

Kischel
Rechtsvergleichung

Rechtsvergleichung

von

Uwe Kischel, LL.M. (Yale)

Attorney-at-law (New York)

o. Professor an der Universität Greifswald

2. Auflage 2026



beck.de

ISBN PRINT 978 3 406 83378 6

Dieser Titel ist auch als E-Book erhältlich.

© 2026 Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
info@beck.de

Druck und Bindung: Beltz Grafische Betriebe GmbH
Am Fliegerhorst 8, 99947 Bad Langensalza

Satz: Druckerei C.H.Beck Nördlingen
Umschlag: Druckerei C.H.Beck Nördlingen

chbeck.de/nachhaltig
produktsicherheit.beck.de

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Alle urheberrechtlichen Nutzungsrechte bleiben vorbehalten.
Der Verlag behält sich auch das Recht vor, Vervielfältigungen dieses Werkes
zum Zwecke des Text and Data Mining vorzunehmen.

*Wer's nicht einfach und klar sagen kann,
der soll schweigen und weiterarbeiten,
bis er's klar sagen kann.*

Karl R. Popper

Vorwort zur 2. Auflage

Die erste Auflage dieses Buches wurde weltweit von Rechtswissenschaftlern und Praktikern, Studenten und Doktoranden sehr positiv aufgenommen. Ich bin dankbar für all die positiven Rezensionen, e-mails und vielen persönlichen Rückmeldungen, die mich in den letzten Jahren erreicht haben. Doktoranden, die an ihrer Dissertation arbeiten, Professoren, die ihre rechtsvergleichenden Vorlesungen vorbereiten, Praktiker, die Orientierungshilfen zu bestimmten Ländern oder Regionen suchen, oder die zahlreichen Rechtsvergleiche, die sich einen Weg durch die manchmal verwirrende Vielfalt der Vorschläge zur rechtsvergleichenden Methode bahnen wollen – sie alle scheinen von der Lektüre dieses Buches profitiert zu haben.

Diese neue, zweite Auflage wurde in vielerlei Hinsicht verändert, angepasst und erweitert. Literaturangaben wurden aktualisiert, alte Zahlen und Daten durch neue ersetzt und neue Entwicklungen in den Text integriert. Die wichtigsten Änderungen betreffen das Methodenkapitel 3, eines der umfangreichsten des ganzen Buchs mit zentraler Bedeutung für seine Gesamtstruktur. Es wurde neu gegliedert und erweitert, um die zugrundeliegende Idee des Kontexts und der kontextuellen Rechtsvergleichung zu verdeutlichen und so auf die vielen Fragen und Anmerkungen einzugehen, die mich zu diesem Thema erreichten. Das Kapitel wurde zudem erweitert, um zusätzliche und neue methodische Ansätze wie den heuristischen Vergleich, vergleichende Verfassungsforschung oder empirische Rechtsvergleichung einzubeziehen. Ein ergänzender Abschnitt befasst sich mit der Frage, welche Ideen und Gründe hinter der scheinbaren Fülle weiterer methodischer Fragen und Anliegen stehen, die sich beispielsweise als strukturell, linguistisch, rechtssoziologisch oder dekolonial bezeichnen. Weitere Ergänzungen betreffen beispielsweise einen Abschnitt zu gemischten Rechtsordnungen, den viele Leser in der früheren Auflage vermisst haben. Auch wurde die Behandlung des russischen Kontexts erheblich erweitert. In den Kapiteln 5 und 6 zu den Kontexten des common law und des kontinentaleuropäischen Rechts waren die Ausführungen zu einigen der typischen Rechtsinstitute deutlich zu überarbeiten. So wurde die Chevron-Doktrin, die lange Zeit im Zentrum des US-amerikanischen Verwaltungsrechtsdenkens stand, aufgehoben, und Frankreich hat versucht, die cause durch Streichung aus dem Text des Code civil aufzugeben. Das britische Recht hat sich durch den Brexit verändert. Der spanische König hat unverkennbar an Bedeutung verloren. Saudi-Arabien hat damit begonnen, die Regeln des islamischen Rechts in mehreren wichtigen Gesetzen, darunter einem Zivilgesetzbuch, zu kodifizieren. China verfügt nun über ein neues und umfassendes Zivilgesetzbuch. Und die zentrale Überlegung zum chinesischen Recht, die betont, dass die Partei und nicht der Staat oder dessen Recht und Verfassung die zentrale Machtinstanz darstellt, war in westlichen Kreisen zum Zeitpunkt der Entstehung der ersten Auflage dieses Buches nicht unbedingt en vogue, scheint sich jedoch als zutreffende und realistische Beschreibung erwiesen zu haben und findet heute breite Akzeptanz, nicht zuletzt aufgrund der Ausrichtung der Führungsrolle Xi Jinpings. Insgesamt wurden durchlaufend im gesamten Werk neue Literatur und neue Trends eingearbeitet und erörtert.

Trotz – oder vielmehr gerade wegen – all dieser Veränderungen und Anpassungen an neue Entwicklungen hat sich ein zentrales Anliegen dieses Buchs bewährt: Keine der rechtlich relevanten Veränderungen des vergangenen Jahrzehnts waren wirklich überraschend in dem Sinne, dass sie den Leser der Erstauflage unvorbereitet oder ratlos zurückgelassen hätten.

Ganz im Gegenteil: Im Allgemeinen ermöglichte es die erste Auflage dem Leser, diese neuen Entwicklungen selbständig einzuordnen, sie in Beziehung zu bestehenden Trends und Grundprinzipien zu setzen und in ihrer Bedeutung, ihrer Tragweite und ihren Grenzen zu verstehen. Ich hoffe, dass die Neuauflage sich erneut in dieser Weise bewähren wird. Das gilt umso mehr, als es gerade solche mit Sicherheit auch in Zukunft zu erwartenden Veränderungen sind, die die Rechtsvergleichung zu einer so anregenden und anspruchsvollen Aufgabe machen.

Dieses Buch wäre ohne die Hilfe zahlreicher gegenwärtiger wie ehemaliger studentischer Hilfskräfte und wissenschaftlicher Mitarbeiter nicht möglich gewesen. Sie haben vorläufige Listen relevanter Literatur zusammengestellt, die Literatur aus verschiedenen Bibliotheken beschafft, Neuauflagen auf Aktualisierungen oder die Notwendigkeit vertiefter Auseinandersetzung hin geprüft und sich mit großer Sorgfalt um die unzähligen formalen und redaktionellen Aspekte gekümmert, die ein Werk dieses Umfangs zwangsläufig mit sich bringt. Sie haben zudem dafür gesorgt, dass die deutsche und die englische Ausgabe dieses Buches, an denen ich für die zweite Auflage parallel gearbeitet habe, in jeder Hinsicht identisch blieben. Für diese Unterstützung danke ich Carla Blecke, William Kopplow, Jytte Lauenstein, Philip Mende, Jonas Piest, Max Weber, sowie zusätzlich Henrik Augstein, Julius Fromm, Christine Hecker, Sara Reinhard und Clemens Sonntag. Mein besonderer Dank gilt William Kopplow, der die Arbeiten an dieser zweiten Auflage während der langen End- und Verlagsphase koordinierte, im weiteren Verlauf gemeinsam mit Jonas Piest, dem ich ebenso dankbar bin. Beide haben auch den Index eigenständig aktualisiert.

Großer Dank gilt der Zeit-Stiftung Ebelin und Gerd Bucerius, die mich großzügig unterstützt hat, indem sie von 2021 bis 2024 die Kosten für eine wissenschaftliche Hilfskraft teilweise übernommen hat. Diese finanzielle Hilfe trug nachdrücklich dazu bei, die Überarbeitung fortzusetzen und rechtzeitig zum Abschluss zu bringen. Wie immer gilt mein besonderer Dank der Stiftung Mercator. Ihre kontinuierliche, weitreichende und unbürokratische Unterstützung im Hintergrund verschaffte mir die interne und externe Unabhängigkeit, die für ein langfristiges Projekt dieser Art unverzichtbar ist. Ohne diese Unterstützung wären viele meiner eigenen internationalen Aktivitäten, die eine zentrale Grundlage für dieses Buch bilden, nicht möglich gewesen.

Trotz aller Bemühungen wird ein Werk wie dieses unweigerlich an manchen Stellen Fehler oder Ungenauigkeiten enthalten. Ich freue mich über jede Zuschrift, die dabei hilft, solche Mängel zu korrigieren.

Greifswald, im Juni 2026

Uwe Kischel

Vorwort zur 1. Aufl. 2015

Dieses Buch richtet sich an jeden Juristen, den wissenschaftliches Interesse, praktisches Bedürfnis oder schlicht Neugier dazu antreibt, über den Tellerrand der heimischen Rechtsordnung hinauszuschauen und sich mit fremdem Recht sowie der damit einhergehenden, fremden rechtlichen Denkweise zu beschäftigen. Es soll dem Anfänger die ersten Schritte ermöglichen, dem Fortgeschrittenen weiterführende Informationen zu Grundlagen, Detailfragen und möglichen Fallstricken vermitteln, dem Experten Anregung, Vertiefung und interessante Diskussionsbeiträge liefern. Das Werk steht somit in der Tradition der großen Lehrbücher, die es sich zum Ziel gesetzt haben, eine umfassende und vor allem wissenschaftlich vertiefte Darstellung mit dem didaktischen Anspruch guter Lesbarkeit und Verständlichkeit zu verbinden. Es eignet sich zum selektiven, thematischen Lesen für Doktoranden, Wissenschaftler oder Praktiker ebenso wie als echtes Lernbuch, das nicht nur Fortgeschrittene, sondern auch Neulinge auf dem Gebiet der Rechtsvergleichung von Anfang bis Ende durcharbeiten können.

Inhaltlich widmet sich ein erster Teil den allgemeinen Grundfragen der Rechtsvergleichung, nicht zuletzt der heute immer weiter ausufernden Methodendiskussion. Im zweiten Teil geht es dann – ganz im Sinne der in § 3 entwickelten kontextuellen Rechtsvergleichung – vor allem darum, dem deutschen ebenso wie dem ausländischen Rechtsvergleicher dabei zu helfen, ein Gespür für die spezifischen Eigenarten fremder Rechtsordnungen zu entwickeln, das notwendig ist, um fremde Normen, Entscheidungen und Zusammenhänge besser zu verstehen. Erleichtert werden soll das hermeneutische Sicheinarbeiten in das fremde Recht, in seine Denkungsart, seinen Stil, seine Atmosphäre, die von vielerlei Faktoren geprägt werden und sich keineswegs auf herkömmlich rechtsdogmatische Fragen beschränken. In formaler Hinsicht wurde bewußt darauf verzichtet, einzelnen Abschnitten jeweils eine kurze Liste ausgewählter Aufsätze und Bücher voranzustellen. Die für ein selbständiges Weiterarbeiten hilfreiche Literatur ergibt sich stattdessen mit erheblich größerer Genauigkeit aus den Fußnoten.

Für wertvolle Zuarbeit, im wesentlichen in Form von Literaturbeschaffung, Korrekturlesen, Zusammenstellung erster Literaturlisten sowie teilweiser Ergänzung oder Aktualisierung von Fußnoten, danke ich meinen früheren und gegenwärtigen Mitarbeitern am Lehrstuhl Florian Baach, Imke-Dorothea Baumgardt, Sabrina Beier, Simone Böhne, Martin Dietz, Katja Fröhlich, Matthias Hartwig, Anne-Kathrin Henkel, Lars Hunze, Robert Kessel, Peter Madjarov, Sarah Piek, Ilka Riedel, Anja Schlage und Agnes Wippich. Das Stichwortverzeichnis haben Lars Hunze, Peter Madjarov und Ilka Riedel eigenständig erarbeitet, wofür ich ihnen nochmals herzlich danke. Mein besonderer Dank gilt nicht zuletzt der Stiftung Mercator, die mir durch ihre weitreichende und vor allem völlig unbürokratische Förderung im Hintergrund die innere und äußere Unabhängigkeit gewährleistet hat, die notwendig ist, um ein Werk dieses Umfangs und Anspruchs in Angriff zu nehmen. Ein solches Werk wird, trotz intensivster Bemühungen, unweigerlich an manchen Stellen Fehler oder Ungenauigkeiten enthalten. Ich freue mich über jede Zuschrift, die dabei hilft, solche Mängel zu korrigieren.

Greifswald, im Oktober 2014

Uwe Kischel

Für Liv

Inhaltsübersicht

1. Teil. Grundlagen der Rechtsvergleichung

§ 1. Einführung: Was ist Rechtsvergleichung?	1
I. Die rechtsvergleichende Tätigkeit: Ein Überblick	2
II. Rechtsvergleichung und Nachbargebiete	9
III. Rechtsvergleichung als eigenständiges Rechtsgebiet: Eine unendliche Geschichte	25
IV. Bescheidenheit in der Rechtsvergleichung	29
V. Rechtsvergleichung in vielen Rechtsgebieten	31
§ 2. Ziele der Rechtsvergleichung	43
I. Fehlende Rechtfertigungsbedürftigkeit der Rechtsvergleichung	43
II. Allgemeine Zwecke und unmittelbar verwertbare Ergebnisse der Rechtsvergleichung	45
§ 3. Die rechtsvergleichende Methode	83
I. Das Methodenproblem der Rechtsvergleichung: Ein Überblick	84
II. Exkurs: tertium comparationis	86
III. Die funktionale Rechtsvergleichung als Ausgangspunkt	88
IV. Alternativen zur funktionalen Rechtsvergleichung	89
V. Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung	149
VI. Von der funktionalen zur kontextuellen Rechtsvergleichung	165
VII. Praxistipps für rechtsvergleichende Untersuchungen	202
§ 4. Rechtskreise, Rechtskultur und Kontext	215
I. Der Gedanke der Rechtskreise	215
II. Einige Rechtskreislehren	216
III. Sinn und Unsinn der Rechtskreiseinteilung	220
IV. Die Debatte um die Rechtskultur	226
V. Pragmatische kontextuelle Betrachtung	235
VI. Gemischte Rechtsordnungen	238

2. Teil. Die Kontexte der Rechtsordnungen

§ 5. Der Kontext des common law	245
I. Common law als Fallrecht	247
II. Geschichtliche Entwicklung	271
III. Gerichte und Juristen	284
IV. Der common law Prozess	305
V. Typische materielle Rechtsinstitute	317
VI. Englisch oder amerikanisch? – Gravierende Unterschiede im Kontext	349
VII. Common law im Rest der Welt	365
§ 6. Der Grundkontext kontinentaleuropäischen Rechts	375
I. Kontinentaleuropäisches Recht als einheitlicher Kontext?	376
II. Juristisches Denken im kontinentaleuropäischen Recht	378
III. Gerichte und Juristen	466
IV. Typische materielle Rechtsinstitute	498

§ 7. Die Vielfalt des kontinentaleuropäischen Kontexts	521
I. Die vergrößernde Zuordnung anderer westeuropäischer Staaten	523
II. Osteuropa: Differenzierungen nach der Transformation	538
III. Skandinavien: Das nordische Rechtsdenken	568
IV. Jenseits Europas: Lateinamerika	598
V. Konvergenz von civil law und common law?	630
§ 8. Der Kontext afrikanischen Rechts	643
I. Pluralität als Kennzeichen afrikanischen Rechts	643
II. Staatliches Recht	644
III. Traditionelles Recht	653
§ 9. Kontexte in Asien	687
I. Die Vielfalt Asiens	688
II. China: Die Herrschaft der Partei	691
III. Japan, Taiwan, Südkorea: Der südostasiatische Weg auf kontinentaleuropäischer Basis .	743
IV. Indien: Common law und Hinduismus	768
V. Indonesien: Pluralismus im Vielvölkerstaat	789
§ 10. Der Kontext des islamischen Rechts	805
I. Das klassische islamische Recht: Grundlagen	806
II. Der Inhalt islamischen Rechts (fiqh)	834
III. Das islamische Recht in den heutigen Staaten	852
IV. Exkurs: Andere religiöse Rechte	869
§ 11. Kontexte transnationalen Rechts	885
I. Rechtsvergleichung jenseits des Staates	885
II. Der Kontext des Völkerrechts	887
III. Der Kontext des Europäischen Unionsrechts	895
IV. Der Kontext der lex mercatoria?	908
Sachverzeichnis	913

Inhaltsverzeichnis

1. Teil. Grundlagen der Rechtsvergleichung

§ 1. Einführung: Was ist Rechtsvergleichung?	1
I. Die rechtsvergleichende Tätigkeit: Ein Überblick	2
1. Rechtsvergleichung und Auslandsrechtskunde	2
a) Ermittlung des einschlägigen Rechts	2
b) Vergleich und Bewertung	4
c) Länderberichte und Generalbericht	5
d) Auslandsrechtskunde existiert nicht	5
2. Kontextuelle Rechtsvergleichung	6
3. Einzelvergleich und typisierender Vergleich	8
II. Rechtsvergleichung und Nachbargebiete	9
1. Rechtsübersetzung	9
2. Rechtsgeschichte	11
3. Rechtssoziologie	14
4. Rechtsethnologie, Rechtsethologie, Rechtsanthropologie	16
a) Rechtsethnologie	16
b) Rechtsethologie	17
c) Rechtsanthropologie	18
5. Internationales Privatrecht	19
6. Vergleichende Politikwissenschaft	21
III. Rechtsvergleichung als eigenständiges Rechtsgebiet: Eine unendliche Geschichte	25
1. Ein Spiel mit Worten	25
2. Methode oder eigenständiges Gebiet der Rechtswissenschaft?	26
a) Fehlende Bedeutung der Frage	26
b) Untersuchung der historischen Beziehungen zwischen Rechtssystemen	27
c) Mikrovergleichung als Methode, Makrovergleichung als Wissenschaft?	28
IV. Bescheidenheit in der Rechtsvergleichung	29
V. Rechtsvergleichung in vielen Rechtsgebieten	31
1. Universalität der Rechtsvergleichung	31
2. Ideologie und Rechtsvergleichung	33
a) Von der Wertfreiheit zur Wertprägung	33
aa) Politisch-wertender Charakter nicht nur des öffentlichen Rechts	33
bb) Politische Prägung und praesumptio similitudinis	34
cc) Menschenrechtsorientierte statt wertfreie Vergleichung	35
b) Universalität statt Relativismus der Menschenrechte	38
aa) Menschenrechte als westlich-individualistisch geprägte Werte	38
bb) Menschenrechte als Forderungen	39
cc) Kultur- und religionsunabhängiger Kampf für die Menschenrechte	40
dd) Universalität und Umstände des Einzelfalls	42
§ 2. Ziele der Rechtsvergleichung	43
I. Fehlende Rechtfertigungsbedürftigkeit der Rechtsvergleichung	43
II. Allgemeine Zwecke und unmittelbar verwertbare Ergebnisse der Rechtsvergleichung	45
1. Kommunikation	45
a) (Rechts-)Kulturelle Unterschiede	45
b) Rechtskultureller Imperialismus	46
c) Anwaltliche Praxis	48
2. Rechtsbildung: Bedeutung in der Lehre	49
3. Vertieftes Verständnis der eigenen Rechtsordnung	51

4. Rechtsvergleichung und Gesetzgebung	52
a) Rechtsbeeinflussung im Allgemeinen	52
aa) Typische Beispiele für Rechtsbeeinflussung	52
bb) Beeinflussung nicht nur durch nationales Recht	53
cc) Erfolge, Misserfolge und Ungeklärtes	54
dd) Gründe und empirische Bedeutung der Rechtsbeeinflussung	55
b) Rechtsübernahme (legal transplants)	57
aa) Typische Fragen an die Rechtsübertragung	57
bb) Sind Rechtsübernahmen überhaupt möglich?	59
cc) Kategorien von Rechtsübernahmen	60
c) Rechtsvereinheitlichung und Rechtsharmonisierung	61
aa) Rechtsharmonisierung: weltweit, europäisch, regional	61
bb) Einheitsrecht, Modellgesetze	63
cc) Die Principles of European Contract Law als Vorbild im europäischen Raum ..	64
5. Rechtsvergleichung und Auslegung	66
a) Auslegung von Recht mit fremden Elementen: rechtsvergleichende Auslegung iwS	67
b) Auslegung genuin nationalen Rechts: rechtsvergleichende Auslegung ieS	69
aa) Rechtsvergleichende Auslegung als klassische Forderung	70
bb) Textstufenparadigma und „fünfte Auslegungsmethode“	70
cc) Zu einer kulturell-rechtsvergleichenden Auslegung	71
dd) Nochmals: Das Problem der nationalen Eigenständigkeit	72
ee) Auslegungshilfe in schwierigen Fällen: klassische Beispiele	75
c) Praktische Probleme und Lösungen	77
6. Rechtsvergleichung als Rechtsquelle: Völker- und Europarecht	80
§ 3. Die rechtsvergleichende Methode	83
I. Das Methodenproblem der Rechtsvergleichung: Ein Überblick	84
II. Exkurs: tertium comparationis	86
III. Die funktionale Rechtsvergleichung als Ausgangspunkt	88
IV. Alternativen zur funktionalen Rechtsvergleichung	89
1. Varianten der klassischen Herangehensweise	89
a) Feststellen, verstehen, vergleichen: Das 3-Phasen-Modell	89
b) Praktische Arbeitsanweisung in acht Schritten	92
c) Die Lehre von den rechtlichen Formanten	93
aa) Formanten als Ausdruck der Vielschichtigkeit von Rechtsfindung und Rechts- auffassungen	93
bb) Formanten: Vom Einrennen offener Türen und seinen Gefahren	95
d) Dialektische Rechtsvergleichung	97
aa) Vergleichung als wertender Kreisprozess	97
bb) Dialektik als Realität	98
e) Heuristischer Vergleich	99
aa) Auswahl von Stufen und tertium comparationis	99
bb) Auswahl als immantener Bestandteil der untersuchten Frage	101
2. Veränderungen in Teilen	102
a) Rechtsvergleichung und ökonomische Analyse	102
aa) Die ökonomische Analyse des Rechts	102
(1) Beispiel Haftungsrecht	102
(2) Grundgedanken und Grundterminologie der ökonomischen Analyse	104
bb) Die ökonomische Analyse in der Rechtsvergleichung	106
cc) Kritik der ökonomischen Analyse	108
(1) Kernprobleme der Ökonomisierung	108
(a) Von Fischen und Rauch: Zwei Beispiele	108
(b) Homo oeconomicus und das Denken in Modellen	109
(c) Effizienzkriterien	111
(d) Monetarisierung und Gerechtigkeit	112

(e) Behandlung alternativer Kriterien	115
(f) Psychologie, Didaktik und die selbsterfüllende Prophezeiung	116
(2) Schwierigkeiten ökonomischer Betrachtung in der Rechtsvergleichung ...	117
b) Konzeptuelle Vergleichung	119
aa) Modellentwicklung und Vergleich: Ein Zwei-Phasen-Programm	119
bb) Bedeutung und Wirkung des Modells	120
3. Andere Untersuchungsziele	122
a) Rechtsübernahmen	122
b) Vergleichende Rechtstheorie	123
c) Rechtstraditionen	125
aa) Die Offenheit von Traditionen	125
bb) Die Begrifflichkeit des Traditionsdenkens	127
d) Große Fragen	128
4. Kausalitäten, Zahlen und sozialwissenschaftliche Tendenzen	129
a) Statistische Rechtsvergleichung	130
aa) Numerische Darstellung und Korrelierung des Rechts	130
bb) Der Teufel im Detail	132
(1) Reduktion komplexer Sachverhalte auf einfache Zahlen	132
(2) Suggestion naturwissenschaftlicher Genauigkeit	135
(3) Kausalitäten	136
(4) Wirtschaftspolitische Einfärbung und rechtspolitisches Programm	137
b) Vergleichende Verfassungsforschung	138
aa) Auf der Suche nach Kausalitäten	139
bb) Sozialwissenschaftliche Fragen, sozialwissenschaftliche Methoden	140
c) Empirische Rechtsvergleichung	142
aa) Ein Sammelbegriff und seine Grenzen	142
bb) Rein deskriptive Statistik?	143
5. Strukturell, linguistisch, rechtssoziologisch, dekolonial ...: immer weitere methodische Ansätze?	144
a) Fragen statt Ansätze	145
b) Anliegen statt Ansätze	146
c) Missverständnisse	148
V. Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung	149
1. Kritik an der Vorgehensweise	150
a) Die Funktion im Recht	150
b) Der Vergleichsvorgang	151
c) Der kulturelle und rechtliche Kontext	152
d) Die Neutralität	152
2. Kritik an den Hintergründen	154
a) Fixierung auf Einheit	154
b) Positivismus statt Realismus	154
c) Zielabhängigkeit	155
d) Isolation	156
3. Postmoderne Kritik	156
a) Das Problem der Darstellung und Selbstdarstellung postmoderner Schriften	156
b) Grundgedanken der Postmoderne	157
c) Postmoderne Kritik an der Rechtsvergleichung	159
d) Postmoderne Methoden der Rechtsvergleichung?	161
4. Die Fehler der Kritik: Ein Zerrbild funktionalen Denkens	162
a) Funktionale Methode in Feind- und Selbstbild	162
b) Nichtbeachtung der Vielfalt von Kulturen und Funktionen?	163
c) Fixierung auf Einheitlichkeit?	164
d) Neutraler Standpunkt?	164
VI. Von der funktionalen zur kontextuellen Rechtsvergleichung	165
1. Verbleibende Grenzen und Fehler funktionalen Denkens	166
a) Übertriebene Schlussfolgerungen	166

b) Begrenzte Reichweite funktionaler Vergleichung	168
aa) Vielfalt rechtsvergleichender Fragestellungen: Eine Typologie	168
(1) Klassischer Vergleich: Problemvergleich und Konzeptvergleich	168
(2) Vergleich von Funktionsbedingungen des Rechts	170
(3) Typische Teilfragen	170
(4) Freiwillige Einbeziehung fremder Rechtsgedanken	171
(5) Erzwungene Rechtsvergleichung	171
(6) Abstrahierende und systematisierende Fragen	171
bb) Funktionales Denken und Problemvergleich	172
2. Kontext als zentrales Konzept der Rechtsvergleichung	173
a) Legitime Anliegen der Kritik	173
b) Kontext als integratives Konzept	174
c) Kontext und Rechtskultur	175
d) Kontext und Rechtskreise: Der doppelte Bedeutungsgehalt von Kontext	176
3. Kontextuelle Rechtsvergleichung als hermeneutische Methode	177
a) Die Suche nach dem Kochrezept	177
b) Analytisches Vorgehen vs. Hermeneutik	179
aa) Analytische und historische Fragestellungen	179
bb) Historische Fragestellung und hermeneutische Methode	181
cc) Hermeneutik und Rechtsvergleichung	183
c) Verschiedene Denkstile	185
4. Kontextuelle <i>Rechtsvergleichung</i>	185
a) Die Grenzen der Rechtsvergleichung	185
b) Rechtsvergleichung und rechtswissenschaftliche Methoden	186
5. Bilanz: Was ist kontextuelle Rechtsvergleichung?	188
6. Einheit in der Vielfalt: Kontextuelle Fehlerlehre der Rechtsvergleichung	189
a) Fehler bei der Begriffserfassung	189
aa) Lese- und Übersetzungsprobleme	189
bb) Quellenprobleme	190
cc) Erfassen des Begriffsinhalts	192
dd) Vorverständnis der Begriffe: Die Bedeutsamkeit	193
b) Übersehen funktionaler Äquivalente	194
c) Verengung des Blickfelds	194
aa) Das dogmatische Umfeld	194
(1) Relativierung von Abweichungen	194
(2) Typische Fehlinterpretationen	195
bb) Das rechtskulturelle Umfeld	196
(1) Rolle des Rechts und rechtlicher Institutionen	196
(2) Rechtliches Denken und rechtliches Handwerkszeug	197
cc) Außerrechtliche Aspekte	199
d) Die eigene Brille: Regel vs. Ausnahme	199
e) Gelehrtes und gelebtes Recht, Rechtsmeinungen	200
VII. Praxistips für rechtsvergleichende Untersuchungen	202
1. Aufbaumöglichkeiten einer klassischen rechtsvergleichenden Studie	203
a) Schlichte Gegenüberstellung und Vergleich	203
b) Verzahnter Vergleich	205
c) Darstellung aus heimatlicher Sicht	206
2. Eine klassische rechtsvergleichende Arbeitsweise	207
a) Finden eines Themas	208
b) Einlesen	208
c) Studium fremder Quellen	210
d) Unterschiede, Gemeinsamkeiten und erste Gliederungen	211
e) Erweiterung des Blicks	212
f) Endgliederung und Niederschrift	213

§ 4. Rechtskreise, Rechtskultur und Kontext	215
I. Der Gedanke der Rechtskreise	215
II. Einige Rechtskreislehren	216
1. Herkömmliche Einteilungsversuche	216
2. Ungewöhnliche Einteilungsversuche	218
3. Hierarchische Einteilungsversuche	219
4. Kontextuelle Einteilung	219
5. Zur Terminologie von Rechtskreis, Rechtsfamilie, Rechtssystem und Kontext	220
III. Sinn und Unsinn der Rechtskreiseinteilung	220
1. Klassifikationsaufgabe?	220
2. Auswahl von Vergleichsrechtsordnungen und Arbeitersparnis?	221
3. Kenntnis des Kontexts	223
4. Didaktik	223
5. Weitere Kritik an der Rechtskreislehre	224
6. Praktische Bedeutung der Kontexte	226
IV. Die Debatte um die Rechtskultur	226
1. Rechtsvergleichender Ansatz	226
2. Rechtssoziologische Debatte	227
a) Vielzahl von Definitionen	227
b) Der Streit um den Sinn	229
aa) Theorie vs. Pragmatismus	229
bb) Weitere Probleme der Rechtskultur	231
3. Lehren für die Rechtsvergleichung	231
a) Abweichende rechtssoziologische Interessen und Herangehensweisen	231
b) Spezifisch juristischer Ansatz	233
V. Pragmatische kontextuelle Betrachtung	235
1. Kontext statt Rechtskultur	235
2. Beispielhaftes statt idealtypisches Vorgehen	236
3. Elemente des Kontexts	237
a) Relative Bedeutung historischer Aspekte	237
b) Nichtrechtliche Elemente und ihre Ermittlung	237
c) Vielzahl von Einzelementen	238
VI. Gemischte Rechtsordnungen	238
1. „Gemischt“ und seine Bedeutungen: Ein Überblick	239
a) Begriffliche Ausweitungen	239
b) Hintergrund der Ausweitungen	239
c) Neue Untergliederungen	240
d) Ein unbefriedigender Zustand	241
2. Gemischte Rechtsordnungen als dritte Rechtsfamilie	241
3. Gemischte Rechtsordnungen in kontextueller Perspektive	243

2. Teil. Die Kontexte der Rechtsordnungen

§ 5. Der Kontext des common law	245
I. Common law als Fallrecht	247
1. Begriff	247
2. Der klassische Kern des common law	248
a) Entwicklung aus Fällen	248
aa) Induktives Denken: Von bunten Wänden	249
bb) Rechtsentwicklung im common law: Die Schnecke im Ginger Ale	252
b) Präzedenzfall und distinguishing	257
aa) Ratio decidendi und obiter dictum	258
bb) Gerichtshierarchie	259
cc) Distinguishing	260
dd) Überzeugende Präjudizien	261

c) Rolle des Gesetzesrechts	261
d) Rolle der akademischen Literatur	262
3. Die Denkweise des Common law	265
a) Common law als richterlich geschaffenes Recht	265
b) Fälle als Argumente	266
c) Prozessorientierung	266
d) Systematik, abstraktes Denken und Recht	267
e) Recht und Tatsache	269
II. Geschichtliche Entwicklung	271
1. Entstehung des common law nach 1066	272
2. Königliche Gerichte in Westminster	273
3. Writs	274
a) Eigenschaften und Entstehung der writs	274
b) Prozessuales vs. materielles Denken	276
c) Ende und Fortwirken der writs	278
4. Equity	279
a) Grundgedanke: equity als Gewissensentscheidung	279
b) Typische Regeln der equity	280
c) Praktische Probleme der equity	281
d) Equity heute	283
III. Gerichte und Juristen	284
1. Gerichtsaufbau	284
a) England: Komplexität und Modernisierung	284
aa) Tribunals	285
bb) Magistrates' Courts, County Courts	286
cc) Crown Court	286
dd) High Court	287
ee) Court of Appeal	287
ff) House of Lords und Supreme Court	288
b) USA: Föderale Struktur	290
aa) Einzelstaatliche Gerichte und Bundesgerichte	290
bb) Gerichtshierarchie im Bund	290
(1) Federal District Court und Court of Appeals	290
(2) Der appeal zwischen Tatsachen- und Rechtsprüfung	291
(3) U. S. Supreme Court	292
cc) Zuständigkeiten von Bund und Einzelstaaten	292
2. Juristische Ausbildung	293
a) England	293
aa) Zwischen Universität und Praxis: Die historische Entwicklung	293
bb) Universitäre und praktische Phasen: Die Ausbildung heute	294
cc) Soziale Kritik an der Ausbildung	296
b) USA	296
aa) Universitäre Ausbildung und bar exam	296
bb) Akademische Prägung der besten law schools	297
cc) Aspekte der Fallmethode	297
3. Richter und Anwälte	299
a) England: Die Macht der Tradition	299
aa) Richter zwischen Tradition und Umbruch	299
(1) Das missverständliche klassische Bild	299
(2) Der richterliche Urteilsstil	300
(3) Der Weg auf den Richterstuhl	300
bb) Barrister und solicitor	301
(1) Traditionelle Rollenteilung	301
(2) Zögerliche Aufweichung der Unterschiede	302
(3) King's Counsel	303
b) USA: Das moderne Umfeld	304
aa) Anwälte: Im Dienst des Mandanten	304
bb) Richter: Die politische Dimension	304

IV. Der common law Prozess	305
1. Gegnerschaftlicher Prozess	305
a) Klassische Form	305
b) Kritik und Veränderungen	307
c) Gegnerschaftlicher vs. inquisitorischer Prozess?	308
2. Jury	309
a) Die jury als tatsächliche und rechtliche Entscheidungsinstanz	309
b) Historische Entwicklung der jury	310
c) Die jury zwischen freier Entscheidung und rechtlicher Einbindung	312
aa) Entscheidung ohne Begründung	312
bb) Die Instruktionen der jury	313
cc) Ansätze rechtlicher Überprüfbarkeit	313
dd) Die Freiheit der jury: jury equity	315
d) Rechtskontextuelle Verwurzelung der jury	315
V. Typische materielle Rechtsinstitute	317
1. Gesetzesauslegung	317
a) Gesetzesauslegung als umstrittenes Kernproblem	317
b) Klassische Auslegungsregeln	318
c) Zweifelhafte Heranziehung von Gesetzgebungsmaterialien	320
d) Andersartigkeit der Gesetzesauslegung im common law	321
2. Grundeigentum	322
a) Feudale Wurzeln von Sprache und Denken	322
b) Moderne Aspekte des Grundstücksrechts	324
c) Formalistische Struktur	326
d) Die peinliche rule against perpetuities	327
3. Trust	328
a) Grundgedanke des trust	328
b) Flexibilität des trust	329
c) Fiktive trusts als Mittel zum Zweck	329
4. Consideration	330
a) Consideration und Form	330
b) Komplexitäten und Widersprüche	331
c) Der Gegenspieler: promissory estoppel	333
5. Öffentliches Recht und Privatrecht	334
a) Der Mythos des fehlenden Verwaltungsrechts	334
b) Historische Hintergründe: Star Chamber, Dicey, laissez-faire	335
c) Die Andersartigkeit des Verwaltungsrechts im common law	337
aa) Privatrechtliche Elemente und fehlende Verwaltungsgerichtsbarkeit	338
bb) Materiellrechtliche Eigenheiten	339
6. Grundrechte in der Abwägung: levels of scrutiny	340
a) Rational basis, strict scrutiny, intermediate scrutiny	340
b) Vorprägung des Ergebnisses durch Wahl des Prüfungsmaßstabs	342
7. Überprüfung administrativer Rechtsauslegung	344
a) Der Chevron Test	344
b) Offenheit des Chevron Tests	346
c) Loper Bright und das Ende von Chevron	347
VI. Englisch oder amerikanisch? – Gravierende Unterschiede im Kontext	349
1. Inhaltliche und institutionelle Unterschiede	350
a) Unterschiede im materiellen Recht und seiner Bedeutung	350
b) Institutionelle und prozessuale Unterschiede	351
c) Unterschiede aufgrund föderaler Struktur	352
2. Insbesondere: Verfassungsrecht	354
a) Herausragende Rolle des U.S.-Verfassungsrechts	354
b) Verfassungsrecht in England?	354
aa) Bedeutung und Existenz des englischen Verfassungsrechts	354
bb) Die Vorherrschaft des Parlaments auf dem Rückzug	356

Inhaltsverzeichnis

3. England unter dem Einfluss Europas	358
a) Der langfristige Einfluss	358
b) Brexit und die englische Rechtsordnung	360
4. Rechtstheoretische Grundgedanken: U.S.-amerikanischer Rechtsrealismus	361
a) „We are all realists now“	361
b) Fehlende Bedeutung in England	364
VII. Common law im Rest der Welt	365
1. Zwischen anglo und amerikanisch: Das Kontinuum des common law	365
2. Einige frühere Kolonien	366
a) Kanada	366
b) Australien	368
c) Neuseeland	370
3. Und Schottland ...?	371
§ 6. Der Grundkontext kontinentaleuropäischen Rechts	375
I. Kontinentaleuropäisches Recht als einheitlicher Kontext?	376
II. Juristisches Denken im kontinentaleuropäischen Recht	378
1. Wo kommt das Recht her? – Die Rechtsquellen	379
a) Überragende Bedeutung des Gesetzes	379
aa) Positivistische Grundeinstellung	379
bb) Gesetz, Recht und Demokratie	381
cc) Kein mechanisches Gesetzesverständnis	382
dd) Bedeutungsvarianten des Gesetzesbegriffs	383
b) Der wenig bedeutende Rest	384
aa) Gewohnheitsrecht	384
bb) Weitere Rechtsquellen	385
c) Und der Richter?	387
2. Die Systematik des Rechts	390
a) Der Kodifikationsgedanke	390
aa) Kodizes als typisch kontinentaleuropäisch?	390
bb) Was ist ein Kodex?	391
cc) Verschiedene Begriffe des Kodex	392
(1) Differenzierung nach dem Grad der Reform	392
(2) Differenzierung zwischen kontinentaleuropäischem und common law	394
Kodex	394
dd) Der Aufbau eines Kodex: zwei Beispiele	395
(1) Frankreich und der Code civil	395
(2) Deutschland und das BGB	397
(3) Der Sprachstil von BGB und Code civil	398
b) Begriffliche Durchdringung	399
aa) Vereinheitlichung der Begriffe	400
bb) Allgemeiner Teil, abstrakte Denkweise, Begriffspyramiden	400
cc) Rechtsvergleichende Verständnisprobleme, schneller Zugriff, Gesetzessprache	402
c) Französischer Pragmatismus	404
aa) Ähnlichkeit aus der Außenperspektive	404
bb) Unterschiede aus der Binnenperspektive	405
3. Die Gesetzesauslegung	406
a) Auslegungsziel: Objektive und subjektive Theorie	406
b) Auslegungsmethoden	408
aa) Der klassische Auslegungskanon	408
bb) Methodische Probleme und Weiterungen	410
cc) Die Nonchalance der Praxis	412
c) Begriffs-, Interessen- und Wertungsjurisprudenz	413
d) Französische Parallelen	416
aa) Inhaltliche Parallelen, terminologische Unterschiede	416
bb) Der klassische Schulenstreit: école de l'exégèse vs. libre recherche scientifique	417

cc) Heutige Realität der methodischen Vielfalt	418
(1) Oszillierende Methodenlehre	418
(2) Zusätzliche Auslegungsmethoden und praktische Ansätze	419
4. Praktische Rechtsanwendung	421
a) Recht und Tatsachen	421
b) Subsumtion	423
aa) Grundschemata der Subsumtion	424
bb) Meinungsstreitigkeiten und Subsumtion	425
cc) Subsumtion als allgemeines Denkschema	426
dd) Definitionen als geronnenes juristisches Wissen	427
c) Gutachtentechnik	428
aa) Inhalt der Gutachtentechnik	428
bb) Gutachtenstil als allgemeines Denkschema	429
cc) Schematisierung als geronnenes juristisches Wissen	430
dd) Prägende und praktische Wirkung des Gutachtenstils	431
d) Relationstechnik	432
aa) Vorgehensweise der Relation	432
bb) Bedeutung des Relationsdenkens	433
e) Frankreich: Gleicher Ansatz, andere Ausführung	435
aa) Syllogismus	435
bb) Pragmatische Lösung statt Subsumtion und Gutachten	435
cc) Qualifikation als Schnittstelle von Recht und Tatsachen	438
5. Rechtliche Autoritäten	439
a) Gerichtsentscheidungen	439
aa) Fehlende Präzedenzfallbindung	439
bb) Urteilsstil	442
(1) Frankreich	442
(2) Deutschland	444
b) Die Rolle der akademischen Literatur	447
aa) Literaturgattungen: Kommentar, Lehrbuch, Zeitschrift	447
bb) Einfluss der Literatur	451
6. Geschichtliche Entwicklung	453
a) Frankreich	454
aa) Gewohnheitsrecht und römisches Recht	454
bb) Entstehung des Code civil	455
cc) Eigenheiten und Kritik des historischen Code civil	456
dd) Andere napoleonische Kodizes	457
b) Deutschland	458
aa) Die Zersplitterung des deutschen Rechts	458
bb) Der Kodifikationsstreit	460
(1) Frühere Kodifikationen	460
(2) Thibaut vs. Savigny	461
(3) Historische Rechtsschule, Germanisten und Pandektistik	461
cc) Die Schaffung des BGB	463
dd) Weitere Kodifikationen	465
III. Gerichte und Juristen	466
1. Gerichtsaufbau	466
a) Deutschland	466
aa) Die Gerichtszüge	466
bb) Ausgangsverfahren, Berufung, Revision am Beispiel des Verwaltungsprozesses ..	467
cc) Besonderheiten im Zivil- und Strafverfahren	468
dd) Das Bundesverfassungsgericht	469
b) Frankreich	471
aa) Gerichtsbarkeiten	471
bb) Berufung und Kassation	472
cc) Der Instanzenzug vor ordentlichen Gerichten	473
(1) Zivilverfahren	473
(2) Strafverfahren	474

dd) Der Instanzenzug im Verwaltungsverfahren	475
ee) Die Verfassungsgerichtsbarkeit	476
(1) Verfassungsgerichtliche Funktionen des Conseil d'État?	476
(2) Der Conseil constitutionnel	477
2. Juristische Ausbildung	478
a) Deutschland: Der Einheitsjurist	478
aa) Studienablauf	479
bb) Bedeutung der Benotung	479
cc) Inhalt und Form des Studiums	480
dd) Repetitorien	481
ee) Praktische Ausbildung im Referendariat	481
ff) Kritik an der Ausbildung	482
b) Frankreich: Ausbildung in Stufen	483
aa) Studienablauf	483
bb) Studieninhalte und Bedeutung	484
3. Richter und Anwälte	485
a) Deutschland: Der direkte Einstieg	485
aa) Richter: Karriere und Ansehen	485
bb) Anwälte und Notare	487
b) Frankreich: Spezialausbildung und Auswahl	487
aa) Richterausbildung und concours	487
bb) Anwaltsausbildung und Vereinheitlichung der Berufsbilder	489
4. Das gerichtliche Verfahren	490
a) Orientierung am erstinstanzlichen Verfahren	490
b) Einige typische Merkmale des deutschen Zivilprozesses	491
aa) Überragende Rolle des Richters	491
bb) Vergleich	492
cc) Beibringungsgrundsatz und Beweisaufnahme	492
dd) Kosten	493
c) Der deutsche Verwaltungs- und Strafprozess	493
aa) Verwaltungsprozess und Amtsermittlung	493
bb) Eigenheiten des Strafprozesses und der deal	494
d) Der französische Untersuchungsrichter	496
IV. Typische materielle Rechtsinstitute	498
1. Das deutsche Abstraktionsprinzip	498
2. Die französische cause	500
a) Abschied von der cause?	500
b) Grundgedanke der cause	501
c) Was ist die cause?	501
d) Funktionen und Kritik der cause	503
3. Treu und Glauben	503
a) Praktische Auswirkungen von Treu und Glauben	504
b) Treu und Glauben als Aufforderung zur Rechtsfortbildung	504
4. Die Elemente der Straftat: Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld	505
a) Grundschemata und Anwendung	505
b) Theoretische und praktische Bedeutung	506
5. Gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsakten	507
a) Unterscheidung zwischen Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff	507
b) Eigenständige gerichtliche Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe	508
c) Beschränkte Überprüfung des Ermessens	509
6. Menschenwürde	510
a) Grundgedanke der Menschenwürde	510
b) Rechtskulturell prägende Rolle der Menschenwürde	510
c) Konkreter normativer Gehalt der Menschenwürde	512
7. Grundrechtsschranken: Die Verhältnismäßigkeit	514
a) Schutzbereich, Eingriff und Schranke	514
b) Struktur der Verhältnismäßigkeit	515
c) Weitreichende Bedeutung der Verhältnismäßigkeit	515

8. Verfassungsbeschwerde und konkrete Normenkontrolle	516
a) Reichweite der Verfassungsbeschwerde	516
b) Verfassungsbeschwerde und Stellung des Bundesverfassungsgerichts	517
c) Schwierige Abgrenzung zum einfachen Recht	518
d) Zusammenspiel mit der konkreten Normenkontrolle	519
§ 7. Die Vielfalt des kontinentaleuropäischen Kontexts	521
I. Die vergrößernde Zuordnung anderer westeuropäischer Staaten	523
1. Österreich und Schweiz	523
a) Deutscher Rechtskreis – mit Vorbehalten	523
b) Österreichische Verfassungskultur: Zersplitterung, Flexibilität und Hans Kelsen	523
c) Schweizerische Verfassungskultur: Volksrechte, Föderalismus, Konkordanz	526
2. Spanien	529
a) Die zivilrechtliche Nähe zum französischen Recht: historischer Kern und heutige Grenzen	529
b) Abnehmender französischer Einfluss im Verwaltungs- und Strafrecht	531
c) Das deutsche Vorbild im Verfassungsrecht	532
aa) Die Ähnlichkeiten zum deutschen Verfassungsrecht	532
bb) Die Eigenständigkeit des spanischen Verfassungsrechts	533
d) Insbesondere: Autonomiestatuten und Monarchie	535
aa) Autonome Gemeinschaften	535
bb) Das Ende einer Ära: Die Normalisierung der Monarchie	536
II. Osteuropa: Differenzierungen nach der Transformation	538
1. Das einfache Bild des Transformationsprozesses	539
2. Die komplexe Realität des Transformationsprozesses	540
a) Die mehrfache Transformation	540
b) Gesetze mit der heißen Nadel	541
c) Reste „sozialistischen“ Denkens	543
d) Probleme der Rechtsanwendung	544
aa) Übertriebener Formalismus	544
bb) Entscheidungsschwäche und Führung	545
cc) Vollstreckungsschwierigkeiten	546
dd) Ausbildung und Fortbildung	546
e) Der Einfluss alter Eliten	547
f) Rechtsnihilismus	548
g) Gelebtes Recht in der rechtswissenschaftlichen Literatur	549
3. Zwei Gruppen im Kontext Osteuropas	550
a) Die östlichen EU-Staaten: Die europäische Chance	551
b) Osteuropäische Staaten außerhalb der EU: langsame Entwicklung	553
4. Russland als eigenständiger Kontext	554
a) Grundlegende Einstellungen und Widersprüche	554
aa) Der russische Rechtsnihilismus: Zwei Sichtweisen	554
(1) Rechtsnihilismus als traditionelles Merkmal des russischen Rechts?	554
(2) Rechtsnihilismus heute	557
bb) Der russische Dualismus	558
cc) Formalismus vs. Dezisionismus	560
b) Typische Rechtsinstitute	561
aa) Kontinentaleuropäisches Erbe	561
bb) Die russische Staatsanwaltschaft	561
cc) Arbitragegerichte	562
dd) Regulatorische Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs	563
ee) Die jury	563
ff) Die russisch-orthodoxe Kirche	566
c) Verfassungsrecht	566
aa) Staatsverständnis und „russische Werte“	566
bb) Gemeinwohlinteressen und umgekehrte Verhältnismäßigkeit	568
d) Der russische Kontext in weiteren Staaten	568

III. Skandinavien: Das nordische Rechtsdenken	568
1. Geschichtliche Besonderheiten	569
a) Staatliche Zusammenhänge in Skandinavien	569
b) Rechtseinflüsse von außen	570
c) Der Wohlfahrtsstaat	572
2. Eigenheiten des skandinavischen Kontexts	573
a) Fehlende Kodifikation	573
b) Rechtsquellenlehre	574
c) Skandinavische Zusammenarbeit	577
aa) Nordischer Juristentag und Nordischer Rat	577
bb) Sprachliche Gemeinsamkeiten	578
cc) Abnehmende Bedeutung der skandinavischen Zusammenarbeit	578
d) Besonderheiten der Juristen	579
aa) Der Vorteil der kleinen Zahl	579
bb) Skandinavischer Pragmatismus: lagom	580
e) Geringe Klageneigung?	581
3. Spezifische materiellrechtliche Institute	582
a) Der Ombudsmann	582
aa) Vielfalt der Ombudsmänner	582
bb) Das Grundmodell des schwedischen Justizombudsmanns	583
cc) Ombudsmann und Kontrolle der Verwaltung	584
b) Öffentlichkeitsprinzip	585
c) Verfassungsrecht	588
aa) Geringe Bedeutung des Verfassungsrechts	588
bb) Wohlfahrtsstaatlicher Hintergrund und moderne Gegentendenzen	589
cc) Schwache gerichtliche Normenkontrolle	590
4. Der skandinavische Rechtsrealismus	591
a) Skandinavischer Rechtsrealismus als philosophisches Projekt	591
aa) Die Schwierigkeiten einer Annäherung	591
bb) Versuch einer Annäherung	592
(1) Rechte als mystische Begriffe	592
(2) Der Kampf gegen das Naturrecht	593
b) Praktische Bedeutung heute?	595
c) Beziehungen zum U.S.-amerikanischen Rechtsrealismus	596
5. Skandinavien als Teil des kontinentaleuropäischen Kontexts	597
IV. Jenseits Europas: Lateinamerika	598
1. Lateinamerika als Teil des kontinentaleuropäischen Kontexts	598
a) Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Kontext	598
b) Frühe Vorreiterschaft: Kodifikationen des 19. Jahrhunderts	599
c) Einflüsse von außen	602
d) Modifizierte Sichtweisen	603
aa) Spanisch-portugiesische Rechtsfamilie?	603
bb) Abnehmende Bedeutung der Kodifikation?	603
2. Verfassungsrecht und lateinamerikanisches Selbstverständnis	604
a) Historische Vorbilder Frankreich und Europa	604
b) Eigenständige Weiterentwicklung	605
c) Paradigmenwechsel mit Ende der Militärdiktaturen	606
aa) Grundrechte aller Generationen	607
bb) Verfassungsgerichtliche Durchsetzungsmöglichkeiten	608
3. „Gehorchen, aber nicht folgen“: Die Realität des Rechts	609
a) Gelebtes vs. geschriebenes Recht	609
aa) Grundeinstellung	609
bb) Beispiel Verfassungslyrik	611
cc) Beispiel barrios und informeller Sektor	612
dd) Mangelnde Effektivität der Gerichte	614
b) Historische, politische und soziale Hintergründe der mangelhaften Rechtsbefolgung	615
4. Rechtspluralismus: Der Aufstieg indianischer Rechte und Rechtsordnungen	617
a) Kolonisierung – Assimilation – Integration – Pluralismus	618

b) Indianische Rechte und Grad ihrer Anerkennung	620
c) Bewertung und Durchsetzung des Schutzes	623
d) Die Bedeutung der indianischen Rechtsordnungen	624
aa) Probleme des verfassungsrechtlichen Schutzes indianischer Rechtsordnungen ..	624
bb) Widerstände in der Praxis	626
cc) Materieller Inhalt des indianischen Rechts	628
(1) Umfassender und flexibler Charakter indianischen Rechts	628
(2) Das Beispiel Az Mapu	629
V. Konvergenz von civil law und common law?	630
1. Der grundlegende Konvergenzstreit	630
a) Konvergenz ist unverkennbar	630
b) Konvergenz existiert nicht	632
c) Eine überbewertete Debatte	632
2. Die Vielfalt der Konvergenzhypothesen	633
a) Eine Frage der Wertung	633
b) Konvergenz aus historischer Perspektive	634
c) Konvergenz aus europäischer Perspektive	635
d) Konvergenz einzelner Rechtsregeln und Rechtsgebiete	637
e) Konvergenz von Rechtskontexten	639
f) Keinerlei Unterschied?	640
§ 8. Der Kontext afrikanischen Rechts	643
I. Pluralität als Kennzeichen afrikanischen Rechts	643
II. Staatliches Recht	644
1. Der schöne Schein	644
a) Common law und civil law in Afrika	645
aa) Kolonisation und Unabhängigkeit	645
bb) Sonderfall Südafrika	646
cc) Heutiger Einfluss der kolonialen Heimatrechtsordnung	647
b) Einfluss des islamischen Rechts	648
c) Afrikanische Zusammenarbeit: OHADA	649
2. Probleme praktischer Wirksamkeit	650
a) Mangelnde Funktionsfähigkeit des Rechtswesens	650
b) Hintergründe	651
aa) Demokratische Kultur und Staatswesen in Afrika	651
bb) Arbeitsumgebung und Qualität der Justiz	652
III. Traditionelles Recht	653
1. Funktionierendes Recht und Rechtsbewusstsein	653
2. Begriffe des traditionellen Rechts	654
3. Entwicklung traditioneller Rechte im Aufriß	656
a) Grundcharakter des traditionellen Rechts	656
aa) Mündlichkeit	656
bb) Entstehungsweisen	657
cc) Anpassungsfähigkeit und umstrittener Inhalt	658
dd) Einfachheit und Komplexität	658
ee) Ungleichheiten	659
ff) Rechtliche Asymmetrie	660
gg) Streitentscheidung	660
b) Stammesrecht in der Kolonialzeit und nach der Unabhängigkeit	661
c) Renaissance des traditionellen Rechts	663
4. Typische Inhalte traditionellen Rechts	663
a) Ubuntu	664
b) Imbizo	666
c) Heirat und Brautgeld	667
d) Verfahrensrechtliche Aspekte	669
e) Exkurs: Hexerei	669
aa) Gesellschaftliche Verbreitung des Hexereiglaubens	669

bb) Hexerei und Strafrecht	671
cc) Bedeutung allgemeinen Aberglaubens	673
5. Traditionelles Recht zwischen Stadt und Land, Mehrheit und Eliten	673
a) Vielschichtigkeit und Komplexität der gesellschaftlichen Verteilung	673
b) Insbesondere: Traditionelles Recht in der Stadt	675
6. Einbindung traditionellen Rechts in den Staat	676
a) Grade der Anerkennung	676
aa) Staatliche Grundhaltungen zum traditionellen Recht	676
bb) Konfliktfall traditionelles Strafrecht	677
cc) Anerkennung traditioneller Streitbeilegungsinstanzen	678
b) Staatliche Einflussnahme auf traditionelles Recht	679
c) Traditionelles Recht und moderne Grundrechte	680
aa) Unlösbares Grundproblem?	680
bb) Beispiel Gleichberechtigung im Erbrecht	683
§ 9. Kontexte in Asien	687
I. Die Vielfalt Asiens	688
1. Was ist Asien?	688
2. Entwicklungsoffene Gruppenbildung	690
II. China: Die Herrschaft der Partei	691
1. Geschichtliche Entwicklung des chinesischen Rechts	692
a) Die Zeit des traditionellen chinesischen Rechts	692
aa) Konfuzianismus und Legismus	692
(1) Konfuzianische Ethik	692
(2) Li vor fa	693
(3) Fa statt li: Der legistische Gegenentwurf	694
bb) Die imperiale Rechtsentwicklung zwischen Konfuzianismus und Legismus	695
(1) Die Integration von li in fa	695
(2) Der Tang-Kodex: Hochstehende Gesetzgebungs- und Kommentarkultur .	696
cc) Wichtige Aspekte des traditionellen Rechts	699
(1) Fehlendes Privatrecht	699
(2) Reduzierte staatliche Rechtsdurchsetzung	699
(3) Richter als Verwaltungsbeamte	700
b) Die Zeit der westlichen Reformen	701
aa) Opiumkriege, ungleiche Verträge und die Reform des Rechts	701
bb) Revolution des Rechtsdenkens	703
cc) Effektivität der Reformen	703
c) Die kommunistische Herrschaft unter Mao	704
aa) Die frühen Jahre: Von Akzeptanz zur Ablehnung des Rechts	704
bb) Die Kulturrevolution	706
d) China nach Mao	707
2. Oberflächliche rechtliche Strukturen im Überblick	708
a) Staatsorganisation	708
b) Gerichtsaufbau	709
c) Rechtsquellen	710
d) Anbindung an das kontinentale Rechtsdenken	712
3. Zentrale rechtliche Tiefenstrukturen	713
a) Partei und Staat	713
aa) Die Partei als primärer Inhaber der Macht	713
bb) Parallelität und Durchdringung von staatlichen und innerparteilichen Strukturen	716
b) Jenseits staatlichen Gesetzesrechts	717
aa) Politnormen	718
bb) Parteinormen	718
cc) Schwach normativierte Bereiche	720
c) Sozialistische Grundstrukturen	720

d) Zentralisierte Auslegung des Rechts	722
aa) Auslegungsbefugnis des Obersten Volksgerichts	722
bb) Funktionale und praktische Zweifel	724
e) Abhängigkeit der Gerichtsbarkeit	725
aa) Abhängigkeiten der Richter	726
bb) Abhängigkeiten der Gerichte	727
cc) Eigenständigkeit der Gerichtsbarkeit	727
f) Einfluss traditionellen chinesischen Rechtsdenkens?	728
aa) Zerstörung kultureller Traditionen	728
bb) Fehlende Übernahme rechtlicher Einzeltraditionen	730
g) Vielfalt der Machtebenen in Stadt und Land	731
h) Korruption	733
i) Vertrauen auf alternative Mechanismen?	734
aa) Formen und empirische Bedeutung alternativer Streitbeilegung	734
bb) Alternative Streitbeilegung und chinesischer Nationalcharakter	735
4. Der lange Marsch zum Rechtsstaat?	737
a) Zwei Grundpositionen	737
b) Fazhi vs. fazhi: Linguistische Grundlagen der Debatte	738
c) Worum geht es eigentlich?: Der Begriff des Rechtsstaats	739
aa) Einfacher und anspruchsvoller Begriff der rule of law	739
bb) Rule of law oder Rechtsstaat?	740
cc) Positive Konnotation des Rechtsstaatsbegriffs	741
d) Sequenzbildung	742
e) Die Hoffnung bleibt	742
III. Japan, Taiwan, Südkorea: Der südasiatische Weg auf kontinentaleuropäischer Basis	743
1. Eigenständigkeit des südasiatischen Kontexts	743
2. Historische Verwestlichung des Rechts	744
a) Bestimmender Einfluss des kontinentaleuropäischen Rechts	744
aa) Japan: Der Bruch mit der Rechtstradition	744
(1) Das traditionelle japanische Recht im historischen Kontext	744
(2) Modernisierung und Meiji-Verfassung	746
(3) Neuordnung im Straf- und Zivilrecht	747
bb) Taiwan: Kontinuität im Wandel	748
cc) Korea: Annexion mit Nachwirkungen	748
(1) Früher Einfluss Chinas	748
(2) Japanische Annexion	749
(3) Deutsche Orientierung nach der Unabhängigkeit	750
b) Nach dem Zweiten Weltkrieg: Einfluss U.S.-amerikanischen Rechts	751
aa) Geringe Bedeutung in Korea	751
bb) Gelegentlicher Einfluss in Taiwan	752
cc) Spannungsverhältnis in Japan	753
dd) Bedeutung von Ausbildungsweg und allgemeinem Rechtsdenken	754
3. Konfuzianismus und Streitaversion	755
a) Kultureller und politischer Hintergrund	755
b) Debatten um die Streitaversion: Japan im Fokus	756
c) Empirie der Streitaversion: Gerichtliche Fallzahlen	758
4. Einige südasiatische Eigenheiten	760
a) Traditionelle Wertvorstellungen	760
b) Interessenabwägungslehre	762
c) Juristenausbildung	763
5. Verfassungsrechtsdenken	765
a) Entwicklung der Demokratie aus diktatorischen Wurzeln	765
b) Machtvolle Verfassungsgerichtsbarkeit	765
c) Grundrechte gegen konservative Traditionen	766
d) Gesellschaftliche Veränderungen und Rechtsbewusstsein	767
e) Zwischen westlicher Prägung und südasiatischen Eigenheiten	767
IV. Indien: Common law und Hinduismus	768
1. Indisches Recht zwischen Realität und Romantik	768

2. Indisches common law	769
a) Historische Entwicklung	769
aa) Presidency towns und mofussil	769
bb) Kodifikationsbewegung	770
b) Common law Denken in Gesetzgebung und Rechtsprechung	771
c) Die Wichtigkeit des Rechts in Indien	773
aa) Ansehen der Juristen	773
bb) Der kämpferische Supreme Court	775
(1) Wer ist Herr der Verfassung?	775
(2) Parlament und Supreme Court heute	777
(3) Der Supreme Court als Gesetzgeber	777
cc) Schwierigkeiten des Rechts in Indien	778
(1) Recht und soziale Ungleichheit	778
(2) Recht und sozialer Wandel	778
(3) Reaktionen: Prozesskostenhilfe und public interest litigation	779
(4) Ineffizienz der Rechtsprechung	780
d) Religiöses Familienrecht heute	782
aa) Kodifiziertes Personalstatut	782
bb) Gewohnheitsrecht und Rechtsprechung	783
cc) Restbereich traditionellen Rechts: joint family	783
dd) Hinduistisches Familienrecht als Auffangstatut	784
3. Traditionelles Hindu-Recht	784
a) Dharma, Vedas und Smritis	784
b) Sadachar	786
c) Kommentare, Digesten und Rechtsschulen	787
d) Kastenwesen: varna und jati	788
e) Verblasstes Potential	789
V. Indonesien: Pluralismus im Vielvölkerstaat	789
1. Geschichte: Die Vielfalt der Einflüsse	790
a) Vorkoloniale Zeit: Die Rechte Javas	790
b) Kolonialzeit: Die Herrschaft der Niederländer	790
c) Unabhängigkeit: Der lange Weg zur Demokratie	792
2. Indonesisches Recht heute	793
a) Staatliches Recht in kontinentaleuropäischer Form	793
b) Adat	793
aa) Inhalt von adat-Rechten	793
bb) Adat zwischen Tradition und Moderne	794
c) Islam	796
aa) Islamisches Recht unter staatlichem Einfluss	796
bb) Der Streit um Sieben Worte	798
3. Der schwere Stand des Rechts	799
a) Widersprüche und Unklarheiten im staatlichen Recht	799
b) Ineffizienz der Rechtsprechung	800
c) Korruption	801
§ 10. Der Kontext des islamischen Rechts	805
I. Das klassische islamische Recht: Grundlagen	806
1. Göttliche Offenbarung und menschliche Ausarbeitung	806
2. Begriffliches: islamisches Recht, Scharia, fiqh	808
3. Rechtsquellen im sunnitischen Islam: usul al-fiqh	809
a) Die göttliche Grundlage: Der Koran	809
b) Das Leben des Propheten: Sunna und die Hadithe	811
c) Der Konsens (ijma)	813
d) Die Analogie (qiyas)	814
e) Das Allgemeinwohl (istihsan)	815
f) Die Beweisregel des Fortbestands (istihab)	816
g) Integration externen Rechts, insbes. Gewohnheitsrechts (urf)	816

h) Weitere Sekundärquellen	816
i) Wechselbeziehungen zwischen den Quellen und mit tafsir	817
4. Die klassischen Schulen des Islam	818
a) Die vier Schulen des sunnitischen Islam	818
aa) Hanafiten	819
bb) Malikiten	819
cc) Schafiiten	819
dd) Hanbaliten	820
b) Der schiitische Islam	820
aa) Die Abspaltung der Schiiten	820
bb) Die jafaritische Schule	821
5. Islam und Wandel: Ijtihad heute	823
a) Die klassische Auffassung: Die Tür ist geschlossen	823
b) Was ist ijtihad?	824
c) Die Folgen der Beendigung von ijtihad	825
d) Die Gegenposition: Die Tür ist offen	825
aa) Niemand hat die Tür geschlossen	825
bb) Hanbaliten und Schiiten als klassische Gegner	826
cc) Moderner ijtihad	827
(1) Reformisten und Modernisten	827
(2) Kritische Neubesinnung	828
dd) Eklektische Kritik und imaginäres Recht	829
e) Wandel ohne ijtihad	830
6. Die Rechtsprechung im Islam	830
a) „Kadijustiz“	830
b) Aufgaben und Rolle des Kadi	831
c) Qualifikationen des Kadi	832
d) Prozessrecht	833
e) Der Mufti als Gutachter	833
f) Rechtspraktische Literatur	834
II. Der Inhalt islamischen Rechts (fiqh)	834
1. Die fünf Rechtsfolgen	835
a) Rechtliche, moralische und religiöse Aspekte der Rechtsfolgen	835
b) Wajib und fard: Das Gebotene	836
c) Haram: Das Verbotene	836
d) Mandub, makruh und mubah als Zwischenkategorien	836
e) Komplexe Weiterungen	837
2. Aspekte des Familien- und Erbrechts	837
a) Brautgeld (mahr)	837
b) Schiitische Zeitehe (mut'a)	838
c) Scheidung (talaq)	838
d) Polygamie	840
e) Erbteil von Ehefrauen und Töchtern	841
3. Strafrecht	842
a) Von hadd zu tazir: Der enge Regelungsbereich	842
b) Bewusste Zurückdrängung der strengen hadd Strafe: Beispiel Diebstahl	843
c) Lückenfüllung durch staatliches Recht: tazir	844
d) Das islamische Strafrecht in der Kritik	844
aa) Westliche und menschenrechtliche Kritik	844
bb) Islamische Verteidigung	845
cc) Islamische Reformen in Theorie und Praxis	846
e) Tendenzen fundamentalistischer Re-Islamisierung	847
f) Apostasie als Kontrollinstrument	848
4. Islamisches Finanz- und Bankrecht	849
a) Ein Versprechen von Gerechtigkeit	849
b) Zinsverbot und Umgehung	850
c) Beispiel: Islamische Kreditverträge	851
d) Schariakonformität: Zertifizierung und Risiko	851

III. Das islamische Recht in den heutigen Staaten	852
1. Koloniale Prägungen	852
2. Gesetzgebung nach traditionellem islamischem Recht: siyasa und qanun	854
3. Konsequente Durchsetzung islamischen Rechts im Staat: Saudi-Arabien	855
a) Wahhabismus	855
b) Koran und Sunna als geltendes Recht	856
c) Stellung der staatlichen Normsetzung	857
d) Moderne Kodifikationen	858
4. Primat des staatlichen Rechts zwischen Selbstbehauptung und Rückzug	858
a) Die vielfältigen Wege des islamischen Rechts	858
b) Islamisches Recht im Familien- und Erbrecht: Kodifikation und Reform	859
c) Islamisches Recht als Inspiration für Gesetzgeber und Richter	861
d) Islamisches Recht mit übergesetzlichem Rang	862
aa) Aufnahme islamischen Rechts in die Verfassung	862
bb) Tatsächliche und rechtliche Bedeutung von Verstoß- und Quellenklauseln	863
cc) Welches islamische Recht?	865
dd) Beispiel Ägypten	867
ee) Islamisierung der Verfassung?	868
IV. Exkurs: Andere religiöse Rechte	869
1. Jüdisches Recht: Die Kraft der Debatte	869
a) Ein Schichtenmodell des Rechts	870
aa) Tora und Mischna	870
bb) Talmud	870
cc) Nachtalmudische Quellen: Kommentare und Kodifikationen	872
b) Göttliche Bindung und menschliche Änderungen: die Schulen	872
c) Jüdisches und staatliches Recht	873
d) Eigenheiten des jüdischen Rechts	873
e) Zum Beispiel: Die Abkehr von der Polygamie	875
f) Jüdisches Recht in Israel	876
2. Kanonisches Recht: Der langsame Rückzug	878
a) Historische Bedeutung	878
b) Verhältnis von kanonischem und staatlichem Recht	878
c) Göttliches und menschliches Recht	879
d) Das heute geltende Kirchenrecht	880
e) Kanonisches Recht im Vergleich	882
§ 11. Kontexte transnationalen Rechts	885
I. Rechtsvergleichung jenseits des Staates	885
II. Der Kontext des Völkerrechts	887
1. Klassische Kontaktpunkte von Völkerrecht und Rechtsvergleichung	887
2. Völkerrecht als Gegenstand der Rechtsvergleichung	888
3. Eigenheiten des völkerrechtlichen Kontexts	890
a) Politischer Einfluss und mangelnde Zentralisierung	890
b) Völkerrechtsquellen: Konsensuale Rechtsetzung und „soft law“	890
c) Beschränkte Rechtssubjektivität von Individuen	892
d) Indirekte Rechtsdurchsetzung	892
e) Konstitutionalisierungsprozesse und Ausdifferenzierung	894
f) Unabhängigkeit von kontinentaleuropäischem und common law Kontext	894
III. Der Kontext des Europäischen Unionsrechts	895
1. Unionsrecht in der Rechtsvergleichung: Zwischen Selbstverständlichkeit und Neuland	895
2. Auf der Suche nach einem unionsrechtlichen Kontext	897
a) Die Debatte um eine europäische Rechtskultur	897
b) Unionsrecht und nationale Kontexte	898
c) Pluralismus des Unionsrechts	900
3. Einige Eigenheiten des supranationalen Unionsrechts	901
a) Europapolitische Perspektiven: Von Romantikern, Skeptikern und Technikern	901
b) Föderale Verzahnung	903

c) Demokratiedefizit, institutionelles Gleichgewicht, Markt	904
d) Der Europäische Gerichtshof: Apodiktischer Motor der Integration	905
e) Endlose Weiten: Das materielle Unionsrecht	906
4. Jenseits des Unionsrechts	907
IV. Der Kontext der lex mercatoria?	908
1. Lex mercatoria als Recht der internationalen Wirtschaft	908
2. Existenz und Inhalt der lex mercatoria: Der große Streit	909
a) Lex mercatoria als Rechtsordnung: Theoretische und praktische Probleme	909
b) Vielfalt der Lehren von der lex mercatoria	911
3. Lex mercatoria und Rechtsvergleichung	912
Sachverzeichnis	913

