

# 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 Statutentheorie .	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 Normensystem .	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

<b>III. Bewertung der Bedeutung der Rechtsvergleichung beim Günstigkeitsprinzip . . . . .</b>	<b>119</b>
<b>J. <i>Renvoi</i> . . . . .</b>	<b>121</b>
I. Grundsätzliches zum <i>renvoi</i> . . . . .	121
II. Rechtsvergleichung beim <i>renvoi</i> . . . . .	122
III. Bewertung der Rechtsvergleichung beim <i>renvoi</i> . . . . .	124
<b>K. Parteiautonomie . . . . .</b>	<b>125</b>
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 Rechtvergleichung 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
<b>L. Fazit zur Bedeutung der Sachrechtsvergleichung bei den Anwendungsfällen im IPR . . . . .</b>	<b>135</b>
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
<b>3. Teil: Rechtsvergleichung bei der Anwendung von fremdem Recht .</b>	<b>141</b>
<b>A. Rechtsvergleichung bei der Ermittlung fremden Rechts . . . . .</b>	<b>141</b>
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
<b>III. Bewertung der Bedeutung der Rechtsvergleichung bei der Ermittlung fremden Rechts . . . . .</b>	<b>151</b>
<b>B. Rechtsvergleichung bei der Auslegung und Anwendung fremden Rechts im engeren Sinne . . . . .</b>	<b>152</b>
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
<b>C. Rechtsvergleichung bei der Nichtermittelbarkeit des anwendbaren Rechts</b>	<b>166</b>
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

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	XV
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 Ersatzrechts . . . . .	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