Aufsätze

Stud. jur. Sarah Piek, Greifswald*

Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung

Rechtsvergleichung wird traditionell funktional betrieben, doch dieser Tradition steht mittlerweile ein wachsender Kritikerkreis gegenüber. Der vorliegende Beitrag beschreibt zuerst kurz das Funktionalitätsprinzip und seine Entwicklung, um dann ausführlicher auf die einzelnen Kritikpunkte einzugehen. Dabei entpuppt sich die Kritik selbst als kritikwürdig, so dass sich die Verfasserin im Ergebnis für die funktionale Rechtsvergleichung ausspricht.

I. Einleitung

Ein guter Jurist habe seine Methode, aber er rede nicht darüber – soll *Ernst Rabel* einmal gesagt haben.[1] Trotzdem gilt *Rabel* als Vater der rechtsvergleichenden Standardmethode: der funktionalen Rechtsvergleichung.[2] Heute, über 50 Jahre nach *Rabels* Tod,[3] sieht sich die funktionale Rechtsvergleichung vermehrt Angriffen ausgesetzt. Ihre Grundannahmen werden infrage gestellt: Ist das Recht überhaupt befähigt, gesellschaftliche Probleme zu bewältigen? (III. 1. a.) Sind diese Probleme wirklich universell? (III. 1. b.) Und wenn ja, führen sie dann in den verschiedenen Rechtssystemen auch zu ähnlichen Lösungen? (III. 1. c) Außerdem sei die funktionale Rechtsvergleichung in ihrer Anwendung formalistisch, begünstige eine externe gegenüber einer internen Perspektive und konzentriere sich zu stark auf die europäische Welt (III. 2.). Schließlich fragt man sich, ob es Ziel der Rechtsvergleichung sein kann, bestimmte rechtliche Lösungen als „besser" zu bewerten und mit deren Hilfe dann ein einheitliches Recht zu schaffen (III. 3.).

II. Das Funktionalitätsprinzip und seine Entwicklung

Als *Rabel* das Funktionalitätsprinzip[4] in den 1920er Jahren für die Rechtsvergleichung proklamierte,[5] kam es zeitgleich zu einem Aufschwung des Funktionalismus' in zahlreichen Disziplinen. Die verschiedenen Ansätze begannen sich gegenseitig zu befruchten und der Funktionalismus in der Rechtsvergleichung wurde von naturwissenschaftlichen, philosophischen und vor allem auch soziologischen Ideen beeinflusst.[6] So kann man heutzutage nicht mehr von *der* funktionalen Methode sprechen, denn es gibt sie in vielen Spielarten. Und nicht jede Vergleichung, die sich funktional nennt, folgt auch unweigerlich dem Funktionalitätsprinzip.[7] Dies alles bietet einen guten Nährboden für kritische Betrachtungen. Dabei berufen sich Kritiker wie Verfechter meist auf die relativ kurze Darstellung von *Zweigert* und *Kötz*[8], die in ihrem populären Werk[9] „Einführung in die Rechtsvergleichung" zu finden ist.

Demnach setzt die Vergleichung bei einem konkreten Sachproblem an und nicht bei einer Rechtsfigur. Dieses Sachproblem muss zunächst frei von den Systembegriffen des eigenen Rechts formuliert werden. Zwar gebe jede Gesellschaft ihrem Recht grundsätzlich die gleichen Probleme auf, aber die Wege zur Lösung dieser Probleme seien überall verschieden. Die Aufgabe des Rechtsvergleichers liegt dann darin, diese Wege zu erforschen und herauszufinden, wie das Problem in der fremden Rechtsordnung gelöst wird. Rechtsinstitute werden folglich nicht auf ihre äußere Form hin untersucht, sondern daraufhin, welche Funktionen sie erfüllen, d. h. welche Lösungen sie

* *Sarah Piek* studiert im 8. Semester Jura an der Universität Greifswald. Der Beitrag entstand aus ihrer Studienarbeit zum Seminar „Rechtsvergleichende Methodenprobleme" bei *Prof. Dr. Uwe Kischel* (LL.M., attorney-at-law). Die ursprüngliche Arbeit wurde mit 15 Punkten bewertet. Sie wurde leicht gekürzt und überarbeitet.

1 *Bernhard Großfeld,* Rechtsmethoden und Rechtsvergleichung, RabelsZ 55 (1991), 4 (5).

2 *David J. Gerber,* System dynamics: Toward a language of Comparative Law?, American Journal of Comparative Law 46 (1998), 719 (722); vgl. *Michele Graziadei,* The functionalist heritage, in: Pierre Legrand/Roderick Munday (Hrsg.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, 2003, S. 100 (104 ff.); *Anne Peters/Heiner Schwenke,* Comparative law beyond Post-modernism, International and Comparative Law Quarterly 49 (2000), 800 (808); *Mathias Reimann,* The progress and failure of Comparative Law in the second half of the Twentieth Century, American Journal of Comparative Law 50 (2002), 671 (693); *Konrad Zweigert/Hein Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 61.

3 Vgl. *Ulrich Drobnig,* Die Geburt der modernen Rechtsvergleichung: Zum 50. Geburtstag von Ernst Rabel, ZEuP 2005, 821 (822).

4 Ob es sich lediglich um ein Prinzip oder doch um eine darauf aufbauende Methode handelt, sei im Folgenden dahingestellt; vgl. zur Diskussion z. B. *Antonios Emmanuel Platsas,* The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks, Electronic Journal of Comparative Law 12.3 (Dezember 2008), http://www.ejcl.org/123/art123-3.pdf (abgerufen am 04.09.2009), 1 (2).

5 Vgl. z. B. *Ernst Rabel,* Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht 13 (1924), 279 (279 ff.).

6 Vgl. *Oliver Brand,* Conceptual Comparisons: Towards a coherent methodology of comparative legal studies, Brooklyn Journal of International Law 32 (2007), 405 (411); *Ralf Michaels,* The functional method of comparative law, in: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006, S. 339 (344); *Lawrence Rosen,* Beyond compare, in: Pierre Legrand/Roderick Munday (Hrsg.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, 2003, S. 493 (504).

7 Vgl. *Michaels* (Fn. 6), S. 340 ff.

8 Vgl. zum Folgenden: *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 33 ff.

9 Zum Erfolg dieses Buches, v. a. seiner englischen Übersetzung im angloamerikanischen Raum: *Basil Markesinis,* Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis – Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, 2004, S. 95 f.

anbieten. Man fragt deshalb nicht etwa: Wie wird Totschlag in der ausländischen Rechtsordnung bestraft? Sondern: Wie hält das ausländische Recht einen Menschen davon ab, einen anderen umzubringen?

III. Die Kritikpunkte im Einzelnen

1. Bezüglich der Grundannahmen der funktionalen Rechtsvergleichung

a) Recht als Lösung von Problemen?

Dem Funktionalitätsprinzip liegt die Prämisse zugrunde, dass das Recht keine abstrakte, von der Gesellschaft losgelöste Erscheinung sei, sondern eine Funktion erfülle, nämlich eine Lösung für praktische Probleme anzubieten und eine Antwort auf gesellschaftliche oder wirtschaftliche Bedürfnisse zu geben.[10] Kritische Stimmen schließen daraus, die funktionale Methode betrachte das Recht lediglich als den „Spiegel der Gesellschaft“[11] oder als ein Instrument, das ausschließlich dazu geschaffen sei, bestimmte Ziele zu erreichen[12]. Aufgrund dieser Schlussfolgerungen kommt es zu zahlreichen Kritikpunkten.

aa) Dysfunktionale und nicht-funktionale Institute[13]

Dabei werden immer wieder dysfunktionale[14] und nichtfunktionale[15] Rechtsinstitute angeführt,[16] also solche Regelungen, die sozialen Interessen zuwiderlaufen oder sich gar nicht auf das soziale Leben auswirken[17]. Diese träten auf, weil das Recht nicht immer in der Lage sei, Probleme effektiv zu lösen.[18] So könne ein Gesetz aus rein symbolpolitischen Gründen[19] verabschiedet werden, eine bestimmte Funktion ungewollt erfüllen[20] oder nur noch aus Traditionsgründen existieren.[21] Darüber hinaus spiele Macht eine entscheidende Rolle: Die politischen Mächte bestimmten, ob und wie stark auf die sozialen Bedürfnisse durch Normsetzung eingegangen wird:[22] „Law is power. Law is politics.“ stellt *Watson*[23] fest. Rechtsetzung geschähe durch die juristische Führungsschicht[24] und oft nur per Zufall[25]. Es wird zwar eingeräumt, dass die Befriedigung sozialer Bedürfnisse durch Rechtsetzung mit einem steigenden Grad an Demokratisierung wahrscheinlicher werde,[26] aber generell doch eher pessimistisch zu betrachten sei[27].

bb) Abwesenheit gesetzlicher Regelungen

Weiterhin wird argumentiert, dass die funktionalen Rechtsvergleicher bei der Suche nach einer Lösung im anderen System übersehen würden, dass die Umgehung von Rechtsetzung nicht immer auf die Existenz zusätzlicher „informeller“ Rechtsinstitute hindeute, die bestehende funktionale Bedürfnisse befriedigten. Die Abwesenheit einer gesetzlichen Regelung könne sich auch aus historischer Entwicklung[28] oder rechts- und sozialpolitischen Trends ergeben. Der Glaube an die Existenz eines funktionalen Gegenstücks im fremden Rechtssystem unterschätze die Macht der fremden Rechtskultur, zu bestimmen, welche Probleme und Lösungen auch als solche gelten und anerkannt würden.[29]

10 *Otto Kahn-Freund,* Comparative Law as an academic subject, The Law Quarterly Review 82 (1966), 40 (51); *Uwe Kischel,* Vorsicht, Rechtsvergleichung!, ZVglRWiss 104 (2005), 10 (16); *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 12, 33; vgl. *Ronald H. Graveson,* Philosophy and function in Comparative Law, International and Comparative Law Quarterly 7 (1958), 649 (650 ff.); *David Nelken,* Comparative Law and Comparative Legal Studies, in: Esin Örücü/ders. (Hrsg.), Comparative Law: A Handbook, 2007, S. 3 (22); *Esin Örücü,* Developing Comparative Law, in: ders./David Nelken (Hrsg.), Comparative Law: A Handbook, 2007, S. 43 (50 f.); *Ernst Rabel,* El fomento internacional del derecho privado, Revista de derecho privado 18 (1931), 321 (331).

11 *Brand* (Fn. 6), 416 („the mirror of society“); vgl. *William Ewald,* Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants, American Journal of Comparative Law 43 (1995), 489 (492 ff.); *David Nelken,* Legal Transplants and Beyond: of Disciplines and Metaphors, in: Andrew Harding/Esin Örücü (Hrsg.), Comparative Law in the 21st Century, 2002, S. 19 (25).

12 *Richard Hyland,* Comparative Law, in: Dennis Patterson (Hrsg.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, 1996, S. 184 (189).

13 Grundlegend dazu aus soziologischer Perspektive: *Robert K. Merton,* Manifeste und latente Funktionen, in: Volker Meja/Nico Stehr (Hrsg.), Robert K. Merton – Soziologische Theorie und soziale Struktur, 1995, S. 17 (17 ff.).

14 *Merton* (Fn. 13), S. 48 f.; „dysfunctional“ bei *Brand* (Fn. 6), 415; *Peters/Schwenke* (Fn. 2), S. 833; *Alan Watson,* Legal Change: Sources of Law and Legal Culture, University of Pennsylvania Law Review 131 (1983), 1121 (1125); „Dys-functions“ bei *Folke Schmidt,* The need for a Multi-Axial Method in Comparative Law, in: Herbert Bernstein et al. (Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, 1981, S. 525 (528).

15 *Merton* (Fn. 13), S. 48 f.

16 *Michaels* (Fn. 6), S. 352 f.

17 *Günter Frankenberg,* Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law, Harvard International Law Journal 26 (1985), 411 (437).

18 *Brand* (Fn. 6), 415.

19 Vgl. beispielhaft zu strafrechtlichen Sanktionsnormen verschiedener europäischer Länder *Hans Kromrey,* Gefangenen- und Inhaftierungsraten in Europa, GreifRecht 2009, 23 (28 ff., insbes. 30).

20 Wenn z. B. das EU-Verbot von 100-Watt-Glühbirnen zum 1. September 2009 zu steigenden Verkaufszahlen derselben im Vorfeld führt; vgl. zu diesen „latent (unknown and unintended) functions“: *Michaels* (Fn. 6), S. 352, bezugnehmend auf *Merton* (Fn. 13), S. 49.

21 *Brand* (Fn. 6), 415 f.

22 *Léontin-Jean Constantinesco,* Rechtsvergleichung, Band III, Die rechtsvergleichende Wissenschaft: die theoretischen Grundlagen, 1983, S. 58 f.; ähnlich *Brand* (Fn. 6), 415, der dies anhand des Sozialismus' darstellt.

23 *Alan Watson,* Roman Law and Comparative Law, 1991, S. 97.

24 *Watson* (Fn. 14), 1151 f.

25 *Alan Watson,* Aspects of Reception of Law, The American Journal of Comparative Law 44 (1996), 335 (339 ff.).

26 *Constantinesco* (Fn. 22), S. 59.

27 Vgl. *Schmidt* (Fn. 14), S. 528.

28 Vgl. zu einer historisch gewachsenen, bewussten Umgehung von Rechtsetzung das Bsp. der Kibbuzim: *Allan E. Shapiro,* Law in the Kibbutz: A Reappraisal, Law and Society Review 10 (1976), 415 (415 ff.).

29 *David Nelken,* Puzzling Out Legal Culture: A Comment on Blankenburg, in: ders. (Hrsg.), Comparing Legal Cultures, 1997, S. 69 (78).

cc) Legal Transplants

Watsons Ansatz der *Legal Transplants*[30] stellt die These, dass Recht überwiegend der Lösung von Problemen diene, grundsätzlich infrage. *Legal Transplants* steht dabei für die Übertragung einer Regelung oder eines Rechtssystems von einem Land in ein anderes oder von einem Volk zu einem anderen.[31] Aufgrund rechtsgeschichtlicher Forschung gelangt *Watson* zu dem Ergebnis, dass in der westlichen Welt das Entleihen fremder Rechtsfiguren mit anschließender Anpassung die übliche Art und Weise rechtlicher Entwicklung gewesen sei.[32] Wenn also *Legal Borrowing* jenseits örtlicher und zeitlicher Grenzen geschah, so schlussfolgert *Watson*[33], dann könne man das Recht nicht als lokale Erscheinung betrachten, die an die Lebensumstände einer vorhandenen Gesellschaft funktional gebunden ist.[34] Im Gegenteil: Das Recht, durch *Legal Borrowing* entstanden und durch Prozesse innerhalb der Rechtskultur weiterentwickelt[35], existiere größtenteils autonom von der Gesellschaft[36] und trage daher nicht ihren Bedürfnissen Rechnung[37].[38]

dd) Der „Spiegel der Gesellschaft"[39]

Oft wird den funktionalen Rechtsvergleichern vorgeworfen, sie würden sich das Recht als „Spiegel der Gesellschaft" vorstellen. Doch bei dieser Vorstellung handle es sich nur um ein Trugbild, konstatiert *Brand*[40]. Dass allerdings das Bild vom Recht als „Spiegel der Gesellschaft" wiederum das Rechtsverständnis der funktionalen Rechtsvergleicher ausdrücke,[41] vermag nicht in Gänze zu überzeugen: *Brand* bezieht sich mit dieser Metapher vermutlich wie *Watson*[42] und *Ewald*[43] auf *Friedman*[44].[45]

Dabei werden *Friedmans*, *Montesquieus*, *Savignys*, *Marx'*, *Hegels*, *Jherings* und *Pounds* vielfältige und komplexe Gesellschaftstheorien über einen Kamm geschert und unter „Spiegeltheorien des Rechts"[46] zusammengefasst.[47] Dies erscheint stark simplifizierend. Doch selbst wenn man eine solche Pauschalisierung anerkennen würde, so wären die „Spiegeltheorien" wohl kaum ausschließlich bei der funktionalen Methode zu verorten, sondern beträfen vielmehr in irgendeiner Art und Weise alle rechtssoziologischen Ansätze.[48]

ee) Ignoranz in der funktionalen Rechtsvergleichung?

Muss man nun zu dem Schluss kommen, die Vertreter der funktionalen Rechtsvergleichung würden sich der „Einsicht in das gelebte Leben"[49] verweigern und dem „hoffnungslos naiven"[50] Glauben an eine einheitliche Gesellschaft mit klar identifizierbaren Bedürfnissen und Funktionen hingeben, nach dem das Recht ein bloßes „Bündel von Verfahren zur Lösung sozialer Probleme"[51] sei? Dies ist wohl bei genauerer Betrachtung der funktionalen Methode zu verneinen:

„Zu erfassen aber haben wir […] die Funktionen der Rechtsgestaltungen. Denn das Recht ist […] eine Kulturerscheinung, es kann nicht unabhängig gedacht werden von seinen Ursachen und Wirkungen", meinte schon *Rabel*[52]. Die funktionale Rechtsvergleichung geht tiefer, als ihre Kritiker mutmaßen: Sie versteht Rechtssysteme durch die dahinter stehenden Geschichten, die genutzte Symbolik und die auf sie projizierten Visionen.[53] Anders als behauptet, versuchen die Anhänger der funktionalen Methode durch fächerübergreifende und umfassende Forschung,[54] die Aufmerksamkeit auch auf dysfunktionale Normen zu lenken.[55] Machtstrukturen und -konzentrationen in der Gesellschaft und ihr Einfluss auf Schaffung und Erhalt rechtlicher Institute werden aufgedeckt.[56] Gerade dann, wenn Rechtsinstitute lediglich dank der Macht der Gewohnheit und Tradition überlebt haben[57], wenn sie obsolet, da nicht mehr angewandt, von Fallrecht

30 Vgl. *Alan Watson,* Legal Transplants, An Approach to Comparative Law, 2. Aufl. 1993; zusammenfassend: *Gudula Deipenbrock,* Legal Transplants? – Rechtsvergleichende Grundüberlegungen zum technischen Rechtsnormtransfer, ZVglRWiss 107 (2008), 343 (345 ff.).

31 *Watson* (Fn. 30), S. 21.

32 *Watson* (Fn. 30), S. 7.

33 *Watson* (Fn. 30), S. 107.

34 Vgl. *Graziadei* (Fn. 2), S. 121; *Deipenbrock* (Fn. 30), 347.

35 *Watson* (Fn. 14), 1153 ff.

36 Vgl. *Ewald* (Fn. 11), 489 ff.; kritisch: *Peter De Cruz,* Legal Transplants: Principles and Pragmatism in Comparative Family Law, in: Andrew Harding/Esin Örücü (Hrsg.), Comparative Law in the 21st Century, 2002, S. 101 (103).

37 *Watson* (Fn. 14), 1136; *Rudolf B. Schlesinger et al.,* Comparative Law: Cases – Text – Materials, 6. Aufl. 1998, S. 14.

38 *William Ewald,* The jurisprudential approach to Comparative Law: A field guide to "rats", American Journal of Comparative Law 46 (1998), 701 (703).

39 Siehe Fn. 11 (Übers. d. Verf.).

40 *Brand* (Fn. 6), 416.

41 So *Brand* (Fn. 6), 409, 415 f.

42 *Watson* (Fn. 14), 1134, 1146.

43 *Ewald* (Fn. 11), 492 Fn. 2.

44 *Lawrence Meir Friedman,* A History of American Law, 2. Aufl. 1985, S. 12 („a mirror of society"), S. 595 („a mirror held up against life").

45 Vgl. *Roger Cotterrell,* Is There a Logic of Legal Transplants?, in: David Nelken/Johannes Feest (Hrsg.), Adapting Legal Cultures, 2001, S. 71 (73).

46 *Ewald* (Fn. 11), 492 (Übers. d. Verf.).

47 Vgl. *David Nelken,* Towards a Sociology of Legal Adaption, in: ders./Johannes Feest (Hrsg.), Adapting Legal Cultures, 2001, S. 7 (12); *Cotterrell* (Fn. 45), S. 73; ähnlich *Richard L. Abel,* Law as lag: Inertia as a social theory of law, Michigan Law Review 80 (1982), 785 (788 ff.).

48 Vgl. *Cotterrell* (Fn. 45), S. 73 f.

49 Vgl. *Bernhard Großfeld*, Kernfragen der Rechtsvergleichung, 1996, S. 10.

50 *David Kennedy,* New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance, Utah Law Review 1997, 545 (590 Fn. 76) (Übers. d. Verf.).

51 *Frankenberg* (Fn. 17), 438 (Übers. d. Verf.).

52 *Rabel* (Fn. 5), 282 f.

53 *Mary Ann Glendon et al.,* Comparative Legal Traditions in a Nutshell, 2. Aufl. 1999, S. 13.

54 *Peters/Schwenke* (Fn. 2), 833, mit Verweis auf traditionelle Funktionalisten wie z. B. *Rabel* (Fn. 5), 283.

55 *Peters/Schwenke* (Fn. 2), 833.

56 *Otto Kahn-Freund,* On Uses and Misuses of Comparative Law, The Modern Law Review 37 (1974), 1 (12 f.); *ders.* (Fn. 10), S. 51.

57 *Max Rheinstein,* Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl. 1987, S. 27; ähnlich *Kahn-Freund* (Fn. 10), 60.

verkrustet oder diffus und wertunklar sind, dann wird die funktionale Rechtsvergleichung interessant.[58] Wenn man danach fragt, warum in einem fremden Rechtssystem ein Bedürfnis nach der rechtlichen Lösung eines bestimmten Problems nicht besteht, dann ist die funktionale Methode am ertragreichsten.[59]

Die funktionale Rechtsvergleichung erkennt also an, dass es dysfunktionale, nicht-funktionale und gelegentlich auch gar keine Rechtsinstitute gibt, die gesellschaftlichen Bedürfnissen begegnen. Dieses sogenannte Recht, welches angeblich nicht mehr im Einklang mit der Gesellschaft steht, ist für den funktionalen Rechtsvergleicher „living law".[60] Er beschränkt sich nicht auf das bloße Suchen und Auffinden eines funktionalen Äquivalents in der fremden Rechtsordnung;[61] er lässt sich auf die fremde Rechtskultur ein[62] und erforscht auch außerrechtliche Lösungen, da er nach dem gesellschaftlichen Zusammenhang fragt, in dem ein bestimmtes Rechtsinstitut steht.[63] Hinzu kommt, dass die traditionelle, funktional vergleichende Rechtswissenschaft praktischer und pragmatischer vorgeht[64] als beispielsweise die Rechtssoziologie[65]. Deshalb weigert sie sich, die Beziehung zwischen Recht und Gesellschaft als grundsätzlich von Absurdität, Irrationalität und Disparität gekennzeichnet[66] zu betrachten, da faktisch gesehen das Recht in nahezu jeder zeitgenössischen Gesellschaft dazu genutzt wird, das soziale Leben zu regeln.[67] Rechtsinstitute können zwar aufgrund von politischer Macht und Prestige verpflanzt werden, aber tatsächlich geschieht dies meist einfach nur, weil sie anderen Rechtssystemen ansprechend und nützlich erscheinen.[68]

b) Universalität von Problemen

aa) Bestimmung des tertium comparationis

Wenn es aus Sicht der funktionalen Rechtsvergleichung die Funktion des Rechts ist, (gesellschaftlichen) Problemen zu begegnen, so muss darin auch der Ausgangspunkt für den Vergleich bestehen,[69] im *tertium comparationis*. Dieses „Dritte bei einem Vergleich" ist der Parameter, hinsichtlich dessen zwei Gegenstände oder Ereignisse verglichen werden,[70] mit anderen Worten ihr gemeinsamer Nenner[71]. Dass ein konkretes Sachproblem, ein „Rechtsbedürfnis"[72], die Konstante beim Vergleich[73] darstellen soll, wirft die Frage auf, ob es infolgedessen überall dieselben oder sich zumindest stark ähnelnde Probleme gibt.[74] *Zweigert* und *Kötz*[75] stimmen dem zu: Jede Gesellschaft gebe ihrem Recht im Wesentlichen die gleichen Probleme auf. Einige sehen dies durch die weltweite Standardisierung und Globalisierung begünstigt.[76]

Dem wird entgegnet, dass eine solche Gleichheit, sofern sie denn existiere, aufgrund der verschiedenartigen Wertvorstellungen und Problemgewichtungen allenfalls oberflächlich sein und wohl nur auf einer „technischen" Ebene[77] vorkommen könne.[78] Außerdem scheitere die Vergleichung immer dann, wenn sie am ertragreichsten sei, nämlich dann, wenn man *kein* funktionales Pendant im anderen System finde.[79]

58 *Konrad Zweigert,* Die kritische Wertung in der Rechtsvergleichung, in: Fritz Fabricius (Hrsg.), Law and International Trade, Recht und Internationaler Handel, Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag, 1973, S. 403 (412 f.); vgl. *Rheinstein* (Fn. 57), S. 15.

59 *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 34.

60 *Lawrence Meir Friedman,* Book review: Watson, Alan: Society and Legal Change, 1977, British Journal of Law and Society 6 (1979), 127.

61 *Kischel* (Fn. 10), 17.

62 *Jürgen Basedow,* Rechtskultur – zwischen Nationalem Mythos und Europäischem Ideal, ZEuP 1996, 379 (379 ff.); vgl. *Hein Kötz,* Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, JZ 2002, 257 (263).

63 *Michaels* (Fn. 6), S. 364; vgl. *Andreas Heldrich,* Sozialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung, RabelsZ 34 (1970), 427 (428 f.).

64 *Brand* (Fn. 6), 409; *Michaels* (Fn. 6), S. 362; *Schlesinger et al.* (Fn. 37), S. 46 Fn. 14.

65 Carbonnier, angeführt von: *Konrad Zweigert,* Die soziologische Dimension der Rechtsvergleichung, RabelsZ 38 (1974), 299 (311); vgl. *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 12.

66 *Abel* (Fn. 47), 791.

67 *Abel* (Fn. 47), 789; *Nelken* (Fn. 47), S. 12.

68 *Friedman* (Fn. 60), 128; vgl. *Mark Warrington/Mark van Hoecke,* Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: Towards a new model for Comparative Law, International and Comparative Law Quarterly 47 (1998), 495 (531 f.).

69 Vgl. *John C. Reitz,* How to do Comparative Law, American Journal of Comparative Law 46 (1998), 617 (622); *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 33.

70 *Jürgen Mittelstraß,* Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Band 4, 1996, S. 239 f.; *Elisabeth Zoller,* Congruence and Proportionality for Congressional Enforcement Powers: Cosmetic Change or Velvet Revolution?, Indiana Law Journal 78 (2003), 567 (582); ähnlich auch schon *Gustav Radbruch,* Über die Methode der Rechtsvergleichung, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 2 (1905/06), 422 (423).

71 *Susanne Baer,* Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court, Columbia Journal of European Law 5 (1999), 249 (254); *Brand* (Fn. 6), 409.

72 *Zweigert* (Fn. 58), S. 406.

73 *Michaels* (Fn. 6), S. 367; vgl. *Reitz* (Fn. 69), 623.

74 *Constantinesco* (Fn. 22), S. 63 ff.; *Hyland* (Fn. 12), S. 189; bejahend *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 45.

75 *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 33.

76 *Graveson* (Fn. 10), 655; Roscoe Pound zitierend: *David Kennedy,* The Methods and the Politics, in: Pierre Legrand/Roderick Munday (Hrsg.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, 2003, S. 345 (382); *Warrington/Van Hoecke* (Fn. 68), 512 f.; dazu kritisch: *Pierre Legrand,* The Same and the Different, in: ders./Roderick Munday (Hrsg.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, 2003, S. 240 (293) mit weiteren Verweisen; *Rosen* (Fn. 6), S. 502 f.

77 *Watson* (Fn. 30), S. 4; zustimmend sich auf Watson beziehend: *Jonathan Hill,* Comparative Law, Law Reform and Legal Theory, Oxford Journal of Legal Studies 9 (1989), 101 (108).

78 *Brand* (Fn. 6), 418; vgl. allg. gegen die Gleichheit von Problemen: *Hagen Henrÿ,* Kulturfremdes Recht erkennen. Warum? Wie?, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht 38 (1997), 5 (53 f.); *Pierre Legrand,* European Legal Systems are not Converging, International and Comparative Law Quarterly 45 (1996), 52 (55 f.).

79 *Esin Örücü,* Methodology of comparative law, in: Jan M. Smits (Hrsg.), Elgar encyclopedia of comparative law, 2006, S. 442

De Cruz[80] wendet wiederum ein, dass die aufgeführten Gründe nicht gegen die Universalität von Problemen sprächen, es käme nur auf die Formulierung der Ausgangsfrage an. Die spezifischen Probleme mögen voneinander differieren, aber die grundsätzlichen Fragen tauchten überall in ähnlicher Gestalt auf, wie z. B. der Kampf ums Überleben[81].

Dies verdeutlicht das Spannungsfeld, in dem sich der funktionale Rechtsvergleicher bewegt: Definiert er das *tertium comparationis* zu generell und abstrakt, sind die gewonnenen Erkenntnisse banal und bedeutungslos.[82] Formuliert er es hingegen zu spezifisch, kann er damit nicht mehr alle Rechtssysteme erfassen; das heißt: je spezifischer das Problem, desto unwahrscheinlicher seine Universalität.[83] Zusätzlich werden kritische Stimmen laut, nach denen die Funktionen eines Rechtsinstituts[84] so vielschichtig seien, dass sie sich in ihrer Gesamtheit überhaupt nicht fassen ließen.[85]

bb) Eingeschränkte Vergleichbarkeit

Den aufgezeigten Schwierigkeiten wird zum Teil durch Einschränkungen beim Vergleich begegnet.[86] Zum einen differenzieren Verteidiger des Funktionalitätsprinzips zwischen intra- und interkultureller Rechtsvergleichung: *Kamba*[87] will bei der Vergleichung von Systemen unterschiedlichen soziokulturellen Typus' (z. B. westliche Industriegesellschaft und vorindustrielle Gesellschaft) methodisch anders vorgehen und den Fokus vermehrt auf den gesellschaftlichen Kontext des Rechts legen. *Warrington* und *Van Hoecke*[88] erachten Rechtsvergleichung sogar nur innerhalb derselben Kulturfamilie als sinnvoll und empfehlen ansonsten einen soziologisch oder anthropologisch ausgerichteten Vergleich.

Zum anderen werden von *Zweigert* und *Kötz*[89] bestimmte Bereiche (z. B. das Familienrecht) ausgeklammert, die stark von moralischen und religiösen Wertvorstellungen geprägt sind und unter den verschiedenen Völkern erheblich differieren können. Andere wollen eine Vergleichung nur innerhalb von Rechtssystemen vornehmen, die auf einer ähnlichen Entwicklungsstufe stehen.[90]

Ein solches Vorgehen wird scharf kritisiert:[91] Beschränkungen wären höchstens hinsichtlich der Zielsetzung des rechtsvergleichenden Unternehmens hinnehmbar, denn grundsätzlich könne man alles miteinander vergleichen.[92] Doch eine methodische Unterscheidung zwischen intra- und interkultureller Rechtsvergleichung ist auch Kritikern der funktionalen Rechtsvergleichung nicht fremd.[93] Allerdings räumt *Graziadei*[94] ein, dass sich die Kritik eher gegen Einzelne richte, da es auch Funktionalisten gäbe, die solche Beschränkungen nicht vornähmen.[95] *Michaels*[96] beispielsweise hält es für dienlicher, zwischen Untersuchungsebenen zu differenzieren: Auf der untersten, abstrakten Ebene befänden sich Probleme, die es in jeder Gesellschaft gebe. Aus diesen universalen Problemen leiteten sich speziellere ab, die, je spezieller sie sind, sich dann auf einer umso höheren Ebene befänden. Je höher also die Ebene, desto geringer die Wahrscheinlichkeit, dass das Problem von allgemeingültiger Art ist. Der Rechtsvergleicher könne somit, wenn er ein sehr spezielles Problem betrachtet und dabei die abstraktere Ebene im Blick hat, auch abgeleitete Bedürfnisse auf niedriger Ebene und entsprechende Probleme in anderen Rechtssystemen erkennen. Dadurch kann auch der Vorwurf entkräftet werden, die funktionale Methode sei reduktiv,[97] denn erst sie macht Verallgemeinerungen möglich, ohne dabei an Tiefe zu verlieren.[98]

cc) Beziehung zwischen Problem und Problemlösung

Doch erheben Funktionalisten mit der Behauptung, die Probleme in den verschiedenen Gesellschaften der Welt seien größtenteils gleich, überhaupt den Anspruch, damit die Realität abzubilden? Es scheint wohl eher so zu sein, dass das Festlegen eines universalen Problems als *tertium comparationis* einen reinen Arbeitsschritt und keine empirische Erhebung darstellt.[99] Um eine geeignete Grundlage für die Vergleichung zu schaffen, muss das konkrete Problem, welches nach einer rechtlichen Lösung verlangt, im Wesentlichen gleich sein.[100] Bildet das universale Problem

(445); vgl. *Hyland* (Fn. 12), S. 189.

80 *Peter De Cruz,* Comparative Law in a Changing World, 3. Aufl. 2007, S. 237 f.

81 *Michaels* (Fn. 6), S. 368.

82 *Mark Tushnet,* The possibilities of comparative constitutional law, Yale Law Journal 108 (1999), 1225 (1238); kritisch: *Michael Bogdan,* On the value and method of rule-comparison in comparative law, in: Heinz-Peter Mansel et al. (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme Band 2, 2004, S. 1233 (1239).

83 *Michaels* (Fn. 6), S. 367 f.

84 Vgl. zur Problematik von Rechtsinstituten, die mehrere Funktionen erfüllen: *Brand* (Fn. 6), 416 f.; *Örücü* (Fn. 79), S. 445; *Peters/Schwenke* (Fn. 2), 828.

85 *Oliver Brand,* Grundfragen der Rechtsvergleichung – Ein Leitfaden für die Wahlfachprüfung, JuS 2003, 1082 (1087); vgl. *Großfeld* (Fn. 49), S. 9; *Rosen* (Fn. 6), S. 505.

86 *Michaels* (Fn. 6), S. 368; vgl. *Brand* (Fn. 85), 1087 f.

87 *W. J. Kamba,* Comparative Law: A Theoretical Framework, International and Comparative Law Quarterly 23 (1974), 485 (511 ff.).

88 *Warrington/Van Hoecke* (Fn. 68), 509, 532.

89 *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 38 f.; so auch schon *Konrad Zweigert,* Des solutions identiques par des voies différentes, Revue internationale de droit comparé 18 (1966), 5 (5 f.).

90 *M. Schmitthoff,* The Science of Comparative Law, The Cambridge Law Journal 7 (1939–1941), 94 (96).

91 *Brand* (Fn. 6), 417; *Frankenberg* (Fn. 17), 437; *Graziadei* (Fn. 2), S. 109; *Legrand* (Fn. 76), S. 292; aber auch *Kamba* (Fn. 87), 507 (Dieses Vorgehen sei „unnötig restriktiv".).

92 *Örücü* (Fn. 79), S. 443 ff.

93 So z. B. *Brand* (Fn. 6), 457.

94 *Graziadei* (Fn. 2), S. 109.

95 Bsp. dafür: Merryman, angeführt von *Mauro Cappelletti,* John Henry Merryman the Comparativist, Stanford Law Review 39 (1987), 1079 (1084).

96 Vgl. zum Folgenden: *Michaels* (Fn. 6), S. 368.

97 *Pierre Legrand,* The return of the repressed: Moving Comparative Legal Studies beyond pleasure, Tulane Law Review 75 (2001), 1033 (1035); *Tushnet* (Fn. 82), 1265 ff.

98 *Michaels* (Fn. 6), S. 364.

99 Vgl. *Michaels* (Fn. 6), S. 368 f.; *Jaakko Husa,* Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?, RabelsZ 67 (2003), 419 (431).

100 Bezugnehmend auf Merryman: *Cappelletti* (Fn. 95), 1084; *Hans Stoll,* Zur Legitimität und normativen Relevanz rechtsvergleichen-

also den Ausgangspunkt und das Rechtsinstitut die Lösung? Die Kritik protestiert: Mit einer solchen Sichtweise würde die Frage, wie die komplexe Kausalbeziehung zwischen Problem und Problemlösung zu erklären sei, stark vereinfacht. Man gehe von einem gesellschaftlichen Bedürfnis aus und schließe dann daraus auf ein dementsprechendes Rechtsinstitut, anstatt erst spezielle Wirkungen, wie z. B. rechtliche Veränderungen oder ein Rechtsinstitut, und danach deren (soziale) Ursache zu betrachten.[101] Hier kann eine soziologische Perspektive die funktionale Rechtsvergleichung bereichern: Im Sinne *Luhmanns*[102] wäre ein bestimmtes Rechtsinstitut als eine mögliche, aber nicht unbedingt notwendige Antwort auf ein Problem zu verstehen; es wäre eine denkbare Lösung unter vielen. Die Vergleichung würde somit auch im Hinblick auf andere Möglichkeiten durchgeführt, würde Möglichkeiten der Veränderung, des Austausches, des Ersatzes und ihre Rückwirkungen im System aufzeigen und so eine umfassende Betrachtung gestatten. Die Auswahl erfolge dabei nach dem jeweiligen Forschungsinteresse.[103] Die Einzigartigkeit eines Rechtssystems läge dann darin, sich *für* ein funktionales Äquivalent aus dem „Vorrat an Lösungen"[104] – und damit gegen viele andere – entschieden zu haben. Die These, Probleme seien universal, wäre folglich ein methodisches Hilfsmittel und kein Gegenstand der Feststellung.

c) Die praesumptio similitudinis

Schon *Rabel*[105] war der Ansicht, dass die universalen, gemeinsamen Probleme auch gemeinsame Ergebnisse erzeugen. *Zweigert*[106] ging noch einen Schritt weiter: Der Rechtsvergleicher solle die Vergleichung mit der Vermutung beginnen, dass die gleichen Probleme in den verschiedenen Rechtsordnungen der Welt trotz all ihrer Vielfältigkeit zu ähnlichen praktischen Lösungen führten. Diese *praesumptio similitudinis*, die Ähnlichkeitsvermutung, diene außerdem der Ergebniskontrolle: Wird Verschiedenheit festgestellt, so solle man Gegenstand und Umfang der Vergleichung nochmals prüfen.

Man mutmaßt, dass bislang keine Aussage in der Geschichte der Rechtsvergleichung mehr Kritik fand,[107] so dass selbst Befürworter des Funktionalitätsprinzips mittlerweile bereit sind, die *praesumptio similitudinis* aufzugeben.[108]

Müssen sich die „Jünger der Schule Rabels"[109] nun geschlagen geben?

aa) Angriff auf die soziale Eingebundenheit des Rechts

Dem bereits angeführten Vorwurf, der funktionale Rechtsvergleicher sehe die Kausalbeziehung zwischen Problem und Problemlösung stark vereinfacht,[110] schließt sich die Kritik an, er richte sein Augenmerk ausschließlich auf die praktische Auswirkung von Normen,[111] indem er bei der Suche nach einer ähnlichen Lösung diese von ihren lokal-dogmatischen Verkrustungen befreie und ausschließlich unter funktionalen Gesichtspunkten betrachte[112]. Da jedoch jedes Rechtsinstitut in die Gesellschaft eingebettet sei,[113] könne man bei der Suche nach dem funktionalen Gegenstück dieses nicht einfach aus seinem institutionellen Gefüge, seinem soziokulturellen Umfeld, herausreißen.[114] Dadurch fände die Intention, mit der ein Rechtsinstitut geschaffen wurde, keine Berücksichtigung[115] und man könne seine dogmatische Tiefe[116] nicht erkennen. Die abgelöste, institutionelle Hülle, unter der dessen Funktion hervortritt, liefere aber Erkenntnisse über die lokalen Eigenheiten des anderen Systems.[117] Wenn der Rechtsvergleicher beispielsweise das Problem der Arzthaftung in Deutschland und Russland untersucht, dann besteht die Gefahr, dass er bei der Suche nach dem funktionalen Gegenstück die unterschiedliche Tragweite des Problems verkennt. Solange bei der Mehrheit der russischen Bevölkerung nicht unbedingt eine medizinische Grundversorgung gewährleistet ist, relativiert sich die Bedeutung eventueller Defizite beim Arzthaftungsrecht schnell.[118] Somit assoziiert man heutzutage den Funktionalismus eher mit einem technischen Angriff auf die soziale Eingebundenheit des Rechts als mit einer Methode, die die umfassende Würdigung von Verschiedenheiten gewährt.[119]

---

der Argumente im Zivilrecht, in: Helmut Koziol/Peter Rummel (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinski, 2002, S. 429 (432); vgl. *Max Salomon,* Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1925, S. 33.

101 *Brand* (Fn. 6), 417 f.; *Frankenberg* (Fn. 17), 435.

102 Vgl. zum Folgenden: *Niklas Luhmann,* Funktion und Kausalität, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 14 (1962), 617 (617 ff., insbes. 625 ff.).

103 Vgl. auch *Kamba* (Fn. 87), 509.

104 Dieser Ausdruck wird Zitelmann zugeschrieben, vgl. *Rheinstein* (Fn. 57), S. 26; sinngemäß auch: *E. Zitelmann,* Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, DJZ 5 (1900), 329 (330).

105 *Rabel* (Fn. 10), 332.

106 *Zweigert* (Fn. 89), 5 f.; so auch später: *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 38 f.

107 *Michaels* (Fn. 6), S. 369.

108 *De Cruz* (Fn. 80), S. 239; *Husa* (Fn. 99), 424 f., 443; *Hein Kötz,* The Common Core of European Private Law: Third General Meeting, Trento 17–19 July 1997, European Review of Private Law 5 (1997), 549 (552).

109 In Bezug auf Kötz: *Markesinis* (Fn. 9), S. 40.

110 Vgl. oben III. 1. b) cc).

111 *Brand* (Fn. 6), 418; *Graziadei* (Fn. 2), S. 112; *Hyland* (Fn. 12), S. 188.

112 *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 43; vgl. *Constantinesco* (Fn. 22), S. 60 f.; *Josef Esser,* Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 4. Aufl. 1990, S. 346 ff.

113 Vgl. *Kennedy* (Fn. 76), S. 395; ähnlich auch: *William Ewald,* Comparative Jurisprudence (I): What was it like to try a rat?, U. Pa. L. Rev. 143 (1995), 1889 (1948).

114 *Frankenberg* (Fn. 17), 434 ff.; *Graziadei* (Fn. 2), S. 110 f.

115 *George P. Fletcher,* The Universal and the Particular in Legal Discourse, Brigham Young University Law Review 1987, 335 (335); *Graziadei* (Fn. 2), S. 125; vgl. *Gerber* (Fn. 2), 722.

116 *Fletcher* (Fn. 115), 350.

117 *Graziadei* (Fn. 2), S. 106.

118 Beispiel angelehnt an *Kischel* (Fn. 10), 18.

119 *Kennedy* (Fn. 76), S. 395.

bb) Ein methodisches Trauma?

Der Funktionalist lasse also Verschiedenheiten außer Acht, solange die Lösungen übereinstimmten.[120] Eine solche Missachtung von Unterschieden ist vor allem den Anhängern postmodernen Gedankenguts[121] ein Dorn im Auge.[122] Man solle Neutralität gegenüber Gleichheit und Verschiedenheit wahren,[123] oder noch besser Verschiedenheit vorziehen,[124] ja sogar der *praesumptio similitudinis* eine *praesumptio dissimilitudinis* entgegensetzen[125]. Wer Unterschiede leugne, der radiere Identitäten aus.[126]

Husa[127] hingegen argumentiert, das Betonen von Unterschieden sei wohl kaum sinnvoller. Er beruft sich auf *Watson*[128], der die Feststellung, dass dieselbe Norm in zwei Ländern unterschiedlich wirke, für trivial hält; sie hätte doch schon innerhalb eines Landes verschiedene Auswirkungen. Im Rahmen dieser Debatte um *similitudines contra differentias* wird behauptet,[129] der Wunsch nach Ähnlichkeit führe dazu, dass man sie erwarte und letztlich auch fände.[130] Doch woher rührt dieser angebliche Wunsch?

Der althergebrachte Glaube an die „Einheit der menschlichen Natur“[131] dürfte sich durch die Erfahrungen der deutschen Emigrantengeneration verstärkt haben:[132] Während der Nazizeit erlebte sie, wie rechtlich legitimierte Unterscheidung zu Ausgrenzung und Diskriminierung führte,[133] in ihrer neuen Heimat musste sie sich wissenschaftliche Akzeptanz erst erkämpfen.[134] *Rabel*, seine Nachfolger *Rheinstein*, *Schlesinger*, *Kahn-Freund*: Die Liste politischer Flüchtlinge aus Nazi-Deutschland ist lang;[135] sie alle ließen sich in den USA oder England nieder und legten dort die Grundsteine für die traditionelle Rechtsvergleichung.[136] Aus ihren Erfahrungen resultiere der Drang, sich der Verschiedenartigkeit zu verwehren, was sich in der funktionalen Methode niederschlage.[137]

Eine solche Generalisierung erscheint indessen trotz vergleichbarer Schicksale problematisch.[138] Doch unabhängig davon, ob man den Einfluss eines intellektuell-politischen Traumas[139] der Flüchtlinge auf die Rechtsvergleichung nun anerkennen mag oder nicht, so kann man sich wohl kaum des Eindrucks verwehren, dass das Verlangen nach der Schaffung eines Einheitsrechts schon seit jeher Trieb- und Schaffensfeder der funktionalen Rechtsvergleichung war[140]. Denn „[n]iemand von uns wird sich dem schönen Pathos der europäischen Rechtseinheit ganz verschließen können“[141]. Das Pathos scheint sich jedoch zu verflüchtigen, wenn man über die europäischen Grenzen hinaus schaut.

cc) Wozu eine unpolitische Rechtsvergleichung?

Es wird eingewandt, dass der Ansatz der *praesumptio similitudinis* zu kurz greife, wenn wir über unsere Kultur hinausgehen.[142] Die Stimmen, die sich bereits gegen die Universalität von Problemen ausgesprochen haben,[143] geben natürlich zu bedenken, dass es für bestimmte Fälle, wie beispielsweise polygame Hochzeiten,[144] kein Äquivalent gebe. Moralische und soziale Fragen seien in der Konstellation, in der sie auftreten, einzigartig für eine bestimmte Gesellschaft. Selbst wenn man also dasselbe Problem auffände, so sei die Lösung aufgrund der unterschiedlichen Vorstellungen der Gesellschaften trotzdem verschieden.[145] Die Sicht der Gesellschaft bezüglich dieser Fragen reiche in alle Gebiete hinein,[146] das Ausklammern bestimmter Bereiche[147] wäre demnach nicht möglich.[148] Doch besteht überhaupt die Notwendigkeit, den Vergleich – wie obig diskutiert[149] – auf unpolitische Rechtsgebiete oder ähnlich entwickelte Gesellschaften zu beschränken? Denn wenn lediglich funktional gleichwertige Institute miteinander verglichen werden, dann beantworten sie folglich dasselbe Problem und sind sich schon aufgrund dessen

120 *Hyland* (Fn. 12), S. 190.

121 Die Postmoderne in ihrer rechtsvergleichenden Spielart ist ein Sammelbegriff für verschiedene Strömungen und neuere Ansätze in der Rechtsvergleichung, die dem traditionellen Leitbild von Vereinheitlichung, Gleichheit und Neutralität des Rechts skeptisch gegenüberstehen und stattdessen Pluralismus, Verschiedenheit und Relativität der Rechtsordnungen hervorheben (*Peters/Schwenke* (Fn. 2), 800 ff.); vgl. auch *Dominik Richers,* Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung?, ZaöRV 67 (2007), 509 ff.

122 *Peters/Schwenke* (Fn. 2), 801 ff.; *Reimann* (Fn. 2), 681.

123 *Mitchel de S.-O.-L'E. Lasser,* The Question of Understanding, in: Pierre Legrand/Roderick Munday (Hrsg.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, 2003, S. 197 (218 f.); *Kennedy* (Fn. 76), S. 355 f.; *Örücü* (Fn. 10), S. 50.

124 *Vivian Grosswald Curran,* Cultural immersion, difference and categories in U.S. Comparative Law, American Journal of Comparative Law 46 (1998), 43 (83); *Legrand* (Fn. 97), 1048 f.; *Frankenberg* (Fn. 17), 453.

125 *Henrÿ* (Fn. 78), 55; vgl. *Hyland* (Fn. 12), S. 194 („conjectura dissimilitudinis“).

126 *Grosswald Curran* (Fn. 124), 67.

127 *Husa* (Fn. 99), 443.

128 *Alan Watson,* Legal Transplants and European Private Law, Electronic Journal of Comparative Law 4.4 (Dezember 2000), http://www.ejcl.org/44/art44-2.html (abgerufen am 04.09.2009).

129 Zu dieser Debatte: *Husa* (Fn. 99), 443.

130 *Legrand* (Fn. 76), S. 246; vgl. *Gerber* (Fn. 2), 723.

131 *Rabel* (Fn. 5), 284.

132 *Reimann* (Fn. 2), 681 Fn. 62.

133 *Grosswald Curran* (Fn. 124), 68.

134 Vgl. *William Twining,* Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition, in: Ian Edge (Hrsg.), Comparative Law in Global Perspective, Essays in Celebration of the Fiftieth Anniversary of the Founding of the SOAS Law Department, 2000, S. 21 (38).

135 *Kennedy* (Fn. 76), S. 370 f.

136 *Twining* (Fn. 134), S. 37 f.

137 Vgl. *Grosswald Curran* (Fn. 124), 71.

138 *Twining* (Fn. 134), S. 37 f.

139 *Kennedy* (Fn. 76), S. 371.

140 Vgl. unten: III. 3. b).

141 *Hein Kötz,* Abschied von der Rechtskreislehre?, ZEuP 1998, 493 (505).

142 *Großfeld* (Fn. 1), 6.

143 Vgl. oben: III. 1. b).

144 *Brand* (Fn. 6), 419; *Hyland* (Fn. 12), S. 189.

145 *Hyland* (Fn. 12), S. 189.

146 *Hill* (Fn. 77), 115.

147 Vgl. *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 39; so auch schon *Zweigert* (Fn. 89), 5 f.

148 *Brand* (Fn. 6), 419.

149 Vgl. oben: III. 1. b) bb).

ähnlich. Oder anders gesagt: Probleme sind nur insofern universal, als dass wir die nichtuniversalen durch die Bestimmung des *tertium comparationis* ausschließen.[150] Diese Tautologie wird angeprangert.[151] *Michaels*[152] wendet dagegen ein, dies erinnere an mathematische Funktionen, bei deren Beschreibung man auch zirkulär vorgehe. Außerdem müsse man sich vergegenwärtigen, was die *praesumptio similitudinis* aussagen wolle und was nicht.

dd) Unterschied zwischen „Ähnlichkeit" und „funktionaler Äquivalenz"[153]

Ein Rechtsinstitut erfüllt mehrere, ganz unterschiedliche Funktionen. Die zu vermutende Ähnlichkeit bezieht sich aber nicht auf das Institut als Ganzes, sondern lediglich auf *eine* seiner Funktionen, nämlich darauf, die Lösung auf ein spezifisches Problem zu geben.

Bei Müttern mit niedrigem Einkommen beispielsweise können Sozialhilfe- und nachehelicher Unterhaltsanspruch beide die Funktion erfüllen, Unterhaltssicherung zu gewährleisten. Die Sozialhilfe kann daneben aber auch anderen Menschen zugutekommen, und Unterhaltsansprüche stehen auch Müttern mit hohem Einkommen zu. Der Sozialhilfe- und der nacheheliche Unterhaltsanspruch sind also lediglich hinsichtlich der Unterhaltssicherung einkommensschwacher Mütter funktional gleichwertig, aber ansonsten in Bezug auf andere Problemstellungen und Funktionen vollkommen unterschiedlich.[154]

Infolgedessen ist die Bezeichnung „Ähnlichkeit" irreführend, die verglichenen Rechtsinstitute sind funktional äquivalent zueinander. Dies klärt auch das Missverständnis, die funktionale Rechtsvergleichung sei in sich widersprüchlich,[155] da einerseits von sich bis ins kleinste Detail ähnelnden Lösungen gesprochen würde,[156] und man anderseits bei der anschließenden Wertung doch wieder zwischen den Rechtssystemen differenzieren wolle.[157] Ähnlichkeit besteht jedoch nur in Bezug auf ein bestimmtes Problem und auch dabei nicht immer in vollem Umfang.[158] Die historisch-dogmatische Struktur, die juristischen Denkformen, die (Nicht-) Erfüllung weiterer Funktionen, die Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Lösung, das „bunte Mosaik verschiedenster Mittel und Methoden"[159], dies alles variiert in den verschiedenen Rechtssystemen und konstituiert die Einzigartigkeit eines Rechtssystems – trotz funktionaler Äquivalente.[160]

Zusammenfassend kann man sagen, dass falsche Vorstellungen über die funktionale Methode zu zahlreichen Missverständnissen geführt haben: So kann und will die funktionale Methode, im Gegensatz zu sozialwissenschaftlichen Methoden, keine empirische sein; sie kann nicht alle Wirkungsweisen einer Rechtsnorm erfassen und sie erhebt auch nicht den Anspruch, ihre Thesen seien ein genaues Abbild der Realität.[161] Dies spricht jedoch nicht gegen ihre Brauchbarkeit als rechtsvergleichende Methode.

Trotzdem warnt *Kötz*[162] vor einem allzu absolut gesetzten Funktionalitätsprinzip, andere sehen den funktionalen Ansatz nur als einen von vielen.[163]

2. Bezüglich der Anwendung der funktionalen Rechtsvergleichung

Scheitert die funktionale Methode also in ihrer Anwendung?

a) Formalismus

Die funktionale Rechtsvergleichung verströme mit ihrem „institutionellen Fetischismus" eine pseudowissenschaftliche Aura, behauptet *Legrand*[164] und greift damit eine populäre Kritik auf, welche die funktionale Methode wahlweise als formalistisch,[165] normzentriert,[166] oder auch legozentrisch[167] tituliert. Die von ihr erzielten Ergebnisse seien partikularistisch,[168] weil sie keine Beziehung zu den sozio-ökonomischen und historischen Rahmenbedingungen hätten, die sie inhaltlich vorbestimmten.[169] Man konzentriere sich zu stark auf positivrechtliche Phänomene und zu wenig auf „law in action".[170] In eine ähnliche Richtung geht der Vergleich, aus funktionaler Sicht sei die Gesellschaft wie ein Zug, bei dem das Recht als Lokomotive fungiere und der Rechtsvergleicher als Mechaniker, der nach der besseren Technik für eine weichere Gangart sucht.[171] Man fokussiere nur die Lösung anstelle des Verfahrens, das zu ihr führt; es ginge lediglich darum,

150 Vgl. *Michaels* (Fn. 6), S. 370.

151 *Hiram E. Chodosh,* Comparing Comparisons: In Search of Methodology, Iowa Law Review 84 (1999), 1025 (1122 f.); *Grosswald Curran* (Fn. 124), 67; *Kirsten Scheiwe,* Was ist ein funktionales Äquivalent in der Rechtsvergleichung? Eine Diskussion an Hand von Beispielen aus dem Familien- und Sozialrecht, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2000, 30 (33 f.); vgl. *Graziadei* (Fn. 2), S. 108 f.; aus soziologischer Perspektive: *Keebet von Benda-Beckmann,* Über die Beziehung von Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung, ZVglRWiss 78 (1979), 51 (57).

152 *Michaels* (Fn. 6), S. 369.

153 Vgl. umfassend für diesen Abschnitt: *Michaels* (Fn. 6), S. 370 ff.

154 Bsp. angelehnt an: *Scheiwe* (Fn. 151), 37 ff.

155 Vgl. *Frankenberg* (Fn. 17), 440.

156 *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 38.

157 *Hill* (Fn. 77), 109; *Legrand* (Fn. 76), S. 296.

158 Vgl. *Scheiwe* (Fn. 151), 36 f.

159 *Zweigert* (Fn. 58), S. 408.

160 Vgl. umfassend: *Esser* (Fn. 112), S. 346 ff.

161 Vgl. oben III. 1. b) cc); so auch: *Scheiwe* (Fn. 151), 36.

162 *Kötz* (Fn. 141), 504.

163 So z. B. *Husa* (Fn. 99), 419 ff.

164 *Legrand* (Fn. 97), 1036 f.

165 Vgl. *Günter Frankenberg,* Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law, Utah Law Review 1997, 259 (267); *ders.* (Fn. 17), 438.

166 *Gerber* (Fn. 2), 722 („norm-centered"); Merryman interviewt von *Pierre Legrand,* John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A dialogue, American Journal of Comparative Law 47 (1999), 3 (9, „rule-centered").

167 *Frankenberg* (Fn. 17), 438 (Übers. d. Verf.).

168 Gerber zitiert von *Markesinis* (Fn. 9), S. 39; vgl. *Gerber* (Fn. 2), 722 f.; *Legrand* (Fn. 97), 1051.

169 Vgl. *Brand* (Fn. 6), 412 f.

170 *Brand* (Fn. 6), 413; *Frankenberg* (Fn. 17), 438.

171 *Hill* (Fn. 77), 106.

die Normen irgendwie im heimischen Recht zu gebrauchen und weniger, sie in ihrem Kontext zu verstehen.[172]

Historisch gesehen ergibt sich ein anderes Bild: Die funktionale Methode war in den 1920er Jahren dazu gedacht, die bis dahin vorherrschende Rechtstatsachenforschung[173] zu überwinden.[174] Der Ausgangspunkt lag nun nicht mehr im Recht, sondern in der Gesellschaft, verortet bei einem konkreten Problem.[175] Die bis dato traditionelle Rechtsvergleichung wurde als „synoptische Beschreibung von Rechtsnormen und -instituten" abgetan und die funktionale Methode so bewusst von der Auslandsrechtskunde abgegrenzt.[176]

Abgrenzung muss die funktionale Methode auch noch in anderer Richtung erfahren: Oft wird sie fälschlicherweise mit Ansätzen in einem Atemzug genannt, die eine rein faktenbezogene Vergleichung durchführen,[177] insbesondere *Schlesingers* Forschungsvorhaben über den gemeinsamen Kern der Rechtssysteme und den nachfolgenden *Common Core*-Projekten[178]. Diese orientieren sich an faktischen, gemeinsamen Lebenssachverhalten; die Probleme sind Streitfälle, die Lösungen Gerichtsentscheide.[179] Dadurch wird im Gegensatz zur funktionalen Methode keine Erkenntnis über die Beziehung zwischen Recht und Gesellschaft oder über Intention und Notwendigkeit der gefundenen Gemeinsamkeiten gewonnen.[180]

Historisch betrachtet und in Abgrenzung zu anderen rechtsvergleichenden Ansätzen verändert sich die Vorstellung von der funktionalen Rechtsvergleichung als rein technische Methode[181] hin zu einem Ansatz, der sehr wohl die Umgebung eines Rechtsinstituts mit im Blick hat. Nicht nur *Rabel*[182] hat sich in außerordentlichem Maße bemüht, die Faktoren zu untersuchen, die eine Rolle in der Entwicklung des betrachteten Problems und der gefundenen Lösung spielen, auch seinen Nachfolgern war viel an einer kontextbezogenen Herangehensweise gelegen.[183] *Zweigert* und *Kötz*[184] beispielsweise wollten sich nie nur auf geschriebenes Recht beschränken, denn rechtliche Lösungen seien meist „mehr *facta* als *leges*"[185] und der Weg, der zu ihnen führe, oftmals interessanter als sie selbst.[186]

Doch obwohl die funktionale Methode als eine grundsätzlich antidogmatische beschrieben wird,[187] kommt sie um eine Systematisierung nicht herum: Sie fasst die funktionalen Äquivalente unter weiten Oberbegriffen zusammen, die sich dann als Funktionskomplexe in ein locker gestricktes System einfügen sollen.[188] Auch wenn ein solches kritisiert wird,[189] weil es ein Konstrukt wie jedes andere System auch ist, so handelt es sich doch lediglich um eine Formalisierung der gewonnenen Ergebnisse, die dem besseren Verständnis dient.[190]

b) Externe Perspektive

Kahn-Freund[191] sieht sich eher in der Rolle eines „vergleichenden Physiologen" als in der eines „vergleichenden Anatoms", also als jemanden, der das Recht zwar von innen versteht, aber von außen betrachtet. Dies geht den Kritikern der funktionalen Rechtsvergleichung nicht weit genug: Der Rechtsvergleicher müsse voll und ganz in die Gefühlswelt des fremden Rechts eintauchen (*cultural immersion*)[192] und die spezifischen Mentalitäten und Vorverständnisse begreifen.[193] Der funktionale Rechtsvergleicher gebe sich zwar pluralistisch und offen, in Wirklichkeit aber scheue er bewusst das unsichere Eintauchen in die Tiefen der fremden Rechtskultur.[194] Weiterhin fordert *Ewald*[195], man müsse genauestens über die philosophischen Grundlagen eines Rechtssystems im Bilde sein, um es verstehen zu können. Dazu gehöre, sich nicht wie bisher auf eine externe Sichtweise zu beschränken, sondern in die fremde Rechtsordnung einzutauchen, die ihr zu Grunde liegenden Prinzipien zu verstehen und den Fokus auf „law in minds" statt „law in books" und „law in action" zu legen. Andere behaupten, die Rechtswirklichkeit würde bis zu einem gewissen Grad durch die Rechtssprache geschaffen, die der Rechtsvergleicher perfekt beherrschen müsse, um das andere Rechtssystem und seine Institute verstehen zu können.[196] Diese Kritik ähnelt der

172 *Gerber* (Fn. 2), 722.

173 Die Rechtstatsachenforschung untersucht die konkreten Verhältnisse der Rechtswirklichkeit; sie ist ein Teil der Rechtssoziologie (*G. Köbler*, Juristisches Wörterbuch, 13. Aufl. 2005, S. 393). Die (funktionale) Rechtsvergleichung soll jedoch darüber hinausgehen und nicht primär bei den jeweiligen Rechtsinstituten ansetzen und ihre Wirkungen untersuchen, sondern v. a. deren rechtskulturelles, -historisches und gesellschaftliches Umfeld in Augenschein nehmen; vgl. *Rabel* (Fn. 5), 283.

174 *Rabel* (Fn. 5), 282 f.

175 *Peters/Schwenke* (Fn. 2), 808.

176 *Ralf Michaels,* Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongreß für Rechtsvergleichung – Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans, RabelsZ 66 (2002), 97 (113); *Max Rheinstein,* Teaching Comparative Law, The University of Chicago Law Review, 5 (1938), 615 (618); *ders.* (Fn. 57), S. 27.

177 Vgl. *Brand* (Fn. 6), 410 f.; *Gerber* (Fn. 2), 723; *Joachim Zekoll,* Kant and Comparative Law – Some reflections on a reform effort, Tulane Law Review 70 (1996), 2719 (2725).

178 Vgl. *Schlesinger et al.* (Fn. 37), S. 42 ff.; *Kötz* (Fn. 108), 549 ff.

179 Vgl. *Markesinis* (Fn. 9), S. 6 f.

180 Vgl. *Michaels* (Fn. 6), S. 364.

181 *Örücü* (Fn. 10), S. 52.

182 Vgl. *Rabel* (Fn. 5), 283.

183 *Markesinis* (Fn. 9), S. 39 f.

184 Vgl. *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 34 f.

185 *Zweigert* (Fn. 58), 406.

186 *Kötz* (Fn. 141), S. 505.

187 ausführlich dazu: *Konrad Zweigert,* Rechtsvergleichung, System und Dogmatik, in: Karl August Bettermann/Albrecht Zeuner (Hrsg.), Festschrift für Eduard Böttticher zum 70. Geburtstag am 29. Dezember 1969, 1969, S. 443 (443 ff., insbes. 448).

188 *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 43 f.

189 Vgl. *Legrand* (Fn. 97), 1036.

190 Vgl. *Michaels* (Fn. 6), S. 372 f.

191 *Kahn-Freund* (Fn. 10), 44 f.

192 *Brand* (Fn. 85), 1087; vgl. *Grosswald Curran* (Fn. 124), 45 ff., insbes. 51.

193 *Legrand* (Fn. 78), 60 ff.

194 Vgl. *Frankenberg* (Fn. 165), 270.

195 *Ewald* (Fn. 113), 1889 ff., insbes. 2111.

196 *Warrington/Van Hoecke* (Fn. 68), 534 f.; vgl. *Fletcher* (Fn. 115),

bereits beschriebenen Formalismuskritik, die mehr Kontextbezug fordert, und auch hier kann darauf verwiesen werden, dass die Vertreter des Funktionalitätsprinzips durchaus das kulturelle, historische und gesellschaftliche Umfeld einer Norm zu berücksichtigen wissen. Insbesondere die Untersuchungen der Emigrantengeneration zeichnen sich durch eine hohe Qualität in dieser Hinsicht aus, denn diese Rechtsvergleicher mussten in zwei Rechtssystemen heimisch werden.[197] Man kann sich allerdings fragen, wie realistisch und erstrebenswert es für einen Rechtsvergleicher ist, in dem geforderten Umfang Teil der fremden Rechtskultur zu werden. Was seinen Standpunkt betrifft, so muss er die fremde Rechtsordnung bis zu einem gewissen Grad von außen betrachten, um sich nicht auf ein reines Einfühlen zu beschränken, sondern funktionale Äquivalenz, insbesondere des „law in action",[198] bestimmen zu können. Deshalb kann er auch nicht, wie teils gefordert, auf eine Unterscheidung zwischen „Recht" und „Gesellschaft" verzichten,[199] da er damit ja die Fähigkeit des Rechts, auf gesellschaftliche Bedürfnisse zu reagieren, leugnen würde.[200]

c) Eurozentrismus

„Eurozentrismus: Eine Sünde?" fragt *Markesinis*[201] provokativ und spielt damit auf den als „schick" geltenden Vorwurf an, die funktionale Rechtsvergleichung sei zu stark auf Europa bzw. die westliche Welt ausgerichtet.[202]

Zum einen geht es dabei um die bereits diskutierten Einschränkungen bei der Vergleichbarkeit, die einige vornehmen.[203] Wenn der Rechtsvergleicher sich nicht den Vorwurf des Eurozentrismus gefallen lassen wolle, müsse er auch Institute aus Rechtsordnungen anderer Kulturen als vergleichbar gelten lassen.[204] Dass dies auf verschiedenen Abstraktionsebenen möglich ist, wurde bereits gezeigt.[205]

Zum anderen würde mit der Anwendung der funktionalen Methode der Rechtsvergleicher seine eigenen Vorstellungen und Werte auf andere Rechtsordnungen projizieren. Unsere Denkmuster bestimmten bis zu einem gewissen Grad das, was wir in den anderen Systemen fänden und veranlassten uns dazu, es als relevant oder marginal, als bekannt oder exotisch einzuordnen. Durch den Export westlicher Rechte und Pflichten in die ganze Welt würde das Recht, das „wir" hätten, immer noch das Recht „der Anderen" dominieren. Der Funktionalist stülpe der fremden Rechtsordnung also seine eigenen Kategorien über.[206] Denn die Vergleichung an Funktionen zu orientieren, sei nur eine Ausdehnung unseres mathematisch-geometrischen Vorstellungsbildes auf eine fremde Umwelt.[207]

Für *Markesinis*[208] hingegen scheint das Bekenntnis zum Eurozentrismus kein Sündenfall zu sein: Niemand könne wohl ernsthaft bestreiten, dass die am besten entwickelten Gedanken in der europäischen Welt (einschließlich Australien und Nord- und Südamerika) zu finden seien. Bestätigt sieht er dies dadurch, dass sich Bemühungen um den Import von Rechtsinstituten ausschließlich auf solche von europäischer Natur erstreckten. Weiterhin liege es nahe, nur eine vertraute Rechtskultur vertieft zu untersuchen, da dies weniger aufwändig und in den meisten Fällen ertragreicher sei. *Kötz*[209] wiederum hält es für notwendig, einen allzu eurozentrischen Ansatz zu korrigieren.

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass man letztlich jeder unliebsamen Arbeitshypothese vorwerfen kann, in irgendeiner Weise eurozentrisch aufgestellt worden zu sein, auch der der Kritiker; selbst ein nicht-westlicher Wissenschaftler kann von der westlichen Welt beeinflusst sein.[210]

Wahrscheinlich gibt die Diskussion über eine euro- bzw. ethnozentrische Perspektive mehr Auskunft über die Gesinnungen und Pläne der heutigen Rechtsvergleicher als über ihre Methode. Die funktionale Rechtsvergleichung als solche gebietet jedenfalls weder Eurozentrismus, noch begünstigt sie ihn.[211]

d) Gefangen in der „westlichen Tradition"[212]? – Ein Zwischenfazit

Trotz aller Gegenargumente bleibt ein schaler Beigeschmack, wenn man „mehr von derselben Medizin"[213] schlucken, sich also weiterhin auf den Funktionalismus einlassen will: Stimmt es nicht, dass *Zweigert* und *Kötz* fast nur Beispiele aus unserem Kulturkreis anführen? Warum möchte *Kahn-Freund* kein „rechtsvergleichender Anatom" sein? Und bleibt man nicht immer kurzsichtig, unabhängig davon, ob man die eigene Brille ablegt oder nicht?[214]

Fest steht, dass Juristen berufsbedingt in ihrem Wirkungskreis eingegrenzt werden, nämlich durch ihre nationalen Rechtssysteme, die an der Landesgrenze ihre Gültigkeit verlieren. Der Rechtsvergleicher muss also zum

350; *Grosswald Curran* (Fn. 124), 66 Fn. 76 (Gefahr eines „Tower of Babel").

197 Vgl. *Twining* (Fn. 134), S. 57.

198 *Scheiwe* (Fn. 151), 31.

199 *Frankenberg* (Fn. 17), 424.

200 *Michaels* (Fn. 6), 365.

201 *Markesinis* (Fn. 9), S. 50 f.

202 Vgl. *Frankenberg* (Fn. 17), 442 ff.; *Hill* (Fn. 77), 107; *Legrand* (Fn. 76), S. 292.

203 Vgl. oben: III. 1. b) bb).

204 *Örücü* (Fn. 10), S. 53.

205 Vgl. oben: III. 1. b) aa).

206 *Frankenberg* (Fn. 17), 437, 442 f.

207 *Bernhard Großfeld*, Comparative Law as a Comprehensive Approach: A European Tribute to Professor Jack A. Hiller, Richmond Journal of Global Law and Business 1 (2000), 1 (27).

208 *Markesinis* (Fn. 9), S. 50 f.

209 *Kötz* (Fn. 62), 263.

210 *Peters/Schwenke* (Fn. 2), 821.

211 Ähnlich: *Brand* (Fn. 6), 414 f.

212 Angelehnt an den Titel eines Aufsatzes von *Twining* (Fn. 134), S. 21 ff.

213 So Markesinis über die funktionale Methode: *Markesinis* (Fn. 9), S. 45 ff.

214 Vgl. zur Metapher der Brille der eigenen Rechtsordnung: *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 33.

Kosmopoliten werden, um sich aus dieser Begrenztheit zu befreien.[215] Das bedeutet, dass er neben einem harten und intensiven Studium auch noch exzellente Sprachkenntnisse, gute Bibliotheken, eine lange Erfahrung und Wissen über die fremde Rechtskultur benötigt. Die Probleme ergeben sich meist dadurch, dass es kaum möglich ist, all diese Kriterien zu erfüllen.[216] Doch selbst wenn, dann kann es oft der Fall sein, dass man glaubt, man betrachte ein fremdes System in universalen oder wertfreien Kategorien, während in Wirklichkeit ein Begriffsgerüst Anwendung findet, das ein Produkt der eigenen Werte und Traditionen ist.[217] Das komplette Eintauchen in die fremde Rechtskultur, das vollständige Betrachten des Gesamtkontextes, dies alles bleibt für funktionale Rechtsvergleicher genauso schwierig, wenn nicht sogar unmöglich, wie für alle anderen.[218] *Twining*[219] kommt in seiner Bestandsaufnahme der Rechtsvergleichung zu dem Schluss, dass sich von den Kritikern der funktionalen Methode kaum einer wesentlich von denen unterscheidet, die er kritisiert. Beide Seiten würden sich fast ausschließlich mit den vertrauten Rechtssystemen moderner westlicher Gesellschaften, mit den Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen *civil law* und *common law*, sowie dem Privatrecht beschäftigen. So kann die Kritik als ein Aufruf an alle gelten, die Notwendigkeit einer vielfältigeren und abwechslungsreicheren Rechtsvergleichung anzuerkennen.[220] Doch ist eine solche Vielfalt auch im Hinblick auf ihre Zielsetzungen hilfreich?

3. Bezüglich der Ziele der funktionalen Rechtsvergleichung

a) Das Evaluieren: Der Weg zur besseren Lösung?

„Niemand wird von der Ferne holen, was er daheim ebenso gut oder besser hat, aber nur ein Narr wird die Chinarinde aus dem Grunde zurückweisen, weil sie nicht auf seinem Krautacker gewachsen ist."[221] Diese Behauptung *Jherings* zur Mitte des 19. Jahrhunderts steht heute nicht mehr unangefochten im Raum. Man fragt sich: Ist die Chinarinde wirklich besser? Woran kann man das messen? Würde sie auch auf meinem Acker gedeihen? Und: Ist die Frage nach dem „besseren Kraut" überhaupt erlaubt?

aa) Auf der Suche nach dem besseren Recht

Nachdem verglichen wurde, wie die betreffenden Rechtssysteme mit demselben Problem umgehen, scheint die Frage nach der besseren Lösung aus funktionaler Sicht nur natürlich.[222] Doch *Legrand*[223] erhebt Einspruch: Eine solche Frage spiegle Verwirrung und Selbstgefälligkeit wider. Wie könne ein Recht an sich und von sich heraus „gut" oder „besser" sein? Könne es nicht eher lediglich mehr oder weniger erfolgreich auf besondere Umstände Antwort geben oder mehr oder weniger Einfluss auf eine bestimmte Umwelt ausüben?

Doch selbst innerhalb der Anhängerschaft des Funktionalitätsprinzips verläuft der Königsweg der Rechtsvergleichung nicht unweigerlich von der Ergebnisfindung zu einer Bewertung hin.[224]

Schon *Radbruch*[225] betonte, man müsse sich beim Vergleich auf das Sein und nicht das Sein-Sollende konzentrieren, wobei sich das Sein-Sollende nicht aus dem Sein ableiten ließe. Auch *Rabel* will die Wertung nicht als Teil der Rechtsvergleichung verstehen, spricht sich dann aber doch für sie aus.[226] Ein echtes „Ranking"[227] verschiedener Rechtsinstitute will wohl kaum ein Verfechter der funktionalen Rechtsvergleichung wirklich durchführen: Die Mehrheit richtet ihr Augenmerk darauf, wie gut oder schlecht ein Rechtsinstitut seine Funktion bezüglich eines bestimmten Problems oder Bedürfnisses erfüllt,[228] d. h. ob es die gewünschte Wirkung in der Gesellschaft erzielt.[229] *Zweigert*[230] geht ebenfalls zurückhaltend vor: Die Wertung sei zwar ein notwendiger Bestandteil rechtsvergleichender Arbeit, doch insbesondere bei zweckgebundenen Untersuchungen gebe es keine objektiv bessere Lösung, sondern die Bewertung eines Rechtsinstituts orientiere sich an der konkreten Aufgabe des Rechtsvergleichers. Aber auch bei Rechtsvergleichung, die nicht auf einen bestimmten Zweck gerichtet ist, also wissenschaftlich-theoretisch betrieben wird, würden keine Wertungsprobleme grundsätzlicher Art geklärt, sondern lediglich Dogmatik, Formulierung und allenfalls noch Kosten eines Rechtsinstituts bewertet. *Zweigert* will also keine inhaltliche Wertung, sondern nur eine rechtstechnische vornehmen,[231] denn dazu sei der Jurist am besten befä-

215 *John Henry Merryman,* The Loneliness of the Comparative Lawyer, in: ders. (Hrsg.), The Loneliness of the Comparative Lawyer and other Essays in Foreign and Comparative Law, 1999, 1 (10).

216 *Peters/Schwenke* (Fn. 2), 832.

217 *William P. Alford,* On the limits of "Grand Theory" in Comparative Law, Washington Law Review 61 (1986), 945 (946f.).

218 Vgl. *Großfeld* (Fn. 207), 31; *Kischel* (Fn. 10), 14 f.; kritisch: *Frankenberg* (Fn. 17), 442 f.

219 *Twining* (Fn. 134), S. 62; ähnlich: *Michaels* (Fn. 176), 97 ff.

220 *Twining* (Fn. 134), S. 67.

221 *Rudolph von Jhering,* Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Erster Teil, 2. Auf. 1866, S. 8 f.

222 *Bogdan* (Fn. 82), S. 1240.

223 *Legrand* (Fn. 76), S. 295 f.

224 Vgl. *Twining* (Fn. 134), S. 33 f.

225 *Radbruch* (Fn. 70), 423 ff.

226 *Zweigert* (Fn. 58), 403; *Ernst Rabel,* Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht (gegründet 1926), in: 25 Jahre Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften III, 1937, S. 77 (81); vgl. einerseits: *ders.* (Fn. 5), 280; aber auch: *ebd.*, 286 ff.

227 So nämlich: *Legrand* (Fn. 76), S. 296.

228 *Mauro Cappelletti et al.,* A General Introduction, in: dies. (Hrsg.), Integration Trough Law, Europe and the American Federal Experience Band 1, 1. Buch, 1985, S. 1 (5).

229 *Bogdan* (Fn. 82), S. 1240; *Zekoll* (Fn. 177), 2726.

230 Vgl. zum Folgenden: *Zweigert* (Fn. 58), 403 ff.

231 Vgl. zur Unterscheidung inhaltliche/rechtstechnische Wertung: *Hans-Joachim Bartels,* Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung, 1982, S. 184 ff.

higt. Auch könne man nicht von vornherein damit rechnen, eine bessere Lösung zu finden, weil die Verschiedenheit sozialer Grundanschauungen eine sinnvolle Antwort verbieten kann. *Bogdan*[232] sieht das ähnlich, wenn er davon spricht, dass ein „gut" oder „schlecht" oft eine politische Frage sei und von den gegebenen Werturteilen und legislativen Zielsetzungen abhänge. *Rheinstein*[233] ist forscher und verlangt, dass auf Grundlage eines Vergleichs jede Norm ihre Existenz hinsichtlich dessen, ob und wie gut sie ihre Funktion erfülle, rechtfertigen müsse. Allerdings würde die Rechtswissenschaft lediglich die Konsequenzen einer rechtlichen Veränderung darstellen; inwiefern diese dann umgesetzt würde, sei eine rechtspolitische Frage. Ein solcher Schritt von den Ergebnissen des Vergleichs zur Rechtssetzung wird generell als problematisch eingeordnet.[234]

Obwohl nun der in diesem Zusammenhang als „better-solution comparativism"[235] etikettierte Funktionalismus relativ zahm wirkt, lehnen ihn die Vertreter sog. postmoderner Theorien generell ab, um die Gefahr zu umgehen, anderen Kulturen eigene Wertvorstellungen aufzuzwingen.[236] Dieser Gefahr sind sich funktionale Rechtsvergleicher aber durchaus bewusst und warnen daher ebenfalls vor dem so genannten „Rechtsimperialismus"[237].

bb) Widerspruch zwischen Objektivität und Wertung?

Weitere Kritik entzündet sich an dem angeblichen Bestreben des funktionalen Rechtsvergleichers, objektiv und dennoch wertend vorzugehen:[238] Es handle sich dabei um „eine objektive Strategie zur analytischen Selbstunterdrückung"[239]. Es genügt jedoch nicht, „Objektivität" oder „Neutralität" einer „Wertung" gegenüberzustellen und die funktionale Rechtsvergleichung dann als widersprüchlich zu deklarieren[240]. Vielmehr muss man sich fragen, inwiefern die funktionale Methode den Anspruch erhebt, objektiv zu sein: Um Vergleichbarkeit zu ermöglichen, soll das *tertium comparationis* frei von den Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung formuliert werden.[241] Wie bereits beschrieben,[242] wird dann ein lockeres System gebildet. Erst zum Schluss erfolgt die kritische Wertung der durch die Vergleichung gewonnenen Ergebnisse als separater Schritt. Unvoreingenommenheit wird nur insoweit verlangt, als dass der Rechtsvergleicher die fremden Rechtsinstitute nicht durch seine eigene Brille betrachten und das dargestellte System bilden soll, ohne also voreilig eine Lösung als besser oder schlechter abzustempeln.[243] Der Ruf nach Objektivität und Neutralität in den traditionellen Wissenschaften[244] verhallt bei der funktionalen Rechtsvergleichung im Nichts, wie vermutlich auch bei jeder anderen rechtsvergleichenden Methode.[245] Denn während der Vergleichung werden unweigerlich im- oder explizit ständig wertende Entscheidungen gefällt: Die Wahl des Vergleichsmaterials mag z. B. vom Wissensstand des Vergleichenden abhängen oder von seinen persönlichen Präferenzen, das Ziel der Vergleichung wird von ihm bestimmt usw.[246] Aber dies soll auch so sein. Schließlich ist es für das Ergebnis der Vergleichung nur von Vorteil, wenn der Wissenschaftler die Sprache der fremden Rechtsordnung spricht, deren Kultur kennt oder sich einfach für sie interessiert.[247] Einige wollen deshalb gar keine Trennung von deskriptivem und wertendem Teil vornehmen, sondern wählen eine von Anfang an bewusst wertende Herangehensweise.[248] Andere beharren weiterhin auf einer solchen Trennung, da nur der beschreibende Teil der Vergleichung wissenschaftlich überprüfbar sei.[249] Fraglich bleibt, ob man Bemühungen um eine unvoreingenommene Herangehensweise an die fremde Rechtsordnung im Keim ersticken soll, nur weil sie sowieso unmöglich ist. Wie bereits dargestellt, gilt es auch in der funktionalen Rechtsvergleichung als Allgemeinplatz, dass sich eine gewisse subjektive Färbung, begründet durch das Vorverständnis[250] des Rechtsvergleichers, kaum vermeiden lässt. Zusammenarbeit und gegenseitiges Richtigstellen innerhalb der Wissenschaft vermögen dies aber zu kompensieren.[251]

cc) Der richtige Maßstab

Zusammengefasst lässt sich also sagen, dass sich der „better-solution comparativism" bescheidener darstellt, als die harsche Kritik vermuten lässt. Doch ist diese Zurückhaltung angebracht? Schließlich ist sein praktischer Nutzen weitestgehend anerkannt; besonders im Rahmen der Rechtsharmonisierung durch die EU macht man sich die „better law"-Methode zunutze.[252]

Kritik erscheint insoweit berechtigt, als dass in der funktionalen Rechtsvergleichung die inhaltliche Wertung eines Rechtsinstituts nicht hinsichtlich einer speziel-

232 *Bogdan* (Fn. 82), S. 1240 f.

233 *Rheinstein* (Fn. 57), S. 26; so auch schon: *ders.* (Fn. 176), 617 f.

234 *Hill* (Fn. 77), 103; *Michaels* (Fn. 6), S. 373.

235 *Frankenberg* (Fn. 165), 262; vgl. *Hill* (Fn. 77), 107 („'better solution' comparative law"); *Legrand* (Fn. 76), S. 295 („better-law' comparison").

236 *Richers* (Fn. 121), 530; vgl. *Frankenberg* (Fn. 165), 269.

237 *Kischel* (Fn. 10), 30; vgl. *Husa* (Fn. 99), 444.

238 *Hill* (Fn. 77), 102; *Legrand* (Fn. 76), S. 296; vgl. *Frankenberg* (Fn. 17), 443; *ders.* (Fn. 165), 269; *Peters/Schwenke* (Fn. 2), 827.

239 *Kennedy* (Fn. 50), 561 (Übers. d. Verf.).

240 *Legrand* (Fn. 76), S. 296.

241 Vgl. *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 33.

242 Vgl. dazu oben: III. 2. a).

243 Vgl. zu den einzelnen Arbeitsschritten: *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 31 ff.

244 *Michaels* (Fn. 176), 102.

245 Vgl. *Husa* (Fn. 99), 438; Merryman interviewt von *Legrand* (Fn. 166), 55; *Michaels* (Fn. 6), S. 365 f.

246 *Peters/Schwenke* (Fn. 2), 830 f.; vgl. *Bartels* (Fn. 231), S. 147 f.; *Hill* (Fn. 77), S. 106.

247 Vgl. *Kahn-Freund* (Fn. 10), 40 ff.; *Kamba* (Fn. 87), 509 f.

248 *Axel Tschentscher,* Dialektische Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 2007, 807 (807 ff.).

249 *Bartels* (Fn. 231), S. 149.

250 Vgl. dazu oben: III. 2. c).

251 *Peters/Schwenke* (Fn. 2), 831; vgl. *Ernst Rabel,* Deutsches und Amerikanisches Recht, RabelsZ 16 (1951), 340 (359).

252 Vgl. für den Bereich des Familienrechts z. B. *Masha Antokolskaia,* Comparative Family Law: Moving with the Times?, in: Esin Örücü/David Nelken (Hrsg.), Comparative Law: A Handbook, 2007, S. 241 (258).

len Funktion erfolgen kann, da diesbezüglich im Vorfeld ja schon Gleichwertigkeit konstatiert wurde. Der Wertungsmaßstab kann also nur außerhalb der untersuchten Funktion liegen. Er besteht bei einer Evaluation, die über die von *Zweigert* durchgeführte rechtstechnische Bewertung hinausgeht, in der Funktionalität bzw. Dysfunktionalität hinsichtlich *anderer* Probleme. Der Maßstab muss sich also vom *tertium comparationis* unterscheiden, aber trotzdem zu ihm in Bezug stehen.[253] Dies mündet in einer sehr komplexen Rundumschau: Bei dem oben angeführten Beispiel der Unterhaltssicherung einkommensschwacher Mütter müssten demnach neben familien- und sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen auch Regelungen aus dem Arbeits- und Steuerrecht sowie Sach- und Dienstleistungen (z. B. Kinderbetreuung) Berücksichtigung finden.[254]

Der Vorteil, den das Erreichen der Vergleichbarkeit mit sich brachte, nämlich einen umfassenden Blick wahren zu können, ohne dabei an Genauigkeit zu verlieren, kehrt sich nun um: Die anderen Funktionen und Dysfunktionen, die ein Rechtsinstitut ebenfalls noch erfüllt, müssen miteinbezogen werden. „Die ich rief, die Geister" – hier das Erlangen der Vergleichbarkeit – „werd' ich nun nicht los"[255], denn jetzt wird dies ein Nachteil; die eben noch verbannt geglaubte Komplexität erhält wieder Einzug. Das macht eine Bewertung der Untersuchungsergebnisse nicht unmöglich, aber es zeigt ihre Grenzen auf. Ob eine fremde Lösung dann für das eigene System besser ist oder nicht, ist oft eine Frage der dogmatischen Anpassung. Letztlich bleibt die Evaluation jedoch immer eine Grundsatzentscheidung, bei der die rechtsvergleichende Analyse nur Handlanger sein kann.[256]

b) Rechtsvereinheitlichung

Eng mit der Bewertung ist die Rechtsvereinheitlichung verknüpft; sie gilt als ein klassisches Ziel der Rechtsvergleichung.[257] Die funktionale Methode wird dabei überwiegend als Werkzeug für die Erlangung dieses Ziels gesehen.[258] Dass Vereinheitlichung den eigentlichen Erfolg der Rechtsvergleichung darstelle, wird zwar von der Mehrheit anerkannt,[259] besonders aber von Anhängern postmodernen Gedankenguts kritisiert: Wer den traditionellen Vorstellungen von Einheit, Harmonie und schrittweiser Angleichung ein durch Komplexität, Mehrdeutigkeit und fortbestehende Heterogenität gekennzeichnetes (Rechts-) Bild entgegenstellt,[260] kann einer Vereinheitlichung naturgemäß wenig abgewinnen. *Legrand*[261] beispielsweise betont die typischen lokalen Traditionen, Mentalitäten und rechtshistorischen Hintergründe der verschiedenen Länder.[262] Diese führten dazu, dass Rechtsvereinheitlichung nahezu unmöglich sei. Die Europäische Harmonisierung hält er für illusorisch,[263] da selbst bei gleichen Normen diese in jeder Rechtsordnung eine andere Bedeutung erlangten. Die Schwäche der funktionalen Rechtsvergleichung sei es, trotzdem noch dafür einzustehen.[264] *Kötz*[265] erkennt ebenfalls Schwächen und sieht es deshalb als Aufgabe der Rechtsvergleichung, die Möglichkeiten und Grenzen einer Vereinheitlichung zu untersuchen.

Doch unabhängig davon, ob man Rechtsvereinheitlichung als „antihumanistisch"[266] abtut, weil sie Verschiedenheit unterdrücke, so stellt sich doch die Frage, ob die funktionale Methode als solche überhaupt auf Vereinheitlichung angelegt und für diese förderlich ist. Es ist deutlich geworden, dass sie allein nicht das beste Rechtssystem aufzeigen kann und als antidogmatische Methode wenig dazu geeignet ist, Rechtsnormen hervorzubringen.[267] Wenn nun die verschiedenen Rechtsordnungen hinsichtlich ihrer Funktionen annähernd gleich sind, so können die Vorzüge der Rechtsvereinheitlichung nur in einer äußerlich-formellen Verbesserung oder einer Kostensenkung[268] liegen. Für Juristen ist es allerdings ineffizient, sich formal neue Gesetze zu erschließen, die dieselben Funktionen erfüllen wie die alten. Außerdem wird ein Rechtsinstitut in einer bestimmten Rechtsordnung vielen verschiedenen Funktionen gerecht, die auf einem engen Zusammenspiel mit ihrer Gesellschaft beruhen. Rechtsvereinheitlichung kann dies leicht aus dem Gleichgewicht bringen. Im Bereich des Internationalen Privatrechts hingegen erleichtert die funktionale Methode das Auffinden der maßgeblichen Kollisionsnorm und ist im Umgang mit unbekannten Rechtsinstituten von großem Nutzen.[269] Genauso gut kann sie aber auch aufzeigen,

253 Vgl. umfassend: *Michaels* (Fn. 6), S. 374 f.

254 Vgl. oben: III. 1. c) dd); sowie *Scheiwe* (Fn. 151), 44.

255 *Johann Wolfgang Goethe,* Der Zauberlehrling, in: Hendrik Birus et al. (Hrsg.), Sämtliche Werke. Briefe, Tagebücher und Gespräche, Vierzig Bände, I. Abteilung Band 2, Gedichte 1800–1832, 1988, S. 141 (144).

256 Vgl. umfassend: *Michaels* (Fn. 6), S. 375 f.

257 Vgl. *Brand* (Fn. 85), 1084 f.; *Chodosh* (Fn. 151), 1068; *Kamba* (Fn. 87), 501 ff.; *Örücü* (Fn. 10), S. 55 f.; *Peters/Schwenke* (Fn. 2), 806 ff.; *Rodolfo Sacco,* Einführung in die Rechtsvergleichung, 2001, S. 153; *Zekoll* (Fn. 177), 2733.

258 Vgl. *Brand* (Fn. 6), 410 f.; *Gerber* (Fn. 2), 722; *Graziadei* (Fn. 2), S. 109; *Hyland* (Fn. 12), 188; *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 23 ff.

259 *Michaels* (Fn. 176), 104.

260 *Reimann* (Fn. 2), 681.

261 Vgl. zum Folgenden: *Legrand* (Fn. 78), 52 ff.; *ders.* (Fn. 97), 1033 ff.

262 Dazu kritisch: *Roger Cotterrell,* Is it so Bad to be Different?, in: Esin Örücü/David Nelken (Hrsg.), Comparative Law: A Handbook, 2007, S. 133 (140 ff.); *Kötz* (Fn. 62), 263.

263 Ähnlich auch: *Frankenberg* (Fn. 165), 268; anders wohl: *Örücü* (Fn. 10), S. 51.

264 So auch *Gerber* (Fn. 2), S. 722.

265 *Kötz* (Fn. 141), S. 504 f.

266 *Pierre Legrand,* Antivonbar, The Journal of Comparative Law 1 (2006), S. 13 (27) (Übers. d. Verf.).

267 Vgl. auch oben: III. 3. a).

268 Zurückhaltend-optimistisch: Merryman interviewt von *Legrand* (Fn. 166), 45 f.; kritisch: *Hein Kötz,* Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, RabelsZ 50 (1986), 1 (1 ff.); vgl. auch *Ugo Mattei,* A Transaction Cost Approach to the European Code, European Review of Private Law 5 (1997), 537 (537 ff.).

269 Wenn z. B. die Gesellschafter einer GmbH mit Sitz in Deutschland in der Schweiz ihre Satzung ändern und dort von einem Notar beurkunden lassen, dann kann das im § 53 Abs. 2 GmbHG vorgeschriebene Beurkundungserfordernis nur dann von einem Schweizer Notar erfüllt werden, wenn eine solche Beurkundung der deutschen funktional gleichwertig ist (vgl. BGHZ 80, 76 (78)).

warum das Beibehalten von Verschiedenheit sinnvoll ist. Bei der Umsetzung von EG-Richtlinien kommt es beispielsweise vordergründig nicht auf eine formale Ähnlichkeit an, sondern auf die Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit *(effet utile)* in den Mitgliedstaaten.[270]

Somit zeigt die funktionale Methode zwar, warum Rechtsvereinheitlichung leichter sein kann als gedacht, lässt sie aber im gleichen Atemzug bedeutungsloser erscheinen.[271]

IV. Einige Bemerkungen zur Art und Weise der Kritik

Wirft man einen Blick hinter die Fassade, errichtet durch Griffe in die rhetorische Trickkiste, so erscheint die Kritik selbst kritikwürdig:

Zum einen verfehlt sie oft das Ziel: Statt die Methode als solche zu diskutieren, geht es oft nur um die Kritik an Fällen, in denen sie falsch angewandt wurde.[272] Auch handelt es sich in vielen Fällen lediglich um eine Kritik am „Mainstream" oder der Rechtsvergleichung generell, nicht aber an der funktionalen Rechtsvergleichung als solcher.[273] Auffällig ist die Neigung zu Pauschalkritiken, die insbesondere der Vielfalt und Ausdifferenziertheit der traditionellen Rechtsvergleichung nicht gerecht werden.[274]

Weiterhin gewinnt man den Eindruck, dass einige Kritiker schon im Vorfeld ein Bild von der funktionalen Rechtsvergleichung haben und dann scheinbar wahllos Textstellen zusammenhangslos zitieren, um dieses Bild zu belegen. Ein schönes Bespiel dafür ist *Legrands*[275] Versuch, den unter III. 3. a) bb) diskutierten Widerspruch aus Objektivität und Wertung bei *Zweigert* und *Kötz*[276] zu konstruieren. *Legrand* fragt, wie diese festlegen könnten, „that comparatists must 'insist on purely objective requirements' as they compare the various laws and choose the 'better' law". Besonders in der deutschen Übersetzung wird klar, dass die zitierte Stelle von *Zweigert* und *Kötz* etwas ganz anderes aussagt, als *Legrand* es suggerieren will: Im Wege der Systematisierung beim Vergleich sollen Oberbegriffe gebildet werden. *Zweigert* und *Kötz* führen als Beispiel das Bedürfnis an, rechtsverbindliche Geschäfte von unverbindlichen Erklärungen zu trennen. Rechtsverbindlichkeit könne in einer Rechtsordnung z. B. „an starre Formerfordernisse […] geknüpft werden." Mit objektiver Betrachtung hat das nichts zu tun.

Generell wird sich oft auf *Zweigert* und *Kötz* berufen, dies sicherlich auch, weil ihr Werk so bekannt ist. Dass allerdings in einem einzigen Kapitel eines einführenden Lehrbuchs eine Methode nicht allumfassend dargelegt werden kann und ein solches Vorgehen aus didaktischen Gründen auch wenig sinnvoll erscheint, liegt auf der Hand. Durch einen Mangel an weiteren Quellen kommt es zu falschen Erwartungen und Vorstellungen, die nur enttäuscht werden können. Viele Missverständnisse könnten also bereits durch eine umfangreichere Auswahl an Informationsquellen ausgeräumt werden.

Hinzu kommt, dass sich die Kritik keineswegs als homogen erweist: Einerseits wird z. B. gefordert, weniger formalistisch und normenzentriert vorzugehen und anderseits wird der Vorwurf laut, die funktionale Methode bestärke die falsche Annahme, Recht und außerrechtliche Lösungen seien dasselbe.[277] Hier wird ebenfalls deutlich, dass hinter der Diskussion um die funktionale Methode grundlegend verschiedene Ideologien und Motivationen stecken, innerhalb und außerhalb des Kritikerkreises. Wem es wie *Legrand* oder *Frankenberg* ausschließlich auf Kulturen und tiefere Gesellschaftsstrukturen ankommt, wer sich nicht fragt, wie man Rechtsvergleichung betreiben kann, sondern warum man es überhaupt tun solle, der wird mit Vertretern funktionaler Rechtsvergleichung nicht nur gehäuft aneinandergeraten, sondern an ihnen auch zwangsläufig vorbei reden.[278] Mit solchen postmodernen Ansätzen hat die funktionale Rechtsvergleichung generell zu kämpfen:[279] Wo rechtsvergleichende Erkenntnisse relativ und alle Kulturen und Rechte grundsätzlich verschiedenartig und unvereinbar sind,[280] da wird sich kaum jemand für die Suche nach funktionalen Gleichheiten gewinnen lassen.

Aber selbst wenn man einmal von unterschiedlichen Ideologien absieht, erinnern die Darstellungen über die funktionale Methode und ihre Vertreter doch häufig an polemische Zerrbilder.[281]

Über all das könnte vielleicht noch hinweggesehen werden, wenn brauchbare, praxisnahe Alternativen vorlägen. Diese lassen allerdings auf sich warten.[282]

V. Fazit

Kann man also sagen: Berechtigte Kritik, nur unschön verpackt? Sicherlich nicht. Die funktionale Methode ist ein brauchbares Instrument, wenn man ihr Potential zu nutzen weiß. Dies ist in der Vergangenheit zu wenig geschehen. Angesichts ihrer wortgewaltigen Kritiker

270 Vgl. z. B. *Matthias Ruffert* in: Christian Calliess/ders., EUV/EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 249 Rn. 48; praktische Bsp. dazu bei: *Scheiwe* (Fn. 151), 31 ff.

271 Vgl. für diesen Absatz: *Michaels* (Fn. 6), S. 376 f.

272 *Bogdan* (Fn. 82), S. 1237; *Brand* (Fn. 6), 412; so auch Kritiker wie *Gerber* (Fn. 2), 722 und *Graziadei* (Fn. 2), S. 109.

273 So auch *Reimann* (Fn. 2), 680.

274 *Twining* (Fn. 134), S. 60, bezieht sich auf Legrand und Ewald.

275 Vgl. zum Folgenden: *Legrand* (Fn. 76), S. 296.

276 Vgl. zum Folgenden: *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 43; *dies.*, englische Fassung unter dem Titel *„An Introduction to Comparative Law", übersetzt von* Tony Weir, 3. Aufl. 1998, S. 44.

277 Vgl. einerseits III. 2. a) und anderseits *Brand* (Fn. 6), 419; *Hyland* (Fn. 12), 190.

278 Vgl. umfassend: *Husa* (Fn. 99), 434 ff.

279 Vgl. die bereits angeführten Bsp. unter: III. 1. c) bb).; III. 3. a) aa) und III. 3. b).

280 Vgl. *Brand* (Fn. 85), 1086.

281 Vgl. *Twining* (Fn. 134), S. 61.

282 *Brand* (Fn. 6), 405; *Steffen Knoblach,* Sachverhaltsermittlung in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 2003, S. 38 f.; *Michaels* (Fn. 176), 111; so auch bzgl. postmoderner Ansätze: *Richers* (Fn. 121), 531.

zeigt sich die Schule, die einst bereit war, auf den Namen *Rabel* zu schwören,[283] zurückhaltend. Dies kann ihrem Erfolg geschuldet sein,[284] denn es mangelt anscheinend an Gegenkonzepten: Literatur, die sich nicht abstrakt mit rechtsvergleichender Methodik auseinandersetzt, sondern einen konkreten Vergleich vornimmt, wendet überwiegend das Funktionalitätsprinzip an. Geht es dann um praktische Anwendungsmöglichkeiten wie die Rechtsharmonisierung innerhalb der EU, sind Alternativmethoden noch schwerer auszumachen. Einige neue Ansätze mögen zwar durch theoretisch hohes Niveau attraktiv erscheinen, die Frage, wie diese dann in die Praxis umgesetzt werden können und zu welchen Ergebnissen sie führen, bleibt aber meist unbeantwortet.

Dass die neuen Ansätze der Rechtsvergleichung zu wissenschaftlichem Nachwuchs verhelfen, ist unwahrscheinlich: Wer sich als rechtsvergleichender Novize mit der (Lebens-?) Aufgabe konfrontiert sieht, sich vollständig mit Kultur, Sprache, Geschichte und philosophischen Grundlagen eines Rechtssystems vertraut zu machen, um ein einigermaßen zutreffendes Bild von diesem erlangen zu können, der wird sich in der Regel schnell einem anderen Gebiet zuwenden.

Die Kritik hat aber darauf aufmerksam gemacht, dass die Anwendung des Funktionalitätsprinzips nicht per se zu einem qualitativ hochwertigen Vergleich führt, sondern viel von den Fähigkeiten und der Arbeitsweise des Rechtsvergleichers abhängt, insbesondere von einem sorgsam ausgewählten *tertium comparationis*. Sie kann dazu beitragen, dass die Verteidiger des Funktionalitätsprinzips sich der Stärken ihrer Methode (wieder) bewusst werden und ihr Potential ausschöpfen, aber auch, dass sie eingefahrene Ansichten überdenken. In dieser Hinsicht würde es dann sicherlich auch *Rabel* befürworten, wenn seine Nachfolger doch ein paar Worte über ihre Methode verlieren würden.

283 *Markesinis* (Fn. 9), 24.

284 Aber vielleicht liegt die defensive Haltung der funktionalen Rechtsvergleicher auch einfach nur daran, dass sie ihre Methode selbst nicht so wichtig nehmen. Für sie ist Rechtsvergleichung mehr als eine besondere Arbeitstechnik und sicherlich nicht nur ein „single-track enterprise“ (*Ewald* (Fn. 113), 1946). Wichtiger sind Kreativität, Erfahrung und Gespür (Vgl. *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), S. 41). Das mag unwissenschaftlich klingen, aber letztlich wird dies wohl im rechtsvergleichenden Dschungel eher vor den lauernden Pfeilen der Eingeborenen (als Metapher für die bei der Rechtsvergleichung lauernden Gefahren: *Rabel* (Fn. 251), 340) schützen, als eine Methode, die im heimischen Garten entwickelt wurde.