

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII

Einleitung und Fragestellung	1
--	---

1. Teil: Historischer Überblick und grundsätzliche Zusammenhänge der Rechtsvergleichung und des IPR	3
--	---

A. Geschichte der Rechtsvergleichung und des IPR	3
B. Funktion und Gegenstand der Rechtsvergleichung und des IPR	14
C. Relevante Konzepte der Rechtsvergleichung und Methodik des IPR	17
D. Fazit zum historischen Überblick und zu den grundsätzlichen Zusammenhängen der Rechtsvergleichung und des IPR	38

2. Teil: Die einzelnen Anwendungsfälle der Sachrechtsvergleichung im IPR	41
---	----

A. Qualifikation	41
B. Anpassung	60
C. Substitution	68
D. Transposition	74
E. Berücksichtigung nicht anwendbaren Rechts aufgrund einer Kollisionsnorm	79
F. Datumtheorie und Zweistufentheorie des IPR	82
G. <i>Ordre public</i>	86
H. Positiver <i>ordre public</i> – Eingriffsnormen	103
I. Günstigkeitsprinzip	108
J. <i>Renvoi</i>	121
K. Parteiautonomie	125
L. Fazit zur Bedeutung der Sachrechtsvergleichung bei den Anwendungsfällen im IPR	135

3. Teil: Rechtsvergleichung bei der Anwendung von fremdem Recht . 141

 A. Rechtsvergleichung bei der Ermittlung fremden Rechts 141

 B. Rechtsvergleichung bei der Auslegung und Anwendung fremden Rechts
 im engeren Sinne 152

 C. Rechtsvergleichung bei der Nichtermittelbarkeit des anwendbaren Rechts 166

 D. Fazit zur Rechtsvergleichung bei der Ermittlung und Anwendung
 fremden Rechts 193

4. Teil: Ergebnis und Ausblick 197

 A. Ergänzung der IPR-Methodik durch die funktionale Rechtsvergleichung 197

 B. Funktionale Rechtsvergleichung und kulturelle Rechtsvergleichung als
 einander ergänzende Methoden 198

 C. Rechtsvergleichung zur Überwindung kollisionsrechtlicher Unsicherheiten 199

 D. Ausblick: Der Nutzen des IPR für die Rechtsvergleichung 200

 E. Zusammenfassung der Ergebnisse 201

Literaturverzeichnis 203

Sachregister 217

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung und Fragestellung	1
1. Teil: Historischer Überblick und grundsätzliche Zusammenhänge der Rechtsvergleichung und des IPR	3
A. Geschichte der Rechtsvergleichung und des IPR	3
I. Ein kurzer Überblick über die Geschichte der Rechtsvergleichung	3
1. Prämoderne Rechtsvergleichung	4
2. Moderne Rechtsvergleichung	6
3. Postmoderne Rechtsvergleichung	7
II. Ein kurzer Überblick über die Geschichte des IPR	8
1. Von den Rechtsanwendungsmaximen der Antike zur Statuentheorie	8
2. Das moderne IPR	10
3. Das IPR im 20. und 21. Jahrhundert	11
III. Gemeinsame Geschichte der Rechtsvergleichung und des IPR	12
B. Funktion und Gegenstand der Rechtsvergleichung und des IPR	14
I. Funktion und Gegenstand der Rechtsvergleichung, Abgrenzung zur Auslandsrechtskunde	14
II. Funktion und Gegenstand des IPR	15
III. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	16
C. Relevante Konzepte der Rechtsvergleichung und Methodik des IPR	17
I. Relevante Konzepte der Rechtsvergleichung	18
1. Feststellung des fremden Rechts	19
2. Mikro- und Makrovergleich	19
3. Funktionale Rechtsvergleichung	20
a) Grundsätze der funktionalen Methode	21
b) Vorgehensweise der funktionalen Methode	22
c) Probleme der funktionalen Methode	23

aa) Ermittlung der Funktion und des funktionalen Äquivalents . . .	23
bb) Fehlende Einbeziehung des kulturellen Kontextes	25
cc) Probleme innerhalb des Vergleichsvorgangs	25
4. Kulturelle Rechtsvergleichung	26
5. Postmoderne Theorien der Rechtsvergleichung	27
a) Kritik und Vorgehen innerhalb der Postmoderne	27
b) Die Hilfe postmoderner Ideen bei der Bewertung von Vergleichsergebnissen	29
6. Weitere rechtsvergleichende Methoden	30
a) Die Lehre von den rechtlichen Formanten	30
b) Soziologische Rechtsvergleichung	31
c) Numerische Rechtsvergleichung	32
II. Methode des IPR	33
1. Bestimmung des anwendbaren Rechts	34
2. Umfang der Verweisung	35
III. Grundsätzliche Aufgaben der Rechtsvergleichung im IPR	36
1. Kollisions- und Sachrechtsvergleichung	36
2. Rechtsvergleichung als Nutzen oder Bedrohung für das IPR?	37
 D. Fazit zum historischen Überblick und zu den grundsätzlichen Zusammenhängen der Rechtsvergleichung und des IPR	 38
 2. Teil: Die einzelnen Anwendungsfälle der Sachrechtsvergleichung im IPR	 41
A. Qualifikation	41
I. Problematische Fallgruppen	42
II. Lösungen des Qualifikationsproblems	44
1. Qualifikation <i>lege causae</i>	44
a) Vorgehensweise bei der Qualifikation <i>lege causae</i>	44
b) Qualifikationsrückverweisung und Rückverweisung kraft abweichender Qualifikation	45
2. Qualifikation <i>lege fori</i>	46
3. Lösung über die Rechtsvergleichung	48
4. Funktionale Qualifikation	49
5. Qualifikation im Rahmen supranationaler Texte	51
III. Die Bedeutung der Rechtsvergleichung bei der Qualifikation	52
1. Rechtsvergleichung im Rahmen der Qualifikationsmethoden	53
a) Rechtsvergleich bei autonomen Qualifikationsmethoden	53
b) Rechtsvergleichung bei heteronomen Qualifikationsmethoden	54
c) Zusammenfassung der Bedeutung der Rechtsvergleichung bei den Qualifikationsmethoden	56
2. Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung bei der Qualifikation	56

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	XI
3. Rechtsvergleichung bei vereinheitlichtem Kollisionsrecht	57
IV. Bewertung der Bedeutung und Methode der Rechtsvergleichung bei der Qualifikation	59
B. Anpassung	60
I. Problem der Anpassung	61
II. Lösung des Problems der Anpassung	62
1. Lösungsmöglichkeiten	62
2. Wahl der Lösungsmöglichkeit	64
III. Rechtsvergleichung in diesem Kontext	65
1. Rechtsvergleichung bei der sachrechtlichen und kollisionsrechtlichen Anpassung	65
2. Rechtsvergleichung bei Anpassung im Rahmen des vereinheitlichten IPR	67
IV. Bewertung der Bedeutung und Methode der Rechtsvergleichung im Rahmen der Anpassung	68
C. Substitution	68
I. Voraussetzung der Substitution	69
II. Rechtsvergleichung in diesem Kontext	71
III. Bewertung der Bedeutung und Methode der Rechtsvergleichung bei der Substitution	72
D. Transposition	74
I. Voraussetzungen und Arten der Transposition	74
1. Internationales Sachenrecht	74
2. Handeln unter „falschem“ Recht	75
II. Rechtsvergleichung bei der Transposition	76
1. Rechtsvergleichung bei der Transposition im internationalen Sachenrecht	76
2. Rechtsvergleichung beim Handeln unter „falschem“ Recht	77
III. Bewertung der Rechtsvergleichung bei der Transposition	78
E. Berücksichtigung nicht anwendbaren Rechts aufgrund einer Kollisionsnorm	79
I. Berücksichtigung nicht anwendbaren Rechts	79
II. Rechtsvergleichung bei der Berücksichtigung nicht anwendbaren Rechts	80
III. Bewertung der Rechtsvergleichung bei der Berücksichtigung nicht anwendbaren Rechts	82
F. Datumtheorie und Zweistufentheorie des IPR	82
I. Vorgehensweise im Rahmen der Datumtheorie und der Zweistufentheorie des IPR	82

II. Rechtsvergleichung bei der Berücksichtigung nicht anwendbaren Rechts aufgrund der Datumtheorie bzw. der Zweistufentheorie des IPR	84
III. Bewertung der Rechtsvergleichung im Rahmen der Datumtheorie und der Zweistufentheorie des IPR	85
G. <i>Ordre public</i>	86
I. Grundsatz der Anwendung von <i>ordre public</i> -Klauseln	86
1. Ergebnis der fremden Rechtsanwendung	87
2. Offensichtliche Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundsätzen der Rechtsordnung des Forumstaates	88
3. Rechtsfolgen des <i>ordre public</i> -Verstoßes	90
II. Bedeutung der Rechtsvergleichung in diesem Kontext	92
1. Methode der Rechtsvergleichung beim <i>ordre public</i>	93
2. Rechtsvergleichung bei Ermittlung wesentlicher Grundsätze	94
a) Vergleich zum ausländischen Recht	94
b) Vergleich zum inländischen Recht	97
3. Rechtsvergleichung bei der Lückenfüllung durch Ersatzrecht	98
a) Anwendung der <i>lex causae</i> in modifizierter Form	99
b) Anwendung der <i>lex fori</i>	100
III. Bewertung der Bedeutung und Methode der Rechtsvergleichung beim <i>ordre public</i>	101
H. Positiver <i>ordre public</i> – Eingriffsnormen	103
I. Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen	103
II. Rechtsvergleichung bei der Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen	104
1. Vergleich von Eingriffsnormen für die Gerichtsstandswahl	105
2. Ermittlung von Eingriffsnormen in bereits geschütztem Normsystem	106
III. Bewertung der Bedeutung der Rechtsvergleichung	107
I. Günstigkeitsprinzip	108
I. Allgemeine Grundsätze des Günstigkeitsprinzips und Abgrenzung zum <i>better law approach</i>	108
II. Rechtsvergleichung beim Günstigkeitsprinzip	111
1. Generelle Überlegungen	111
a) Was ist das günstigere Recht?	111
b) Vergleich der gesamten Rechtsordnung oder des konkreten Einzelfalls	112
2. Einzelne Anwendungsfälle und ihre Besonderheiten im Rahmen des Rechtsvergleichs	113
a) <i>Favor negotii</i> für Formstatute	113
b) Rechtswahlbeschränkung für Verbraucher- und Arbeitsverträge	114
c) Günstigkeitsprinzip im Deliktsrecht	116
d) Offenlassen des anwendbaren Rechts	118

III. Bewertung der Bedeutung der Rechtsvergleichung beim Günstigkeitsprinzip	119
J. <i>Renvoi</i>	121
I. Grundsätzliches zum <i>renvoi</i>	121
II. Rechtsvergleichung beim <i>renvoi</i>	122
III. Bewertung der Rechtsvergleichung beim <i>renvoi</i>	124
K. Parteiautonomie	125
I. Grundlagen der Parteiautonomie	126
1. Wählbares Recht	126
2. Einschränkungen der Rechtswahl	127
II. Rechtsvergleichung im Rahmen der Rechtswahl	128
1. Rechtsvergleich im Vorfeld und bei eingeschränkter Rechtswahl . . .	128
2. Exkurs: Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Rechtsberatung in diesem Kontext	130
a) Abstrakte Bedeutung der Rechtsvergleichung im Rahmen der Rechtsberatung im IPR	130
b) Anwendungsfälle der Rechtsvergleichung im Rahmen der Rechtsberatung im IPR	131
III. Bewertung der Bedeutung des Rechtsvergleichs bei der Rechtswahl . . .	134
L. Fazit zur Bedeutung der Sachrechtsvergleichung bei den Anwendungsfällen im IPR	135
I. Problemlösung im allgemeinen Teil mit Hilfe der funktionalen und der kulturellen Rechtsvergleichung	135
1. Problemlösung mit Hilfe der funktionalen Rechtsvergleichung	136
2. Ergänzung durch kulturelle Rechtsvergleichung	136
II. Abstrakter Normenvergleich oder konkreter Einzelvergleich	138
3. Teil: Rechtsvergleichung bei der Anwendung von fremdem Recht .	141
A. Rechtsvergleichung bei der Ermittlung fremden Rechts	141
I. Grundsätzliches zur Ermittlung fremden Rechts	142
1. Ermittlungswege des fremden Rechts	143
a) Gerichtsinterne Ermittlungen	143
b) Formloses Verfahren	144
c) Sachverständigengutachten	145
2. Reichweite der Ermittlungspflicht und Revisibilität	145
II. Rechtsvergleichung bei der Ermittlung fremden Rechts	146
1. Rechtsvergleichung bei der gerichtsinternen Ermittlung fremden Rechts	147
2. Rechtsvergleichung bei der Frageformulierung für eine Rechtsauskunft	148

3. Rechtsvergleichung bei der Reichweite der Ermittlungspflicht und somit im Rahmen der Revisibilität	149
III. Bewertung der Bedeutung der Rechtsvergleichung bei der Ermittlung fremden Rechts	151
 B. Rechtsvergleichung bei der Auslegung und Anwendung fremden Rechts im engeren Sinne	152
I. Vorgehensweise bei der Anwendung fremden Rechts	152
1. Grundsätzliches zur Anwendung ausländischen Rechts	153
2. Auslegung fremden Rechts	154
3. Fortbildung fremden Rechts und Überprüfung auf Vereinbarkeit mit der Verfassung	155
II. Rechtsvergleichung bei der Anwendung fremden Rechts	157
1. Übersetzung in die Begriffswelt des eigenen Rechts	157
2. Rechtsvergleichung bei der Auslegung einer fremden Norm	159
3. Rechtsvergleichung bei der Fortbildung fremden Rechts	161
4. Wechselwirkung mit dem IPR	162
a) Wechselwirkung am Beispiel der Methode der Qualifikation	162
b) Wechselwirkung am Beispiel der Methode der Transposition	163
III. Bewertung der Bedeutung der Rechtsvergleichung bei der Auslegung und Anwendung fremden Rechts im engeren Sinne	165
 C. Rechtsvergleichung bei der Nichtermittelbarkeit des anwendbaren Rechts	166
I. Die einzelnen Ermittlungsmethoden und die Rechtsvergleichung	167
1. Rückgriff auf die <i>lex fori</i>	167
a) Vorgehensweise	167
b) Rechtsvergleichung bei Ermittlung über die <i>lex fori</i>	168
2. Verwendung einer kollisionsrechtlichen Hilfsanknüpfung	169
a) Vorgehensweise	169
b) Rechtsvergleichung bei der Verwendung einer kollisionsrechtlichen Hilfsanknüpfung	171
3. Heranziehung einer verwandten Rechtsordnung	173
a) Vorgehensweise	173
b) Rechtsvergleichung bei der Suche einer verwandten Rechtsordnung oder nach dem wahrscheinlich geltenden Recht	175
4. Heranziehung allgemeiner Rechtssätze	177
a) Vorgehensweise	177
b) Rechtsvergleichung bei Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze	180
aa) Rechtsvergleichende Regelwerke	180
bb) Allgemeine Rechtsgrundsätze abseits der vergleichenden Regelwerke	181
cc) Bezug zum IPR	183

5. Heranziehung eines vorhandenen Einheitsrechts	184
a) Vorgehensweise	184
b) Rechtsvergleichung bei Heranziehung eines vorhandenen Einheitsrechts	185
II. Fazit zur Bedeutung der Rechtsvergleichung und Stellungnahme zur Wahl eines Ersatzrechts	186
1. Erkenntnisse zur Bedeutung der Rechtsvergleichung bei der Wahl eines Ersatzrecht	186
a) Grundsätzliche Bedeutung der Rechtsvergleichung	187
b) Methodik der Rechtsvergleichung in diesem Zusammenhang	187
c) Grenzen der Rechtsvergleichung bei der Wahl eines Ersatzrechts	188
2. Folgerungen für die Auswahl eines Ersatzrechts	189
a) Kein pauschaler Rückgriff auf die <i>lex fori</i> oder eine andere kollisionsrechtliche Hilfsanknüpfung	189
b) Kein pauschaler Rückgriff auf rechtsvergleichende Lösungen	190
c) Kein pauschaler Rückgriff auf Einheitsrecht	191
d) An der Rechtsvergleichung orientierte flexible Stufenlösung	192
D. Fazit zur Rechtsvergleichung bei der Ermittlung und Anwendung fremden Rechts	193
I. Vergleichsgegenstand und Reichweite des Vergleichs	193
II. Erfassung kultureller und struktureller Besonderheiten	194
III. Schaffung einer Bewertungsgrundlage	195
4. Teil: Ergebnis und Ausblick	197
A. Ergänzung der IPR-Methodik durch die funktionale Rechtsvergleichung	197
B. Funktionale Rechtsvergleichung und kulturelle Rechtsvergleichung als einander ergänzende Methoden	198
I. Würdigung von Unterschieden in den Rechtsordnungen	198
II. Schaffung einer Bewertungsgrundlage	198
C. Rechtsvergleichung zur Überwindung kollisionsrechtlicher Unsicherheiten	199
D. Ausblick: Der Nutzen des IPR für die Rechtsvergleichung	200
E. Zusammenfassung der Ergebnisse	201
Literaturverzeichnis	203
Sachregister	217