt

aa) Vorüberlegung

Weiterhin ist zu beachten, dass es in jeder Rechtsordnung neben wertebasierten Normen auch solche Rechtssätze und Normenkomplexe gibt, die relativ neutral sind. Ein klassisches Beispiel dafür sind die Straßenverkehrsregeln.¹²² Aus der Sicht einer Transformationsrechtsordnung können m.E. zu solchen wertneutralen Normen z.B. auch Regelungskomplexe wie Registervorschriften, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und IPR-Regeln gezählt werden. Selbstverständlich haben auch diese Regelungen einen Gerechtigkeitsgehalt,¹²³ doch verliert dieser sich in einem sehr hohen Abstraktionsgrad der betreffenden Normen.

Zusätzlich wird der Konflikt mit der rezipierenden Transformationsrechtsordnung dadurch gemindert, dass diese Vorschriften im postsowjetischen Rechtsraum auf eine Art *tabula rasa* treffen, da die entsprechenden Regelungen im sowjetischen Recht entweder nicht vorhanden oder nicht ausgebildet genug waren. Für das theoretische Modell kann angenommen werden, dass ein *legal transplant*, das eine Regelungslücke in der rezipierenden Rechtsordnung ausfüllen soll, mit dieser Rechtsordnung nicht in einen Konflikt geraten würde.¹²⁴ In der Praxis muss diese Aussage allerdings durch Berücksichtigung weiterer Faktoren ergänzt werden, wie im Folgenden an Beispielen der *legal transplants* im georgischen Recht zu zeigen sein wird.

¹²⁰ Siehe den Beitrag von *Pak* in diesem Band S. 331 ff., 358 f.

¹²¹ Siehe den Beitrag von *Pak* in diesem Band S. 331 ff., 338 ff.

¹²² *Sacco*, oben Fn. 51, S. 393.

¹²³ Siehe z.B. für das IPR *Flessner*, Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, Tübingen 1990.

¹²⁴ Siehe den Beitrag von *Pankevich* in diesem Band S. 39 ff., 54 f.

bb) Beispiel des georgischen Schiedsverfahrens

Ein gutes Beispiel für einen kaum vorhandenen Konflikt zwischen den rezipierten Regeln und der rezipierenden Rechtsordnung in einem *tabula rasa*-Bereich bietet die Untersuchung von *Tsertsvadze* zum neuen georgischen Schiedsverfahrensgesetz. Die Untersuchung zeigt, dass die Regeln des UNCITRAL Model Law vom georgischen Recht weitgehend rezipiert wurden. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass die Rechtsprechung georgischer Gerichte in diesem Bereich im Großen und Ganzen mit den weltweiten Trends übereinstimmt. *Tsertsvadze* stellt nur vereinzelt fest, dass die Wirkung des Schiedsverfahrensgesetzes durch einen Widerspruch zwischen den neuen Regeln und anderen prozessrechtlichen Bestimmungen aufgehoben werden. In den festgestellten Fällen wird das nicht auf Wertungswidersprüche, sondern vielmehr auf Abstimmungsprobleme zwischen verschiedenen Regelungskomplexen zurückgeführt.¹²⁵

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Abstimmung zwischen einem *legal transplant* und benachbarten Regelungskomplexen im Einzelfall durchaus zum Problem werden kann. Dies zeigt ein Blick auf das russische Schiedsverfahrensrecht. Dort führen die Besonderheiten des Zivilprozessrechts dazu, dass ein Schiedsspruch von Dritten angefochten werden kann, wenn sie geltend machen, durch den Schiedsspruch in eigenen Rechten verletzt worden zu sein.¹²⁶ Dies ist auf den für zivilrechtliche Urteile staatlicher Gerichte gem. Art. 13 ZPO RF bzw. Art. 16 WPO¹²⁷ RF geltenden Grundsatz der Allgemeingültigkeit der zivilgerichtlichen Entscheidungen zurückzuführen.¹²⁸ Dieser Grundsatz wird nämlich durch die russische höchstrichterliche Rechtsprechung auch auf die Schiedssprüche erstreckt, was die Möglichkeit einer Drittanfechtung eröffnet.¹²⁹

¹²⁵ Siehe den Beitrag in diesem Band S. 139 ff., 189 ff.

¹²⁶ Siehe ausführlich *Asoskov/Kurzynsky-Singer*, *Predely dejstvija sudebnych i tretejskich rešenij po krugu lic* [Persönliche Reichweite von gerichtlichen und schiedsgerichtlichen Entscheidungen], *Vestnik VAS* 2012, Nr. 2, S. 6 ff.

¹²⁷ Wirtschaftsprozessordnung, die für die staatlichen Wirtschaftsgerichte gilt.

¹²⁸ *Kurzynsky-Singer/Pankevich*, oben Fn. 12, S. 7 ff.

¹²⁹ Informationsbrief des Präsidiums des Höchsten Wirtschaftsgerichts der RF vom 22.12.2005, Punkt 11; Verfassungsgericht der RF, Entscheidung vom 4.6.2007, Az. 377-O-O; weiterhin gibt es folgende Entscheidungen, in denen Anfechtung einer Schiedsgerichtsentscheidung durch Dritte, die nicht an dem Verfahren vor dem Schiedsgericht beteiligt waren, für zulässig erklärt wurde: Entscheidung des Föderalen Wirtschaftsgerichts (im Weiteren: FAS) des Moskauer Bezirks vom 29.10.2008, Az. KG-A40/8986-08; FAS des Moskauer Bezirks vom 20.10.2009, Az. KG-A40/10854-09-P; FAS des Ostsibirischen Bezirks vom 26.1.2009, Az. A33-5104/08-F02-6106/08; FAS des Nordkaukasischen Bezirks vom 31.3.2010, Az. A32-52089/2009; FAS des Nordkaukasischen Bezirks vom 26.2.2010, Az. A63-14448/2009; FAS des Nordkaukasischen Bezirks vom 23.1.2007, Az. F08-7093/2006.

Es ist wohl den Reformen des georgischen Zivilprozessrechts zu verdanken, dass ein ähnlicher Effekt im georgischen Recht ausgeblieben ist. Genaue Feststellungen müssen allerdings wohl weiteren Untersuchungen vorbehalten bleiben.

cc) Beispiel des georgischen Verbraucherrechts

Zu beachten ist weiterhin, dass nicht jedes neue Rechtsgebiet automatisch auf eine *tabula rasa* trifft, wie am Beispiel des Verbraucherrechts zu sehen ist. Zwar hatte das Verbrauchergesetz im sowjetischen Recht keine Entsprechung, doch war die Konzeption des Verbraucherschutzes dem sowjetischen Recht durchaus nicht fremd, wie z.B. Ausführungen zum Markenrecht von *Pak* zeigen.¹³⁰ Allerdings wurde sie mithilfe der öffentlich-rechtlichen Instrumente und nicht der dem Verbraucher unmittelbar einzuräumenden Rechte, wie z.B. dem Widerrufsrecht, umgesetzt. Weiterhin ist zu beachten, dass das Verbraucherrecht eine Sonderregelung für einen bestimmten Vertragstyp darstellt und insofern bereits bestehende Regelungen des Zivilrechts ergänzt. Damit greift die Konzeption des Gesetzes in bereits geregelte Verhältnisse ein. Es ist daher zweifelhaft, ob das Verbrauchergesetz eine Regelungslücke ausfüllt.

Die Untersuchung von *Giorgishvili* zum georgischen Verbraucherrecht¹³¹ zeigt einerseits, dass der georgische Gesetzgeber bemüht war, die europäischen Richtlinien zum Schutze der Verbraucher umzusetzen. Zwar hat er sich jeweils an den Mindestanforderungen orientiert, auch ist die Umsetzung zum Teil unvollständig und wird von *Giorgishvili* teilweise kritisiert. Dennoch mutet das georgische Verbraucherrecht zumindest auf den ersten Blick durchaus europäisch an. Ein anderes Problem, das m.E. viel mehr als die einzelnen Umsetzungsmängel wiegt, liegt aber darin, dass die Verbraucherschutznormen in der georgischen Realität relativ wenig Beachtung finden. Die Untersuchung von *Giorgishvili* macht deutlich, dass es nur vereinzelte Gerichtsentscheidungen und Stellungnahmen in der Literatur zu diesen Normen gibt. Eine mögliche Erklärung hierzu wäre, dass aus der Sicht des Rechtsanwenders die bestehenden Regelungen des Zivilrechts bereits die betroffenen Fälle abschließend regeln, so dass das *legal transplant* in diesem Fall in der Wahrnehmungskonkurrenz gegenüber bereits vorhandenen Regeln unterliegt. Möglicherweise würde die Inkorporierung der Verbraucherschutzvorschriften in das Zivilgesetzbuch dieses Problem etwas entschärfen.

¹³⁰ In diesem Band S. 331 ff.

¹³¹ Siehe den Beitrag in diesem Band S. 219 ff.

dd) Beispiel des georgischen IPR

Schließlich ist zu beachten, dass die Rezeption von Regeln, die grundsätzlich in keinen ausgeprägten Konflikt mit der rezipierenden Rechtsordnung treten, dadurch erschwert werden kann, dass die rezipierende Rechtsordnung schlicht nicht in der Lage ist, diese Regeln in ihrer Komplexität wiederzugeben, bzw. diese Komplexität in der rechtlichen Realität nicht nachgefragt wird. Eine gute Illustration hierzu ist im Beitrag von *Vashakidze* enthalten. Er zeigt, dass die Regelungen des internationalen Privatrechts, die zu einem beachtlichen Teil eine Rezeption des deutschen IPR darstellen, in der Praxis kaum zur Anwendung kommen. Er führt das darauf zurück, dass die Parteien des Rechtsstreits die Anwendung von Kollisionsregeln kaum verlangen. Die Parteien seien an einer schnellen Beilegung des Rechtsstreites mehr interessiert als an kollisionsrechtlicher Gerechtigkeit.¹³²

d) Umfassende Entlehnungen

Eine gesonderte Betrachtung verdient schließlich die Frage der umfassenden Entlehnungen. Es wird teilweise angenommen, dass Entlehnungen zwischen zwei gänzlich verschiedenen Systemen in Form umfassender Entlehnungen leichter seien, als wenn lediglich einzelne Regelungen übernommen werden.¹³³ Im Kontext des vorliegend vorgeschlagenen Modells erscheint diese Aussage im Wesentlichen richtig, wenn auch nicht differenziert genug, wie am Beispiel des georgischen Rechts zu beobachten ist.

Wie oben bereits ausgeführt, ist die Rezeption des europäischen, insbesondere des deutschen Rechts in Georgien viel umfassender ausgefallen, als in den anderen GUS-Ländern. Vor allem im Zivilrecht wurde der Versuch unternommen, die Grundstrukturen des deutschen BGB ins georgische Recht zu übertragen. Die Rezeption des deutschen Zivilrechts in Georgien soll allerdings nicht dahin gehend missverstanden werden, dass dadurch das georgische Recht weitestgehend dem deutschen angeglichen wurde. Wie oben bereits ausgeführt, wurde in vielen Fällen, wie z.B. im Familien- und Erbrecht, auf die Rezeption der einzelnen Regeln bewusst verzichtet.¹³⁴ Im Sinne des hier vertretenen Modells ist dieses Vorgehen unbedingt zu begrüßen, weil dadurch Konflikte zwischen den rezipierten Regelungen und der rezipierenden Rechtsordnung vermieden wurden, die für die Zwecke der Reformgesetzgebung nicht notwendig sind.¹³⁵

¹³² Siehe den Beitrag in diesem Band S. 289.

¹³³ *Sacco*, oben Fn. 51, S. 400.

¹³⁴ Siehe bereits oben, Abschnitt II 5, S. 11 ff.

¹³⁵ Hierzu ausführlich unten, Abschnitt IV 2, S. 34 ff.

Zu beachten ist weiterhin, dass einige auf den ersten Blick eher kleine Abweichungen des georgischen ZGB von dem deutschen Modell zum Teil zu großen Unterschieden führen können. So führt z.B. der Verzicht auf die Rezeption des Abstraktionsprinzips im Mobiliarsachenrecht dazu, dass auch die Rückabwicklung von unwirksamen Übereignungsverträgen im georgischen Recht nach anderen Regeln erfolgen muss als im deutschen.¹³⁶ Auch wenn man die Entwicklung des georgischen Zivilrechts seit der Verabschiedung des ZGB betrachtet, lassen sich Wendepunkte finden, an denen das georgische Recht sich von dem ursprünglichen, rezipierten Modell entfernt. Zum Teil erfolgt das in Anpassung des Gesetzes an die spezifischen Erfordernisse des georgischen Wirtschaftsverkehrs, was etwa am Beispiel der Reform des Pfandrechts sichtbar wird.¹³⁷ Dies ist ein natürlicher und unvermeidbarer Prozess.¹³⁸ Eine solche Weiterentwicklung und Veränderung erfolgt nicht nur durch die gesetzgeberische Tätigkeit, sondern auch durch die Rechtsanwendung, wie am Beispiel des gutgläubigen Erwerbs zu sehen ist.¹³⁹ Durch eine weite Auslegung des Begriffs „Abhandenkommen“ schränkte das georgische Oberste Gericht die Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs beträchtlich ein. Diese Entwicklung kann möglicherweise auf einen Konflikt zwischen der rezipierenden Rechtsordnung und dem *legal transplant* zurückgeführt werden. Zu beachten ist nämlich, dass die deutschen Regelungen zum gutgläubigen Erwerb eine sehr weitgehende Selbstverantwortung des Eigentümers voraussetzen. Dieses Niveau der Selbstverantwortung kann für eine postsozialistische, paternalistische Gesellschaft zu weitgehend erscheinen.¹⁴⁰

Damit kann vermutet werden, dass eine umfassende Rezeption zunächst nach demselben Muster abläuft wie die Rezeption einzelner Regelungen. Gleichzeitig ist aber zu beachten, dass nach dem jetzigen Kenntnisstand die Rezeptionsvorgänge in Georgien im Großen und Ganzen zu einer wesentlich besseren Integration der rezipierenden Regelungen führen, als es in anderen Ländern des postsowjetischen Raums der Fall ist, was be-

¹³⁶ Siehe ausführlich den Beitrag von *Kurzynsky-Singer/Zarandia* in diesem Band S. 107 ff., 122 ff.

¹³⁷ Ebd. S. 136 ff.

¹³⁸ Ein lehrreiches Beispiel für die notwendige Anpassung der rezipierten Regelungen an die sozioökonomische Bedingungen der rezipierenden Rechtsordnung bei der Rezeption des römischen Rechts findet man bei *Bucher*, Römisches Recht: Dessen gewundene Wege bei seiner Rezeption, in: Pichonnaz/Vogt/Wolf (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts. Festschrift für B. Huwiler, Bern 2007, S. 137 ff., 139–145.

¹³⁹ Siehe ausführlich den Beitrag von *Kurzynsky-Singer/Zarandia* in diesem Band S. 107 ff., 125 ff.

¹⁴⁰ Siehe zu Einschränkungen des gutgläubigen Erwerbs im russischen Recht *Kurzynsky-Singer*, Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen nach russischem Recht, in: Private Law Reform in South East Europe – Liber Amicorum Christa Jessel-Holst, Faculty of Law University of Belgrade, Belgrad 2010, S. 306–316.

sonders deutlich am oben geschilderten Beispiel des Schiedsverfahrensrechts ersichtlich ist. Eine mögliche Ursache dieser Entwicklung ist darin zu sehen, dass die umfassende Rezeption des europäischen Rechts in gewissem Sinne den Boden für weitere Entlehnungen vorbereitete, indem sie durch die eingeleitete Veränderung des georgischen Rechts den potentiellen Konflikt zwischen den rezipierten Regelungen und der rezipierenden Rechtsordnung verringerte.

IV. Abschließende Überlegungen zu den Erfolgsaussichten eines Rezeptionsvorgangs

1. Legal transplants als Mittel der Rechtsangleichung und Vereinheitlichung des Rechts

Wird ein *legal transplant* als Mittel der Rechtsangleichung oder der Vereinheitlichung des Rechts eingesetzt, so ist sein Erfolg daran zu messen, in welchem Maß die transplantierte Regelung in der neuen Rechtsordnung ihren ursprünglichen Inhalt behält.

Die vorstehende Untersuchung machte deutlich, dass dieser Erfolg bei weitem nicht alleine daran gemessen werden kann, ob die entsprechende Regelung gesetzlich umgesetzt wurde. Das Beispiel der Auslegung des Begriffs „Abhandenkommen“ im georgischen Sachenrecht oder des Begriffs „Verwechslungsgefahr“ im usbekischen Markenrecht zeigt deutlich, dass selbst der gleiche Wortlaut zu verschiedenen Auslegungsergebnissen führen kann.¹⁴¹ Auch sagt die gesetzliche Umsetzung noch nichts darüber aus, ob die Regelung auch zur Anwendung kommt, wie am Beispiel des georgischen IPR und des Verbraucherrechts zu sehen ist.¹⁴² Zu überlegen ist insofern, anhand welcher Kriterien ein Transplantationserfolg antizipiert werden könnte.

Aufgrund der oben vorgenommenen Analyse kann die These formuliert werden, dass die *legal transplants* umso bessere Chancen haben, von der rezipierenden Rechtsordnung angenommen zu werden und die gewünschte Wirkung zu entfalten, je weniger intensiv der Konflikt zwischen den Wertungen, die der transplantierten Regelung zugrunde liegen, und den Wertungen der rezipierenden Rechtsordnung ausfällt. Die Intensität des Konfliktes wird im Wesentlichen davon abhängen, wie grundlegend die durch

¹⁴¹ Siehe die Beiträge von Kurzynsky-Singer/Zarandia und Pak in diesem Band, S. 107 ff. bzw. S. 331 ff.

¹⁴² Siehe die Beiträge von Giorgishvili und Vashakidze in diesem Band, S. 219 ff. bzw. S. 289 ff.

das *legal transplant* herausgeforderte Wertvorstellung für die Bildung des gesellschaftlichen Grundkonsenses ist.

Die Minimierung dieses Konflikts kann auf verschiedene Weise erfolgen. Zum einen kann es sich um ein Rechtsgebiet handeln, in dem die Wertungen der Rechtsordnung, der das *legal transplant* entstammt, und die Wertungen der rezipierenden Rechtsordnung übereinstimmen. Zum anderen kann es sich um „technische“ Regeln mit einem geringen Konfliktpotential handeln. In diesem zweiten Fall garantiert die niedrige Intensität des Konflikts aber noch keinesfalls eine gelungene Rezeption. In einem zweiten Schritt wäre nämlich zu überlegen, ob die zu rezipierenden Regelungen mit den Möglichkeiten und Bedürfnissen der Rechtswirklichkeit der rezipierenden Rechtsordnung übereinstimmen.

Dagegen ist das Konfliktpotential von Normen, die eine Wertentscheidung verkörpern oder eine solche zumindest reflektieren, sowie von Generalklauseln, die bei der Anwendung mit einem Werturteil ausgefüllt werden, enorm hoch. Für diese Normen gilt, dass bei ihrer Implementierung in eine Rechtsordnung mit einem anderen Wertesystem als demjenigen, der sie entstammen, die entlehnte Norm einen neuen Inhalt erhält, der sich an der Rechtskultur, in der sie rezipiert wird, ausrichtet. Damit würde die Übernahme einer solchen Norm in eine Transformationsrechtsordnung notwendigerweise zu deren inhaltlichen Veränderung führen. Festzuhalten ist, dass eine umfassende Rechtsangleichung nur zwischen den Rechtsordnungen möglich ist, denen ein übereinstimmendes Wertesystem zugrunde liegt.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden: Soweit der Zweck der Rezeption eine Rechtsangleichung darstellt, sind Konflikte zwischen dem *legal transplant* und der rezipierenden Rechtsordnung zu vermeiden und eine technische Lösung zu bevorzugen, bei der auf Generalklauseln, wertebasierte Normen u.ä. weitestgehend verzichtet wird.

2. Legal transplants als Reforminstrument in einer Transformationsrechtsordnung

Ein weiterer Maßstab für die Erfolgsbewertung eines *legal transplant* wäre, inwiefern die transplantierte Regelung zu der Transformation der Rechtsordnung des rezipierenden Landes beitragen konnte. In diesem Kontext wäre z.B. die Rezeption des deutschen Zivilrechts in Georgien als ein Erfolg zu bewerten. Nach der Implementierung findet dort eine Weiterentwicklung der rezipierten Regelungen statt, die zwar zu einem Auseinanderdriften des ursprünglich rezipierten Modells und des modernen georgischen Rechts führt, aber auch eine Anpassung der rezipierten Regelungen an die Bedürfnisse des georgischen Rechtsverkehrs sicherstellt. In diesem

Fall bildet ein *legal transplant* einen Ausgangspunkt weiterer nationaler Rechtsbildung.

Bei der Erfolgsbewertung der Transplantationsvorgänge in den Transformationsstaaten ist weiterhin zu beachten, dass – obwohl die Rezeption wertneutraler Normen, die nicht in einen Konflikt mit der rezipierenden Rechtsordnung geraten, relativ leicht möglich ist – der Nutzen einer solchen Rezeption für die Transformation der Rechtsordnung begrenzt ist. Zwar bedarf eine funktionierende Marktwirtschaft zweifellos eines Gerüsts von technischen Regeln, die ihr Funktionieren ermöglichen. Doch deuten die in dieser Untersuchung vorgestellten Beobachtungen darauf hin, dass dieses Gerüst alleine nicht ausreicht. Ohne eine veränderte Einstellung zu Privatautonomie, Individualrechtsschutz und weiteren Grundpfeilern der Marktwirtschaft wird es wenig bewirken oder sogar leerlaufen können.

Soweit die Rezeption fremden Rechts Impulse für die Transformation der Rechtsordnung geben soll, ist es keinesfalls ausreichend, einzelne Regeln zu rezipieren. Viel mehr müssen die Grundprinzipien in den Mittelpunkt des Rezeptionsvorgangs gerückt werden. Wie das Beispiel von Georgien zeigt, kann eine umfassende Übernahme von ganzen Gesetzbüchern dabei wesentlich vorteilhafter sein, als die Rezeption einzelner Elemente. Das Wichtigste ist aber nach wie vor nicht der Gesetzestext, sondern das dahinter stehende Wertesystem. Insofern ist die erfolgreiche Rezeption ohne einen engen rechtswissenschaftlichen Austausch und den kulturellen Dialog kaum möglich.

Im Kontext der Rechtstransformation erfahren die Konflikte zwischen der rezipierenden Rechtsordnung und den *legal transplants* eine andere Bedeutung als in dem Fall, wenn die Rezeption eine Rechtsangleichung bzw. -vereinheitlichung zum Ziel hat. Bei einer positiven Entwicklung kann ein solcher Konflikt den Diskurs über das Wertesystem in der rezipierenden Rechtsordnung bereichern und auf diese Weise zu einer Weiterentwicklung der Rechtsordnung beitragen. Ein solcher Effekt ist z.B. in der oben bereits zitierten Untersuchung über die Dispositionsmaxime im russischen Zivilprozessrecht festgestellt worden.¹⁴³

¹⁴³ Kurzynsky-Singer/Pankevich, oben Fn. 12, S. 22: „Fazit: Das Nebeneinander der Dispositionsmaxime und der Allgemeingültigkeit der gerichtlichen Entscheidungen im russischen Zivilprozessrecht stellt insofern einen konzeptionellen Widerspruch dar, als sich einerseits die prozessrechtlichen Dispositionsbefugnisse der Prozessparteien naturgemäß nicht auf die Rechte Dritter beziehen können, das Ergebnis des Gerichtsverfahrens andererseits aber eine Allgemeingültigkeit beansprucht. Das Festhalten am Grundsatz der Allgemeingültigkeit gerichtlicher Entscheidungen behindert somit die Verankerung der Dispositionsmaxime im russischen Prozessrecht. Doch handelt es sich hierbei nicht um einen reinen Widerspruch zweier Konzepte, sondern um einen wechselseitigen Einfluss dieser konträren Prinzipien des Prozessrechts.“

Die vom Gesetzgeber eingeführte Dispositionsmaxime war für das aus der sowjetischen Zeit geerbte rechtliche System ein Fremdkörper. Unter den bestehenden Bedin-

Bei dem Einsatz eines *legal transplant* mit einem hohen Konfliktpotential in Bezug auf die rezipierende Rechtsordnung als Reforminstrument ist jedoch Vorsicht geboten. Wie oben am Beispiel der Abgrenzung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht gezeigt wurde, kann die Wirkung einer rezipierten Norm in ihr Gegenteil verkehrt werden.

Auch erscheint es ratsam, bei der Rezeption von umfassenden Regelungskomplexen solche Konflikte zu vermeiden, die für das Erreichen des Reformziels nicht relevant sind. Als ein gelungenes Beispiel ist in diesem Zusammenhang wiederum das georgische Zivilgesetzbuch zu werten, das z.B. auf wesentliche Eingriffe in das Familien- und Erbrecht verzichtete.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass ein *legal transplant* als Reforminstrument in einer Transformationsrechtsordnung durchaus erfolgversprechend eingesetzt werden kann, auch wenn dies eine eingehende antizipierende Analyse der möglichen Auswirkungen im konkreten Fall erfordert.

3. Ex ante-Analyse der Wirkungen eines legal transplant

Wie oben bereits ausgeführt, wird vorliegend die Auffassung vertreten, dass den Schlüssel zum Verständnis eines jeden Rezeptionsvorgangs die Analyse des Konflikts zwischen dem *legal transplant* und der rezipierenden Rechtsordnung bietet.

Zunächst ist daher das *legal transplant* im Kontext seiner ursprünglichen Rechtsordnung zu betrachten. Festzustellen ist dabei, welche Determinierung die zu transplantierende Norm in ihrem ursprünglichen Kontext erfährt, insbesondere, welche teleologische Ausrichtung sie hat, welche Anwendungsgrenzen sie prägen und welche Wirkungen sie entfaltet. Fer-

gungen kann die Dispositionsmaxime die ihr zugeteilte Funktion nicht im vollen Umfang erfüllen. Sie gibt jedoch der Rechtsordnung einen notwendigen Entwicklungsanstoß, der durch die Konkurrenz beider Konzepte, die den erwähnten Prinzipien zugrunde liegen, bedingt wird.

Die längerfristig zu erwartende Durchsetzung der Dispositionsmaxime wird durch das Prinzip des kontradiktorischen Verfahrens, das in der Verfassung der RF verankert ist (Art. 123 Abs. 3), unterstützt. So liegt heute die Pflicht zur Beibringung der Beweise ausschließlich bei den Prozessparteien. Das Gericht fällt sein Urteil ausschließlich anhand des Klagegegenstands und der Forderungen der Parteien und übt seine Mitwirkung bei der Aufnahme von Beweisen nur auf Ersuchen der Parteien aus. Die Beschränkung der Untersuchungsbefugnisse des Gerichts hat zur Konsequenz, dass eine umfassende Überprüfung der Rechtssache hinsichtlich des Vorhandenseins von Rechten und Interessen Dritter unmöglich wird. Im konzeptionellen Bereich kehrt dadurch die private Streitigkeit zwischen Bürgern in die eigentlich private Sphäre zurück. Die Überprüfung des Vergleichs, des Anerkenntnisses und des Klageverzichts werden daher höchstwahrscheinlich in der Praxis bereits jetzt auf die Fälle beschränkt, in denen ein offensichtlicher Verstoß gegen Rechte Dritter vorhanden ist“.

ner ist zu überlegen, welche Mechanismen in der ursprünglichen Rechtsordnung diese Determinierung gewährleisten. Ein solcher Mechanismus kann z.B. durch verfassungskonforme Auslegung oder prozessrechtliche Besonderheiten zur Durchsetzung einzelner Normen vermittelt werden.¹⁴⁴

Weiterhin ist die rezipierende Rechtsordnung zu untersuchen. Zu prüfen ist, welche Faktoren auf die rezipierte Norm einwirken würden, welche der bereits vorhandenen Normen dazu geeignet sind, die gewünschte Wirkung zu blockieren, welche der in der ursprünglichen Rechtsordnung vorhandenen Mechanismen entfallen, und so weiter. Als Beispiel für das Blockieren der neu eingeführten Normen und Institute kann – neben der bereits erwähnten Wechselwirkung zwischen der Dispositionsmaxime und dem Prinzip der Allgemeingültigkeit gerichtlicher Entscheidungen im russischen Prozessrecht – der gutgläubige Erwerb im russischen Recht angeführt werden. Art. 302 Abs. 1 ZGB RF schützt zwar einen gutgläubigen Erwerber gegen die Vindikationsansprüche des ursprünglichen Eigentümers. Problematisch ist dabei allerdings die Ausgestaltung des Art. 167 Abs. 2 ZGB RF, der jedem interessierten Dritten das Recht einräumt, die Rückabwicklung eines unwirksamen Vertrags zu verlangen. Der Verkauf einer fremden Sache wird als gesetzeswidrig und damit nichtig angesehen. Es ist aus dem Gesetz nicht unmittelbar ersichtlich, dass dieser Anspruch entfallen soll, wenn in Bezug auf den Vertragsgegenstand eine Vindikationslage behauptet wird. Damit besteht für den Eigentümer theoretisch die Möglichkeit, die Rückabwicklung des Vertrags zwischen dem Verkäufer und dem gutgläubigen Erwerber zu verlangen und anschließend die Sache von dem Verkäufer herauszuverlangen. Diese Konstruktion wurde durch die russischen Gerichte auch tatsächlich praktiziert, was den gutgläubigen Erwerb im russischen Recht de facto ausschloss.¹⁴⁵ Erst eine Entscheidung des russischen Verfassungsgerichts vom 21.4.2003¹⁴⁶ erklärte sie für verfassungswidrig.¹⁴⁷

Die Gegenüberstellung der Wirkung der zu rezipierenden Rechtsnorm in der ursprünglichen rechtlichen Umgebung und der Determinierung der

¹⁴⁴ Ein Beispiel für eine solche Analyse enthält der Beitrag von *Kurzynsky-Singer* in diesem Band S. 89 ff.

¹⁴⁵ Vgl. ausführlich *Ostrovskaja*, Gibt es den gutgläubigen Erwerb nach russischem Recht?, WiRO 2005, S. 293 ff., 295 mit Rechtsprechungsnachweisen in Fn. 43.

¹⁴⁶ Postanovlenie Konstitucionnogo suda RF ot 21.4.2003 N 6-P „Po delu o proverka konstitucionnosti položenij punktov 1 i 2 stat’i 167 Graždanskogo kodeksa RF v svjazi s žalobami graždan O.M. Marinčevoj, A.V. Nemirovskoj, Z.A. Skljanovoj, R.M. Skljanovoj i V.M. Širjaeva“ [Entscheidung des Verfassungsgerichts der RF vom 21.4.2003 N 6-P „Im Verfahren zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bestimmungen in Teil 1 und 2 des Artikels 167 des Zivilgesetzbuches der RF im Zusammenhang mit der Beschwerde der Bürger O.M. Marinčeva, A.V. Nemirovskaja, Z.A. Skljanova, R.M. Skljanova und V.M. Širajev“, zitiert nach GARANT.

¹⁴⁷ Siehe ausführlich und mit Nachweisen *Kurzynsky-Singer*, oben Fn. 140, S. 306 ff.

rezipierenden Rechtsordnung liefert Ansatzpunkte für den voraussichtlichen Konflikt. Dieser ist in einem weiteren Schritt zu analysieren. Zu achten ist vor allem auf die Frage, wie tief der prognostizierte Konflikt verankert ist, wie sehr die ihm zugrunde liegenden Wertungen den jeweiligen gesellschaftlichen Grundkonsens prägen. So wäre im oben angeführten Beispiel des gutgläubigen Erwerbs im russischen Recht zu beachten, dass die besondere Form der Rückabwicklung eines unwirksamen Vertrags, die im russischen Sprachgebrauch als „Restitution“ bezeichnet wird, ihre Wurzeln im sowjetischen Rechtsdenken hat. Damals wurde die Restitution weniger als ein im Interesse der Parteien bestehendes gegenseitiges Rückgewährschuldverhältnis, sondern als eine „Maßnahme zum Schutz der Rechtsordnung“ angesehen.¹⁴⁸ Dieses Rechtsverständnis wirkt immer noch dadurch nach, dass die Geltendmachung der Rückgewähransprüche nicht den Vertragsparteien vorbehalten ist, sondern dass die Rückabwicklung auch durch am Vertrag unbeteiligte Dritte verlangt bzw. durch das Gericht von Amts wegen angeordnet werden kann. Insbesondere ist zu beachten, dass die durch Art. 167 Abs. 2 ZGB RF angeordnete Rückabwicklung eines unwirksamen Vertrags nicht zur Disposition der Parteien steht. Die Parteien sind viel mehr verpflichtet, den Vertrag rückabzuwickeln.^{149 150}

Schließlich ist der Konflikt zu bewerten. Hier muss die Frage gestellt werden, ob zu erwarten ist, dass der Konflikt den Diskurs in der rezipierenden Rechtsordnung diversifizieren und damit Veränderungen anstoßen könnte.¹⁵¹ Insbesondere in dem Fall einer zu erwartenden Veränderung der rezipierten Norm und deren Anpassung an die rezipierende Rechtsordnung ist zu beachten, dass *legal transplants*, die aus einer besser entwickelten Rechtsordnung in eine Transformationsrechtsordnung übernommen werden, in der Regel eine höhere Legitimation genießen.¹⁵² Nun würde sich diese Legitimation auf die veränderte Regelung erstrecken, was den *status quo* eher verfestigen als den Transformationsprozess anstoßen dürfte.

¹⁴⁸ Zur historischen Entwicklung vgl. ausführlich *Tuzov*, *Restitucija pri nedejstvitel'nosti sdelok* [Die Restitution bei der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften], Moskau 2007, S. 89 ff.

¹⁴⁹ *Koncepcija soveršenstvovanija obščich položenij Graždanskogo Kodeksa Rossijskoj Federacii* [Konzeption zur Vervollkommnung der Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs der Russischen Föderation], Abschnitt V § 1 I.9, *Vestnik VAS* 2009, Nr. 4, S. 54.

¹⁵⁰ *Kurzynsky-Singer*, oben Fn. 140, S. 306 ff.

¹⁵¹ Zu einem positiven Beispiel siehe bereits oben Fn. 143.

¹⁵² Siehe ausführlich den Beitrag von *Pankevich* in diesem Band S. 39 ff.