

Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung

Herausgegeben von
REINHARD ZIMMERMANN

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

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

113

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

113

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung

herausgegeben von
Reinhard Zimmermann

Mohr Siebeck

e-ISBN PDF 978-3-16-154950-2

ISBN 978-3-16-154949-6

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.

© 2016 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.

Hein Kötz

zum 14. November 2015

Keine Festschrift

Anlass zu dem Symposium, das am 26. und 27. November 2015 im Hamburger Max-Planck-Institut zum Thema „Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung“ stattfand, war, allem äußeren Anschein zum Trotz, der 80. Geburtstag von Hein Kötz. Einer oder der andere unter den Gästen mag erwartet haben, dass das Symposium in der Überreichung einer Festschrift kulminieren würde. Zur sogenannten passiven Festschriftfähigkeit hat ein amtierender Direktor des Hamburger Instituts in einem „Lexikonbeitrag“ vor ein paar Jahren Folgendes festgestellt: „Traditionell gilt in Deutschland ein Mindestalter von 70 Jahren, in anderen Ländern dagegen (zum Beispiel in der Schweiz) ein geringeres Mindestalter. ... Für Deutsche auf Schweizer Lehrstühlen wirft dies die schwierige kollisionsrechtliche Frage auf, ob es auf das an die Staatsangehörigkeit anzuknüpfende Personalstatut des Wissenschaftlers ankommt, oder ob die territoriale Gebundenheit seines Wirkungsortes den Ausschlag gibt. Dem festschriftfreundlichen Zeitgeist entspreche wohl am ehesten eine alternative Anknüpfung.“ Derartige Komplikationen ergeben sich im Falle unseres Jubilars nicht. Zwar wurde er in unmittelbarer Nähe der polnischen Grenze geboren und war sieben Jahre lang in unmittelbarer Nähe der Schweizer Grenze tätig, doch bestand in seinem Fall keine international-privatrechtlich relevante Diskrepanz zwischen Wirkungsort und Staatsangehörigkeit. Auch die von dem Autor des Lexikonbeitrags nüchtern konstatierte Obsoleszenz der aus dem 19. Jahrhundert überkommenen Bedingung einer herausragenden Bedeutung des Jubilars für die Fachwissenschaft ist im vorliegenden Fall irrelevant, da eine herausragende Bedeutung zweifelsfrei erwiesen ist. Die besondere Schwierigkeit liegt hier vielmehr darin, dass Hein Kötz, wie er selbst mehrfach betont hat, ein „bekennender Anhänger der Antifestschriftenliga“ ist. Im privaten Gespräch hat er sich häufig amüsiert über den meist vergeblichen Versuch, einer „Festschrift“ genannten Aufsatzsammlung den Anschein intellektueller Kohärenz zu geben. „Recht, Idee, Geschichte“, „Recht als Erbe und Aufgabe“, „Tradition mit Weitsicht“: unter derartige Titel lässt sich so gut wie alles subsumieren. Mitunter setzen sich Schüler und Freunde über den Wunsch eines Jubilars hinweg, keine Festschrift zu erhalten. Dann können Bücher entstehen mit dem zweideutigen Titel „K(I)eine Festschrift“. Es gibt auch mindestens eine Festschrift für einen erklärten Gegner von Festschriften, zu dem ein anderer erklärter Gegner von Festschriften einen Beitrag

verfasst hat, in dem er erklärt, warum Festschriftenbeiträge nicht geschrieben werden sollten. Übrigens trägt diese Festschrift den Titel „Summa“, warum auch immer.

Wir hingegen im Hamburger Max-Planck-Institut haben uns an den Wunsch von Hein Kötz gehalten, keine Festschrift zu „veranstalten“ (so ein in diesem Zusammenhang häufig gebrauchter Terminus); und das, obwohl auf den ersten Blick fraglich sein könnte, ob Kötz nicht bereits Destinatär einer anderen, regulären Festschrift geworden ist, zu der er selbst, was durchaus ungewöhnlich wäre, einen Beitrag geleistet hat. Es gibt nämlich ein Buch mit dem Titel „Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/35“, das Kötz in doppelter Hinsicht betrifft: Er ist ein Zivilrechtslehrer 1934/35, und er hat in dieser Festschrift einen Beitrag unter dem Titel „Coase-Theorem und Schweinepanik“ veröffentlicht. Es kann aber Entwarnung gegeben werden. In einem einleitenden Beitrag zu dieser Festgabe, der „Statt eines Vorworts“ überschrieben ist, heißt es nämlich, es handele sich nicht um eine Gabe an die Angehörigen der Jahrgänge 1934/35, sondern der teilnehmenden Autoren „an die wissenschaftliche Öffentlichkeit“ (normale Festschriften scheinen demgegenüber also nicht auf die wissenschaftliche Öffentlichkeit zu zielen). Soweit es sich bei dieser Sammel-Festschrift übrigens um den Versuch einer Eindämmung der Festschriftenflut gehandelt hat (jeder der 34/35er Jahrgänge hat damit bereits seine Festschrift erhalten, so dass weitere Festschriften entbehrlich wären), hat sie ihre Funktion nicht erfüllt. Denn viele der dort erfassten Autoren haben gleichwohl noch eine eigene Festschrift erhalten. Für Hein Kötz ist demgegenüber zum 70. Geburtstag ein Buch mit dem Titel „Undogmatisches“ erschienen; Es enthält zwanzig Aufsätze aus der Zeit von 1977–2003, anhand derer sich sehr gut die Themen verfolgen lassen, die Kötz im Laufe der Jahre interessiert haben: der Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, das Werden eines gemeineuropäischen Zivilrechts, die Beziehungen von Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte, die Bedeutung der Rechtskreislehre, alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, der Einfluss des *common law* auf die internationale Vertragspraxis, seit den 1990er Jahren dann zunehmend rechtsökonomische Themen. Ebenfalls zum 70. Geburtstag sind für Hein Kötz zwei Symposiumsbände erschienen, einer unter dem Titel „Beyond Borders“ von der Bucerius Law School, der andere unter dem Titel „Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss“ von uns im Institut.

Das ist nun zehn Jahre her. Wer damals dachte, dass Kötz' wissenschaftliche Karriere sich im milden Licht dieser drei ihm gewidmeten Bände einem Ende zuneigen würde, hatte sich gründlich getäuscht. Es sind seither zwei große Bücher aus seiner Feder erschienen, eines zum deutschen, das andere zum europäischen Vertragsrecht. Zum deutschen Vertragsrecht heißt es im Vorwort: „Jeder ausländische Jurist würde es als die natürlichste Sache der Welt ansehen, dass der Stoff gerade so und nicht anders zugeschnitten ist. Anders in Deutschland. Lehrbücher des Vertragsrechts gibt es bei uns bis

heute nicht.“ Das hat zu tun mit der im deutschen Recht fest etablierten Aufteilung des Stoffes unter dem übergeordneten Gesichtspunkt des Schuldverhältnisses. Und das Europäische Vertragsrecht (es handelt sich um eine aktualisierte und um den zunächst fehlenden, von einem anderen Autor übernommenen, zweiten Teil ergänzte Neuauflage) wurde in der NJW im Oktober 2015 wie folgt charakterisiert: „Geboten wird eine weitgehend integrierte Darstellung von einem Standpunkt jenseits der nationalen Rechtsordnungen. Das von Kötz beschriebene europäische Vertragsrecht ist daher nirgendwo in Kraft, und es wird von keinem Gericht in Europa als solches angewandt. Damit hat Kötz einen ganz neuen Typ juristischer Literatur geschaffen.“ Daneben hat Kötz in den letzten zehn Jahren eine Vielzahl von Aufsätzen und auch fünf zentrale Beiträge zum Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts verfasst.

Besonders lesenswert ist auch ein Lebensabriss unter dem Titel „Ein Leben als undogmatischer Jurist“, der vor fünf Jahren in der ZEuP erschienen ist. Kötz berichtet dort von seinem abenteuerlustigen Vater, der in China Stickstoffdünger verkauft und in Kanada als Holzfäller gearbeitet hat; von seiner Kindheit in Hamburg und der Ausbildung in einem Unternehmen der Mineralölindustrie, wo er gelernt habe, wie man Tankfässer rollt und Kesselwagen expediert; vom Jurastudium „aufgrund der prosaischen Überlegung, dass sich die endgültige Wahl eines bestimmten Berufs auf diese Weise in die weite Zukunft hinausschieben“ ließ; von einem Seminar in München bei dem Romanisten Wolfgang Kunkel, der ihn für die Wissenschaft begeistert und für die Studienstiftung vorgeschlagen habe; und von der Zeit als Assistent am Hamburger Max-Planck-Institut. Er erinnert sich, wie Konrad Zweigert bei seiner Trauung in der Blankeneser Kirche die Orgel spielte, „freilich nicht so sehr aus innerer Verbundenheit zu seinem Doktoranden, sondern deshalb, weil er damals beim Blankeneser Kantor das Orgelspiel erlernte und ihm jede Gelegenheit zum Üben recht war“, wie er zum Magisterstudium nach Ann Arbor ging, danach in Hamburg an seiner Habilitationsschrift arbeitete, sich dann erneut in den USA aufhielt (diesmal als Gastprofessor in Chicago) und sich schließlich mit der Annahme eines Rufes an die Universität Konstanz für eine wissenschaftliche Karriere in Deutschland entschied. Auf die Gefahr hin, als ungründlich verrufen zu werden, zitiert Kötz Jacob Burkhardt, „bin ich fest entschlossen, inskünftig *lesbar* zu schreiben. Gegen das Naserümpfen der jetzigen Gelehrsamkeit muss man sich mit Gleichgültigkeit panzern und sich damit zufriedengeben, dass man vielleicht gekauft und gelesen und nicht bloß in Bibliotheken mit saurem Schweiß excerpiert wird.“ Kötz schildert, wie er Ende der 1990er Jahre vom damaligen Präsidenten der Max-Planck-Gesellschaft, Reimar Lüst, das Angebot erhielt, Nachfolger von Zweigert zu werden; er beschreibt seinen Weg zur Rechtsökonomie, seine Funktionen in der Max-Planck-Gesellschaft und seine Tätigkeit in der Schuldrechtsreformkommission; er erinnert sich wie er „[g]eradezu ins Paradies versetzt wurde ...

dadurch, dass die Universität Cambridge mich für ein Jahr zum Goodhart Professor of Legal Science“ berief, und er reflektiert die vier Pionier- und Aufbaujahre an der Bucerius Law School.

Zum 70. Geburtstag hat im Institut, wie bereits erwähnt, ein Symposium zum Thema „Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss“ stattgefunden, und die Vielfalt der Methoden und Perspektiven, die dabei zum Ausdruck kamen, waren ganz nach dem Geschmack eines Mannes, für den die Welt „zu schwierig ist, als dass sie sich von einem Punkt aus kurieren ließe“. Nach diesem Vorbild haben wir Hein Kötz im Hamburger Institut auch zum 80. Geburtstag ein Symposium gewidmet, dessen Beiträge unter dem Oberbegriff „Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung“ standen. Diese Beiträge werden in dem vorliegenden Band publiziert. Ich danke den sieben Vortragenden sehr herzlich für ihre Bereitschaft, sich mit einem Vortrag und dem daraus entstandenen publikationsreifen Manuskript an diesem Unternehmen zu beteiligen, und ich danke allen Gästen für ihre Mitwirkung an der anschließenden lebhaften Diskussion. Ein besonderer Dank gilt auch Philipp Scholz für seine Hilfe bei der editorischen Versorgung der Manuskripte und der Erstellung des Abkürzungsverzeichnisses.

In seinem Lebenswegebeitrag fragt Hein Kötz, ob er noch einmal, außer auf seiner eigenen Beerdigung, so viel Schmeichelhaftes gesagt bekommen würde wie zu seinem 70. Geburtstag. Er evoziert damit eine Bemerkung, die von einem Bundesverfassungsrichter überliefert ist: „Du bist besser als Dein Ruf, aber nicht ganz so gut wie Dein Nachruf.“ Mit dem Nachruf wird es, hoffentlich, noch gute Weile haben. Persönlich glaube ich, dass darin nichts Anderes stehen wird, als was sich auch heute sagen lässt: nämlich, dass Hein Kötz in seinem gesamten Habitus als Mensch und Wissenschaftler einmalig ist, vergleichbar in Manchem allenfalls mit Konrad Zweigert und Gerhard Kegel: weltoffen, gelassen, mit ironischer Distanz zu den Dingen, schlagfertig und treffsicher in seinem Urteil, neugierig, originell in Form, Stil und Inhalt, mit Freude an der schlagenden Formulierung und mit einem glänzenden Talent begabt, komplexe Zusammenhänge klar und elegant darzustellen. Die gegenwärtigen und emeritierten Direktoren sowie alle Mitarbeiter des Hamburger Max-Planck-Instituts wünschen sich, dass Hein Kötz ihnen noch lange so tatkräftig und ideensprühend in freundschaftlicher Verbundenheit erhalten bleibt, wie sie ihn kennen. Herzliche Glückwünsche in ihrer aller Namen und im Namen der Autoren und Teilnehmer des Symposiums!

Hamburg, Juni 2016

Reinhard Zimmermann

Inhaltsverzeichnis

Keine Festschrift (<i>Reinhard Zimmermann</i>).....	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIII
<i>Christiane Wendehorst</i>	
Rechtssystemvergleichung	1
<i>Ralf Michaels</i>	
Religiöse Rechte und postsäkulare Rechtsvergleichung	39
<i>Giesela Rühl</i>	
Rechtsvergleichung und europäisches Kollisionsrecht: Die vergessene Dimension	103
<i>Eva-Maria Kieninger</i>	
Sachenrechtliche Prinzipien und Grundbegriffe als Gegenstände der Rechtsvergleichung	139
<i>Graf-Peter Calliess</i>	
Die Rolle der Rechtsvergleichung im Kontext des Wettbewerbs der Rechtsordnungen	167
<i>Marc-Philippe Weller</i>	
Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung im IPR und Unternehmensrecht.....	191
<i>Jan von Hein</i>	
Marktregulierung durch Deliktsrecht – Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung	223
Schlusswort (<i>Hein Kötz</i>).....	263
Autorenverzeichnis	267

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AAOIFI	Accounting and Auditing Organization for Islamic Finance Institutions
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
abgedr.	abgedruckt
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis
AktG	Aktiengesetz
ALI	American Law Institute
ALPS	Association for Law, Property and Society
Am.J.Comp.L.	American Journal of Comparative Law
Am.L.Rev	American Law Review
Am.U. Int'l L.Rev.	American University International Law Review
APEC	Asia-Pacific Economic Cooperation
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Ausg.	Ausgabe
Az.	Aktenzeichen
B2B	business-to-business
B2C	business-to-consumer
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Bespr.	Besprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BIMCO-LMAA	Baltic and International Maritime Council – London Maritime Arbitrators Association
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
Buff.L.Rev.	Buffalo Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BYU L.Rev.	Brigham Young University Law Review
bzw.	beziehungsweise
Cass.com.	Cour de Cassation, Chambre Commerciale
CDC	Cartel Damage Claims
CESL	Common European Sales Law = Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
Chi.J. Int'l L.	Chicago Journal of International Law
Chi.-Kent L.Rev.	Chicago-Kent Law Review
Cir.	Circuit
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Clev.St.L.Rev.	Cleveland State Law Review
Clunet	Journal de Droit International
Colum.L.Rev.	Columbia Law Review
COMI	Centre of Main Interest
CR	Computer und Recht
CSR	Corporate Social Responsibility
dBDSG	Bundesdatenschutzgesetz (Deutschland)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
DFG	Deutsche Forschungsgemeinschaft
DGVR	Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe / dieselben
dTMG	Telemediengesetz (Deutschland)
ECLI	European Case Law Identifier
EEC	European Economic Community
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
Einl.	Einleitung
ELI	European Law Institute
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
EPLJ	European Property Law Journal
ERPL	European Review of Private Law
Erwgr.	Erwägungsgrund
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law

EuEheKindVO	Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung
EuErbVO	Verordnung über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVO/EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuInsVO	Verordnung über Insolvenzverfahren
EULA	End User License Agreement = Endnutzerlizenzvertrag
EuLF	The European Legal Forum
EUIPILLAR	European Private International Law Legal Application in Reality
EuUVO	Verordnung über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuVR	Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Europäisches Schuldvertragsübereinkommen
EWCA Civ	England and Wales, Court of Appeal, Civil Division (Neutral Citation)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EWHC	England and Wales, High Court, Administrative Court (Neutral Citation)
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
f.	folgende
ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FIPPs	Fair Information Practice Principles
Fn.	Fußnote
GA	Generalanwalt
Ga.J. Int'l & Comp.L.	Georgia Journal of International and Comparative Law
GEK	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
Geo.L.J.	Georgetown Law Journal

GG	Grundgesetz
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRERCA	Groupe de recherche européen sur la responsabilité civile et l'assurance
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
Hg.	Herausgeber
HPÜ	Haager Produkthaftungsübereinkommen
HS	Halbsatz
HStVÜ	Haager Übereinkommen über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht
ICANN UDRP	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy
ICC	International Chamber of Commerce
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
i.d.F.	in der Fassung
i.e.S.	im engeren Sinne
IFSB	Islamic Financial Services Board
IUMLJ	International Islamic University Malaysia Law Journal
IMF	International Monetary Fund
Int'l	International
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
ISDA	International Swaps and Derivatives Association
ISIM	International Institute for the Study of Islam in the Modern World
ISIS	Islamischer Staat im Irak und in Syrien
i.V.m.	in Verbindung mit
IVR	Internationale Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
i.w.S.	im weiteren Sinne
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
J.	Journal
JBl	Juristische Blätter (Österreich)
JDI	Journal du Droit International
JETL	Journal of European Tort Law
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JJZW	Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler
J. Marshall L.Q.	John Marshall Law Quarterly

J. of Leg. Plur.	Journal of Legal Pluralism
J.Priv.Int.L.	Journal of Private International Law
J.Pub.L.	Journal of Public Law
JSIJ	Jewish Studies, an Internet Journal
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht / Kommanditgesellschaft
KOM	Kommissionsdokumente
krit.	kritisch
KSzW	Kölner Schriften zum Wirtschaftsrecht
Leg.Stud.	Legal Studies
LG	Landgericht
lit.	littera
L.J.	Law Journal
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LMU	Ludwig-Maximilians-Universität München
L.Rev.	Law Review
LSE	London School of Economics and Political Science
Md.L.Rev	Maryland Law Review
m.E.	meines Erachtens
Mich.J. Int'l L.	Michigan Journal of International Law
MMR	Multimedia und Recht
Mod.L.Rev	Modern Law Review
Mo.L.Rev.	Missouri Law Review
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NCCUSL	National Conference of Commissioners on Uniform State Laws
N.C.L.Rev.	North Carolina Law Review
n.F.	neue Fassung
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	number / numero
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
öDSG	Datenschutzgesetz (Österreich)
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
o.V.	ohne Verfasser
P.2d	Pacific Reporter, Second Series

XVIII

Abkürzungsverzeichnis

Pace Int'l L.Rev.	Pace International Law Review
PECL	Principles of European Contract Law
PEICL	Principles of European Insurance Contract Law
Penn.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
PETL	Principles of European Tort Law
PHI	Produkthaftpflicht international
PICC	Unidroit Principles of International Commercial Contracts
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte
ProdHaftRL	Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte
Q.B.	Queen's Bench
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDV	Recht der Datenverarbeitung
Rec. des cours	Recueil des cours
Rev.crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev.dr.unif.	Uniform Law Review / Revue de droit uniforme
Rev.int.dr.comp.	Revue international de droit comparé
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIDE	Revue internationale de droit économique
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rom I	Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom II	Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom III	Verordnung zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts
Rs.	Rechtssache
RTD eur	Revue trimestrielle de droit européen
RW	Rechtswissenschaft, Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
Rz.	Randziffer
S.	Satz; Seite
Slg.	Sammlung
SMU Sci.Tech.L.Rev.	Southern Methodist University Science & Technology Law Review
SPE	Societas Privata Europaea
StGB	Strafgesetzbuch
str.	strittig
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
Suffolk U.L.Rev.	Suffolk University Law Review

SZ	Süddeutsche Zeitung
SZIER/RSDIE	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
TLT	Transnational Legal Theory
TRG	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
TRIPS	Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
Tul.L.Rev.	Tulane Law Review
u.a.	und andere; unter anderem
u.ä.	und ähnliche(s)
UCC	Uniform Commercial Code
U.Cin.L.Rev.	University of Cincinnati Law Review
UCITA	Uniform Computer Information Transactions Act
UK	United Kingdom
UKHL	United Kingdom House of Lords (Neutral Citation)
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law / Institut international pour l'unification du droit privé
UNIDROIT Principles	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
U.S.	United States
USA	United States of America
usw.	und so weiter
u.v.a.	und viele andere
v.	von; vom; vor
Vand.L.Rev.	Vanderbilt Law Review
verb.	verbunden
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
VuR	Verbraucher und Recht
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization
WLR	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WTO	World Trade Organization
Y.B. Islamic & Middle E. L.	Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law
YbPIL	Yearbook of Private International Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

ZD-Aktuell	Newsdienst ZD-Aktuell (ZD = Zeitschrift für Datenschutz)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIR	Zeitschrift Interne Revision
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRph	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
ZSS (GA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

Rechtssystemvergleichung

Christiane Wendehorst

I.	Der Begriff des Rechtssystems.....	2
1.	Hierarchische, teleologische und kommunikationstheoretische Systembegriffe.....	3
a)	Hierarchische Systembegriffe.....	3
b)	Teleologische Systembegriffe.....	3
c)	Kommunikationstheoretische Systembegriffe.....	4
2.	Identifizierung von Rechtssystemen unterschiedlicher Natur.....	5
a)	Nationale Rechtssysteme.....	5
b)	Religiöse und indigene Rechte.....	5
c)	Inter-, supra- und transnationale Rechtssysteme.....	6
II.	Beispiele von Rechtssystemvergleichung jenseits klassischer Rechtsvergleichung.....	8
1.	Allgemeine Rechtsgrundsätze des Privatrechts in der EU.....	8
a)	Allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts.....	8
b)	Ungerechtfertigte Bereicherung und Rechtsmissbrauchsverbot als Beispiele ..	10
c)	Erkenntnisschärfung durch Rechtssystemvergleichung	12
2.	Internationale Kompetenzkonflikte in Zivilsachen und in Strafsachen.....	13
a)	Europäische Zuständigkeitsordnung in Zivilsachen.....	13
b)	Europäische Zuständigkeitsordnung in Strafsachen.....	15
c)	Rechtssystemvergleichende Unterstützung von Reformüberlegungen	16
3.	Die aktuelle Diskussion um ein Dateneigentum	17
a)	Hintergrund und Problemstellung	18
b)	Datenschutzrecht, Immaterialgüterrecht, und andere Rechtssysteme	19
c)	Rechtssystemvergleichung als Entscheidungshilfe	22
4.	Schuldvertrags-, Urheber- und Datenschutzrecht bei digitalen Produkten.....	23
a)	Hintergrund und Problemstellung	24
b)	Schuldvertragsrecht, Urheberrecht und Datenschutzrecht.....	24
c)	Rechtssystemvergleichung als Weg zu einer integrierten Lösung.....	27
III.	Verhältnis zu inter-nationaler Rechtsvergleichung.....	28
1.	Einwände von Alltäglichkeit bis Irrelevanz	28
2.	Methodische Vergleichbarkeit	29
a)	Die Frage nach dem <i>tertium comparationis</i>	30
b)	Universalität der funktionalen Methode	30
c)	Kulturalismus als Nationalismus?.....	32
d)	Übertragbarkeit von Methodendiskussionen	33
3.	Abgrenzung zur internen Rechtsvergleichung?.....	34
4.	Rechtssystemvergleichung als dynamisches Element	35
IV.	Thesen	36

Wäre Guglielmis allegorisches Deckenfresko der Jurisprudenz in der Aula der alten Wiener Universität¹ neu zu malen, und bemühte sich der Künstler um eine Personifizierung der Rechtsvergleichung, so trüge sie fast unausweichlich die Züge von *Hein Kötz*. Insbesondere die „Einführung in die Rechtsvergleichung“² hat als alternativloses Standardwerk das Bild von ganzen Juristengenerationen geprägt, und infolge der zahlreichen Übersetzungen auch das Bild von Rechtsvergleichung weltweit.

Und um verschiedene Zukunftsperspektiven dieser Rechtsvergleichung geht es in diesem Band. Schlagen wir das schon genannte Standardwerk auf, so finden wir dort auf den ersten Seiten eine Definition: Danach „stellt sich die Rechtsvergleichung zunächst dar als das Miteinandervergleichen von verschiedenen Rechtsordnungen der Welt“.³ Wir lesen unwillkürlich, ohne dass dies explizit so formuliert wäre: von verschiedenen *nationalen* Rechtsordnungen der Welt. Oder zumindest: nach ihrem territorialen Geltungsanspruch definierten Rechtsordnungen. Was sonst?

Im Kommenden werde ich zeigen, erstens: dass sich die funktional rechtsvergleichende Methode längst nicht auf national definierte Rechtsordnungen bzw. Rechtssysteme beschränkt; zweitens: dass dies in immer mehr aktuellen Forschungsfragen eine Rolle spielt; und drittens: dass dies ein Vorgang ist, der aufgrund seiner methodischen Eigenheiten und des übernationalen Charakters der meisten Forschungsfragen in die Hände des Rechtsvergleichers gehört und dessen Arbeitsfeld zu erweitern vermag.

I. Der Begriff des Rechtssystems

Systemgedanke und Systembegriff haben die Rechtswissenschaft immer wieder beschäftigt. Ohne an dieser Stelle einen umfassenden Überblick geben zu können, lassen sich bei näherem Hinsehen doch vornehmlich drei Gruppen von Systembegriffen unterscheiden: hierarchische, teleologische und kommunikationstheoretische.

¹ Heute Sitz der Österreichischen Akademie der Wissenschaften; Deckenfresken von *Gregorio Guglielmi*, 1755, siehe <www.oeaw.ac.at/fileadmin/NEWS/2013/pdf/OeAW-Hauptsitz-Folder_dt.pdf>.

² *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl., 1996).

³ *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), 2.

1. Hierarchische, teleologische und kommunikationstheoretische Systembegriffe

a) Hierarchische Systembegriffe

Was zunächst hierarchische Systembegriffe anbelangt, so beruhen sie auf dem Gedanken der Erzeugung und Legitimation von Normen durch höherrangige Normen, was letztlich in den Gedanken einer kelsenianischen Grundnorm⁴ oder *rule of recognition* nach *H.L.A. Hart*⁵ münden muss. Bestandteil eines Rechtssystems sind danach erstens nur Normen und zweitens nur solche Normen, welche ihre Geltung wenigstens mittelbar aus derselben Grundnorm oder obersten *rule of recognition* ableiten können.⁶ Integraler Bestandteil eines solchen Systemverständnisses ist das eines Stufenbaus.⁷ Inhaltlich müssen diese Normen im Übrigen nicht viel gemeinsam haben. Selbstredend können hierarchisch definierte Systeme auch Subsysteme aufweisen, die jeweils aus allen Normen bestehen, welche sich ihrerseits auf eine bestimmte höherrangige Norm stützen lassen.

b) Teleologische Systembegriffe

Hierarchische Systembegriffe à la Kelsen und Hart sind allerdings nicht die einzig möglichen Systembegriffe. Wenig von Hierarchie schwingt etwa mit in den vollkommen anderen Systemkonzeptionen eines *Canaris*,⁸ *Bydlinski*⁹ oder *Ronald Dworkin*.¹⁰ Ordnung und Einheit, die etwa Canaris als die unverzichtbaren Bestandteile jedes Systems definiert,¹¹ werden hier hergestellt durch einheitsstiftende Werte und Prinzipien. Rechtssysteme sind nicht definiert durch die Ableitung von einem gemeinsamen Geltungsgrund, sondern als axiologische oder teleologische Ordnung allgemeiner Rechtsprinzipien.¹² Die wertungsmäßige Einheit und Folgerichtigkeit der Rechtsordnung, oder *integrity of the law*,¹³ vor dem Hintergrund dieser Rechtsprinzipien bildet die Grundlage des Systems. Nun kann wenig Zweifel daran bestehen, dass so-

⁴ *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre (1934), 66 ff.

⁵ *H.L.A. Hart*, The Concept of Law (2. Aufl., 1994), 100 ff.

⁶ Im Wesentlichen zustimmend *J. Raz*, The Concept of Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System; *ders.*, The Identity of Legal Systems California Law Review 59 (1971), 795.

⁷ *Kelsen* (Fn. 4), 73 ff.

⁸ *C.-W. Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz (2. Aufl., 1983).

⁹ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996).

¹⁰ Vor allem *R. Dworkin*, Law's Empire (1986).

¹¹ *Canaris* (Fn. 8), 11 ff.

¹² *Canaris* (Fn. 8), 40 ff; im Prinzip ähnlich, aber mit Abweichungen und Einwänden im Detail *Bydlinski* (Fn. 9), 37 ff., der auch zutreffend zwischen „äußerem System“ (der Gliederung des Rechtsstoffs) und „innerem System“ differenziert.

¹³ *Dworkin* (Fn. 10), 176 ff.

wohl ein Canaris als auch ein Dworkin ihre Konzepte in erster Linie vor dem Hintergrund nationaler Rechtssysteme, konkret der deutschen und der US-amerikanischen Rechtsordnung, entwickelt haben. Rein prinzipiell gesehen kommen diese Systemkonzeptionen aber ohne nationalstaatlichen Kontext aus, sollten sich andere Zusammenhänge finden, die durch ähnlich starke, oder gar noch stärkere, einheitsstiftende Rechtsprinzipien gekennzeichnet sind.

c) *Kommunikationstheoretische Systembegriffe*

Erst recht gilt dies für kommunikationstheoretische Systembegriffe, wie sie die Systemtheorie eines *Niklas Luhmann*¹⁴ verwendet und wie sie etwa *Teubner*¹⁵ und in jüngerer Zeit *Graf-Peter Calliess*¹⁶ weiterentwickelt haben. Die Systemtheorie betrachtet das Recht als Teilsystem des Gesellschaftssystems, das neben andere Teilsysteme tritt, etwa Politik oder Wirtschaft. Es ist gekennzeichnet durch einen Fluss selbstreferentieller Kommunikationen, die sich durch eine bestimmte Kodierung – nach Luhmann die binäre Kodierung Recht/Unrecht¹⁷ – von anderen Kommunikationen unterscheiden und nach außen operativ abgrenzen. Der Fluss selbstreferentieller Kommunikationen unter Bedingungen operationaler Geschlossenheit¹⁸ führt zu einer autopoietischen Reproduktion und zur Ausdifferenzierung des Rechtssystems.¹⁹ Nun ist auch die Systemtheorie ursprünglich nicht primär als Gegenentwurf zum Nationalstaat entwickelt worden. Es ist jedoch unschwer zu erkennen, dass ihr Systembegriff ohne Nationalstaat auskommt, ja diesen als Referenzrahmen prinzipiell infrage stellt.²⁰ So ist es auch nicht verwunderlich, dass die Systemtheorie einen von mehreren Grundsteinen gelegt hat für die Forschung zum Phänomen transnationalen Rechts,²¹ die in den letzten Jahren enormen Aufschwung erlebt hat.

¹⁴ Schrittweise entwickelt, zusammengefasst in *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1995).

¹⁵ *G. Teubner*, Recht als autopoietisches System (1989).

¹⁶ Etwa *G.-P. Calliess*, Prozedurales Recht (1999); *ders./P. Zumbansen* (Hg.), Rough Consensus & Running Code – A Theory of Transnational Law (2010); *ders.*, Transnationales Recht (2014).

¹⁷ *Luhmann* (Fn. 14), 165 ff.

¹⁸ *Luhmann* (Fn. 14), 38 ff.

¹⁹ *Teubner* (Fn. 15), 36 ff.; *Luhmann* (Fn. 14), 239 ff.

²⁰ Etwa *G. Teubner*, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), 253; *ders.* *Global Law Without a State* (1997).

²¹ Für einige Beispiele siehe nur Fn. 16 und 20.

2. Identifizierung von Rechtssystemen unterschiedlicher Natur

Und damit wären wir beim Punkt angelangt: Recht ist längst nicht mehr zwingend nationalstaatliches Recht, und Rechtssysteme sind längst nicht mehr zwingend *nationale* Rechtssysteme.²²

a) Nationale Rechtssysteme

Nationale Rechtsordnungen sind in unserem Bewusstsein deswegen besonders präsent, weil sie sowohl die Merkmale hierarchischer Systembegriffe als auch die Merkmale teleologischer und kommunikationstheoretischer Systembegriffe erfüllen. Dabei steht das hierarchische Systemverständnis im Vordergrund, erlaubt doch die Ableitung von Normen aus höherrangigen Normen und letztlich aus der Verfassung als der positivrechtlich höchsten Stufe von Normen einer einzelstaatlichen Rechtsordnung²³ zwanglos die Differenzierung zwischen Normen, die einem bestimmten nationalen Rechtssystem angehören, von solchen Normen, die dies nicht tun. Vermittelt über die in der Verfassung vorgegebenen Werte und Grundprinzipien und weitere wichtige Zielsetzungen, wie derjenigen der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, erfüllen nationale Rechtsordnungen aber auch bis zu einem gewissen Grade den teleologischen Systembegriff. Schließlich hat der juristische Diskurs in den letzten Jahrhunderten eine Nationalisierung erfahren, die an der Existenz operational geschlossener Diskurse nicht zweifeln lässt. Die besonders klare Abgegrenztheit nationaler Rechtssysteme verbunden mit dem Umstand, dass jede Rechtsordnung präsumtiv sehr ähnliche Lebensprobleme zu lösen hat,²⁴ macht sie zum eigentlichen und wichtigsten Gegenstand vergleichender Rechtswissenschaft.

b) Religiöse und indigene Rechte

Dass auch religiöse Rechte, indigene Rechte usw. dem Begriff des Rechtssystems unterfallen, ja dass sie auch lohnende Gegenstände der Rechtsvergleichung im klassischen Sinne sein können und nicht etwa allein der Rechtssoziologie oder Rechtsethnologie zuzuschlagen sind, wird heute kaum noch bezweifelt.²⁵ Das liegt daran, dass diese Rechte prinzipiell hierarchisch aufgebaut sind, üblicherweise eine Vielfalt von Lebenssachverhalten regeln und

²² Vgl. nur etwa die Beiträge in *N. Jansen/R. Michaels* (Hg.), *Beyond the State: Re-thinking Private Law* (2008); *J. Schwarze* (Hg.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, Teilband 1: Beiträge zum Öffentlichen Recht, Europarecht, Arbeits- und Sozialrecht und Strafrecht (2008); *R. Zimmermann* (Hg.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, Teilband 2: Nichtstaatliches Privatrecht: Geltung und Genese (2008).

²³ *Kelsen* (Fn. 4), 70 ff., 73 ff.

²⁴ *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), 33 ff.

²⁵ Dazu eingehend *R. Michaels*, in diesem Band S. 39 ff. m.w.N.

sich nur in ihrem Geltungsgrund von national-staatlichem Recht unterscheiden. Unwillkürlich schwingt auch hier der Gedanke an eine Grundnorm oder *rule of recognition* mit. Die Scharia etwa mag in vielen Punkten anders sein als die meisten national-staatlichen Rechte. Sie ist ihnen aber insofern strukturell ähnlich, als sie prinzipiell alle oder die meisten Aspekte des menschlichen Lebens erfasst und sich einheitlich auf den Koran und auf die Überlieferung vom normsetzenden Reden und Handeln Mohammeds zurückführt. Dass religiöse oder indigene Rechte normalerweise – oft sogar in höherem Maße als staatliches Recht – durch Einheit stiftende Prinzipien gekennzeichnet sind und einen eigenen, operational oft allzu geschlossenen Diskurs pflegen, bedarf kaum der Erwähnung.

c) *Inter-, supra- und transnationale Rechtssysteme*

Sobald wir uns von streng nationalen Vorstellungen eines Rechtssystems trennen, sehen wir allerdings überall Rechtssysteme, die gleichsam quer zu den Konturen nationaler Rechtsordnungen verlaufen. Sie zeichnen sich aus durch eine teleologische Ordnung einheitsstiftender Rechtsprinzipien, noch mehr aber durch selbstreferentielle Kommunikationen, die sich durch eine bestimmte Codierung (Begrifflichkeit usw.) von anderen Kommunikationen unterscheiden. Teilweise finden sich auch hier hierarchische Strukturen. Einem derartigen, übernationalen Systembegriff genügen zweifellos beispielsweise das Völkerrecht oder das Europarecht.

Dass allerdings auch etwa dem Europäischen Vertragsrecht Systemcharakter zukommt, lässt sich kaum noch bestreiten, was durch das gerade in zweiter Auflage erschienene Lehrbuch „Europäisches Vertragsrecht“ von Hein Kötz²⁶ unterstrichen wird. Insbesondere mit den *Principles of European Contract Law* (PECL),²⁷ den *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL),²⁸ dem *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)²⁹ und dem immerhin zum Gegenstand mehrerer Kommentierungen gewordenen Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL),³⁰ hat sich mittlerweile

²⁶ H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht* (2. Aufl., 2015).

²⁷ O. Lando/H. Beale (Hg.), *Principles of European Contract Law* (Bd. I und II, 2000); O. Lando/E. Clive/A. Prüm/R. Zimmermann (Hg.), *Principles of European Contract Law* (Bd. III, 2003).

²⁸ J. Basedow/J. Birds/M. Clarke/H. Cousyl/H. Heiss/L. Loacker (Hg.), *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL) (2. Aufl., 2016).

²⁹ C. v. Bar/E. Clive (Hg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference* (DCFR), Full Edition (2009).

³⁰ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endgültig.

ein in mehrere Textstufen gestaffelter,³¹ weitgehend selbstreferentieller Diskurs herausgebildet, der von internationaler Ebene insbesondere durch das UN-Kaufrecht (CISG) und die UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (PICC)³² verstärkt wird. Nicht zuletzt die *Principes contractuels communs*³³ haben gemeinsame Grundprinzipien des Europäischen Vertragsrechts formuliert.

Ob das Gleiche bereits für das gesamte Europäische Privatrecht gesagt werden kann, ist weniger eindeutig. Immerhin sprechen zahlreiche wissenschaftliche Netzwerke, Zeitschriften, Textbücher und Einrichtungen dafür. Von einem Konsens hinsichtlich der tragenden Grundprinzipien kann allerdings noch nicht unbedingt gesprochen werden, nachdem sich teilweise konkurrierende Entwürfe gegenüber stehen, wie im Bereich der außervertraglichen Schadenshaftung die *Principles of European Tort Law* (PETL)³⁴ einerseits und der DCFR andererseits, und viele Gebiete allein vom DCFR abgedeckt werden, der die *scientific community* wie kaum ein anderer Referenztext gespalten hat. Mit einiger Vorsicht wird man dennoch zumindest von einem im Entstehen begriffenen Rechtssystem sprechen können.

Als dergestalt „horizontale“ Rechtssysteme wird man aber auch weitere transnationale Strukturen bezeichnen dürfen, die sich durch übernationale Referenztexte und Prinzipien und eine im Wesentlichen geschlossene *legal community* bzw. *scientific community* mit eigener Begrifflichkeit auszeichnen. Beispiele wären etwa das Immaterialgüterrecht oder das Wettbewerbsrecht. Die Abgrenzung zwischen derartigen Rechtssystemen im weiteren Sinne zu bloßen Teildiskursen, akademischen Schulen usw. mag fließend sein, ist für die Aussage dieses Beitrags aber letztlich von untergeordneter Bedeutung.

³¹ R. Zimmermann, Textstufen in der modernen Entwicklung des europäischen Privatrechts, EuZW 2009, 319 ff.; N. Jansen/R. Zimmermann, Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht, Textstufen transnationaler Modellregelungen, AcP 210 (2010), 196 ff.; R. Zimmermann, Die Auslegung von Verträgen, Textstufen transnationaler Modellregelungen, in: Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag (2010), 1353 ff.; J. Kleinschmidt, Die Bestimmung durch einen Dritten im Europäischen Vertragsrecht: Textstufen transnationaler Modellregelungen, RabelsZ 76 (2012), 785 ff.

³² *International Institute for the Unification of Private Law* (Hg.), UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2010).

³³ *Société de législation comparée* (Hg.), *Principes contractuels communs* (7. Aufl., 2008).

³⁴ *European Group on Tort Law* (Hg.), *Principles of European Tort Law* (2005).

II. Beispiele von Rechtssystemvergleich jenseits klassischer Rechtsvergleichung

Haben wir den kontra-intuitiven Schritt, andere als national abgegrenzte Rechtssysteme anzuerkennen, einmal vollzogen, stellt sich unwillkürlich auch die Frage nach deren wissenschaftlicher Vergleichung. Die Rechtsvergleichung klassischer Prägung, die sich ja primär als Vergleichung verschiedener *national* definierter Rechtsordnungen versteht, wäre möglicherweise nichts anderes als ein besonders markanter Unterfall der Rechtssystemvergleichung, auch wenn sie immer den mit Abstand wichtigsten Unterfall darstellen muss. Dass es tatsächlich gerechtfertigt ist, die Vergleichung anderer als national abgegrenzter Rechtssysteme wissenschaftlich zu betreiben, verlangt allerdings nach Begründung. Daher sollen im Folgenden skizzenhaft einige Beispiele für komparative Forschungsfragen beschrieben werden, die sich von klassischer Rechtsvergleichung im Wesentlichen dadurch unterscheiden, dass die jeweiligen Gegenstände des Vergleichs anders als national definiert und abgegrenzt sind.

1. *Allgemeine Rechtsgrundsätze des Privatrechts in der EU*

Wie jede Form der Rechtsvergleichung kann auch eine weiter verstandene Rechtssystemvergleichung zunächst der zweckfreien wissenschaftlichen Erkenntnisschärfung dienen. Als Beispiel für eine Fragestellung, die sich relativ nah an Fragestellungen klassischer Rechtsvergleichung bewegt, könnte in diesem Zusammenhang die Vergleichung allgemeiner privatrechtlicher Rechtsgrundsätze in Europa genannt werden, und zwar einerseits, soweit diese vom Gerichtshof als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts erkannt wurden, und andererseits, soweit im Wege wissenschaftlicher Rechtsvergleichung – wie oben näher erläutert – ein eigenes Rechtssystem des Europäischen Privatrechts im Entstehen begriffen ist.

a) *Allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts*

Das Unionsrecht stellt sicherlich ein Rechtssystem im nicht-nationalen Sinne dar, das sogar weitgehend dem hierarchischen Systembegriff genügt. Dabei ist das ranghöchste Recht das Primärrecht. Es umfasst im Wesentlichen die Verträge zur Gründung der Europäischen Union sowie sämtliche nachfolgenden Verträge und Rechtsakte zu ihrer Änderung oder Ergänzung, jeweils einschließlich der Protokolle. Seit dem Vertrag von Lissabon hat auch die Charta der Grundrechte der EU den Rang echten Primärrechts. Sekundäres Unionsrecht sind demgegenüber alle Rechtsakte der Unionsorgane, die auf Rechtsquellen im Primärrecht beruhen bzw. aufgrund einer Ermächtigung