

MAXIMILIAN WÖRNER-SCHÖNECKER

Rechtstransfers

Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

*Rechtsvergleichung
und Rechtsvereinheitlichung*

81

Mohr Siebeck

Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

herausgegeben von der
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

81



Maximilian Wörner-Schönecker

Rechtstransfers

Eine Analyse anhand von Typologien

Mohr Siebeck

Maximilian Wörner-Schönecker, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaft an der Bucerius Law School, Hamburg; Auslandsaufenthalt an der Boston University School of Law; 2020 Promotion an der Bucerius Law School und am Centre for Socio-Legal Studies der University of Oxford; Referendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg; seit 2022 Rechtsanwalt in Hamburg.

ISBN 978-3-16-160732-5 / eISBN 978-3-16-160733-2
DOI 10.1628/978-3-16-160733-2

ISSN 1861-5449 / eISSN 2569-426X (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern – in ewiger Dankbarkeit

Vorwort

Im Winter 2020/2021 wurde die vorliegende Arbeit an der Bucerius Law School als Dissertation angenommen.

Meinem Doktorvater, Professor *Dr. Michael Fehling*, LL.M. (Berkeley), gilt mein besonderer Dank. Ihn als Betreuer gehabt zu haben, war ein großes Glück. Die Entstehung dieser Arbeit hat er durch seine ständige Bereitschaft zur Diskussion und durch seine vielen Anregungen begleitet. Seine Neugierde und Offenheit waren Motivation und Inspiration zugleich. Er ist in vielerlei Hinsicht ein großes Vorbild. Ebenso danke ich Professor *Dr. Dr. h. c. mult. Katharina Boele-Woelki* für ihre Förderung und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Den Herausgebern der Schriftenreihe „Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung“ danke ich für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe.

Großer Dank gilt auch der Friedrich-Ebert-Stiftung, die die Entstehung dieser Arbeit mit einem Promotionsstipendium gefördert hat. Ferner danke ich der Bucerius Law School für das großzügige Forschungsstipendium, das mir ein promotionsbegleitendes Fellowship am Centre for Socio-Legal Studies der University of Oxford ermöglichte.

Bedanken möchte ich mich außerdem bei den vielen Gesprächspartnern und Förderern; es wäre unmöglich, sie alle hier aufzuzählen. Herausheben möchte ich *Russell Miller* (Washington & Lee University of Law), *Marina Kurkchyan* und *Bettina Lange* (beide Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford), *Dr. Martin Käerdi* (Kanzlei Ellex, Tallinn) und Professor *Dr. Dr. h. c. mult. Reinhard Zimmermann* (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg). Für die emotionale Unterstützung in Zeiten des Zweifels danke ich Niklas Drexler.

Von ganzen Herzen möchte ich mich bei meiner Familie bedanken. Zunächst meiner lieben Oma Nonna, deren Stolz und Zuneigung mir für dieses Projekt jederzeit Kraft gegeben hat. Meiner Lebensgefährtin Lena Haffner danke ich für die vielen schönen Momente während meiner Promotionszeit – und danach. Größter Dank gilt meinen Eltern *Susanna Schönecker* und *Dr. Hans-Joachim Wörner*: Dafür, dass sie zu jeder Zeit mein Fels in der Brandung waren und mich unermüdlich gefördert haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, den 11. April 2022

Maximilian Wörner-Schönecker

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abbildungsverzeichnis	XV
A. Einleitung	1
I. Grundlagen	1
II. Erkenntnisinteresse	7
III. Gang der Darstellung	8
IV. Einführung in die Fallbeispiele	9
1. Die Rezeption des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) in der Türkei	11
2. Die Rezeption der „MacArthur-Verfassung“ in Japan	14
3. Die Rezeption des deutschen Sachenrechts in Estland	19
4. Die Rezeption des Konzepts der Independent Regulatory Agencies in Deutschland (über das Unionsrecht) aus den USA	22
a) Independent Regulatory Agencies in den USA	22
b) Die Übernahme des Konzepts der Independent Regulatory Agencies in Deutschland und ihre Schwierigkeiten	26
B. Rechtstransfer als Untersuchungsgegenstand	29
I. Das simplistische Einheitsmodell von <i>legal transplants</i> in der Literatur	29
II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	32
III. Phasen eines Rechtstransfers	36
C. Problemursachen bei Rechtstransfers – eine Typologie	39
I. Unzureichendes Verständnis des Rechts der fremden Rechtsordnung ..	40
1. Problematik und Beispielfälle	40
2. Schlussfolgerungen	44

<i>II. Unzureichende rechtsdogmatische Integration fremden Rechts in das heimische Rechtssystem</i>	45
1. Problematik und Beispielfälle	45
a) Verfassungsrechtliche Grenzen in der Rechtsordnung des Rezipienten .	47
b) Unterschiede in der Staatsorganisation	48
c) Unterschätzte Wirkungsdimension des rezipierten Rechts	50
d) Unzureichende Harmonisierung von wesensverwandten Norminhalten.	52
e) Sprachliche Barrieren.	52
f) Die Notwendigkeit zusätzlicher Rechtsinstitute oder Institutionen.	54
2. Schlussfolgerungen	55
<i>III. Andersartige Anwendung des Rechts aufgrund rechtskultureller Unterschiede zwischen Geber- und Nehmerland</i>	56
1. Problematik und Beispielfälle	56
a) Die rechtskulturelle Kluft zwischen der Schweiz und der Türkei	59
b) Die richterliche Kontrolldichte in Japan im Gegensatz zu den USA.	61
c) Das Problem des Vorbehalts des Gesetzes bei der Rezeption des Modells der unabhängigen Regulierungsbehörden in Deutschland .	64
2. Schlussfolgerungen	68
<i>IV. Mangelnde gesellschaftliche Adoption des fremden Rechts aufgrund sozio-kultureller Unterschiede zwischen Geber- und Nehmerland</i>	69
1. Problematik und Beispielfälle	69
2. Gründe für Widerstand aufgrund sozio-kultureller Unterschiede	75
3. Arten des gesellschaftlichen Widerstands	76
<i>V. Resümee und weiterführende Gedanken</i>	77
D. Die Typisierung problemrelevanter Rechtstransferarten	81
<i>I. Mehrwert einer problemorientierten Rechtstransfertypologie</i>	81
<i>II. Typologieansätze in der Literatur</i>	83
1. Millers Typologie zu den Beweggründen des Gesetzgebers	83
a) Rechtstransfer zwecks Zeit- oder Kostenersparnis	83
b) Rechtstransfer „aufgrund externen Drucks“	84
c) Eigeninteressengeleiteter Rechtstransfer	86
aa) Definition und Beispiele	86
bb) „Eigeninteressengeleiteter Rechtstransfer“ als Subtyp des Rechtstransfers „aufgrund externen Drucks“	87
d) Prestigeerzeugender Rechtstransfer	88
2. Ergänzungen durch Cohn	90
a) Rechtstransfers zu inhaltlichen Optimierungszwecken	90

b) Rechtstransfers zwecks Rechtsharmonisierung mit ausländischem Recht	91
c) Rechtstransfers zwecks „Signalwirkung“	93
d) Die spektrale Beschreibung von Rechtstransfermerkmalen	94
3. Bedingungen beim Rezipienten nach Kviatek	97
a) Strukturelle Bedingungen	97
b) Ideelle Bedingungen	98
c) Institutionelle Bedingungen	99
4. Nutzen dieser Ansätze für eine problemorientierte Rechtstransfertypologie	99
 <i>III. Eigener Ansatz für eine problemorientierte Typologie von Rechtstransfereigenschaften</i>	
1. Grundkonzept	101
a) Die drei Ordnungsmuster für eine problemorientierte Typologie	101
b) Veranschaulichung: Aufbau der Typologie am Beispiel des ersten Ordnungsmusters	101
2. Zweites Ordnungsmuster: Rechtstransferspezifische Faktoren	104
a) Oberbegriff: Norminhalt	104
aa) Kulturelle Verwurzelung der Norm nach Rechtsgebieten	104
bb) Steuerungsfunktion des zu übertragenden Rechts	112
cc) Durch die Norm betroffene gesellschaftliche Gruppen	115
b) Oberbegriff: Normbeschaffenheit im weiteren Sinne	116
aa) „Technische Norm“	118
bb) Grad an Ausfüllungsbedürftigkeit zentraler Rechtsbegriffe	118
cc) Grad des Auslegungs- und Ermessensspielraums	118
3. Drittes Ordnungsmuster: Übertragungsmodalitäten	119
a) Am Rezeptionsprozess beteiligte Akteure	120
aa) Gesetzgeber	120
bb) Gerichte	120
cc) Interessengruppen	121
dd) Mittelbare Akteure	122
b) Übertragungsweg	122
aa) Direkter Rechtstransfer	122
bb) Vermittelter Rechtstransfer	122
cc) Eklektischer Rechtstransfer	124
4. Vorschläge für Subtypen	126
a) Subtypen zu Rechtstransfer „aufgrund externen Drucks“	126
b) Subtypen des „Prestigeerzeugenden Rechtstransfers“	129
c) Faktoren für ein strukturelles Näheverhältnis (Subtypen)	133
 <i>IV. Vorschlag für eine problemorientierte Rechtstransfertypologie</i>	
	136

E. Anwendung der problemorientierten Rechtstransfertypologie in der Praxis	139
I. <i>Problemorientierte Analyse von Rechtstransfers am Beispiel der Rezeption der MacArthur-Verfassung in Japan</i>	139
1. Erster Schritt: Identifikation von Problemen des untersuchten Rechtstransfers und deren Ursachen	141
2. Zweiter Schritt: Identifikation von Typenmerkmalen des untersuchten Rechtstransfers	143
a) Ordnungsmuster 1: Ausgangssituation beim Rezipienten	143
b) Ordnungsmuster 2: Rechtstransferspezifische Faktoren	147
c) Ordnungsmuster 3: Übertragungsmodalitäten	148
d) Überblick über die identifizierten Merkmale und ihre Bedeutung	149
3. Dritter Schritt: Zusammenhang zwischen den Typenmerkmalen und den Problemursachen?	151
a) „Transplant-Bias“ führt zu Verständnisproblemen.	152
b) Externer Druck (durch militärische Besetzung) führt zu Problemen aufgrund sozio-kultureller Unterschiede	153
c) Rechtsgebiet mit typischerweise hohem kulturellem Gehalt führt zu Problemen aufgrund rechts- bzw. sozio-kultureller Unterschiede ...	153
d) Grad der Ausfüllungsbedürftigkeit zentraler Rechtsbegriffe – Probleme aufgrund rechtskultureller Unterschiede	158
4. Vierter Schritt: Identifikation von erfolgsfördernden Maßnahmen und Eigenschaften	158
5. Fünfter Schritt: Einfügung der Ergebnisse in das Aufmerksamkeitsraster .	159
II. <i>Die Anwendung des Aufmerksamkeitsrasters am Beispiel der Rezeption des schweizerischen ZGB in der Türkei</i>	162
1. Erster Schritt: Identifikation von Typenmerkmalen im geplanten Rechtstransfer	163
a) Ordnungsmuster 1: Ausgangssituation beim Rezipienten	164
b) Ordnungsmuster 2: Rechtstransferspezifische Faktoren	166
c) Ordnungsmuster 3: Übertragungsmodalitäten	168
d) Überblick über die identifizierten Merkmale und ihre Bedeutung	168
2. Zweiter Schritt: Identifikation möglicher Problemrisiken aufgrund von Erfahrungswerten	170
3. Dritter Schritt: Identifikation möglicher Strategien zur Vermeidung von Problemen bei Rechtstransfers aufgrund der Erfahrungswerte	170
a) Strategien während der Vorbereitungsphase	171
aa) Prüfung, ob Rechtstransfer als Reforminstrument geeignet ist	171
bb) Blick auf kulturelle Nähe bei der Wahl des Exportlandes	172
cc) Einbeziehung von (externen) Expertengremien	173
dd) Übernahme von kodifiziertem Recht vs. Fallrecht	174
ee) Kontextanalyse des zu transplantierenden Rechts	177

ff) Einbeziehung der vom Rechtstransfer betroffenen (Interessen-)Gruppen im Vorfeld der Rezeption	179
b) Strategien während der Implementationsphase	181
aa) Eine wirkungsorientierte Rechtsübernahme	181
bb) Berücksichtigung aller „Rechtsformanten“ im Übernahmeprozess .	182
cc) Grundüberlegung: Großflächige Ersetzung des eigenen Rechts vs. kleinteilige Ergänzungen und korrespondierende Anpassung des eigenen Rechts	183
dd) Übergangsregelungen	186
ee) Ausführlich geregelte Gesetze anstatt Normen mit weitem Auslegungsspielraum	187
ff) Schulung der Rechtsanwender	187
gg) Rechtsvergleichung als Auslegungstopos bei Rechtstransfers	189
hh) Rechtliche Rahmenbedingungen für die soziale Anpassung an das fremde Recht schaffen	193
c) Strategien während der Nachbesserungsphase	193
aa) Evaluationen	193
bb) Austausch der Wissenschaft und Praxis im Nachgang der Rezeption	194
cc) Einbeziehung der vom Rechtstransfer betroffenen Interessengruppen	196
d) Ansatz für eine „Strategientypologie“	196
e) Modifikation des Übertragungsgegenstands	199
aa) Erscheinungsformen von Modifikationen	200
bb) Modifikationen als möglicher (zusätzlicher) Risikofaktor	202
cc) Gründe für eine Modifikation – Ansätze einer Typisierung	206
<i>III. Das Problem der Erfolgsmessung bei der Anwendung des Aufmerksamkeitsrasters</i>	213
1. Die Kriterien für den Erfolg eines Rechtstransfers	214
2. Zeitpunkt der Evaluation des Rechtstransfers	216
 F. Ergebnisse und Ausblick	219
<i>I. Problemorientierte Rechtstransfertypologie – Methodik</i>	219
<i>II. Aufmerksamkeitsraster – Grundgedanke und Methodik</i>	221
<i>III. Strategien für „bessere“ Rechtstransfers</i>	222
<i>IV. Grenzen des Aufmerksamkeitsrasters</i>	224
<i>V. Betrachtung von Rechtstransfers als mehrstufigen Prozess</i>	225
<i>VI. Perspektiven für die Rechtstransferforschung</i>	225
 Literaturverzeichnis	229
Sachverzeichnis	251

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Phasen eines Rechtstransfers (nach <i>Kurkchivan</i>)	37
Abbildung 2: Grundaufbau einer problemorientierten Typologie	102
Abbildung 3: Grundaufbau einer problemorientierten Typologie mit ersten Einfügungen	102
Abbildung 4: Integration der Ansätze aus C. – Ordnungsmuster „Ausgangssituation beim Rezipienten“	103
Abbildung 5: Ansatz einer spektralen Beschreibung des kulturellen Normgehalts nach Rechtsgebieten	112
Abbildung 6: Spektrum kultureller Normgehalt (abstrakt)	112
Abbildung 7: Steuerungsfunktionen des Rechts	113
Abbildung 8: Rechtstransfertypen nach „gesellschaftlichen Gemeinschaften“ .	116
Abbildung 9: Subtypen zu Rechtstransfer „aufgrund externen Drucks“	130
Abbildung 10: Ordnungsmuster 1: Ausgangssituation beim Rezipienten	137
Abbildung 11: Ordnungsmuster 2: Rechtstransferspezifische Eigenschaften . . .	138
Abbildung 12: Ordnungsmuster 3: Übertragungsmodalitäten	138

A. Einleitung

I. Grundlagen

Der Begriff „legal transplant“ – oder „Rechtstransfer“ – beschreibt den Vorgang, bei dem ein Rechtsetzer¹ Recht aus einer fremden Rechtsordnung in die eigene überträgt.² Im wissenschaftlichen Kontext wird mit diesem Begriff gemeinhin die Erforschung von Bedingungen und Konsequenzen der Verwendung fremder Rechtsbestandteile bezeichnet.³ Die Wanderung von Recht zwischen Jurisdiktionen ist kein neues Phänomen.⁴ Seit Anfang des letzten Jahrhunderts gewinnen Integrationsprozesse, die Rechtsübernahmen oder -angleichungen zum Gegenstand haben, zunehmend an Bedeutung. Die „Ära integrativer rechtlicher Globalisierung“⁵ hat dazu geführt, dass Rechtsetzer immer häufiger bewährte Normen anderer Rechtssysteme als Vorbild für die eigene Rechtsordnung heranziehen. Die zunehmende Angleichung der technischen und wirtschaftlichen

¹ Anstatt des Begriffs „Gesetzgeber“ wird im Folgenden der Begriff „Rechtsetzer“ verwendet. Denn grundsätzlich sollen auch exekutive und judikative Formen der Rechtstransplantation in die Debatte miteinbezogen werden. Zur Eingrenzung des Begriffs des Rechtstransfers siehe unten B. II.

² Der Begriff „legal transplant“ und die Debatte um diesen Begriff wird meist mit dem Rechtshistoriker *Alan Watson* in Verbindung gebracht. Rechtsrezeptionen waren allerdings schon lange Zeit vor der Veröffentlichung von *Watsons* „Legal Transplants: An Approach to Comparative Law“ Gegenstand verschiedenster Untersuchungen. Für die Analyse der Rezeptionen von Römischem Recht im europäischen Raum und deren Folgen ist insbesondere *Koschaker* zu erwähnen (z. B. *Koschaker*, Europa und das Römische Recht). Im Zusammenhang mit der Debatte zu Harmonisierungen und Rechtsübernahmen in den Kolonialgebieten, wie auch schon zum Römischen Recht, ist *Walton* als Herausgeber des *Journal of Comparative Legislation and International Law* hervorzuheben. Dieser nutzte wohl auch als erster die Metapher „transplantation“ für die Übernahme – oder Verpflanzung – fremden Rechts. Eine gute Zusammenfassung von *Waltons* Arbeit findet sich bei *Cairns*, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 41 (2014), 637 (688 ff.). Hinzu kamen viele Autoren wie *Hirsch*, die das Phänomen Rechtstransfer an konkreten Rezeptionsvorgängen analysierten.

³ Vgl. nur *Kischel*, Rechtsvergleichung, S. 63 Rn. 34.

⁴ Schon im 17. Jahrhundert v. Chr. gab es Rechtsrezeptionen. Dies zeigt *Watson* unter anderem an einer Bestimmung aus dem sumerischen Gesetz von *Hammurabi*, das eine deutliche Ähnlichkeit zu einem etwa hundert Jahre älteren Gesetz von *Eschnunna* aus dem Zweistromland hat. Für *Watson* deutet dies auf eine Rechtsrezeption hin. *Watson*, *Legal Transplants*, S. 22 ff. Zum Einfluss des griechischen Rechts auf das Römische Recht, vgl. *Barta*, „Graeca non leguntur?“, S. 511 ff.

⁵ So die Formulierung bei *Mistelis*, *International Lawyer* 34 (2000), 1055 (1057).

Lebensbedingungen und der damit verbundenen juristischen Aufgabenstellungen des Staates erhöht die Attraktivität von Rechtsrezeptionen.⁶ Kulturelle Annäherungsprozesse und der Abbau von Informations- und Sprachgrenzen haben zudem positive Auswirkungen auf die Zugänglichkeit zu fremdem Recht. In Zeiten von gesellschaftlichen und politischen Umbrüchen – wie etwa nach dem Zerfall der ehemaligen Sowjetunion in den Neunzigerjahren⁷ – haben Staaten umfassende Rechtsübernahmen vollzogen, um möglichst effektive und zügige rechtliche Reformen einzuleiten. Auch bei weniger umfassenden Normvorhaben berücksichtigen Rechtsetzer immer häufiger fremde Lösungen oder übertragen sie sogar in ihr eigenes Rechtssystem. Rechtstransfers sind somit Teil des politischen Alltagsgeschäfts geworden.

Die Übertragung fremden Rechts kann den Rechtsetzer aber auch vor Probleme stellen. Diese Arbeit wird sich mit der Frage näher befassen, wie solche Probleme antizipiert bzw. bewältigt werden können. Das genaue Erkenntnisinteresse und die methodische Vorgehensweise sollen sogleich näher thematisiert werden. Davor lohnt sich aber noch ein kurzer Überblick über weitere Perspektiven, aus denen sich die Wissenschaft mit dem Phänomen des „legal transplant“ beschäftigt. Eine solche Übersicht erscheint zum einen sinnvoll, um die Thematik dieser Arbeit innerhalb des Spektrums dieser unterschiedlichen Betrachtungsweisen einzuordnen. Zum anderen können dadurch bereits einige Themengebiete vorgestellt werden, auf die im Laufe der Arbeit noch Bezug genommen wird.

Rechtstransfers spielen im Bereich der *Rechtsgeschichte* eine bedeutende Rolle. Die Rechtsgeschichte setzt sich zum einen mit dem dogmatischen Gehalt konkreter Rechtsübernahmen oder deren historischen Wurzeln auseinander.⁸ Zum anderen versucht sie, Rechtstransfers als Teil eines großen historischen Gesamtbildes zu erfassen.⁹ Dabei ist es das Ziel, mithilfe von Rezeptionen ein besseres Verständnis für historische Rechtsentwicklungen zu erlangen. Auch die Ideen von „Rechtskreisen“ oder „Rechtsfamilien“ entstammen zum großen Teil einer systematischen (und historischen) Betrachtung von überregionalen Rechtseinflüssen.¹⁰ Europäische Rechtswissenschaftler werfen traditionell ein besonderes Augenmerk auf die Verbreitung und Rezeption des Römischen

⁶ Fedtke, Die Rezeption von Verfassungsrecht, S. 15.

⁷ Zu Rezeptionen durch Länder der ehemaligen Sowjetunion vgl. unter anderem: Heiss (Hrsg.), Zivilrechtsreform im Baltikum; Jessel-Holst/Kulms/Trunk, Private Law in Eastern Europe; Kviatsek, Explaining Legal Transplants; Fodor, Rechtsreform durch Normtransplantation in Mittel- und Osteuropa.

⁸ Kaiser, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 24 (1964), 391 (402) unter Bezugnahme auf Kaden, Rechtsvergleichung, S. 16 ff.; Zimmermann, in: Hewett/Zimmermann (Hrsg.), Larva legis aquiliae, S. 49; Lohsse, in: Shin (Hrsg.), Rezeption europäischer Rechte in Ostasien, S. 19.

⁹ Z. B. Watson, American Journal of Comparative Law 44 (1996), 335; Watson, Roman law & comparative law.

¹⁰ Zu den verschiedenen Rechtskreisen und deren Beeinflussung durch Rezeptionen vgl.

Rechts innerhalb Europas.¹¹ Andere haben die Rezeption und Entwicklung des „Common Law“ analysiert. Dazu gehört vor allem der Einfluss des britischen „Kolonialexports“ auf die Rechtsentwicklung vieler Jurisdiktionen.¹²

Die Erkenntnisse aus diesen rechtsgeschichtlichen Untersuchungen werden aktuell auch für Harmonisierungsbestrebungen genutzt. Dazu gehört etwa das Projekt eines einheitlichen oder zumindest angeglichenen europäischen Privatrechts auf der Grundlage eines gemeinsamen „Common Cores“.¹³

Teilweise wird sich mit dem Phänomen Rechtstransfer befasst, um die Rolle von Recht als Instrument für gesellschaftlichen und rechtlichen Wandel besser zu verstehen.¹⁴ In seiner viel beachteten Monografie *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law* stößt *Watson* diese Debatte eher beiläufig an. Der Schwerpunkt seiner Arbeit liegt auf einer rechtsgeschichtlichen Aufarbeitung der Entwicklung des (insbesondere Römischen) Privatrechts innerhalb Europas. Ein Ergebnis seiner jahrelangen Studien ist, dass die Übertragung von Recht den Hauptfaktor für rechtlichen Wandel darstellt.¹⁵ Eine weitere Schlussfolgerung:

„Law is socially easy. [Laws] move easily and are accepted into the system without too great difficulty. This is so even when the rules come from a very different kind of system.“¹⁶

Recht könne also grundsätzlich ohne große Schwierigkeiten von einem Rechtssystem in ein anderes übertragen werden, selbst wenn sich die Systeme sehr deutlich voneinander unterscheiden. Fremdes Recht könne sich ohne Weiteres in neue soziale Rahmenbedingungen einfügen. Diese These entfachte eine neue Debatte um die Frage des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft. Für viele war sie eine Gegenposition zur sogenannten „Spiegel-Theorie“ *Montesquieus*.¹⁷ Diese besagt, dass Recht ein Abbild gesellschaftlicher Strukturen und

etwa *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 96 ff., 214 ff.; *Constantinesco*, Rechtsvergleichung, S. 462 ff.

¹¹ Zur Verbreitung des Römischen Rechts in Europa und zu seinen Auswirkungen auf die heutigen Rechtssysteme: *Koschaker*, Europa und das Römische Recht; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit; mit Blick auf die kulturellen Einflüsse: *Zimmermann*, Juristenzeitung 2007, 1.

¹² Vgl. dazu beispielhaft *Nelson*, The Common Law in Colonial America; *Stoebuck*, William & Mary Law Review 10 (1968), 393.

¹³ Dazu etwa *Zimmermann*, Roman Law, Contemporary Law, European Law.

¹⁴ Diese Debatte wurde insbesondere durch das *Law and Development Movement* in den 1970er Jahren angestoßen. Vgl. dazu grundlegend: *Burg*, American Journal of Comparative Law 25 (1977), 492; *Merryman*, American Journal of Comparative Law 25 (1977), 457.

¹⁵ „Transplanting is, in fact, the most fertile source of development.“ *Watson*, Legal Transplants, S. 95.

¹⁶ *Watson*, Legal Transplants, S. 95 f.

¹⁷ Bereits ohne direkten Bezug auf *Watson*: *Kahn-Freund*, The Modern Law Review 37 (1974), 1 (6); Als Reaktion auf *Watson* vgl. nur: *van Wallendael*, in: *Filipiak, Agnieszka/Kania, Eliza/Van den Bosch, Jeroen/Wiśniewski, Rafał* (Hrsg.), Evolving dependency relations, S. 75 (77); *Ewald*, The American Journal of Comparative Law 43 (1995), 489; *Jupp*, Cambridge Journal of International and Comparative Law 2014, 381 (393).

daher jedem Staat eigen sei (esprit général). Die Gesetze verschiedener Nationen unterscheiden sich gemäß *Montesquieu* nach den natürlichen, wirtschaftlichen, kulturellen und politischen Begebenheiten.¹⁸ *Watson* beschreibt Recht hingegen als ein relativ eigenständiges, von gesellschaftlichen Entwicklungen losgelöstes Instrument. Er widerspricht damit der Idee, dass sich Recht als Spiegelbild des „Volksgestes“ in einer Gesellschaft verfestigt.

Dieser Trennung zwischen Recht und Kultur stimmen einige Autoren nicht zu. So etwa *Legrand*, der die „Unmöglichkeit von Rechtstransfers“ behauptet.¹⁹ Seine Argumentation: Der Inhalt einer Regel, die übertragen werden soll, trage die Kultur des Geberlandes in sich. Da der „kulturelle Teil“ der Regel aber der Kultur des Geberlandes eigen sei, könne dieser Teil nicht „mitübertragen“ werden. Da dieser „kulturell aufgeladene Teil“ der Regelung aber selbst für den Inhalt der Regelung unabdingbar sei, schlage die Übertragung schließlich fehl.²⁰ Ob man diese These überzeugend findet oder nicht, sei dahingestellt.²¹ Jedenfalls gab sie den Anstoß für eine konzeptionelle Debatte, an der sich eine Vielzahl von Rechtsvergleichern und Rechtssoziologen beteiligte.²² Einzelheiten können hier außer Betracht bleiben. Bemerkenswert ist allerdings, dass sich die

¹⁸ *La Montesquieu*, De l'Esprit des Lois, Buch 1, Kapitel 3 (Des lois positives) S. 8.

„Elles doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très-grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. [...] Elles doivent être relatives au physique du pays, au climat glacé, brûlant ou tempéré; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur, au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs: elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir; à la religion des habitants, à leurs inclinations, leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières.“

Übersetzt:

„Sie [gemeint: das politische (öffentliche) Recht und das Zivilrecht jeder Nation] sollten so genau auf das Volk, für das sie gemacht werden, zugeschnitten sein, dass es reiner Zufall wäre, wenn die Gesetze einer Nation die Bedürfnisse einer anderen Nation befriedigen würden [...] Sie sollten abhängig von der Geographie des Landes sein, zu seinem Klima, ob kalt, tropisch oder mild; zu der Beschaffenheit des Landes, seiner Situation, seiner Größe; zu der Lebensform des Volkes, ob Bauern, Jäger, oder Schäfer; sie sollten abhängig zu dem Grad an Freiheit sein, die die Verfassung aushalten kann; zur Religion seiner Bewohner, zu seinen Neigungen, seinem Wohlstand, seiner Bevölkerungsanzahl, dem Handel, Gebräuche und Verhaltensweisen.“

¹⁹ *Legrand*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), 111 *Legrand*, in: Nelken/Feest, Adapting Legal Cultures, S. 57 ff.

²⁰ *Legrand*, in: Nelken/Feest (Hrsg.), Adapting Legal Cultures, S. 57.

²¹ Der Schlussfolgerung, Rechtstransfers seien unmöglich, ist nicht zu folgen. Die von *Legrand* formulierte Erkenntnis, dass Recht kulturell geprägt ist, stellt nicht das Ende, sondern gerade einen Ansatz der Erforschung von Rechtstransfers dar: Wie und in welchem Ausmaß verändern sich Rechtsregeln bei ihrer Übertragung? So *Kischel*, Rechtsvergleichung, S. 67 Rn. 38. Richtig ist auch *Kischels* Erkenntnis, dass *Legrand* einen im Vergleich zu *Watson* deutlich enger gefassten Begriff von Rechtstransfer nutzt. Scheinbar sind für *Legrand* Übernahmen, die schlussendlich nicht komplett identisch sind, sondern etwa an das neue Rechtssystem angepasst wurden, keine Rechtstransfers. Dazu noch unten B. II.

²² Beispielhaft: *Kahn-Freund*, The Modern Law Review 37 (1974), 1; *Ewald*, The American Journal of Comparative Law 43 (1995), 489.

Diskussion um das Spannungsverhältnis zwischen zwei unterschiedlichen Konzepten von legal transplants dreht: Auf der einen Seite steht ein eher zuversichtlicher Ansatz, nach dem Rechtsübertragungen das wichtigste Instrument für gesellschaftlichen Wandel darstellen (*Watson*); auf der anderen Seite steht ein eher pessimistischer Ansatz, nach dem Recht stark kulturell behaftet ist und somit grundsätzlich nur schwierig (oder gar „unmöglich“) zu übertragen ist (*Legrand*). Diese Ansätze stehen einander als Extrempositionen diametral gegenüber. Das dadurch gekennzeichnete Spannungsfeld bietet im Weiteren eine wichtige Grundlage für die methodische Herangehensweise an das Thema Rechtstransfer. Weder ein für vorbehaltlos möglich gehaltener Rechtstransfer (*Watson*) noch die allzu restriktive Auffassung *Legrands* tragen dem Umstand Rechnung, dass es sich bei einem Rechtstransfer um einen iterativen Prozess handelt, in welchem eine gegenseitige Angleichung von Recht und Gesellschaft stattfindet und der damit eine differenzierte Betrachtungsweise erforderlich macht.

Deutlich weniger theoretisch befasst sich die klassische Rechtsvergleichung²³ (auf Mikroebene²⁴) mit dem Phänomen der Rechtsübernahme. In der Rechtsvergleichung wird nach Gründen für eine bestimmte Ausgestaltung des Rechts sowie dessen Funktion gefragt.²⁵ Sie ist insbesondere bei der gedanklichen Vorarbeit aber auch im Implementationsprozess der zu übertragenen Regeln von Bedeutung.

Eine wiederum andere Perspektive auf das Thema Rechtstransfer nehmen schließlich die Untersuchungen bestimmter Rezeptionsprozesse und deren Auswirkungen auf das rechtliche und soziale Umfeld des Rezipienten ein. Damit werden auch spezifische durch Rechtstransfers hervorgerufene Probleme identifiziert und analysiert.²⁶ Diese „Länderberichte“²⁷ sind oft verbunden mit rechtspolitischen Empfehlungen. Teilweise werden sie jedoch auch als Instrument genutzt, um induktive Schlussfolgerungen im Hinblick auf die Gelingensbedingungen für Rechtstransfers im Allgemeinen zu ziehen.

²³ Die Rechtstransferforschung gehört nicht unmittelbar zur Rechtsvergleichung, „sondern zu ihrer Auswertung zur Ermittlung bestimmter ursächlicher Faktoren.“ Vgl. *Strebel*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 24 (1964), 405 (407).

²⁴ In der rechtsvergleichenden Methodik stellt die sogenannte „Mikroebene“ die Analyse eines bestimmten Rechtsproblems anhand zweier (oder mehrerer) Rechtssysteme dar. Die sogenannte „Makroebene“ repräsentiert den Vergleich unterschiedlicher Rechtskreise und Rechtsfamilien. Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 4.

²⁵ Dazu grundlegend: *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 12 ff., 31 ff.

²⁶ Für diese Arbeit besonders bedeutende Autoren in diesem Bereich sind etwa *Hirsch*, *Käerdi*, *Inoue* oder *Matsui*. Auf sie wird diese Arbeit an vielen Stellen zurückkommen.

²⁷ Vgl. statt vieler *Fleischer*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 7 (2004), 1129; *Kurzynsky-Singer/Zarandia*, in: *Kurzynsky-Singer* (Hrsg.), Transformation durch Rezeption?, S. 107; *Markovits*, Cornell International Law Journal 34 (2004), 95; *Varul*, in: Heiss (Hrsg.), Zivilrechtsreform im Baltikum, S. 51; *Kitagawa*, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan; *Loeber*, in: Basedow/Drobnig/Elger/Hopt/Kulms/Kötz/Mestmäcker (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, S. 943; *Mikk*, Jahrbuch für Ostrecht 42 (2001), 31; *Dupré*, Importing the Law in Post-Communist Transitions.

Eine weitere – bislang eher kleinere – Gruppe in der Literatur befasst sich mit der Frage, wie der (gesetzgeberische) Prozess eines Rechtstransfers in der Praxis ausgestaltet sein muss. Die Disziplin steht vor der Herausforderung, die Eigenheiten von Rechtstransfers für die Gesetzgebungstechnik herauszuarbeiten. Teilweise wird versucht, Theorien aus der Rechtsvergleichung mit bewährten Systemanalysen aus den Sozialwissenschaften oder der Gesetzgebungstheorie zu verknüpfen. Ziel dabei ist es, Vorschläge und Leitlinien zur Optimierung des Gesetzgebungsprozesses zu entwickeln.²⁸

Zusammengefasst ergibt sich also das folgende Bild: Rechtstransfers sind für Rechtshistoriker interessant, da Rezeptionen fremden Rechts zu einem der wichtigsten Motoren für Rechtsentwicklungen gehören. Die (Rechts-)Soziologie beschäftigt sich mit Rechtstransfers in zweierlei Perspektiven: Dabei geht es zum einen um die Debatte „Recht als (geeignetes?) Instrument für sozialen Wandel“, zum anderen um die Analyse (konkreter) sozialer Auswirkungen durch die Übernahme fremden Rechts. Mit der (funktionellen) Rechtsvergleichung und der Gesetzgebungslehre kommen schließlich noch zwei Perspektiven hinzu, die sich dem Thema Rechtstransfer aus einer methodischen Sicht nähern.

Diese Arbeit wird sich mit dem Phänomen „Rechtstransfer“ aus einer abermals anderen Perspektive befassen: Es geht um mögliche Wege, um *Probleme* bei Rechtstransfers, mit denen Rechtsetzer bei der Übernahme von fremdem Recht konfrontiert sind, besser zu verstehen. Diese Perspektive ist eng verknüpft mit den soeben vorgestellten anderen Bereichen der „Rechtstransferforschung“. Daher wird an vielen Stellen auf deren Erkenntnisse zurückgegriffen werden.

Von „Problemen“ bei Rechtstransfers ist die Rede, wenn bestimmte Faktoren die Aufnahme des Rechts im System des Rezipienten verhindern oder erschweren. Möchte ein Rechtsetzer fremdes Recht kopieren, will er regelmäßig nicht nur eine „leere Hülse“ an Worten übertragen. Häufig geht es ihm um die Übertragung eines konkreten, erfolgreich geregelten Zustands, den er in der ausländischen Rechtsordnung beobachtet hat und den er für seine eigene Rechtsordnung anstrebt. Dabei stößt er jedoch häufig auf soziale und strukturelle Rahmenbedingungen im Exportland, die sich von den Rahmenbedingungen in seiner eigenen Rechtsordnung erheblich unterscheiden. Jene Unterschiede verursachen in der Folge häufig Probleme bei der Übertragung dieses fremden Rechts. Die zu übertragende Norm erhält nicht selten einen anderen Inhalt als in ihrer Ursprungsform. Denn dieser Inhalt wird nicht nur durch die Rechtskultur, in der sie rezipiert wird, sondern auch durch den gesellschaftlichen Diskurs beeinflusst.²⁹ Oft stellen sich die Probleme sogar noch zu einem früheren Zeit-

²⁸ Z. B. *Xanthaki*, *International & Comparative Law Quarterly* (2008), 659.

²⁹ *Teubner*, in: Snyder (Hrsg.), *The Europeanisation of Law*, S. 243; *Kurzynsky-Singer*, in: *Kurzynsky-Singer* (Hrsg.), *Transformation durch Rezeption?*, S. 4 (6).

punkt: Denn erste Vorbedingung jeden Rechtstransfers ist die Vorkenntnis und schließlich das Verständnis des vorgesehenen Rechts in seinem ursprünglichen Rechtskontext. Insbesondere ein profundes Verständnis des Rechts als Teil der ausländischen Rechtswirklichkeit ist häufig schwierig zu erlangen.

Wie kann man versuchen, diesen Problemen im Zusammenhang mit Rechtsübertragungen zu begegnen? Hilfreich wäre ein Instrument, mit dem man die Erfolgsaussichten einer ins Auge gefassten Rechtstransplantation voraussehen kann. Eine solche Prognose gestaltet sich jedoch häufig als schwierig.³⁰ Sie stößt schon aufgrund der Vielzahl an möglichen externen Faktoren, die auf den Rechtstransfer nach seiner Implementation einwirken können, an Grenzen. Eine exakte „Vorhersage“ kann somit nicht der Anspruch an die Problemursachenforschung von Rechtstransfers sein. Ihr Anspruch liegt vielmehr darin, in einem ersten Schritt ein besseres Verständnis für die Vielfältigkeit des Phänomens zu erarbeiten. Zudem wird sie sich mit der Frage befassen, in welchen spezifischen Konstellationen typischerweise Probleme bei der Übertragung fremden Rechts auftreten. Sie kann schließlich die Grundlage für eine Strategie bilden, die uns dabei hilft, aus geglückten, problembehafteten oder gar gescheiterten Rechtstransfers Lehren zu ziehen. Dies führt zum Erkenntnisinteresse dieser Arbeit.

II. Erkenntnisinteresse

Ziel der Arbeit ist es, Probleme, mit denen Rechtsetzer bei der Übernahme von fremdem Recht konfrontiert sind, mithilfe von Typologien und Erfahrungswerten verständlicher zu machen. Die Arbeit soll die Grundlage für ein handhabbares Instrument liefern, welches Rechtsetzer für typische Problemkonstellationen sensibilisieren kann.

Rechtstransfers können in einer Vielzahl von unterschiedlichen Formen auftreten. Wollen wir die Ursachen von Problemen bei Rechtstransfers verstehen, können wir Rechtstransfers nicht als *ein* Phänomen oder Konzept betrachten, sondern als eine Art Sammelbegriff für eine Vielzahl von verschiedenen Vorgängen. Jede Facette eines Rechtstransfers verdient daher eine eigenständige Betrachtung. Um eine systematische Herangehensweise zu ermöglichen, ist daher eine „Aufspaltung“ des Begriffs „Rechtstransfer“ notwendig. Ein dafür geeignetes Instrument ist die Bildung von Typologien. Die Möglichkeiten, Rechtstransfers in bestimmte Typen aufzuspalten und zu ordnen, sind allerdings theoretisch unbegrenzt.³¹ Die Arbeit soll sich daher auf zwei Typologien fokus-

³⁰ Kurzynsky-Singer, Transformation der russischen Eigentumsordnung, S. 20.

³¹ Typen können in einem beliebigen Bezug zum Phänomen Rechtstransfer gebildet werden. Mögliche Kategorien reichen von bestimmten Merkmalen der inhaltlichen Ausgestaltung bis hin zu – für das Verständnis von Rechtstransfer womöglich weniger brauchbaren – Katego-

sieren, die sich zur Sensibilisierung für Problemrisiken und Lösungsstrategien besonders eignen:

Die erste Typenbildung befasst sich mit den unterschiedlichen Ursachen, die für Probleme bei Rezeptionen verantwortlich sein können. Dafür ist ein Blick auf den gesamten Rechtstransferprozess notwendig. Dieser umfasst nicht nur den Rechtssetzungsakt, sondern auch den Zeitraum vor der Implementation des Rechtstransfers und den Zeitraum danach.

Die zweite Typenbildung befasst sich mit unterschiedlichen Merkmalen von Rechtstransfers, die potenzielle Verbindungen zu Problemursachen aufweisen können. Bei diesen Merkmalen handelt es sich um Hintergründe, Motivationen und Inhalte von Rechtstransfers sowie deren Art der Übertragung. Ziel der Arbeit ist es, das Grundgerüst für eine solche „problemorientierte Rechtstransfer-typologie“ zu legen.

Beide Typologien können gemeinsam die Grundlage für ein sogenanntes Aufmerksamkeitsraster darstellen. Mit diesem Raster sollen Problemkonstellationen (oder auch Erfolgskonstellationen) bei früheren Rechtstransfers abgebildet werden. Damit werden dem Rechtsetzer Erfahrungswerte zur Verfügung gestellt, die er bei eigenen Rechtstransfervorhaben nutzen kann. Das Aufmerksamkeitsraster kann den Rechtsetzer insbesondere dadurch unterstützen, indem es ihn auf bestimmte wiederkehrende Problemkonstellationen hinweist. Wie die Rechtswissenschaft durch den Gebrauch von Typologien an diese Erfahrungswerte gelangen könnte, soll in dieser Arbeit vertieft werden. Zudem soll skizziert werden, wie dieses Raster – für den Fall, dass genügend Erfahrungswerte zur Verfügung stehen – von Rechtsetzern bei ihrem eigenen Rechtstransferprojekt angewandt werden kann.

Schließlich sind einige Strategien vorzustellen, die zur Vermeidung von Problemen bei Rechtstransfers beitragen können. Dazu gehört insbesondere auch die Frage, wann es sinnvoll sein kann, das fremde Recht in lediglich modifizierter Form zu übertragen.

III. Gang der Darstellung

Zunächst wird in einem ersten Schritt in die vier wichtigsten Rezeptionsbeispiele eingeführt, die als Referenzgebiete zur Veranschaulichung von Problemen und Merkmalstypen dienen sollen. Diese Darstellung ist ein weiterer Teil der Einleitung (A. IV.). Im ersten Teil der Arbeit (B., C. und D.) werden dann die Grundlagen für das Modell eines Aufmerksamkeitsrasters entwickelt. Hierfür ist es erforderlich, den Untersuchungsgegenstand „Rechtstransfer“ für diese Arbeit zu präzisieren (B.). Anschließend werden die beiden Typologien ausgear-

rien wie etwa die Anzahl der Bearbeiter eines Rechtstransfers bei seiner Erstellung. Dementsprechend gilt es, eine Vorauswahl zu treffen, die dem Erkenntnisinteresse dient.

beitet und veranschaulicht. Die erste Typologie kategorisiert die unterschiedlichen Problemursachen, wie sie bei Rechtstransfers auftauchen können (C.). Die zweite typisiert unterschiedliche Merkmale von Rechtstransfers, die bei der Entstehung von Problemen relevant werden können (D.). Auf Grundlage dieser Typologien wird schließlich die Grundidee eines Aufmerksamkeitsrasters vorgestellt. Dieses Raster soll den Rechtsetzer auf der Grundlage von Erfahrungswerten für Probleme und auch mögliche Lösungsmöglichkeiten sensibilisieren (E. I.). Wie ein solches Raster aussehen und funktionieren kann, sobald nach der vorgeschlagenen Methode ausreichend Erfahrungswerte zur Verfügung stehen, wird im zweiten Teil der Arbeit aufgezeigt (E. II.). In diesem Rahmen wird auch auf die möglichen „Best-Practice-Strategien“ einzugehen sein. Einen besonderen Blick verdient dabei die Frage, wann Recht („nur“) in modifizierter Form übertragen werden sollte.

Zum methodischen Vorgehen bleibt noch folgendes klarzustellen: Die Typologien und die daraus entwickelnden Konzepte ergeben sich aus Beobachtungen und Analysen anderer Wissenschaftler sowie der im Rahmen dieser Arbeit gewonnenen Erkenntnisse. Sie werden an Beispielen veranschaulicht, aber nicht durch empirische Studien belegt. Die Konkretisierung und Weiterentwicklung der Problemkategorien und der Typologien mittels der Empirik bleibt der rechtsvergleichenden Wissenschaft vorbehalten.

IV. Einführung in die Fallbeispiele

Die Typologien, die den Schwerpunkt dieser Arbeit darstellen, sollen nicht lediglich abstrakt besprochen, sondern an konkreten Beispielen veranschaulicht werden. Hierfür werden verschiedene Rezeptionsbeispiele aus der Vergangenheit und auch der Gegenwart herangezogen. Ein großer Teil dieser Veranschaulichung wird an den nachfolgenden Beispielen vorgenommen werden:

- Rezeption des schweizerischen Zivilgesetzbuches in der Türkei im Jahr 1926;
- Rezeption der sogenannten MacArthur-Verfassung in Japan im Jahr 1946;
- Übernahme des deutschen Sachenrechts in Estland von 1992;
- Übernahme des US-amerikanischen Konzepts der unabhängigen Regulierungsbehörden über das EU-Recht nach Deutschland.

An ihnen lassen sich eine Vielzahl von Problemursachen, Rechtstransfermerkmale und Problemvermeidungsstrategien darstellen. Ergänzend werden auch weitere Rezeptionsbeispiele zur Veranschaulichung hinzugezogen. In diese wird dann an der jeweiligen Stelle kurz eingeführt.

Angesichts ihrer zahlreichen unterschiedlichen Merkmale sind diese vier „Hauptrezeptionsbeispiele“ geeignet, um ein breites, möglichst repräsentatives

Spektrum an Rechtstransferproblemen und -typen abzudecken. Sie alle erfolgten in verschiedenen historischen Kontexten und Rechtsgebieten. Die Türkei rezipierte das gesamte schweizerische ZGB und Obligationenrecht. Die Ausführungen werden sich hier allerdings überwiegend auf Fragen des Familien- und Erbrechts konzentrieren. Bei der japanischen Rezeption der MacArthur-Verfassung handelt es sich um die Übernahme von Verfassungsrecht. Estland rezipierte mit dem Sachenrecht zivilrechtliche Regelungen aus Deutschland. Die Rezeption des Konzepts der unabhängigen Regulierungsbehörden aus den USA dreht sich vornehmlich um den Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts.

Jede der Rezeptionen fand zudem in einem anderen „Rechtskreis“ statt: Die Rezeption in der Türkei traf auf eine damals islamisch geprägte Rechtskultur. Die Übernahme der „MacArthur-Verfassung“ erfolgte im ostasiatischen Japan, die des deutschen Sachenrechts in Estland fand im sowjetisch-sozialistischen Rechtskreis statt. Die Rezeption der unabhängigen Regulierungsbehörden fand in Deutschland statt, wird aber – wie noch zu sehen ist – durch europäische Richtlinienvorgaben überlagert.

In den meisten der Beispiele unterscheidet sich zudem die „Rechtskultur“ des Exporteurs von der des Rezipienten. Die Verfassung Japans sowie das Modell der unabhängigen Regulierungsbehörden stammen aus den Vereinigten Staaten also aus dem angelsächsischen Common-Law-Raum. Das türkische Zivilgesetzbuch sowie das deutsche Sachenrecht stammen aus der mitteleuropäischen Rechtskultur, die ihre Wurzeln vor allem im Römischen Recht hat.

Bei drei der oben genannten Beispiele handelt es sich um Totalrezeptionen – also um die Übernahme ganzer Gesetzbücher. Lediglich die Rezeption des Konzepts der unabhängigen Regulierungsbehörden in Deutschland aus den USA stellt eine Teilrezeption dar. Anders als zu Zeiten der Kolonialisierung oder des Umbruchs ganzer Gesellschaftssysteme sind Totalrezeptionen heutzutage weniger häufig anzutreffen. Es gibt jedoch auch einige aktuelle Beispiele wie die Übernahme der europäischen Datenschutzgrundverordnung in vielen Ländern.³²

Schließlich haben die Rezeptionsbeispiele unterschiedliche Erfolgsgrade. Während die Rezeption in Japan von einigen als (in Teilen) gescheiterte Rezeption erklärt wird, die Türkei ein durchwachsendes Bild abgibt, gilt die Arbeit der Esten bei der Übernahme deutscher Sachenrechtsnormen als überwiegend erfolgreich.³³ Die Übernahme des US-amerikanischen Independent-Regulatory-Agency-Konzepts ist hingegen noch gar nicht EU-richtlinienkonform vollzogen worden.³⁴ Es wird sich zeigen, dass die Veranschaulichung von Problem-

³² Vgl. nur Walters/Trakman/Zeller, Data Protection Law, S. 428 ff.

³³ Zu den Gründen sogleich unten.

³⁴ Man kann sie jedoch auch als „vorerst gescheitert“ einstufen, da das deutsche System – jedenfalls nach Einschätzung der Europäischen Kommission – die Richtlinienvorgaben nicht umgesetzt hat. Auch dazu sogleich unten.

Sachverzeichnis

- A. Schechter Poultry Co. v. United States 67
- Abschaffung des Ständerechts 15
- Adaption* 183
- Adoption* 183
- Alan Watson* 1
- Allergische Reaktion des Volkkörpers 14
- Alliierten 14
- Amtliche Begründung des Justizministeriums zum türkischen Zivilgesetzbuch 12
- Anwendungsphase* 36
- ARAG/Garmenbeck* 50
- Atatürk* 11
- Aufmerksamkeitsraster 8, 139
- Aufnahmephase* 36
- Ausgangssituation beim Rezipienten* 101
- Auslegungstopos der Rechtsvergleichung 190
- Bauernverordnungen 19
- Beweiserbringungsrecht im Zivilprozess 51
- Blaupause 196
- Bundesnetzagentur 28
- Business Judgment Rule 50
- checks and balances 23, 42
- Common Core 3
- Constitutional Conventions* 47
- Cotterrells* Typologie von den *Gemeinschaften* 115
- Definition von Rechtstransfer 29
- Demokratieprinzip 27
- Deutsches Mängelgewährleistungsrecht 50
- Deutsches Sachenrecht 21
- Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit 173
- Die Rezeption des deutschen Sachenrechts in Estland 19
- Die Rezeption des Konzepts der Independent Regulatory Agencies in Deutschland 22
- Die Rezeption des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) in der Türkei 11
- Diet 16
- Direkter Rechtstransfer 122
- Double Standard Doctrine* 62
- Douglas MacArthur* 15
- Drittes Energiepaket 28
- due process 25
- Eigeninteressengeleitete Rechtstransfers 83
- Eigeninteressengeleiteter Rechtstransfer 86f.
- Eigentums- und Bodenreform 21
- Einführung in die Fallbeispiele 9
- Eingliederungsphase* 36
- Einschätzungsprärogative 17
- Eklektischer Rechtstransfer 124
- Energiewirtschaftsgesetz 28
- Entwurf des estnischen Zivilgesetzbuches von 1936/40 21
- Erfahrungswerte 8
- Erfahrungswerten 7
- Erfolgsmaßstab für Rechtstransfers 214
- Erkenntnisinteresse 7
- Ermächtigungsgesetz 65
- Ernst Hirsch* 12, 14
- Estland 20
- Estnisches Sachenrechtsgesetz aus dem Jahr 1993 21
- Europäische Gemeinschaft 26
- europäische Richtlinien 26

- Ewigkeitsklausel 210
 Exportland 6
externally dictated transplants 85

 facilitation 88
 Franco-Regime 44
funktionale Modifikationen 201
 funktionelle Unabhängigkeit 27

 Gang der Darstellung 8
 Gesetzesskeptizismus 66
 Gewaltenteilung 23, 42
 Globalrezeptionen 55
 good faith 201
 Grad an Ausfüllungsbedürftigkeit zentraler Rechtsbegriffe 118
 Grad des Auslegungs- und Ermessensspielraums 118
 Grundbuchamt 46
 Grundsatz von Treu und Glauben 52
gyōsei shidō 115

Hammurabi 1
Hirohito 40
 hoch politische Gesetzgebungsakte 17
hohitsu 41

 Ideelle Bedingungen 97 f.
Implementationsphase 36
 Independent Regulatory Agencies 22, 26
 Individualismus 17
 Individualrechtsgarantie 17
 Innovationsforschung 113
 Institutionelle Bedingungen 97, 99
 Interstate Commerce Commission (ICC) 22

 J. W. Hampton, Jr. & Co. v. United States 66
 japanische Nationale Polizeireserve 142
 japanische Verfassung 42
jogen-to hohitsu 41
Jōji Matsumoto 15
 judicial review 16 f.
 justice, equity and good conscience 175

 Kontinuitätsgedanke 20 f.
 Kontrolldichte 62

 Korrekturgesetze 24
 Kriegsverzichtsklausel 16
 Kriegsverzichtsklausel 75
 Kulturelle Verwurzelung der Norm 104
*Kurkchyi*ans Phasenmodell 36

 Länderberichte 5
 legal borrowing 29
 legal irritant 30
legal transplant 1
Legrand 4
 level playing field 24
 liechtensteinisches ABGB 52
 Louisiana Civil Code 173

MacArthur-Verfassung 15
Mahmut Esat Bozkurt 12
 Mehrehe 75
 Meiji-Verfassung 15, 63
 Metaphern 29
Millers Typologie zu den Beweggründen des Gesetzgebers 83
 Mittelbare Akteure 122
 Modifikation des Übertragungsgegenstands 199
 Modifikationen, aufgrund verfassungsrechtlicher Grenzen 209
 Modifikationen des fremden Rechts 36
 Modifikationen zum Ausgleich von systemischen Unterschieden 208

 naives Transfermodell 31
 New-Deal-Krise 66

 Oberste Gericht Japans 17
 Optimierung des Gesetzgebungsprozesses 6
 Osmanisches Reich 11
 Ostseeraum 19
 Outcome 78
 Output 78

 Panama Refining Co. V. Ryan 67
 Partei LDP 63
 Peace-Constitution 16
 Phasen eines Rechtstransfers 36
 politisch motivierte Modifikation 207
 polygame Ehen 73

- Potsdamer Erklärung 14
 Presidency towns 176
 Prestigeerzeugende Rechtstransfers 83
 Pre-Trial-Discovery 204
 Prinzip des besonderen Gewaltverhältnisses 43
 Privy Council 175
 Problemen 6
 Problemmuster 82
 Problemorientierte Rechtstransfertypologie 8
 Problemursachenforschung von Rechtstransfers 7
 Problemursachentypologie 39
 Pseudo-Konstitutionalismus 17

 reasonable and just 25
 rechtsdogmatische Normanpassung 58
 rechtsdogmatischer Integrationsprozess 46
 Rechtsetzer 1
 Rechtsformant 34
Rechtsgeschichte 2
 Rechtsmischung 52
 Rechtsrezeptionen 2
 Rechtssoziologie 4
 Rechtstransfer 1
 Rechtstransfer „aufgrund externen Drucks“ 84
 Rechtstransferbegriff 32
 Rechtstransferforschung 6
 Rechtstransfers „aufgrund externen Drucks“ 83
Rechtstransferspezifische Faktoren 101
 Rechtstransfers zum Zwecke der Zeit- oder Kostenersparnis 83
 Rechtstransfers zwecks Rechtsharmonisierung mit ausländischem Recht 91
 Rechtstransfers zwecks „Signalwirkung“ 93
 Rechtstransfer „über Bande“ 22
 Rechtstransfer zum Zwecke zur Zeit- oder Kostenersparnis 83
 rechtsvergleichende Interpretation 191
 Rechtsvergleichung 5
 Römisches Recht 59

Sauser-Hall 13

Schari'a 11
 separation of powers 23
 simplistische Einheitsmodell 29
 Sprachliche Barrieren 52
 Staatszielbestimmungen 53
 Stadtrechte 19
statutes 23
 Steuerungsfunktionen im Recht 114
 Strategie 7
 Strategientypologie 196
 Strukturelle Bedingungen 97
substanzielle Modifikationen 201

 Technische Norm 118
 technokratisches Verwaltungsverständnis 24
Tennō 40
 Typologien 7

 Übergangsregelungen 186
 Überkreuzrezeptionen 34
Übertragungsmodalitäten 101
 Umsetzungsprobleme 14
 Umweltverträglichkeitsprüfung 194
 Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz (UVPG) 194
 unabhängige Regulierungsbehörden 25
 undue discrimination 25
 Universität Tartu 20
 Unterschätzte Wirkungsdimension des rezipierten Rechts 50
 Untersuchungsgegenstand 29
 ununterbrochene Weisungskette 27
 Ursachen von Problemen bei Rechtstransfers 8

 Verfassungsrevisionismus 74
 Vermittelter Rechtstransfer 122
 Vertragsverletzungsverfahren 28
 Volkssouveränität 65
 Vorbehalt des Gesetzes 27
Vorbereitungsphase 36

 Wayman v. Southard 66
 Weisungsabhängigkeit 27
 Weisungsunabhängigkeit 25
 Wesentlichkeitstheorie 27, 47
 Wiederbewaffnung Japans 18

Wirkungsdimensionen des fremden	zentralistischer Einheitsstaat 48
Rechts 54	Zivilregister 74
Wirkungsdimensionen von Recht 78	