

Einführung in die Rechtsvergleichung

Bearbeitet von
Rodolfo Sacco, Piercarlo Rossi

3., erweiterte und überarbeitete Auflage 2017. Buch. 270 S. Softcover
ISBN 978 3 8487 3899 1

Recht > Europarecht , Internationales Recht, Recht des Auslands >
Rechtsvergleichung

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

NOMOSSTUDIUM

Sacco | Rossi

Einführung in die Rechtsvergleichung

3. Auflage



Nomos

NOMOSSTUDIUM

Prof. em. Dr. Rodolfo Sacco, LLD

Prof. Dr. Piercarlo Rossi

Einführung in die Rechtsvergleichung

**1. Auflage aus dem Italienischen übersetzt von Jacob Jousen
und 3. erweiterte und überarbeitete Auflage von Alexandra Seifert**

3. Auflage



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-3899-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-8228-2 (ePDF)

Die Originalausgabe erschien unter dem Titel "Introduzione al diritto comparato" im Verlag UTET in Italien.

3. erweiterte und überarbeitete Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Inhalt

ERSTES KAPITEL: ECHTE UND VERMEINTLICHE PROBLEME DER RECHTSVERGLEICHUNG

§ 1 Das Ziel der Vergleichung	13
1. Die falsche Frage nach den Zielen der Wissenschaften	13
2. Rechtsvergleichung und Verständnis zwischen den Völkern	14
3. Rechtsvergleichung und Übereinstimmung der Modelle	15
4. Vergleichung und Vereinheitlichung des Rechts	17
5. Die Wissenschaft der Rechtsvergleichung und vergleichende Methode. Eine Antithese?	19
6. Das Ziel der wissenschaftlichen Rechtsvergleichung: die Bewertung der zwischen Rechtsmodellen bestehenden Unterschiede als Beitrag zur Kenntnis der Modelle	20
7. Rechtsvergleichung und Verbesserung des nationalen Rechts (durch die Nachahmung fremder Modelle)	25
§ 2 Wie vergleichen?	27
8. Ist es möglich zu vergleichen? Innerhalb welcher Grenzen?	27
9. Die vergleichende Erfahrung bedarf der Erfahrung der Rechtsanthropologie	31
10. Die extremen Kontrapolitionen der Systeme: der Gesetzgeber, der Jurist, der Staat, die übernatürliche Macht	33

ZWEITES KAPITEL: RECHTSVERGLEICHUNG UND ÜBERSETZUNG

§ 1 Von der Sprachwissenschaft zur juristischen Übersetzungswissenschaft	36
1. Rechtsvergleichung und Linguistik	36
2. Sprache und Recht in der Erkenntnisgeschichte	38
3. Auf der Suche nach der Genauigkeit in der Übersetzung	40
4. Die Auswirkungen der Übersetzung auf die Sicht des nationalen Rechts	48
§ 2 Die Übersetzung des Rechtstextes: die Schwierigkeiten, die Werkzeuge	51
5. Der zu übersetzende Text	51
6. Ist es möglich zu übersetzen? Innerhalb welcher Grenzen?	52
7. Die Sprache des Textes	54
8. Probleme der Übersetzung, die dem Recht entspringen	55
9. Probleme der Übersetzung, die der Sprache entspringen	57
10. Jenseits der Definition	59
11. Die höchst abstrakten Begriffe	60
12. Namen und Kategorien	61
13. Die garantierte Übersetzung	63
14. Die Strategien des Übersetzers	65

Inhalt

DRITTES KAPITEL: DER GEGENSTAND DER RECHTSVERGLEICHUNG

§ 1 Die Entdeckung der Formanten	68
1. Was bedeutet der Ausdruck »Rechtsnorm«?	68
2. Kritik am Prinzip der Einheitlichkeit	71
3. Die Überprüfung des Zusammenhangs der Formanten	72
4. Die Rechtsvergleichung, eine historische Wissenschaft	74
§ 2 Die einzelnen Formanten und ihre Verknüpfungen	76
5. Das Auftauchen der Unterscheidung zwischen dem richterlichen »Leitsatz« und den Entscheidungsgründen	76
6. Die Entwicklung des factual approach: Die Seminare von Cornell (1957-1968)	77
7. Anmerkungen zu einigen Formanten	81
8. Konsequenzen aus der Aufspaltung der Formanten für die Rechtsordnungen	84
9. Aufspaltung der Formanten, Verständnis vom Recht, Assimilierung unvergleichbarer Modelle	85

VIERTES KAPITEL: EINIGE ANWENDUNGEN

§ 1 Die Rechtsquellen	87
1. Der Begriff der »Rechtsquelle«	87
2. Rechtsquellen und Auslegung	89
3. Die Lehre als Rechtsquelle	91
4. Legitimation und Bedingung des Einflusses der Lehre	93
§ 2 Vertrag und Rechtsgeschäft als zweiseitige Gebilde	96
5. Das Problem	96
6. Die Materialien (aus dem romanistischen Bereich)	97
7. Die Materialien (im Bereich des Common Law)	103
8. Die Bedeutung der gesammelten Materialien	106
§ 3 Das objektive Tatbestandselement, welches zur deliktischen Haftung führt	110
9. Das Problem	110
10. Die französische Konzeption von 1806 bis heute	110
11. Die deutsche und die italienische Lösung	115
12. Die Situation in England und den Vereinigten Staaten von Amerika	118
13. Schlussfolgerungen	119
§ 4 Die Übertragung beweglichen Eigentums	122
14. Das Problem	122
15. Vom gemeinen Recht zu den französischen und italienischen Lösungen	122
16. Vom gemeinen System zum BGB und ABGB	124
17. Das englische System	124
18. Von den allgemeinen Regeln zu den Anwendungen	125
19. Die graphische Übertragung der Daten	128
20. Die Abweichungen (besonders die Erläuterungen der Lehre)	130
21. Der Eigentumsverkehr und der Inhalt des Eigentums	132

Inhalt

FÜNFTES KAPITEL: DIE ERGEBNISSE DER RECHTSVERGLEICHUNG

§ 1 Der Beitrag der Vergleichung zur Wissenschaft	137
1. Die Kryptotypen	137
2. Eine neue Wissenschaft: die Systemologie	139
3. Die Rechtsvergleichung im Dienst der Gesellschaftswissenschaften	141
§ 2 Die Veränderung der Modelle	144
4. Rechtliche Veränderungen	144
5. Die Identität des sich verändernden Rechtsmodells	147
6. Die Ursachen rechtlicher Veränderung	150
7. Die Ursachen originärer Innovationen	155
8. Die Ursachen der Nachahmungen	156
9. Bekannte Typen und Beispiele von Nachahmungen	160
§ 3 Vergleichung und Rechtsvereinheitlichung	163
10. Fortschritte und Ideologie der Vereinheitlichung	163
11. Einige kritische Anmerkungen zur Vereinheitlichung	165
12. Vereinheitlichung und politische Entscheidungen	167
13. Die Messung der Unterschiede	168
14. Die vereinheitlichende Wissenschaft	174

SECHSTES KAPITEL: DIE RECHTSVERGLEICHUNG IN DER AUSBILDUNG DES JURISTEN

§ 1 Die italienische Regelung	176
1. Die Tabelle von 1938 und deren Verfall	176
2. Internationale Gremien	179
3. Die Lage im nationalen Recht und an den Universitäten	180
§ 2 Perspektiven und Aussichten	182
4. Verschiedene Konzepte der Lehre der Rechtsvergleichung	182
5. Einige Aussichten	184

SIEBTES KAPITEL: DIE SYSTEME UND FAMILIEN

§ 1 Die Zusammenfassung der Systeme in Gruppen	187
1. Die Verschiedenheit der Rechtssysteme	187
2. Die Ähnlichkeiten, die Gruppierungen	189
3. Der Aufbau der Systemmerkmale	191
§ 2 Bedeutende Kennzeichen der verschiedenen Systeme	193
4. Die Gewichtung der Unterschiede	193
5. Systeme ohne zentralisierte Macht	193
6. Varianzen im Recht der Gesellschaft ohne zentralisierte Macht	197
7. Systeme mit einer zentralisierten Macht	199
8. Systeme mit und Systeme ohne Gesetzgeber	204
9. Systeme mit und Systeme ohne Juristen	208

Inhalt

ACHTES KAPITEL: BEDEUTENDE MODELLE UND MOMENTE IM ROMANISTISCHEN RAUM

§ 1 Die Entstehung des Code civil	214
1. Das Recht im romanistischen Raum vor den Kodifikationen	214
2. Das Vernunftrecht und die Kodifikationsbewegung	216
3. Die Rahmenbedingungen für die Kodifikation in Frankreich	217
4. Kodifikation und Verfassung	218
5. Merkmale des Code Napoléon	219
6. Die Verbreitung des Code civil	221
§ 2 Nach dem Code civil	223
7. Das Zeitalter der Exegese	223
8. Rechtsprechung und Lehre im Frankreich der Exegese	225
9. Das systematische Moment	225
10. Die wissenschaftliche Schule	227
11. Das 20. Jahrhundert	228
§ 3 Die letzte Phase des gemeinen Rechts (Deutschland im 19. Jahrhundert)	230
12. Die deutschen Rahmenbedingungen im 19. Jahrhundert	230
13. Die historische Schule	231
14. Die begriffliche, dogmatische und systematische Methode	232
15. Die Gegenströmungen	233
16. Die Verbreitung des systematischen Modells	234
§ 4 Das deutsche kodifizierte Recht	236
17. Das Bürgerliche Gesetzbuch	236
18. Begriffsbildungen und Formalismus bei der Auslegung des BGB	236
19. Richtungen außerhalb des Begriffsformalismus	237
20. Die Bundesrepublik	239
21. Eine abgeschlossene Episode: das Zivilgesetzbuch der DDR	240
§ 5 Die nicht romanistischen Modelle im Bereich des Civil Law	242
22. Das Ende der romanistischen Isolation gegenüber dem Common Law	242
23. Das Ende der romanistischen Isolation gegenüber den skandinavischen Ländern	243
24. Der (amerikanische und skandinavische) Realismus	244
25. Die ökonomische Analyse des Rechts	245
§ 6 Italien als nachahmendes Land	248
26. Das 19. Jahrhundert: Italien kodifiziert	248
27. Der französische und der italienische Ausleger	249
28. Die dogmatische Revolution	250
29. Dogmatik, römisches Recht, Auslegung	252
30. Das Projekt für ein italienisch-französisches Gesetzbuch	253
§ 7 Italien auf der Suche nach Neuem	254
31. Die neosystematischen Tendenzen	254
32. Die Neukodifikation in Italien	255
33. Die Entformalisierung, die Kritik an der Dogmatik	257
34. Die gestaltende Rechtsprechung	258

Inhalt

§ 8 Die jüngsten Entwicklungen	261
35. Die europäische Macht	261
36. Das Verständnis der Rechtsquellen zu Beginn des neuen Jahrhunderts	261
Bibliographische Informationen	263
Stichwortverzeichnis	269

§ 2 Wie vergleichen?

8. Ist es möglich zu vergleichen? Innerhalb welcher Grenzen?¹

Es wird verglichen. Und es wird schon seit einiger Zeit verglichen. 1

Es hat sich jedoch auch gezeigt, dass der Rechtsvergleich nicht immer möglich ist oder dass er zu katastrophalen Ergebnissen geführt hat. 2

Diese pessimistische These ist an den Namen von Pierre Legrand gebunden. Er stellte fest, dass der Rechtsvergleicher, wenn er ein anderes als sein eigenes System untersuchen will, zum einen versagt, weil er nicht Teil der Kultur sein kann, deren Ausdruck das ausländische Recht ist, und zum anderen, weil er selbst teilweise eine Entfremdung erfährt, da er die Wurzeln in seiner eigenen Kultur verliert.² 3

Die Lehre Legrands wurde mit Interesse betrachtet, aber ihr nicht gefolgt. 4

Weder der rechtliche Begriff noch die Rechtskultur sind vergleichbar mit der Luft, die wir atmen, oder der Nahrung, die wir essen, und deren Qualität sich auf unsere Gesundheit auswirkt. Ein Spanier entdeckt, dass in England die Autos auf der linken Seite der Straße fahren, ein Italiener des 21. Jahrhunderts findet heraus, dass die alten Römer die Sklaverei legitimierten, dass das Vertragsversprechen in England nur bindend ist, wenn es durch eine consideration gerechtfertigt ist (später stellt er fest, dass es auch durch ein bailment, durch besondere Form oder eine qualifizierte reliance gerechtfertigt sein könnte), dass das bewegliche Eigentum in Deutschland durch die Übergabe (oder ein Besitzkonstitut) übertragen wird. Aber weder der Spanier noch der Italiener hat das eigene Recht im Blut. Sie haben es durch die Teilnahme an universitären Rechtsvorlesungen gelernt und dort kann mit einem identischen Verfahren sowohl das englische als auch das römische Recht gelehrt werden. 5

Unsere Beziehung zu unserem Recht ist – innerhalb der Grenzen unseres gesamten Wissens – eine Kenntnis. In weitaus engeren Grenzen ist es ein Gefühl der Notwendigkeit. Und auch dieses Gefühl der Notwendigkeit, das einige der sensibelsten Regeln begleitet (Monogamie, Rückgabe etwas Geliehenen, Verbot, einen anderen zu schlagen oder fremde Häuser zu betreten), lässt genug Raum für eine umfassende Fähigkeit, verschiedene Regeln zu verstehen und Vorträgen über wahre oder fiktive Situationen zu folgen, in denen die Rechtssubjekte sich an unterschiedliche Regeln (oder Ausnahmen) halten. 6

Jedenfalls ist der Student in der Lage, ohne Konsequenzen, von den Regeln abzusehen, die er (zunächst und vor der Vertiefung seines Studiums) als notwendig erachtet hatte. 7

Der Diskurs ähnelt dem, den wir bezüglich der Sprache eröffnen können. Abgesehen von dem Bereich der Phonetik, der eigene und spezielle Eigenschaften hat, kann derjenige, der nur eine Sprache beherrscht, ablehnend auf anderer Sprachen reagieren, aber der Mehrsprachige kennt eine solche Abneigung nicht und der Linguist schwelgt sogar in der Betrachtung der vielen erstaunlich ähnlichen oder überraschend anderen Sprachen. 8

1 Zum Thema R.W. BEARDSMORE, *The Theory of Family Resemblance*, in: *Philos. Investigations*, 1992, 131; C.R. SUNSTEIN, *Incommensurability and Valuation in Law*, in: *Michigan Law Review*, 1994, 779; P. LEGRAND, *Opera omnia*, und insbesondere *Comparative Legal Studies and Commitment to Theory*, in: *Modern Law Review*, 1995, 262–273; und *Sur l'analyse différentielle des juriscultures*, in: *Rev. int. dr. comp.*, 1999, 1053; M. DETIENNE, *Comparer l'incomparable*, Paris, 2000.

2 LEGRAND, *aaO*.

- 9 Natürlich kann der Zoologe Verwirrung stiften (durch die Grenzen seines Wissens verursacht). Das Gleiche kann einem Rechtsvergleicher passieren. Aber die Qualität und Möglichkeiten einer Wissenschaft selbst hängen nicht vom Grad der Fehlbarkeit eines schlecht informierten Wissenschaftlers ab.
- 10 Man kann folglich vergleichen.
- 11 Ist es möglich, ein jedwedes System mit jedem anderen zu vergleichen?
- 12 Daran müssten natürlich jedenfalls diejenigen zweifeln, für die Vergleichung lediglich gleichbedeutend ist damit, die substantielle Übereinstimmung der Lösungen herauszuarbeiten. Zweifeln müssten darüber hinaus auch diejenigen, für die Vergleichung nur bedeutet, die Vereinheitlichung des Rechts vorzubereiten.
- 13 Bejahend werden hingegen, ohne zu zögern, diejenigen antworten, die unter Vergleichung die Feststellung und Abwägung der zwischen den verschiedenen rechtlichen Lösungen bestehenden Unterschiede verstehen.
- 14 In historischer Hinsicht ist dieses Problem im Hinblick auf drei verschiedene Kontrastpositionen aufgeworfen worden. Man hat sich gefragt, ob es möglich sei, romanistische Systeme mit solchen des Common Law zu vergleichen; kapitalistische mit sozialistischen; und ausgebildete Systeme mit denen des Ethnorechts.
- 15 Bis 1920 wurde bestritten, dass das englische Recht mit dem Recht anderer Länder verglichen werden könne.³ Zwischen den beiden Kriegen jedoch hat der sogenannte Dialog zwischen Common und Civil Law triumphiert.
- 16 Dasselbe Problem, wenngleich anders formuliert, hat sich ein halbes Jahrhundert lang auch in Bezug auf die Vergleichbarkeit von sozialistischen und wirtschaftsliberalen Systemen gestellt.⁴ Die Juristen des sozialistischen Raums haben dabei in der ersten Zeit die Möglichkeit eines Vergleichs ihres Rechts mit dem der bürgerlichen Systeme bestritten. Auf der Grundlage der von ihnen verfolgten Lehre ist das Recht ein Überbau der wirtschaftlichen Basis der Gesellschaft. Das Ziel des bürgerlichen Rechts wäre die von dem Willen der ausbeutenden Klasse getragene Unterwerfung der ausgebeuteten Klasse, das Ziel des sozialistischen Rechts wäre die Garantie der Freiheit der Arbeiter von jeder Form der Ausbeutung. Der Kauf und die Erbfolge können von identischen Gesetzesregeln in einem sozialistischen und in einem kapitalistischen Land geregelt werden: Aber das gegensätzliche Ziel des Rechts in dem einen und in dem anderen Land ließe das Bestehen einer – in wörtlichem Sinne – Parallelität zwischen diesen beiden Gesetzgebungen illusorisch erscheinen.
- 17 Nach dem zweiten Weltkrieg war die Theorie der Unvergleichbarkeit nicht mehr ganz so starr. Das internationale öffentliche Recht führte zur Errichtung der UNO, in der die sozialistischen mit den anderen Mächten zusammenarbeiteten; Vereinbarungen zu einem einheitlichen Recht wurden in Ländern mit unterschiedlichen wirtschaftlichen Grundlagen eingeführt; Maßnahmen verschiedener Natur sind in das Recht der kapitalistischen Länder eingeführt worden, um das Interesse der Arbeitnehmer zu schützen. So wurde ein Raum geschaffen, innerhalb dessen die Vergleichung für möglich erachtet wurde. Zumindest die oberste Schicht des Rechts (nämlich die in ihrem rein techni-

3 Wir finden die Angabe des Jahres 1920 bei M. ANCEL, *Utilità*, aaO, 18 ff. Ein Repräsentant des wiedergegebenen Gedankens ist auch der große E. LAMBERT.

4 Zu dem Thema statt vieler G. GORLA, »*Diritto comparato*«, aaO (sehr zweifelnd); M. ANCEL, *La confrontation des droits socialistes et des droits occidentaux*, in: Z. PÉTERI (Hrsg.), *Théorie du droit. Droit comparé*, Budapest, 1984 (bejahend); G. LOMBARDI, *Premesse*, aaO, 75 (bejahend).

§ 2 Wie vergleichen?

schen Inhalt untersuchte Norm) oder wenigstens einzelne Bereich hielt man für vergleichbar, auch wenn unüberbrückbare Differenzen in den tieferen Schichten blieben, dh in dem Zweck und dem Ziel, auf die das Recht hin ausgerichtet ist.

Unserer Ansicht nach muss die Vergleichbarkeit zwischen Normen und Rechtsordnungen von Ländern mit unterschiedlicher wirtschaftlicher Grundlage bejaht werden. Die verschiedenen Systeme sind vergleichbar, nicht weil sie mehr oder weniger gleich oder ähnlich wären, sondern weil die Vergleichbarkeit keine Angst vor Unterschieden hat, wie groß sie auch sein mögen. Diejenigen Juristen, die die Vergleichbarkeit von Rechtssystemen, die zu verschiedenen gesellschaftlichen Systemen gehören, aus dem Grund verneinten, *weil die Rechtssysteme grundlegend verschieden seien*, hinterließen, ohne es zu wissen, eine wahre und eigentliche Verleumdung! 18

Die Vergleichung kann größte und kleinste Unterschiede erlauben. Sie darf dabei keinerlei Präferenzen, weder für die einen noch für die anderen, hegen. Sie darf auch nicht ausschließlich auf die Jagd nach dem Common Core der verschiedenen Länder gehen. Genauso wenig darf sie sich auf die Jagd ausschließlich nach den Besonderheiten der verschiedenen Rechtsordnungen machen. Dieser Punkt ist nun erkannt. 19

Die Juristen, die die Vergleichbarkeit auf verschiedenen gesellschaftlichen Systemen beruhender Rechtsordnungen verneinten, waren in zweierlei Hinsicht zu kritisieren: Zum einen, weil sie von der Vergleichung die Gegenüberstellung von Modellen ausschließen wollten, wenn diese nicht ähnlich erschienen. Zum anderen, weil sie die Bedeutung der »oberflächlichen«, formalen Schicht des Rechts – für die Vergleichung – ausschließen wollten, indem sie allein dem infrastrukturellen Modell Relevanz zumaßen; als ob sich darin das gesamte Universum der rechtlichen Zusammenhänge, die sich unserer Beobachtung bieten, erschöpfen würde. 20

Hartnäckigere Einwände wurden jedoch auch gegen den Einschluss von Untersuchungen der Rechtsanthropologie oder Ethnologie in die Rechtsvergleichung erhoben. 21

Ein erster Einwand beruht auf der Idee der »Staatlichkeit« des Rechts. 22

In einem allgemeinen positivistischen Ansatz hängt die Staatlichkeit des Rechts an der Art und Weise, in der die Lehre die ihr vor Augen stehende Wirklichkeit in den Ländern europäischer Kultur im 19. und 20. Jahrhundert systematisiert hat. 23

Die Vorstellung, den Völkern, deren gesellschaftliches Leben nicht durch einen Staat geregelt und garantiert wird, zugleich auch »das Recht« abzuspochen, ist Frucht des europäischen Ethnozentrismus. Man empfand es in Europa als begrifflich bequem, Recht und Staat zusammenfallen zu lassen. Aber auch ohne einen Staat verstehen es Gesellschaften, die konform mit ihrer Tradition leben, ihren gesellschaftlichen Regeln Geltung zukommen zu lassen. 24

Gegen die Vergleichbarkeit von ausgebildetem und auf Tradition ruhendem Recht hat L.J. Constantinesco – ein weit verbreitetes Gefühl aufnehmend – eingewandt, dass die modernen Gesellschaften wüssten, dass das gesellschaftliche Leben nur einen Teil der menschlichen Erfahrung repräsentiere, dass sich ihr Recht von Sitte und Religion unterscheidet und wie ein konstruiertes Ganzes zeige; demgegenüber seien die traditionellen Gesellschaften pluralistisch, sie verfügten über ein nur schwach ausgebildetes Gemeinwesen sowie eine nur verschwindend geringe Beherrschung der Natur; zudem sei 25

dort die Bindung an das Recht nur passiv, global, schweigsam, ungenau und kaum bewusst.⁵

- 26 In einer Antwort hat N. Rouland die Schlussfolgerung gezogen, dass dann, »wenn die natürlichen Unterschiede zu den traditionellen Gesellschaften diejenigen wären, die L.J. Constantinesco beschrieben hat, es in der Tat völlig unnützlich wäre, die einen mit den anderen zu vergleichen.«⁶ Sicherlich würde derjenige, der sich im Bereich der Rechtsanthropologie auskennt, die Ausführungen Constantinescos kaum wiederholen. Aber selbst dann, wenn das gesellschaftliche Leben der traditionellen Gemeinschaften alle die Eigenschaften aufwiese, die die Europäer ihm zugeordnet – und manchmal nach wie vor zudenken –, würde nichts daran hindern, ihr gesellschaftliches Leben mit dem der ausgebildeten Ordnungen (im Kontrast) zu vergleichen: Auf diese Weise würde angemessen und präzise deutlich, worin die (entgegengesetzten) Eigenschaften der verschiedenen Systeme bestehen, wie sie strukturiert sind und wie sie in systematischer Hinsicht zueinander stehen.
- 27 Das Ethnrecht hat grundsätzlich dieselben funktionellen und strukturellen Eigenschaften wie das Recht der entwickelten Länder: Es garantiert eine gewisse gesellschaftliche Ordnung durch den Rekurs auf mit Wirksamkeit ausgestattete Regeln. Selbstverständlich wird es auch ganz eigene Eigenschaften vorweisen: etwa das Fehlen einer Juristenklasse, die dazu berufen ist, diese Regeln zu formulieren und anzuwenden, zudem besondere Verbindungen zwischen der Anwendungsregel und den nicht juristischen Lehren, hin und wieder eine schwache Bindung an die Wiederholbarkeit von Lösungen: Mit einem Wort, es wird andere Formanten⁷ aufweisen als das deutsche oder kanadische Recht. Aber es ist Recht, weil es die Antwort auf die Notwendigkeit nach einer bindenden gesellschaftlichen Ordnung in dieser bestimmten Gesellschaft darstellt.
- 28 Das zuvor Gesagte ist nunmehr in der Lehre herrschende Meinung.
- 29 Die Auseinandersetzung über die Vergleichbarkeit öffnet uns die Augen für eine wichtige Erkenntnis: Es gibt Ordnungen, die leichter zu vergleichen sind, weil ihre Lösungen und ihre Eigenschaften sich ähneln. Es gibt aber auch Ordnungen, von denen man (fälschlicherweise) gedacht hat, sie seien nicht vergleichbar, weil sehr große Differenzen sie trennen. Der zwischen den untersuchten Systemen bestehende Abstand kann nämlich schwanken. Dies erlaubt eine Makrovergleichung (die sich mit Systemen komplett verschiedener Art beschäftigt) einer Mikrovergleichung (die sich mit Systemen beschäftigt, die alle eine gewisse Ähnlichkeit aufweisen) gegenüberzustellen.⁸ Die Mittel können für die eine oder andere Vergleichung jeweils verschieden sein: In der Makrovergleichung etwa ist nicht immer vorhersehbar, ob die Worte des einen Systems in die

5 L.J. CONSTANTINESCO, *La méthode*, aaO, 102 ff.; DERS., *La science*, aaO, 261 ff.

6 N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, 1988, 173 (übersetzt ins Italienische von R. AUUFFI BECK PECCOZ, Mailand, 1992).

7 Zu dem Begriff der Formanten ausführlich in Kapitel 3, Anm. der Übers.

8 R. SACCO gelang es, den Gebrauch dieser Begriffe während eines von R. DAVID 1953 beim »Istituto un. di studi europei« von Turin durchgeführten Seminars vorzuschlagen.

Die Begriffe sind nunmehr gebräuchlich geworden, ihnen kommt jedoch eine unterschiedliche Bedeutung bei den verschiedenen Autoren zu. ZB dehnt G. GORLA, *Diritto comparato e straniero*, aaO, Anm. 7, die Bedeutung der Mikrovergleichung aus auf »diejenige, die einzelne Regeln oder Gruppen von Regeln und Instituten zum Gegenstand hat«, während die Makrovergleichung die charakteristischen Spuren eines bestimmten Rechts zum Gegenstand hat (und sich damit an das annähert, was wir Systemologie nennen).

§ 2 Wie vergleichen?

Sprache des anderen übersetzt werden können, weil häufig das passende Lemma fehlen wird.

Die angesprochene Gegenüberstellung wird häufig gebraucht, wenngleich die Begriffe selbst auch mit neuen Bedeutungen und Wertungen verwendet werden. 30

9. Die vergleichende Erfahrung bedarf der Erfahrung der Rechtsanthropologie

Die Unterschiede zwischen dem Recht der technologisch entwickelten Gesellschaft und dem Ethnorecht sind in der Tat sehr groß. Der Unterschied wächst noch, wenn man, anstatt das eigentliche, tatsächliche Recht der vorangeschrittenen Gesellschaft zu betrachten, die Vorstellungen in den Blick nimmt, die die Euroamerikaner von ihrem Recht haben. 31

Ein bedeutender Unterschied, den die Anthropologen nicht mit aller Deutlichkeit beschreiben, ist dieser: In der Rechtskultur des Civil wie des Common Law reflektiert das Urteil den Ablauf eines möglichen und natürlichen Sachverhaltes, der vor dem Urteil – und unabhängig von diesem – abgeschlossen ist. Wenn (und nur wenn) sich die an diesem Sachverhalt Beteiligten zusammenfinden, kann der Kläger das Recht geltend machen, welches ihm aus diesem Sachverhalt erwächst. Außerhalb unseres kulturellen Umfeldes jedoch kann es geschehen, dass das Urteil in viel flexiblerer Weise die Stellung der Parteien vor und während des Prozesses berücksichtigt. Der Grad der Billigung, den ihr Verhalten erhält, vermittelt den Erfolg im Urteil: Die Sympathie und die Zustimmung der Gemeinschaft sind auch für die richterlichen Wirkungen bedeutsam. 32

In bestimmten Zusammenhängen wird das Urteil darauf gerichtet sein, den gesellschaftlichen Zusammenhalt zu stärken: Dies erreicht man, indem man beim Urteil den jeweils Mächtigeren begünstigt, der den Einfluss und die Mittel besitzt, die erforderlich sind um die Entscheidungen auszuführen, ohne dass dies destabilisierende Missbilligungen herbeiführt. 33

In anderen Kulturen wird man alles Mögliche tun, damit die Behandlung des Verurteilten von übernatürlicher Stelle anerkannt wird (Gottesurteil); oder man wird übersinnliche Wahrheiten suchen, indem man auf magische Vorgehensweisen zurückgreift. 34

Trotz dieses – ja, vielleicht sogar gerade wegen dieses – Unterschiedes zwischen der rechtlichen Wirklichkeit der schriftlosen Völker und der Wirklichkeit, die wir in den entwickelten Ländern finden, stellt die anthropologische Erfahrung für den Rechtsvergleicher eine unvergleichbare Erfahrung dar, weil sie grundsätzliche Wahrheiten lehrt, die der Rechtsvergleicher gänzlich ignoriert hat, und ihn, auf diese Weise, gegen gefährliche Irrtümer und Vorurteile immunisiert. 35

Zunächst einmal bleibt der Anthropologe von der Vorstellung völlig unberührt, der zufolge derjenige, der ein fremdes Recht studiert, dies mit der Absicht tut sein eigenes Modell zu verbessern. Wenn überhaupt, so hatte sich die Rechtsanthropologie vorgenommen, den Kolonialverwaltungen zu nützen, indem man ihnen die Daten zur Verfügung stellte, die erforderlich waren, um den Völkern in den Kolonien im Namen der zivilisierten Werte ihre eigenen Traditionen zu nehmen. Nach dem Ende der Kolonialzeit zeigte die Anthropologie nun ihre Neutralität gegenüber den Werten der traditionellen Gesellschaften und reduzierte ihre Aufgabe auf das reflektierte Studium der Modelle, dh ihrer Inhalte, ihrer Unterschiede und Gemeinsamkeiten sowie ihrer Zirkulation. Die Förderung der Werte ist nur noch als Eventualziel angesehen, zweitrangig und nicht mehr wesensgleich mit der Forschung selbst; und, insoweit es noch mit einer 36

Auslöschung der traditionellen Wurzeln der Völker verbunden ist, wird es sehr argwöhnisch betrachtet.

- 37 Die Anthropologie treibt sodann den Forscher zu Verallgemeinerungen von größerem Interesse: So zeigt sie dem Vergleichler die Bedeutung der zwischen den Modellen bestehenden Verknüpfungen und Verbindungen. Evolutionismus und die Betrachtung der jeweiligen Verbreitung bilden die beiden Schlüssel zur Rekonstruktion der entscheidenden Umstände der kulturellen Modelle, über die ein jeder Vergleichler mit Gewinn nachdenken kann.
- 38 Dann findet sich der Rechtsanthropologe üblicherweise insbesondere vor Normen gestellt, die in dem Umfeld, das sie anwendet, nicht angemessen formuliert sind; und wenn er berichten will, was er gefunden hat, muss er die Verbalisierung der Regeln selber leisten, dh er muss ihren Inhalt rekonstruieren, indem er Begriffe verwendet, die ihrerseits diese Regeln in einer angemessenen Terminologie ausdrücken; man kann sich vorstellen, dass er dabei auf seine eigenen, ihm vertrauten Kategorien und Ausdrucksweisen zurückgreifen wird, die jedoch denjenigen des von ihm studierten Volkes ganz fremd sind. Parallel dazu wird er das Bild der Norm aufbauen, welches die Bevölkerung, die sie gebraucht, von ihr hat. Seine Erfahrung wird ihn ohne Anstrengung die Möglichkeit verstehen lassen, dass menschliche Gruppen sich regelmäßig nach gewissen Verhaltensnormen richten, ohne sie vorher verbalisieren zu müssen. In gleicher Weise wird sie ihn verstehen lassen, dass ein Unterschied zwischen demjenigen Entwurf, welcher die von dem Forscher verbalisierte Norm reflektiert, und demjenigen besteht, der das Bild widerspiegelt, welches die untersuchte Bevölkerung von dieser Norm hat: Dies ist der erste Schritt, um den Gegensatz zwischen Anwendungsregel und kognitivem Modell zu verstehen (dazu später, im zweiten Kapitel). In anderen Worten: Der Abstand, der zwischen der Anwendungsregel und dem kognitiven Modell besteht, ist im Bereich des ausgebildeten Rechts eine einfache, von nur wenigen Spezialisten erahnte Vorstellung. Unter den Anthropologen jedoch ist er ein erkenntnistheoretisch zentraler und erwarteter Umstand.
- 39 Darüber hinaus wird die Anthropologie von gebildeten Forschern betrieben, die daran gewöhnt sind, eine Norm auf das Schema zurückzuführen: »Wenn in einem bestimmten tatsächlichen Moment alle Voraussetzungen des Tatbestandes A vorliegen, entsteht das Rechtsverhältnis B«; der Forscher wird herausfinden, dass jedoch im rechtsethnologischen Bereich gleiche Tatsachen nicht immer gleiche Wirkungen hervorrufen, weil das Band, das Tatbestand und Rechtsfolge miteinander verbindet, durch Elemente beeinträchtigt wird, die sich in einer wie auch immer gearteten Zwischenposition befinden (beispielsweise solche aus dem magischen Bereich, oder gesellschaftliche Überlegungen, die Macht gegenüber dem Gegner, pädagogische Überlegungen usw).
- 40 Der Jurist der technologisch hochentwickelten Gesellschaft wird von der Vorstellung eines Rechts beherrscht, das durch eine in gewisser Hinsicht künstliche Vorgehensweise geschaffen ist: durch den Beschluss einer Versammlung, die ihm folgende Veröffentlichung, die Redaktion eines schriftlichen Textes (sei es, dass dies die Antwort eines klugen Mannes, eine monographische Abhandlung oder ein book of authority sei), die Anwendung einer gerichtlichen Entscheidung, die als Präzedenzfall gelten wird, usw. Sogar dann, wenn es sich um Gewohnheit handelt, erarbeitet der Jurist, über den wir hier sprechen, ein Verzeichnis der quasi-formellen Voraussetzungen, die seine Entstehung regeln: etwa die wiederholte und langfristige Beachtung oder die *opinio iuris ac necessitatis*. Das traditionelle Recht hingegen ist spontan. Das spontane Wort befreit

§ 2 Wie vergleichen?

den Forscher zwar nicht von der Untersuchung der Voraussetzungen, die bei seiner Bildung eingreifen; aber die Spontanität schließt jedenfalls jeden entscheidenden Eingriff einer Autorität sowie jede Voraussetzung aus, die die Wahlfreiheit der Gesellschaft beschneidet. Das Studium des Ethnorechts erlaubt uns, das spontane Recht der entwickelten Gesellschaften neu zu erforschen.

Schließlich bringt die Anthropologie den Forscher in Kontakt mit den aus den ehemaligen Kolonien hervorgegangenen Ländern, in denen ein europäisches Rechtsmodell eingeführt worden ist, das jetzt von den Ureinwohnern mit einer erkennbaren Reaktion auf das ursprüngliche rechtliche Substrat weitergeführt wird, was unmittelbare Auswirkungen auf die Anwendung der Normen hat. Dies gestattet, den Beitrag des (autochthonen) Substrates und den des Superstrats (europäischen Ursprungs) zu bestimmen, und zeigt, wie die Rolle der jeweiligen Schichten auf die Physionomie eines jeden Systems einwirkt. 41

Der Diskurs über die Rechtsanthropologie legt nahe, auch die Ethologie anzusprechen, die das Zusammenleben der Tiere untersucht. Es ist nicht gesagt, dass die Ethologie den Juristen nicht interessiert. Denn das Zusammenleben der Tiere zeigt uns, dass eine bestimmte Regel und eine bestimmte Machtverteilung durch die Mitglieder einer Gruppe ohne linguistische Ausführung praktiziert werden können. 42

10. Die extremen Kontrapolitionen der Systeme: der Gesetzgeber, der Jurist, der Staat, die übernatürliche Macht

Es finden sich in unserer Welt Rechtsordnungen, die Träger von sehr verschiedenen Strukturen und Eigenschaften im Vergleich zu den uns bekannten sind. Dort finden sich Situationen, auf die wir in der Regel nur – mehr als mit den synchronen rechtsvergleichenden Untersuchungen – mit einem diachronen Ansatz zugreifen können, der durch die historische Forschung ermöglicht wird.⁹ 43

Eine erste Unterscheidung, die man sich bewusst machen muss, ist die Anwesenheit oder Abwesenheit in der Rechtsordnung von einer konstituierenden Kraft und einem Parlament, die in ihrer Gesamtheit mit einer allgemeinen Gesetzgebungskompetenz ausgestattet sind, so dass ihre Interaktion jedwede rechtliche Norm schaffen kann. 44

Dieser Mechanismus existiert heute überall. Aber es war nicht immer so. 45

Bis zum Ende des 18. Jahrhunderts wurde angenommen, dass die Schaffung des Rechts eine Aufgabe sei, die Gott reserviert sei, oder dass das Recht einmal und für immer von den Vorfahren festgelegt worden sei, indem das eigene Verhalten einer unverrückbaren ungeschriebenen und gewohnheitsrechtlichen Regel angepasst wurde. 46

Die erste dieser Lösungen kann im islamischen Gedankengut (nicht in der Praxis) gefunden werden, wo angenommen wird, dass das Recht (oder zumindest der bedeutendste Teil davon, die *šarī'a*) von Gott offenbart wird. Die unbestreitbare Macht des dessen Willen Auslegenden wird immer per Definition eine umschreibende Macht sein. 47

Die zweite dieser Lösungen findet sich in den afrikanischen Modellen der Sub-Sahara, natürlich ohne den Einfluss von Entscheidungen eines Parlaments. Und wer sich mit diesen spontan gebildeten Regeln vertraut macht, kann deren Präsenz auch in den Systemen erfassen, in denen dem Staat und seinen Organen die gesamte Rechtsbildung obliegt. 48

9 Hierzu R. Sacco, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, insbesondere 91 ff.

- 49 Der Rechtsvergleicher muss sich dann an die Idee eines Rechts ohne Juristen gewöhnen. Die westliche Rechtstradition wird stark von den Juristen geprägt, die ihre juristischen Kenntnisse von in der Rechtstheorie gebildeten Personen gelernt haben. In analoger Weise beleuchtet der islamische Jurist den Inhalt der šarī'a mit seiner, in einer ununterbrochenen Tradition von weit mehr als tausend Jahren gebildeten Wissenschaft.
- 50 Aber außerhalb dieser Systeme finden wir nichts, was diesem professionellen Juristen oder einer Wissenschaft, Lehre oder Rechtstheorie entspricht.
- 51 Wo es keine Juristen gibt, gibt es auch keine spezialisierte und für die Bedürfnisse der Wissenschaft geeignete Rechtsterminologie. Auch fehlen – als logische Folge – klare und strenge Konzepte.
- 52 In der Rückschau existierte der Jurist zum ersten Mal im alten Rom. Vor der großen Blüte der römischen Zivilisation fehlte es an einer Rechtskenntnis mit wissenschaftlichem Charakter.
- 53 Dem wissenschaftlichen Prozess ist, unter anderem, die Entwicklung des einheitlichen Begriffs für das Recht, »ius«, zu verdanken. Wo diese Entwicklung ruhte, lässt sich feststellen, dass es kein Konzept einer vereinheitlichenden Reduktion aller Regeln gibt, die zur Ordnung der Gesellschaft durch die Prävention und Beilegung von Konflikten und die Strukturierung der öffentlichen Gewalt beitragen.
- 54 Wer im Islam aufwächst wird nicht die šarī'a, von Gott abgeleitet, in eine Kategorie mit den von menschlicher Seite entwickelten Regeln (zB die siyasa) einordnen. Wer in den großen asiatischen Kulturen erzogen wurde, verwechselt nicht den hinduistischen Dharma oder chinesischen Li, beide gebunden an eine kosmische Ordnung, mit den Vorgaben eines Prinzen – wie in der Vergangenheit Chinas beispielsweise. Ein Afrikaner aus dem Buschgebiet kann die Einheit der Ordnung, die in den Städten zu einer Gerichtsbarkeit ähnlich der Europas führt, nicht nachempfinden und toleriert einen traditionellen Führer, der ohne Prozess im Sinne der gängigen Praxis urteilt.
- 55 Die Rechtsvergleicher müssen sich auch mit dem Gedanken vertraut machen, dass der Staat nicht vor 3500 a.C. – und in bestimmten geographischen Gebieten (Ägypten, Mesopotamien, Indien, China) – entstand. Bis dahin fehlte es an einem Staat, der sich umfassend um alle kollektiven Bedürfnisse der Gesellschaft kümmerte (einschließlich der Notwendigkeit von Interventionen, die Konflikte zwischen den Mitgliedern innerhalb des Staates lösen); und es fehlte ebenso, zumindest bis zur Errichtung von Städten und zum Aufbau einer städtischen Kultur, eine zentrale, den Familiengruppen übergeordnete Autorität.
- 56 Seit 3500 a.C. wirkte in vier Regionen der Welt ein Staat und in den darauffolgenden Jahrtausenden hat sich die staatliche Struktur über den größten Teil der Erdoberfläche verbreitet.
- 57 Dennoch gibt es auch heute Gesellschaften, in denen keine staatlichen Strukturen operieren. Die Anthropologen lehren uns, zwischen den Gesellschaften »mit zentralisierter Macht« und solchen »ohne zentralisierte Macht« zu unterscheiden.¹⁰ Heute sind die ersten die Regel und die zweiten die Ausnahme.

10 Die Formulierung dieser Gegenüberstellung stammt von M. FORTES und E.E. EVANS-PRITCHARD, *African Political Systems*, London, 1940.

Dem Werk von M. LUPPI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Rom, 1994, ist ein Blick aus der Nähe auf die Eigenschaften der germanischen Gesellschaft, die mit der christlichen Kirche und Reich in Kontakt stand, aber noch zu einem großen Teil ohne zentralisierte Macht funktionierte, zu verdanken.

§ 2 Wie vergleichen?

Eine sorgfältige Analyse ermöglicht es den Rechtsvergleichern auch zu erkennen, dass in geografisch weitläufigen und wichtigen Gebieten das Recht ohne den Staat wirkt – oder zumindest einige Zweige des Rechts. 58

Im gesamten Amerika, in Australien, in Afrika und einzelnen Teilen Asiens ist ein Recht mit traditionellem Charakter zu finden, von Selbstbestimmten ohne das Wissen des Staates oder mit Zustimmung von staatlicher Seite praktiziert; und dieses Recht erfordert keine den Familiengruppen übergeordnete Macht. 59

Darüber hinaus erfolgt in China und Japan die Regelung von Konflikten privaten Charakters weitgehend ohne staatliche Intervention, was zu der Schlussfolgerung führt, dass Mechanismen, anders als jede zentralisierte Macht, die Beilegung des Rechtsstreits übernehmen. 60

Die Geschichte Europas lehrt die Juristin, dass vor einem Jahrtausend intensive Verbindungen zwischen der spirituellen Kraft, in der Lage Vorteile und übernatürlichen Schutz zu bieten, und der weltlichen Macht bestanden. Die spirituelle Kraft unterstützte und legitimierte (mit der Krönung) den Kaiser. Wer nicht Mitglied der Kirche oder exkommuniziert war, konnte die kaiserliche Funktion nicht ausüben. Zahlreiche Bischöfe verwalteten Lehnsgüter von großer Bedeutung. Die kirchlichen Persönlichkeiten und die für den Gottesdienst oder sonstigen Dienst an der Kirche bestimmten Güter waren von den weltlichen Jurisdiktionen ausgeschlossen. 61

Einem modernen Juristen können die gerade beschriebenen Beziehungen zwischen Kirche und Staat als extremes Beispiel von Klerikalisierung des zivilen Lebens und Eindringen des Übernatürlichen in irdische Belange erscheinen. 62

Aber zurück in der Zeit stoßen wir auf solche Situationen, in denen sich die Beziehungen zwischen dem Übernatürlichen und dem Recht lockern, und andere, in denen diese Beziehungen sogar noch intensiver sind. Geschichte und Vorgeschichte bieten für beides Beispiele. Das Übernatürliche kann etwas Materielles heilig werden lassen, eine Wahrheit akkreditieren und damit ein Beweiserhebungsproblem lösen (Identifizierung des Täters eines Verbrechens zum Beispiel), einen Streit entscheiden, die Stellung einer Person in der Gesellschaft bestimmen, die Person bezeichnen, der die Leitung der Gemeinschaft übertragen werden soll, mit seinen Sanktionen die Respektierung der Rechtsstaatlichkeit garantieren und so weiter. 63

Der Rechtsvergleicher muss bei der Untersuchung der bestehenden Systeme berücksichtigen, dass die Korrelationen zwischen dem Übernatürlichen und dem Recht nicht unbedingt so geringfügig und rationalisiert sind, wie es bei der Untersuchung des modernen Kirchenrechts der westlichen Länder erscheinen mag. Das Übernatürliche kann in die Sphären des Rechts eingreifen, indem es dessen Quellen beeinflusst oder diese legitimiert, und dies sowohl mittels protokollierter Formulierungen (in einigen Fällen von Gott offenbart) als auch mittels der Praxis der Gläubigen manifestierter und durch den Glauben inspirierter Normen. Das Übernatürliche kann auch das absolute Monopol für die Schaffung von Recht beanspruchen. 64