

Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts

Teilband II
Nichtstaatliches Privatrecht:
Geltung und Genese

Herausgegeben von
REINHARD ZIMMERMANN

*Rechtsvergleichung
und Rechtsvereinheitlichung*

12

Mohr Siebeck

Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

herausgegeben von der
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

12



Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts

Teilband II
Nichtstaatliches Privatrecht:
Geltung und Genese

Herausgegeben von
Reinhard Zimmermann

in Verbindung mit
Uwe Blaurock, Christian Kirchner
und Ulrich Spellenberg

Mohr Siebeck

Reinhard Zimmermann, geboren 1952; Professor für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und historische Rechtsvergleichung an der Universität Regensburg; Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

ISBN 978-3-16-149785-8 / eISBN 978-3-16-160918-3 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 1861-5449 (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

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

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

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 Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort

Zu den großen und aktuellen Herausforderungen an die Rechtswissenschaft gehört die „Entstaatlichung des Rechts“: neben staatliche treten in zunehmendem Maße private Normsetzer. Betroffen sind davon klassische Rechtsbereiche wie das Vertragsrecht (*Principles of European Contract Law*) oder das Gesellschaftsrecht (*Corporate Governance*-Kodizes) ebenso wie neuere oder neueste Rechtsmaterien (Sportrecht; Internetrecht). Vielfach treten private Normsetzer auf, wenn es um internationale Regelungsprobleme geht. Denn derartige Regelungsprobleme überfordern den nationalstaatlichen Gesetzgeber. Gleichzeitig ist Staatlichkeit im supranationalen Bereich vielfach zu wenig ausgeprägt, um als Basis für traditionelle Normsetzung zu dienen. Private Normsetzung leistet in diesem Regelungsvakuum einen Beitrag zur Globalisierung des Rechts. Gleichzeitig erscheint sie aber auch als besonders problematisch. So stellt sich etwa die Frage der Legitimation. Lässt sich hier der Gedanke der Zustimmung seitens der Regelungsadressaten ins Spiel bringen? Oder muss versucht werden, Legitimationsdefizite durch staatliche Anerkennungsmechanismen zu lösen? Im Übrigen ist privat gesetztes Recht jenseits des Nationalstaats auch nicht eingefügt in die herkömmlichen systematischen und dogmatischen Strukturen des Rechts. Und es kann die herkömmliche Konzeption von Privatrecht in Frage stellen. Damit ist etwa auch zu fragen: Inwieweit ist unser privatrechtliches Denken – bewusst oder unbewusst – auf den Staat bezogen? Was bedeutet der zunehmende Verlust des Staatsbezuges für unsere Vorstellung vom Privatrecht? Und was folgt daraus für Systembildung und Privatrechtswissenschaft?

Diese Fragen waren Gegenstand eines Symposiums am Hamburger Max-Planck-Institut im Juli 2007 (die Vorträge werden veröffentlicht im *American Journal of Comparative Law* 56 (2008), Heft 3 sowie in einem parallel dazu bei Mohr Siebeck erscheinenden Buch), und sie bildeten auch den Hintergrund für die gemeinsame Tagung der Fachgruppen für Grundlagenforschung, Zivilrechtsvergleichung sowie vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Halle im September 2007. Ausgehend von den Ergebnissen der Hamburger Tagung erörtert *Mathias Reimann* in dem vorliegenden Band, der die Beiträge der Hallenser Tagung dokumentiert, die Herausforderungen des Phä-

nomens der Entstaatlichung des Rechts für die Disziplin der Rechtsvergleichung. *Gerald Spindler* analysiert die Regulierung von IT-Märkten im Spannungsfeld von staatlichen Rahmenbedingungen und privatautonom gesetzten, komplementär wirkenden Rechtssätzen und fragt nach Legitimation und Effizienz einer derart hybriden Regulierungsform. Das Spannungsverhältnis zwischen der staatlichen Rechtsordnung und privater Regelung steht auch im Mittelpunkt des Beitrages von *Eddy Wymeersch* über *Corporate Governance*-Kodizes. Eine Schlüsselrolle spielt in diesem Zusammenhang die Frage der Durchsetzbarkeit derartiger selbst auferlegter Verhaltensregeln. Ein weiteres Referat auf der Hallenser Tagung war einer Form privater Regelung gewidmet, die in den vergangenen zwei Jahrzehnten vor allem im Bereich der Harmonisierung von Kernbereichen des Europäischen Privatrechts populär geworden ist. Den Anfang machten hier die *Principles of European Contract Law* der sog. Landokommission; entstanden sind ferner *Principles of European Tort Law* und *Principles of European Trust Law*; sogar für Teilbereiche des Familienrechts gibt es derartige *Principles*. Inspiriert sind sie allesamt von der US-amerikanischen Idee der *Restatements*, die dort unter der Ägide des *American Law Institute* erarbeitet werden und in Theorie und Praxis großen Einfluss gewonnen haben. Nachdem es leider nicht möglich war, eine Druckfassung des in Halle gehaltenen Referats über *Restatements and Model Codes* zu erhalten, erklärte sich freundlicherweise *Joachim Zekoll* bereit, kurzfristig für diesen Band einen Beitrag über das *American Law Institute* zu verfassen und damit ein besonderes und für die internationale Diskussion vorbildliches Modell privater Regelbildung zu schildern. Eine besondere Pointe des Beitrages von *Zekoll* liegt in der Frage, ob wir auch in Europa eines derartigen Instituts bedürfen.

Nichtstaatliches Recht ist auch die *lex mercatoria*. *Felix Dasser* fragt, welche Rolle diese in der akademischen Literatur viel und kontrovers behandelte Form eines internationalen Handelsrechts in der modernen Praxis tatsächlich spielt. Mit dem Stichwort der *lex mercatoria* kommt gleichzeitig aber eine historische Form nichtstaatlichen Rechts in den Blick, von der ebenfalls umstritten ist, inwieweit sie Realität oder Chimäre ist. Keine Chimäre war jedenfalls das mittelalterliche und frühneuzeitliche *ius commune*: ein privat, an den Universitäten geschaffenes und gelehrtes Privatrecht von transnationaler Bedeutung, das *Nils Jansen* näher auf seinen Geltungsgrund hin untersucht. Damit wird deutlich, dass die Rede von der „Entstaatlichung des Rechts“ zwar zutreffend eine moderne Entwicklung beschreibt, dass die Geschichte unseres Privatrechts aber zunächst einmal (unter anderem) als eine Geschichte der *Verstaatlichung* des Rechts erzählt werden kann. Schließlich ist „Entstaatlichung“ sicherlich auch nicht das richtige Stichwort, um das komplexe Verhältnis zwischen Staat

und Recht in außereuropäischen Kulturen zu beschreiben. *Gordon R. Woodman* demonstriert das am Beispiel Afrikas.

Die Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung im September 2007 stand insgesamt unter dem Titel „Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts“. Ein erster Tagungsband mit dem Festvortrag zu diesem Thema und den Vorträgen der anderen Fachgruppen ist vor kurzem in dieser Reihe unter der Herausgeberschaft von Jürgen Schwarze erschienen. Der vorliegende Band bildet dazu das privatrechtliche Pendant.

Sehr herzlich danken möchte ich allen Referenten für ihre Vorträge in Halle und für die Ablieferung der vorliegenden Druckfassung, den Teilnehmern der kombinierten Arbeitssitzung der drei Fachgruppen für ihre engagierten Diskussionsbeiträge, und den Leitern der Fachgruppen für Grundlagenforschung sowie vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht für ihre Mitwirkung bei der Vorbereitung und Durchführung der Tagung. Besonderer Dank gebührt schließlich Ben Steinbrück, Hamburg für seine Hilfe bei der Vorbereitung dieses Tagungsbandes, Ingeborg Stahl für die satztechnische Endbearbeitung und dem Verlag Mohr Siebeck sowie Herrn Dr. Franz-Peter Gillig für die, wie immer, ausgesprochen angenehme Zusammenarbeit.

Hamburg, Mai 2008

Reinhard Zimmermann

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XI
<i>Mathias Reimann</i> Die Entstaatlichung des Rechts und die Rechtsvergleichung	1
<i>Gerald Spindler</i> Private Rechtssetzung in IT-Märkten	21
<i>Eddy Wymeersch</i> The Corporate Governance “Codes of Conduct” between State and Private Law	61
<i>Joachim Zekoll</i> Das American Law Institute – ein Vorbild für Europa?	101
<i>Felix Dasser</i> Mouse or Monster? Some Facts and Figures on the <i>lex mercatoria</i>	129
<i>Nils Jansen</i> Das gelehrte Recht und der Staat	159
<i>Gordon R. Woodman</i> From Alien Intruder to Nation’s Monarch to International Agent: The Changing Roles of the African State in the Realm of Law	187
Autorenverzeichnis	205

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt
a.E.	am Ende
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfriNIC	African Region Internet Registry
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ALI	American Law Institute
AMF	Autorité des marchés financiers
ANSA	Association Nationale des Sociétés par Actions
APNIC	Asia Pacific Network Information Centre
Arb. Int.	Arbitration International
ARIN	American Registry for Internet Numbers
Art.	Artikel/article
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
ASO	Address Supporting Organization
Az.	Aktenzeichen
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BCR	Business Communications Review
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
bes.	besonders
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BW	Burgerlijk Wetboek
bzw.	beziehungsweise
ccTLD	country code top-level domain
CDAMS	Center for Legal Dynamics of Advanced Market Societies
cf.	confer
chap.	chapter
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods (European) Commission
Com	Computer und Recht
CR	das heißt
d.h.	derselbe
ders.	dieselbe(n)
dies.	direction/directeur
dir.	Domain Name System
DNS	Deutsches Steuerrecht
DStR	

e.g.	for example
ed./eds.	edition; editor/editors
EJIL	European Journal of International Law
ELI	European Law Institute
endg.	endgültig
esp.	especially
etc.	et cetera
EG	Europäische Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuR	Europarecht
EURid	European Registry for Internet Domains
e.V.	eingetragener Verein
f./ff.	folgende
Fed. Supp. 2nd	Federal Supplement, second series
Fn.	Fußnote
GewA	Gewerbearchiv
GlStV	Glücksspielstaatsvertrag
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report
Hg.	Herausgeber
HGB	Handelsgesetzbuch
HR	Hoge Raad
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
hrsg.	herausgegeben
i.e.	id est
ICA Bulletin	ICC Court of Arbitration Bulletin
ICC	International Chamber of Commerce
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
id.	idem
ILR	International Law Reports
insb.	insbesondere
IP	Internet Protocol
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IRIS	Rechtliche Rundschau der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle
ISS	Institutional Shareholders Services
IT	Information technology
ITRB	IT-Rechts-Berater
JBL	Journal of Business Law
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JLS	Journal of Legal Studies
jurisPR-ITR	Juris-PraxisReport – IT-Recht
JurPC Web-Dok.	Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht, Web-Dokument
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation & Recht
Kan.	Kansas Supreme Court
KB	Law Reports, King's Bench
KSG	John F. Kennedy School of Government
LACNIC	Latin American and Caribbean Internet Addresses Registry

LG	Landgericht
LJ	Law Journal
Lloyd's Rep.	Lloyd's List Law Reports
loc. cit.	loco citato
LQR	Law Quarterly Review
LR	Law Review
m. Anm.	mit Anmerkung
m.N.	mit Nachweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MLR	Modern Law Review
MMORPGS	Massively Multiplayer Online Role-Playing Game
MMR	Multimedia und Recht
n.	note
N.W.2d	North Western Reporter, Second Series
NGO	Non-Governmental Organization
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJW-CoR	Computerreport der Neuen Juristischen Wochenschrift
No.	Number
Nr.	Nummer
NSI	Network Solution
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OJ	Official Journal of the European Union
OLG	Oberlandesgericht
OUCLF	Oxford University Comparative Law Forum
OVG	Oberverwaltungsgericht
p.	page
P.2d	Pacific Reporter, Second Series
p.a.	per annum
para.	paragraph
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
rev. ed.	revised edition
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
s.	siehe
S.D.Cal.	United States District Court for the Southern District of California
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SEC	U.S. Securities and Exchange Commission
sec.	section
SFC	Swiss Federal Court
Sp.	Spalte
SSRN	Social Science Research Network
Supp.	Supplement
TMG	Telemediengesetz
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
trans.	translation/translated by
u.a.	unter anderem
U.S.	United States (Reports)
UCC	Uniform Commercial Code
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law

UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
vol.	volume
Vorbem.	Vorbemerkung
v.	von; vom; versus
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WTO	World Trade Organisation
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSS (GA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung
ZSS (KA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, kanonistische Abteilung
ZSS (RA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Die Entstaatlichung des Rechts und die Rechtsvergleichung

MATHIAS REIMANN

I. Einführung	1
II. Herausforderungen an die Rechtsvergleichung	4
1. Entstaatlichtes Recht als notwendiger Forschungsgegenstand	5
2. Civil law und common law als überholte Kategorien	6
3. Die Einbeziehung nicht-westlicher Rechtskulturen	8
4. Interdisziplinäre Ausrichtung	9
III. Beiträge der Rechtsvergleichung	10
1. Sichtweisen der Entstaatlichung des Rechts	10
2. Entstaatlichtes Recht als „Rechtsfamilie“?	14
3. Die Suche nach Grundprinzipien	18
IV. Schlussüberlegungen	19

I. Einführung

Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Entstaatlichung des Rechts ist zwar alles andere als neu¹, doch ist sie zumindest in Deutschland

¹ Bekanntlich geht die Idee nicht-staatlichen Rechts mindestens bis auf *Eugen Ehrlich* zurück, vgl. *E. Ehrlich*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913); dazu *J. Köndgen*, *Privatisierung des Rechts*, AcP 206 (2006), 407, 508–510; und bekanntlich hielt schon 1933 *Hans Großmann-Doerth*, der Mitbegründer des Ordoliberalismus, seine Freiburger Antrittsvorlesung über *Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft und staatliches Recht*, abgedruckt in U. Blaurock/N. Goldschmidt/A. Hollerbach (Hg.), *Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft: Zum Gedenken an Hans Großmann-Doerth* (2005), 77; vgl. auch *H. Großmann-Doerth*, *Der Jurist und das autonome Recht des Welthandels*, JW 1929, 3447 ff. Im übrigen schrieben über dieses Thema bereits vor 70 Jahren *E. Rabel*, *Das Recht des Warenkaufs* (Bd. I, 1938) („Der Welthandel hat ein ungeheures Netzwerk von Klauseln, Vertragsblanketten und Geschäftsbedingungen geschaffen“); vor 40 Jahren *C. Schmitthoff*, *Das neue Recht des Welthandels*, RabelsZ 28 (1964), 47, und vor 30 Jahren *M.J. Bonell*, *Das autonome Recht des Welthandels*, RabelsZ 42 (1978), 485, 491 ff., 496 ff. Selbst diese Aufzählung ist nicht vollständig; nennen liebe sich in diesem Zusammenhang etwa auch *L. Raiser*, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*

in jüngster Zeit zum Modethema geworden. Das erklärt sich u.a. dadurch, dass das Problem in den vergangenen beiden Jahrzehnten enorm an Brisanz gewonnen hat. Denn die rapide Globalisierung vor allem der Wirtschaft und der Kommunikationsmöglichkeiten hat zu einer Vervielfachung nicht-staatlicher Normen insbesondere auf internationaler Ebene geführt. Diese Brisanz mag es rechtfertigen, dass sich in den letzten Jahren allein im deutschsprachigen Raum eine ganze Reihe von Konferenzen mit der „Entstaatlichung“ (oder „Privatisierung“) des Rechts beschäftigt hat², und dass es auch sonst eine Literaturflut dazu gibt, die immer schwerer zu überblicken ist.

Schon ein flüchtiger Blick auf diese Konferenzen und Literatur zeigt, dass es sich bei der Entstaatlichung des Rechts um ein äußerst facettenreiches Phänomen handelt. Dieser Facettenreichtum führt dazu, dass die Entwicklung unter vielen, ganz unterschiedlichen Blickwinkeln diskutiert wird. So geht es im Kern zunächst um die Frage, ob nicht-staatlich gesetzte (und durchgesetzte) Normen überhaupt zum Recht zählen, d.h. um ein Problem der *Rechtstheorie* (insbesondere der *Rechtsquellenlehre*)³. Daneben geht es vielfach auch um die Frage, ob das heutige „privatisierte“ Recht in der *lex mercatoria* und vielleicht auch im *ius commune* einen Vorläufer hat, bzw. ob die Periode fast ausschließlich staatlich verstandenen Rechts nur eine Episode war, deren Ende wir nun erleben; das sind letztendlich Fragen der *Rechtsgeschichte*⁴. Diskutiert wird weiterhin, wie

(1935). Sowieso Jahrhunderte alt ist natürlich die (vor allem rechtsgeschichtliche) Beschäftigung mit *vor-* und *nicht-staatlichem* Recht bis zu Beginn der Neuzeit; das ist jedoch etwas anderes als das Phänomen *entstaatlichten* (oder *privatisierten*) Rechts unter Bedingungen, unter denen der Staat grundsätzlich das Rechtssetzungs- und Rechtsdurchsetzungsmonopol beansprucht, oder jedenfalls bis vor kurzem beansprucht hat.

² Die Privatisierung des Privatrechts war Gegenstand der 13. Jahrestagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler im September 2002 in Heidelberg, siehe C.-H. Witt u.a. (Hg.), *Die Privatisierung des Privatrechts – rechtliche Gestaltung ohne staatlichen Zwang*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002 (2003). Sie war Thema auf der Zivilrechtslehrertagung im September 2005 in Basel, siehe Köndgen, AcP 206 (2006), 407. Schließlich war die Privatisierung des Rechts Gegenstand des Symposiums *Beyond the State – Rethinking Private Law* im Juli 2007 am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, vgl. J. Kleinschmidt, Tagungsbericht, JZ 2007, 1044; die Beiträge zum Hamburger Symposium werden veröffentlicht im *American Journal of Comparative Law* 56 (2008), Heft 3, sowie in einem gesonderten, in Deutschland erscheinenden Band bei Mohr Siebeck. Hinzu kommt nun die 31. Tagung der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung im September 2007 in Halle.

³ Vgl. K. Schmidt, *Lex Mercatoria als Allheilmittel? Rätsel? Chimäre?*, in J. Murakami/H.-P. Maruschke/K. Riesenhuber (Hg.), *Globalisierung und Recht* (2007), 154, 158, 161 ff.

⁴ Einen historischen Überblick geben N. Jansen/R. Michaels, *Private Law and the State – Comparative Perceptions and Historical Observations*, *RebelsZ* 71 (2007), 345, 359–392.

sich die staatliche bzw. nicht-staatliche Natur des Rechts auf seine Anwendung auswirkt⁵, wobei es sich um ein Thema der *Methodenlehre* handelt. Hinsichtlich der betroffenen Sachgebiete geht es vor allem um Probleme des *Wirtschafts-* sowie (im weitesten Sinne) *Regulierungsrechts*, darüber hinaus aber auch allgemeiner des *Privat-* und *Prozessrechts*. Betroffen sind ferner das *Völkerrecht*, insbesondere das Recht der internationalen Organisationen, die vielfach Rechtssetzungsbefugnis an nicht-staatliche Instanzen delegieren; das *Europarecht*, das nicht-staatliche Normen (insbesondere technischer Art) mitunter inkorporiert; das *internationale Privatrecht*, das sich fragen muss, wie es mit nicht-staatlichem Recht umgehen soll (z.B. ob die Parteien es vertraglich wählen können)⁶; sowie das *Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, die nicht-staatliche Normen vielfach anwendet; hinzu kommen schließlich das *Recht der Technik*, das *Sportrecht* und andere Bereiche mehr⁷. Dabei stellen sich in fast allen diesen Zusammenhängen Fragen der Legitimität und Transparenz, der Expertise und Effizienz, des Zusammenspiels mit staatlichem Recht (vor allem mit den Grundgeboten der Verfassung) sowie des Schutzes Dritter (insbesondere Schwächerer).

Was aber hat das alles mit der *Rechtsvergleichung* zu tun? Erstaunlicherweise ist die Frage, soweit ersichtlich, bisher nicht grundsätzlich gestellt worden. Das ist ein Versäumnis. Denn wenn man sich in der Rechtsvergleichung mit der Entstaatlichung des Rechts auseinandersetzt, wie es Thema dieser Tagung ist, sollte man sich darüber vergewissern, wie sich die Disziplin überhaupt zum Gegenstand verhält.

Man kann natürlich einfach antworten, dass die Rechtsvergleichung auch beim Nachdenken über die Entstaatlichung des Rechts nützlich ist, weil sich alle der eben genannten Problemfelder durch eine vergleichende Betrachtung besser verstehen lassen als aus einer rein innerstaatlichen Sicht. Eine solche Antwort ist ebenso richtig wie unbefriedigend. Sie ist nicht nur banal, denn insofern verhält sich die Rechtsvergleichung zur Entstaatlichung des Rechts nicht anders als zum Pflichtteilsrecht, zur Verfassungsgerichtsbarkeit oder zu hundert anderen juristischen Phänomenen. Vor allem aber verkennt eine solche Antwort die Bedeutung der Entstaatlichung des Rechts. Dabei handelt es sich nämlich um ein Phänomen, dass die globale Rechtswirklichkeit *grundsätzlich* verändert. Das

⁵ Vgl. C. Wendehorst, The State of the Foundation of Reasoning in Private Law, (2008) 56 AJCL 567.

⁶ S. Symeonides, Party Autonomy and Private Law-Making, in Private International Law: The Lex Mercatoria that Isn't, in Liber Amicorum Konstantin Kerameus (im Erscheinen); vgl. auch R. Michaels, The Re-Statement of Non-State Law: The State, Choice of Law and the Challenge from Global Pluralism, (2005) 51 Wayne LR 1209.

⁷ A. Röthel, Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtssetzung jenseits des Nationalstaates?, JZ 2007, 755.

wiederum erfordert ein *grundsätzliches* Nachdenken über die Position und Rolle der Rechtsvergleichung.

Zu Recht fordert deshalb die Ankündigung dieser Tagung in der *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* zu einem solchen grundsätzlichen Nachdenken auf⁸. Zum einen stößt sie die Frage an, wie sich die Entstaatlichung des Rechts auf die Rechtsvergleichung auswirkt, insbesondere welche „neuen methodischen Herausforderungen an die Disziplin“⁹ sich daraus ergeben (dazu sogleich II.). Zum anderen regt sie zur Suche danach an, welchen Beitrag die Rechtsvergleichung ihrerseits bei der Bewältigung des Phänomens leisten kann, d.h. welche „spezifischen Kenntnisse und Methoden“¹⁰ sie einzubringen vermag (dazu unten III.). Betrachtet man beide Aspekte gemeinsam, so ergibt sich als Schlussüberlegung, dass die Entwicklungen der letzten Jahre der Disziplin Anlass geben, sich neu zu orientieren. Sie sollte ihre seit hundert Jahren bestehende Konzentration auf nationalstaatliche Rechtsordnungen und deren Familien überwinden und sich auch nicht-staatlichem (sowie transnationalem) Recht nicht nur bezüglich bestimmter Einzelprobleme, sondern grundsätzlich öffnen (IV.).

Eine erschöpfende Behandlung dieser Überlegungen ist hier weder möglich noch sinnvoll. Die folgenden Ausführungen skizzieren deshalb lediglich einige Richtungen und Anregungen in der Hoffnung, damit weitere Diskussion und weiteres Nachdenken zu stimulieren. Dabei ist es nicht nur selbstverständlich, sondern auch wünschenswert, dass diese Ausführungen auf Kritik stoßen werden.

II. Herausforderungen an die Rechtsvergleichung

Das Aufkommen einer wachsenden und immer wichtigeren Masse nicht staatlich gesetzter und durchgesetzter Normen stellt die Rechtsvergleichung vor zumindest vier Herausforderungen: Sie muss diese Masse notgedrungen zu ihrem Forschungsgegenstand machen (1.); sie muss *in diesem Zusammenhang* das Denken in Kategorien von *civil law* und *common law* als überholt hinter sich lassen (2.); sie muss nicht-westliche Rechtskulturen unbedingt in die Betrachtung einbeziehen (3.); und sie muss über eine bloß juristische Perspektive hinausgehen und sich interdisziplinär ausrichten (4.).

⁸ Ankündigung: Entstaatlichung des Rechts – 31. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V. in Halle vom 20. bis 22. September 2007, ZEuP 15 (2007), 701 f.

⁹ ZEuP 15 (2007), 702.

¹⁰ ZEuP 15 (2007), 702.

1. Entstaatlichtes Recht als notwendiger Forschungsgegenstand

Die offensichtlichste Herausforderung an die Disziplin besteht darin, dass sie ihre Forschungs- und Lehrtätigkeit über das staatliche Recht hinaus erweitern und gezielt auf nicht-staatliche Normen erstrecken muss. Das ist ein schlichtes Gebot der Notwendigkeit. Diese Normen spielen heute vor allem im internationalen Zusammenhang bereits eine so große Rolle, dass es sich die Rechtsvergleichung nicht leisten kann, sie zu ignorieren. Sie würde sonst nicht nur große Teile der praktisch wirksamen Prinzipien und Regeln ausblenden, sondern auch ein verzerrtes Bild der Rechtswirklichkeit geben. So kann etwa eine vergleichende Studie des Gesellschaftsrechts nicht mehr ohne Berücksichtigung von sog. *Corporate Government* Kodizes¹¹ auskommen; ebenso muss sich eine vergleichende Untersuchung des Konsumentenkredits dem Einfluss der *credit card associations* stellen¹². Dabei kann die rechtstheoretische Frage, ob es sich bei nicht staatlich geschaffenen Normen eigentlich um „Recht“ im Sinne dieser oder jener Rechtsquellenlehre handelt, durchaus dahingestellt bleiben. Denn dass sie „Recht“ im Sinne der Rechtsvergleichung sind, ergibt sich schon daraus, dass auch viele nicht-staatliche Regeln zumindest rechtsgleiche Funktion¹³ (oder sogar Wirkung¹⁴) haben.

Die traditionelle Rechtsvergleichung ist zwar weitgehend auf staatliches Recht zugeschnitten, doch sollte der Disziplin die Einbeziehung nicht-staatlicher Normen leichter fallen als anderen Fachrichtungen. Denn die Rechtsvergleichung kann in mehrfacher Hinsicht auf Bestehendes aufbauen. So steht sie durch ihren Blick auf Rechtsordnungen verschiedenen Charakters unterschiedlichen Quellen und Erscheinungsformen des Rechts sowieso offen gegenüber¹⁵. So hat sie schon traditionell mitunter auf nicht-staatliche Normen in Form sog. „religiöser Rechte“ gesehen, auch wenn diese meist ein Schattendasein am Rande der Disziplin gefristet haben¹⁶.

¹¹ Vgl. E. Wymeersch, Implementation of Corporate Governance Codes, in K. Hopt et al. (Hg.), *Corporate Governance in Context: Corporations, States, Markets in Europe, Japan, and the US* (2005), 403–419; *Changes of Governance in Europe, Japan, and the US: Discussion Report*, ebenda, 687–729, 723 ff.; J. Farrar, *Corporate Governance – Theories, Principles, and Practice* (2. Aufl., 2005), 457–514.

¹² Dazu D. Snyder, *Private Lawmaking*, (2003) 64 Ohio State LJ 371, 398 ff.

¹³ In diese Richtung auch H. Kötz, *Abschied von der Rechtskreislehre?* ZEuP 6 (1998), 493, 496; vgl. auch K. Zweigert/H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3. Aufl., 1996), 34.

¹⁴ Vgl. Snyder, (2003) 64 Ohio State LJ 371, 419.

¹⁵ Vgl. Zweigert/Kötz (Fn. 13), 34 f.

¹⁶ Vgl. Zweigert/Kötz (Fn. 13), 296–313. Zum islamischen Recht auch C. Mallat, *Comparative Law and the Islamic (Middle Eastern) Legal Culture*, in M. Reimann/R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2006), 609. Umfangreichere Behandlung finden religiöse Rechte in W. Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa* (2. Aufl., 2006).

Und so hat sie sich gelegentlich auch mit Gewohnheitsrecht insbesondere in Entwicklungsländern beschäftigt¹⁷. Wem es selbstverständlich ist, dass Recht nicht nur aus allgemeinen Gesetzen, sondern auch aus Einzelfallentscheidungen, und nicht nur aus Verfassungen und Verwaltungsvorschriften, sondern auch aus religiösen Geboten und Stammesgewohnheiten bestehen kann, für den ist der Schritt zur Einbeziehung von *corporate governance* Kodizes und von Regeln der Kreditkartenunternehmen klein.

Die Entwicklung in der Rechtsvergleichung geht auch bereits in die Richtung einer weiteren Öffnung zu Normen jenseits des staatlichen Rechts. Das zeigt sich nicht nur in den schon angesprochenen Tagungen, sondern auch, jedenfalls hier und dort, in der sonstigen Literatur¹⁸. Zu gegebener Zeit sind dann allerdings auch die einschlägigen Lehrbücher, die für den ersten Eindruck der Studenten von der globalen Rechtswirklichkeit entscheidend sind, entsprechend zu ergänzen bzw. umzuschreiben. Sie müssen in Zukunft nicht-staatliche Normen in den Überblick über die Rechtssysteme der Welt wohl oder übel durchweg miteinbeziehen¹⁹.

2. *Civil law and common law als überholte Kategorien*

Die traditionelle Rechtsvergleichung hat seit Beginn des 20. Jahrhunderts wesentlich auf der Unterscheidung zwischen kontinentaleuropäischem und angloamerikanischem Rechtskreis aufgebaut; später sind andere Rechtskreise hinzugekommen, doch wurden sie überwiegend als Ableitungen, Spielarten oder Mischungen zwischen oder jedenfalls mit einer der beiden Grundformen verstanden. Es ist heute allgemein bekannt, dass die Brauchbarkeit der Unterscheidung zwischen *civil law* und *common law* entscheidend vom Sachzusammenhang abhängt. So ist sie etwa auf manchen Gebieten des Privatrechts (z.B. im Sachenrecht sowie insbesondere im Prozessrecht) nach wie vor aufschlussreich²⁰, in anderen Bereichen mit großer Vorsicht zu genießen (z.B. bezüglich der Rechtsquellen) und in vielerlei Hinsicht weitgehend unbrauchbar (etwa im Verfassungsrecht).

¹⁷ Vgl. *T.W. Bennett*, Comparative Law and African Customary Law, in Reimann/Zimmermann (Fn. 16), 641.

¹⁸ Vgl. insbesondere *Jansen/Michaels*, *RabelsZ* 71 (2007), 345; *R. Michaels/N. Jansen*, Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization, (2006) 54 *AJCL* 843; *Köndgen*, *AcP* 206 (2006), 407; *Röthel*, *JZ* 2007, 755.

¹⁹ Als Ziel ist dies bereits vorgegeben in *Zweigert/Kötz* (Fn. 13); nicht-staatliches Recht wird aber dort im Weiteren, soweit ersichtlich, nur in Form religiöser Rechte behandelt sowie im Zusammenhang mit den Rechten fernöstlicher Staaten gestreift.

²⁰ A.A. in Bezug auf die Kerngebiete des Vermögensrechts (Vertrag, Bereicherung, Delikt, Sachenrecht) *J. Gordley*, Common law und civil law: eine überholte Unterscheidung, *ZEuP* 1 (1993), 498; dazu zum Teil kritisch *Kötz*, *ZEuP* 6 (1998), 493, 497 ff.

Ob die Rechtskreislehre deshalb sowieso ganz aufgegeben werden sollte, kann hier dahinstehen²¹. Jedenfalls kommt mit dem nicht-staatlichen Recht ein großer und wachsender Bereich zum Material der Rechtsvergleichung hinzu, in dem die traditionelle Unterscheidung zwischen *civil* und *common law* ganz beiseite gelassen werden sollte. Das liegt nicht nur daran, dass sich entstaatlichtes Recht auf der ganzen Welt findet und sich nicht um die Grenzen zwischen den Rechtskreisen schert²². Es hat seinen Grund vor allem auch darin, dass nicht-staatliches Recht in Entstehung, Charakter und Wirkung von vornherein kaum etwas mit den traditionellen Gegensatzpaaren zu tun hat. Die Unterscheidungen zwischen Gesetzes- und Fallrecht, Gelehrtenmeinung und Richterspruch, prozessuaem und materiellrechtlichem Denken, *inquisitorial* und *adversarial procedure*, hierarchischem und koordinativem Modell²³ passen in aller Regel so wenig auf entstaatlichtes Recht, dass sie keinen Erkenntnisgewinn versprechen und nur den Blick zu verstellen drohen.

Der durch die traditionelle Schule gegangene Rechtsvergleicher – und das umfasst fast die gesamte gegenwärtige Generation – wird allerdings aufgrund von Vorprägung und Gewohnheit kaum vermeiden können, die traditionellen Gegensatzpaare auch im nicht-staatlichen Recht zu suchen. Er unterliegt deshalb ständig der Gefahr der Projektion der alten Denkweise auf neue Phänomene. Da aber das entstaatlichte Recht vielfach *sui generis* ist, führt eine solche Projektion leicht zu Verzerrungen. Freilich erinnern etwa die *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*²⁴ in ihrer Form an Gesetzgebung im kontinentaleuropäischen Stil. Doch wer sie so auffassen wollte, würde natürlich verkennen, dass ihr Sinn und ihre Wirkung gerade darin bestehen, ein Regelwerk lediglich *anzubieten*. Ebenso sind sie aber auch kein bloßes *restatement* amerikanischen Zuschnitts, denn sie sind international ausgerichtet, normativ gemeint, und sie stellen sich ausdrücklich den Parteien als zu wählendes Vertragsrecht zur Verfügung. Sicher erinnern Schiedssprüche in internationalen Vertragsstreitigkeiten oft in ihrer Tatsachendarstellung und Komplexität an Gerichtsurteile im angloamerikanischen Recht. Doch wer deshalb eine ähnliche Präzedenzwirkung vermuten wollte, würde übersehen, dass Schiedsgerichte als *ad hoc* eingesetzte Gremien weder die Kompetenz noch unbedingt den Ehrgeiz haben, Leitentscheidungen zu fällen. Sie sind aber auch mit kontinentaleuropäischen Gerichtsentscheidungen nur sehr

²¹ Vgl. *Kötz*, ZEuP 6 (1998), 493.

²² Dazu sogleich 3.

²³ Dazu *M. Damaska*, *The Faces of Justice and State Authority* (1986). Bezeichnenderweise bezieht sich *Damaska* schon im Titel auf staatliche Rechtssetzung und -durchsetzung.

²⁴ *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (2004); abrufbar unter: <www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>.

bedingt vergleichbar, da nicht nur ihr Gegenstand, sondern auch die Besetzung der Schiedsgerichte international ist, ganz abgesehen davon, dass sie grundsätzlich nicht der Überprüfung durch übergeordnete Instanzen unterliegen. Am Ende hilft gegen Fehleinschätzungen nur, sich ihrer Gefahr ständig bewusst zu bleiben sowie sich bei der Auseinandersetzung mit nicht-staatlichem Recht soweit wie möglich vor dem Denken in den Kategorien des *civil law* und *common law* zu hüten.

3. Die Einbeziehung nicht-westlicher Rechtskulturen

Hinzu kommt, dass die Rechtsvergleichung insbesondere auch bei der Auseinandersetzung mit nicht-staatlichem Recht geographisch über den Bereich des *civil law* und *common law* hinausgehen muss. Nach wie vor beschränkt sich ihr Blick allzu oft auf den Vergleich zwischen Kontinentaleuropa (meist Frankreich und Deutschland) einerseits und England sowie Nordamerika (meist die USA) andererseits. Das war selbst auf dem Hamburger Symposium zum entstaatlichten Recht (*Beyond the State – Rethinking Private Law*) im Juli 2007 der Fall.

Ein solch enger Blickwinkel ist zwar angesichts der traditionellen Expertise der Rechtsvergleicher in den meisten westlichen Ländern verständlich. Doch kann ihn sich die Disziplin hinsichtlich entstaatlichten Rechts noch weniger leisten als sonst. Schließlich handelt es sich um ein weltweites Phänomen *par excellence*, das auch nicht-westliche Rechtskulturen massiv betrifft. Man kann deshalb entstaatlichtes Recht *als weltweite Erscheinung* nicht verstehen, wenn man es nicht auch aus chinesischer oder lateinamerikanischer, islamischer oder afrikanischer Sicht zu betrachten bereit ist. Die Diskussion muss also Fachleute für diese Bereiche beteiligen. Die 31. Tagung der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung macht hier mit ihrem Tagungsprogramm jedenfalls einen kleinen Schritt in die richtige Richtung²⁵. Die rechtsvergleichende Auseinandersetzung mit entstaatlichtem Recht muss aber auch Juristen aus den entsprechenden Regionen einschließen. Nur sie können letztendlich authentisch vermitteln, wie entstaatlichtes Recht dort entsteht, angewandt und durchgesetzt wird.

Die Einbeziehung nicht-westlicher Kulturen ist besonders wichtig, weil es bei nicht-staatlichem Recht auch um Machtgefälle geht. Schließlich wird dieses Recht vor allem in westlichen Gesellschaften mit großer Wirtschaftsmacht produziert und weitgehend auch von dort aus durchgesetzt. Es spiegelt damit unweigerlich die Interessen der Industrienationen wider.

²⁵ Das Nachmittagsprogramm der Fachgruppe Grundlagen umfasste u.a. einen Vortrag von *Gordon Woodman* (Birmingham) „From alien intruder to nation’s monarch to international agent: the changing roles of the African state in the realm of law“.