

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 Mittelern 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 potentielles *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 potentielles <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
--	-----

<i>Ketevan Giorgishvili</i>	
Das georgische Verbraucherrecht	219
<i>Giorgi Vashakidze</i>	
Kodifikation des Internationalen Privatrechts in Georgien	289
<i>Irina Pak</i>	
The “Point of Confusion” in the Uzbek Trade Marks Act 1994	331
<i>Iroda Djuraeva</i>	
Personal Non-property Rights of Minors in Uzbekistan	361
<i>Zhannat Dosmanova</i>	
Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen nach dem Recht der Republik Kasachstan	395
<p>Teil III : Materialien der Konferenz „Entwicklung des Privatrechts im Kaukasus und in Zentralasien. Transformation mittels <i>legal transplants</i>?“</p>	
<i>Jürgen Basedow</i>	
Georgien und die Europäisierung des Privatrechts	457
<i>Lado Chanturia</i>	
Die Entwicklungstendenzen im Zivilrecht der Länder des Kaukasus und Zentralasiens	465
<i>Elchin Usub</i>	
Entwicklung des Zivilrechts Aserbaidshans	477
<i>Walter Grenz und Alexander Shmagin</i>	
Konferenzbericht „Entwicklung des Privatrechts im Kaukasus und in Zentralasien. Transformation mittels <i>legal transplants</i> ?“ 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
FHWG	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	Transkaukasische 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"*, *MJECCL* 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 Rechts-transplantats 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.), *Rechtsppluralismus in der islamischen Welt*, Berlin und New York 2005, S. 255 ff., 257; Kenžaliev, *Das kasachische Gewohnheitsrecht in sowjetischer und post-sowjetischer 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 postsowjetischen 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*, *Graždanskij 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*, *Receptija 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/Zarandia* 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: ulučshenie 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 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*, HWBEuP, 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.