

RECHTSVERGLEICHUNG

von

DR. UWE KISCHEL, LL.M (YALE)

O. PROFESSOR AN DER ERNST-MORITZ-ARNDT-UNIVERSITÄT GREIFSWALD
ATTORNEY-AT-LAW (NEW YORK)

2015

C.H.BECK

Inhaltsübersicht

1. Teil. Grundlagen der Rechtsvergleichung

§ 1. Einführung: Was ist Rechtsvergleichung?	1
A. Die rechtsvergleichende Tätigkeit: Ein Überblick	1
B. Rechtsvergleichung und Nachbargebiete	9
C. Rechtsvergleichung als eigenständiges Rechtsgebiet: Eine unendliche Geschichte	27
D. Bescheidenheit in der Rechtsvergleichung	32
E. Rechtsvergleichung in vielen Rechtsgebieten	35
§ 2. Ziele der Rechtsvergleichung	47
A. Fehlende Rechtfertigungsbedürftigkeit der Rechtsvergleichung	47
B. Allgemeine Zwecke und unmittelbar verwertbare Ergebnisse der Rechtsvergleichung	49
§ 3. Die rechtsvergleichende Methode	92
A. Das Methodenproblem der Rechtsvergleichung: Ein Überblick	92
B. Die funktionale Rechtsvergleichung als Ausgangspunkt	93
C. Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung	95
D. Alternativen zur funktionalen Rechtsvergleichung	108
E. Zu einer kontextuellen Rechtsvergleichung	164
§ 4. Rechtskreise, Rechtskultur und Kontext	217
A. Der Gedanke der Rechtskreise	217
B. Einige Rechtskreislehren	218
C. Sinn und Unsinn der Rechtskreiseinteilung	222
D. Die Debatte um die Rechtskultur	229
E. Pragmatische kontextuelle Betrachtung	238

2. Teil. Die Kontexte der Rechtsordnungen

§ 5. Der Kontext des common law	243
A. Common law als Fallrecht	243
B. Geschichtliche Entwicklung	272
C. Gerichte und Juristen	287
D. Der common law Prozeß	311
E. Typische materielle Rechtsinstitute	325
F. Englisch oder amerikanisch? – Gravierende Unterschiede im Kontext	360
G. Common law im Rest der Welt	378
§ 6. Der Grundkontext kontinentaleuropäischen Rechts	389
A. Kontinentaleuropäisches Recht als einheitlicher Kontext?	389
B. Juristisches Denken im kontinentaleuropäischen Recht	391

C. Gerichte und Juristen	492
D. Typische materielle Rechtsinstitute	529
§ 7. Die Vielfalt des kontinentaleuropäischen Kontexts	554
A. Die vergrößernde Zuordnung anderer westeuropäischer Staaten	554
B. Osteuropa: Differenzierungen nach der Transformation	571
C. Skandinavien: Das nordische Rechtsdenken	594
D. Jenseits Europas: Lateinamerika	629
E. Konvergenz von civil law und common law?	666
§ 8. Der Kontext afrikanischen Rechts	679
A. Pluralität als Kennzeichen afrikanischen Rechts	679
B. Staatliches Recht	680
C. Traditionelles Recht	690
§ 9 Kontexte in Asien	729
A. Die Vielfalt Asiens	729
B. China: Die Herrschaft der Partei	732
C. Japan, Taiwan, Südkorea: Der südostasiatische Weg auf kontinental-europäischer Basis	788
D. Indien: Common law und Hinduismus	815
E. Indonesien: Pluralismus im Vielvölkerstaat	839
§ 10 Der Kontext des islamischen Rechts	856
A. Das klassische islamische Recht: Grundlagen	856
B. Der Inhalt islamischen Rechts (fiqh)	889
C. Das islamische Recht in den heurigen Staaten	909
D. Exkurs: Andere religiöse Rechte	928
§ 11 Kontexte transnationalen Rechts	945
A. Rechtsvergleichung jenseits des Staates	945
B. Der Kontext des Völkerrechts	947
C. Der Kontext des Europäischen Unionsrechts	956
D. Der Kontext der lex mercatoria?	971
Stichwortverzeichnis	977

Inhaltsverzeichnis

1. Teil. Grundlagen der Rechtsvergleichung

§ 1. Einführung: Was ist Rechtsvergleichung?	1
A. Die rechtsvergleichende Tätigkeit: Ein Überblick	1
I. Rechtsvergleichung und Auslandsrechtskunde	2
1. Ermittlung des einschlägigen Rechts	2
2. Vergleich und Bewertung	4
3. Länderberichte und Generalbericht	5
4. Auslandsrechtskunde existiert nicht	5
II. Funktionale Rechtsvergleichung	6
III. Einzelvergleich und typisierender Vergleich	8
B. Rechtsvergleichung und Nachbargebiete	9
I. Rechtsübersetzung	9
II. Rechtsgeschichte	11
III. Rechtssoziologie	14
IV. Rechtsethnologie, Rechtsethologie, Rechtsanthropologie	17
1. Rechtsethnologie	17
2. Rechtsethologie	18
3. Rechtsanthropologie	19
V. Internationales Privatrecht	21
VI. Vergleichende Politikwissenschaft	23
C. Rechtsvergleichung als eigenständiges Rechtsgebiet: Eine unendliche Geschichte	27
I. Ein Spiel mit Worten	27
II. Methode oder eigenständiges Gebiet der Rechtswissenschaft?	28
1. Fehlende Bedeutung der Frage	29
2. Untersuchung der historischen Beziehungen zwischen Rechtssystemen	30
3. Mikrovergleichung als Methode, Makrovergleichung als Wissenschaft ..	31
D. Bescheidenheit in der Rechtsvergleichung	32
E. Rechtsvergleichung in vielen Rechtsgebieten	35
I. Universalität der Rechtsvergleichung	35
II. Ideologie und Rechtsvergleichung	37
1. Von der Wertfreiheit zur Wertprägung	37
a) Politisch-wertender Charakter nicht nur des öffentlichen Rechts	37
b) Politische Prägung und praesumptio similitudinis	39
c) Menschenrechtsorientierte statt wertfreie Vergleichung	40
2. Universalität statt Relativismus der Menschenrechte	41
a) Menschenrechte als westlich-individualistisch geprägte Werte	41
b) Menschenrechte als Forderungen	43

c) Kultur- und religionsunabhängiger Kampf für die Menschenrechte	43
d) Universalität und Umstände des Einzelfalls	45
§ 2. Ziele der Rechtsvergleichung	47
A. Fehlende Rechtfertigungsbedürftigkeit der Rechtsvergleichung	47
B. Allgemeine Zwecke und unmittelbar verwertbare Ergebnisse der Rechtsvergleichung	49
I. Kommunikation	49
1. (Rechts-)Kulturelle Unterschiede	49
2. Rechtskultureller Imperialismus	51
3. Anwaltliche Praxis	53
II. Rechtsbildung: Bedeutung in der Lehre	54
III. Vertieftes Verständnis der eigenen Rechtsordnung	56
IV. Rechtsvergleichung und Gesetzgebung	57
1. Rechtsbeeinflussung im allgemeinen	57
a) Typische Beispiele für Rechtsbeeinflussung	57
b) Beeinflussung nicht nur durch nationales Recht	59
c) Erfolge, Mißerfolge und Ungeklärtes	59
d) Gründe und empirische Bedeutung der Rechtsbeeinflussung	60
2. Rechtsübernahme (legal transplants)	63
a) Typische Fragen an die Rechtsübertragung	63
b) Sind Rechtsübernahmen überhaupt möglich?	66
c) Kategorien von Rechtsübernahmen	67
3. Rechtsvereinheitlichung und Rechtsharmonisierung	68
a) Rechtsharmonisierung: weltweit, europäisch, regional	68
b) Einheitsrecht, Modellgesetze	69
c) Die Principles of European Contract Law als Vorbild im europäischen Raum	71
V. Rechtsvergleichung und Auslegung	74
1. Auslegung von Recht mit fremden Elementen: rechtsvergleichende Auslegung i. w.S	74
2. Auslegung genuin nationalen Rechts: rechtsvergleichende Auslegung i.e.S	77
a) Rechtsvergleichende Auslegung als klassische Forderung	77
b) Textstufenparadigma und „fünfte Auslegungsmethode“	78
c) Zu einer kulturell-rechtsvergleichenden Auslegung	79
d) Nochmals: Das Problem der nationalen Eigenständigkeit	80
e) Auslegungshilfe in schwierigen Fällen: klassische Beispiele	83
3. Praktische Probleme und Lösungen	86
VI. Rechtsvergleichung als Rechtsquelle: Völker- und Europarecht	89
§ 3. Die rechtsvergleichende Methode	92
A. Das Methodenproblem der Rechtsvergleichung: Ein Überblick	92
B. Die funktionale Rechtsvergleichung als Ausgangspunkt	93
C. Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung	95
I. Kritik an der Vorgehensweise	95
1. Die Funktion im Recht	95

2. Der Vergleichsvorgang	97
3. Der kulturelle Kontext	98
4. Die Neutralität	98
II. Kritik an den Hintergründen	100
1. Fixierung auf Einheit	100
2. Positivismus statt Realismus	100
3. Zielabhängigkeit	101
4. Isolation	102
III. Postmoderne Kritik	103
1. Das Problem der Darstellung und Selbstdarstellung postmoderner Schriften	103
2. Grundgedanken der Postmoderne	104
3. Postmoderne Kritik an der Rechtsvergleichung	106
D. Alternativen zur funktionalen Rechtsvergleichung	108
I. Varianten der klassischen Herangehensweise	109
1. Feststellen, verstehen, vergleichen: Das 3-Phasen-Modell	109
2. Praktische Arbeitsanweisung in acht Schritten	112
3. Die Lehre von den rechtlichen Formanten	113
a) Formanten als Ausdruck der Vielschichtigkeit von Rechtsfindung und Rechtsauffassungen	113
b) Formanten: Vom Einrennen offener Türen und seinen Gefahren	115
4. Dialektische Rechtsvergleichung	118
a) Vergleichung als wertender Kreisprozeß	118
b) Dialektik als Realität	119
II. Veränderungen in Teilen	120
1. Rechtsvergleichung und ökonomische Analyse	120
a) Die ökonomische Analyse des Rechts	120
aa) Beispiel Haftungsrecht	121
bb) Grundgedanken und Grundterminologie der ökonomischen Analyse	122
b) Die ökonomische Analyse in der Rechtsvergleichung	125
c) Kritik der ökonomischen Analyse	127
aa) Kernprobleme der Ökonomisierung	128
(1) Von Fischen und Rauch: Zwei Beispiele	128
(2) Homo oeconomicus und das Denken in Modellen	129
(3) Effizienzkriterien	131
(4) Monetarisierung und Gerechtigkeit	132
(5) Behandlung alternativer Kriterien	135
(6) Psychologie, Didaktik und die selbsterfüllende Prophezeiung	137
bb) Schwierigkeiten ökonomischer Betrachtung in der Rechtsvergleichung	139
2. Konzeptuelle Vergleichung	140
a) Modellentwicklung und Vergleich: Ein Zwei-Phasen-Programm	140
b) Bedeutung und Wirkung des Modells	142
3. Statistische Rechtsvergleichung	144
a) Numerische Darstellung und Korrelierung des Rechts	144

b) Der Teufel im Detail	147
aa) Reduktion komplexer Sachverhalte auf einfache Zahlen	147
bb) Suggestion naturwissenschaftlicher Genauigkeit	150
cc) Kausalitäten	151
dd) Wirtschaftspolitische Einfärbung und rechtspolitisches Programm	152
III. Andere Untersuchungsziele	154
1. Rechtsübernahmen	155
2. Vergleichende Rechtstheorie	155
3. Rechtstraditionen	158
a) Die Offenheit von Traditionen	158
b) Die Begrifflichkeit des Traditionsdenkens	160
4. Große Fragen	161
IV. Und die Postmoderne?	163
E. Zu einer kontextuellen Rechtsvergleichung	164
I. Methoden- und Theoriesuche	165
1. Die Suche nach dem Kochrezept	165
2. Analytisches Vorgehen vs. Hermeneutik	166
a) Analytische und historische Fragestellungen	167
b) Historische Fragestellung und hermeneutische Methode	169
c) Hermeneutik und Rechtsvergleichung	171
3. Rechtsvergleichung und rechtswissenschaftliche Methoden	173
II. Vielfalt rechtsvergleichender Fragestellungen: Eine Typologie	175
1. Klassischer Vergleich: Problemvergleich und Konzeptvergleich	175
2. Vergleich von Funktionsbedingungen des Rechts	177
3. Typische Teilfragen	177
4. Freiwillige Einbeziehung fremder Rechtsgedanken	178
5. Erzwungene Rechtsvergleichung	178
6. Abstrahierende und systematisierende Fragen	179
III. Anspruch und Grenzen der funktionalen Methode	179
1. Der Kern funktionalen Denkens und sein Zerrbild	179
a) Funktionale Methode in Feind- und Selbstbild	179
b) Nichtbeachtung der Vielfalt von Kulturen und Funktionen?	180
c) Fixierung auf Einheitlichkeit?	181
d) Neutraler Standpunkt?	182
2. Grenzen funktionalen Denkens	183
a) Beschränkte Fragestellungen	183
b) Übertriebene Schlußfolgerungen	184
3. Verschiedene Denkstile	186
IV Beachtung des Kontexts als Verbindungsglied	187
V. Einheit in der Vielfalt: Fehlerlehre der Rechtsvergleichung	188
1. Fehler bei der Begriffserfassung	188
a) Lese- und Übersetzungsprobleme	188
b) Quellenprobleme	190
c) Erfassen des Begriffsinhalts	191
d) Vorverständnis der Begriffe: Die Bedeutsamkeit	193
2. Übersehen funktionaler Äquivalente	194

3. Verengung des Blickfelds	194
a) Das dogmatische Umfeld	194
aa) Relativierung von Abweichungen	194
bb) Typische Fehlinterpretationen	195
b) Das rechtskulturelle Umfeld	196
aa) Rolle des Rechts und rechtlicher Institutionen	197
bb) Rechtliches Denken und rechtliches Handwerkszeug	198
c) Außerrechtliche Aspekte	199
4. Die eigene Brille: Regel v. Ausnahme	199
5. Gelehrtes und gelebtes Recht, Rechtsmeinungen	200
VI. Die Praxis rechtsvergleichender Untersuchungen	203
1. Aufbaumöglichkeiten einer klassischen rechtsvergleichenden Studie	204
a) Schlichte Gegenüberstellung und Vergleich	204
b) Verzahnter Vergleich	207
c) Darstellung aus heimatlicher Sicht	208
2. Eine klassische rechtsvergleichende Arbeitsweise	209
a) Finden eines Themas	209
b) Einlesen	210
c) Studium fremder Quellen	212
d) Unterschiede, Gemeinsamkeiten und erste Gliederungen	214
e) Erweiterung des Blicks	214
f) Endgliederung und Niederschrift	215
§ 4. Rechtskreise, Rechtskultur und Kontext	217
A. Der Gedanke der Rechtskreise	217
B. Einige Rechtskreislehren	218
I. Herkömmliche Einteilungsversuche	218
II. Ungewöhnliche Einteilungsversuche	219
III. Hierarchische Einteilungsversuche	220
IV. Zur Terminologie von Rechtskreis, Rechtsfamilie, Rechtssystem	221
C. Sinn und Unsinn der Rechtskreiseinteilung	222
I. Klassifikationsaufgabe?	222
II. Auswahl von Vergleichsrechtsordnungen und Arbeitersparnis?	222
III. Kenntnis des Kontexts	225
IV. Didaktik	225
V. Weitere Kritik an der Rechtskreislehre	225
VI. Praktische Bedeutung der Rechtskreise	228
D. Die Debatte um die Rechtskultur	229
I. Rechtsvergleichender Ansatz	229
II. Rechtssoziologische Debatte	230
1. Vielzahl von Definitionen	230
2. Der Streit um den Sinn	231
a) Theorie vs. Pragmatismus	231
b) Weitere Probleme der Rechtskultur	234
III. Lehren für die Rechtsvergleichung	234
1. Abweichende rechtssoziologische Interessen und Herangehensweisen ...	234
2. Spezifisch juristischer Ansatz	236

E. Pragmatische kontextuelle Betrachtung	238
I. Kontext statt Rechtskultur	238
II. Beispielhaftes statt idealtypisches Vorgehen	239
III. Elemente des Kontexts	240
1. Relative Bedeutung historischer Aspekte	241
2. Nichtrechtliche Elemente und ihrer Ermittlung	241
3. Vielzahl von Einzelementen	242

2. Teil. Die Kontexte der Rechtsordnungen

§ 5. Der Kontext des common law	243
A. Common law als Fallrecht	243
I. Begriff	243
II. Der klassische Kern des common law	244
1. Entwicklung aus Fällen	245
a) Induktives Denken: Von bunten Wänden	246
b) Rechtsentwicklung im common law: Die Schnecke im Ginger Ale ..	249
2. Präzedenzfall und distinguishing	255
a) Ratio decidendi und obiter dictum	256
b) Gerichtshierarchie	258
c) Distinguishing	259
d) Überzeugende Präjudizien	259
3. Rolle des Gesetzesrechts	260
4. Rolle der akademischen Literatur	261
III. Die Denkweise des Common law	264
1. Common law als richterlich geschaffenes Recht	264
2. Fälle als Argumente	265
3. Prozeßorientierung	266
4. Systematik, abstraktes Denken und Recht	267
5. Recht und Tatsache	269
B. Geschichtliche Entwicklung	272
I. Entstehung des common law nach 1066	272
II. Königliche Gerichte in Westminster	274
III. Writs	275
1. Eigenschaften und Entstehung der writs	275
2. Prozessuales vs. materielles Denken	277
3. Ende und Fortwirken der writs	279
IV. Equity	281
1. Grundgedanke: equity als Gewissensentscheidung	281
2. Typische Regeln der equity	282
3. Praktische Probleme der equity	283
4. Equity heute	285
C. Gerichte und Juristen	287
I. Gerichtsaufbau	287
1. England: Komplexität und Modernisierung	287
a) Tribunals	287
b) Magistrates' Courts, County Courts	289

c) Crown Court	289
d) High Court	290
e) Court of Appeal	290
f) House of Lords und Supreme Court	291
2. USA: Föderale Struktur	293
a) Einzelstaatliche Gerichte und Bundesgerichte	293
b) Gerichtshierarchie im Bund	294
aa) Federal District Court und Court of Appeals	294
bb) Der appeal zwischen Tatsachen- und Rechtsprüfung	294
cc) U. S. Supreme Court	296
c) Zuständigkeiten von Bund und Einzelstaaten	296
II. Juristische Ausbildung	297
1. England	297
a) Zwischen Universität und Praxis: Die historische Entwicklung	297
b) Universitäre und praktische Phasen: Die Ausbildung heute	299
c) Soziale Kritik an der Ausbildung	300
2. USA	300
a) Universitäre Ausbildung und bar exami	300
b) Akademische Prägung der besten law schools	301
c) Aspekte der Fallmethode	302
III. Richter und Anwälte	304
1. England: Die Macht der Tradition	304
a) Richter zwischen Tradition und Umbruch	304
aa) Das mißverständliche klassische Bild	304
bb) Der richterliche Urteilsstil	305
cc) Der Weg auf den Richterstuhl	305
b) Barrister und solicitor	306
aa) Traditionelle Rollenteilung	307
bb) Zögerliche Aufweichung der Unterschiede	308
cc) Queens Counsel	309
2. USA: Das moderne Umfeld	309
a) Anwälte: Im Dienst des Mandanten	309
b) Richter: Die politische Dimension	310
D. Der common law Prozeß	311
I. Gegnerschaftlicher Prozeß	311
1. Klassische Form	311
2. Kritik und Veränderungen	313
3. Gegnerschaftlicher vs. inquisitorischer Prozeß?	315
II. Jury	316
1. Die jury als tatsächliche und rechtliche Entscheidungsinstanz	316
2. Historische Entwicklung der jury	316
3. Die jury zwischen freier Entscheidung und rechtlicher Einbindung	319
a) Entscheidung ohne Begründung	319
b) Die Instruktionen der jury	320
c) Ansätze rechtlicher Überprüfbarkeit	321
d) Die Freiheit der jury: jury equity	322
4. Rechtskontextuelle Verwurzelung der jury	323

E. Typische materielle Rechtsinstitute	325
I. Gesetzesauslegung	325
1. Gesetzesauslegung als umstrittenes Kernproblem	325
2. Klassische Auslegungsregeln	326
3. Zweifelhafte Heranziehung von Gesetzgebungsmaterialien	328
4. Andersartigkeit der Gesetzesauslegung im common law	329
II. Grundeigentum	330
1. Feudale Wurzeln von Sprache und Denken	330
2. Moderne Aspekte des Grundstücksrechts	333
3. Formalistische Struktur	335
4. Die peinliche rule against perpetuities	336
III. Trust	338
1. Grundgedanke des trust	338
2. Flexibilität des trust	338
3. Fiktive trusts als Mittel zum Zweck	339
IV. Consideration	340
1. Consideration und Form	340
2. Komplexitäten und Widersprüche	341
3. Der Gegenspieler: promissory estoppel	343
V. Öffentliches Recht und Privatrecht	345
1. Der Mythos des fehlenden Verwaltungsrechts	345
2. Historische Hintergründe: Star Chamber, Dicey, laissez-faire	346
3. Die Andersartigkeit des Verwaltungsrechts im common law	349
a) Privatrechtliche Elemente und fehlende Verwaltungsgerichtsbarkeit	349
b) Materiellrechtliche Eigenheiten	351
VI. Grundrechte in der Abwägung: levels of scrutiny	352
1. Rational basis, strict scrutiny, intermediate scrutiny	352
2. Vorprägung des Ergebnisses durch Wahl des Prüfungsmaßstabs	355
VII. Überprüfung administrativer Rechtsauslegung	356
1. Der Chevron Test	356
2. Offenheit des Chevron Tests	358
F. Englisch oder amerikanisch? – Gravierende Unterschiede im Kontext	360
I. Inhaltliche und institutionelle Unterschiede	362
1. Unterschiede im materiellen Recht und seiner Bedeutung	362
2. Institutionelle und prozessuale Unterschiede	363
3. Unterschiede aufgrund föderaler Struktur	365
II. Insbesondere: Verfassungsrecht	366
1. Herausragende Rolle des U.S.-Verfassungsrechts	366
2. Verfassungsrecht in England?	367
a) Bedeutung und Existenz des englischen Verfassungsrechts	367
b) Die Vorherrschaft des Parlaments auf dem Rückzug	369
III. England unter dem Einfluß Europas	372
IV. Rechtstheoretische Grundgedanken: U.S.-amerikanischer Rechtsrealismus	373
1. „We are all realists now“	374
2. Fehlende Bedeutung in England	377

G. Common law im Rest der Welt	378
I. Zwischen anglo und amerikanisch: Das Kontinuum des common law	378
II. Einige frühere Kolonien	379
1. Kanada	379
2. Australien	382
3. Neuseeland	384
III. Und Schottland ...?	385
§ 6. Der Grundkontext kontinentaleuropäischen Rechts	389
A. Kontinentaleuropäisches Recht als einheitlicher Kontext?	389
B. Juristisches Denken im kontinentaleuropäischen Recht	391
I. Wo kommt das Recht her? – Die Rechtsquellen	392
1. Uberragende Bedeutung des Gesetzes	392
a) Positivistische Grundeinstellung	392
b) Gesetz, Recht und Demokratie	394
c) Kein mechanisches Gesetzesverständnis	395
d) Bedeutungsvarianten des Gesetzesbegriffs	397
2. Der wenig bedeutende Rest	398
a) Gewohnheitsrecht	398
b) Weitere Rechtsquellen	400
3. Und der Richter?	402
II. Die Systematik des Rechts	405
1. Der Kodifikationsgedanke	405
a) Kodizes als typisch kontinentaleuropäisch?	405
b) Was ist ein Kodex?	406
c) Verschiedene Begriffe des Kodex	408
aa) Differenzierung nach dem Grad der Reform	408
bb) Differenzierung zwischen kontinentaleuropäischem und common law Kodex	409
d) Der Aufbau eines Kodex: zwei Beispiele	411
aa) Frankreich und der Code civil	412
bb) Deutschland und das BGB	413
cc) Der Sprachstil von BGB und Code civil	415
2. Begriffliche Durchdringung	416
a) Vereinheitlichung der Begriffe	417
b) Allgemeiner Teil, abstrakte Denkweise, Begriffspyramiden	418
c) Rechtsvergleichende Verständnisprobleme, schneller Zugriff, Gesetzessprache	419
3. Französischer Pragmatismus	421
a) Ähnlichkeit aus der Außenperspektive	421
b) Unterschiede aus der Binnenperspektive	422
III. Die Gesetzesauslegung	423
1. Auslegungsziel: Objektive und subjektive Theorie	424
2. Auslegungsmethoden	426
a) Der klassische Auslegungskanon	426
b) Methodische Probleme und Weiterungen	429
c) Die Nonchalance der Praxis	431

Inhaltsverzeichnis

3. Begriffs-, Interessen- und Wertungsjurisprudenz	432
4. Französische Parallelen	436
a) Inhaltliche Parallelen, terminologische Unterschiede	436
b) Der klassische Schulenstreit: <i>ecole d'exegese vs. libre recherche scientifique</i>	436
c) Heutige Realität der methodischen Vielfalt	438
aa) Oszillierende Methodenlehre	438
bb) Zusätzliche Auslegungsmethoden und praktische Ansätze	439
IV. Praktische Rechtsanwendung	442
1. Recht und Tatsachen	442
2. Subsumtion	444
a) Grundschemata der Subsumtion	445
b) Meinungsstreitigkeiten und Subsumtion	447
c) Subsumtion als allgemeines Denkschema	448
d) Definitionen als geronnenes juristisches Wissen	449
3. Gutachtentechnik	450
a) Inhalt der Gutachtentechnik	450
b) Gutachtenstil als allgemeines Denkschema	451
c) Schematisierung als geronnenes juristisches Wissen	452
d) Prägende und praktische Wirkung des Gutachtenstils	453
4. Relationstechnik	454
a) Vorgehensweise der Relation	454
b) Bedeutung des Relationsdenkens	456
5. Frankreich: Gleicher Ansatz, andere Ausführung	457
a) Syllogismus	458
b) Pragmatische Lösung statt Subsumtion und Gutachten	458
c) Qualifikation als Schnittstelle von Recht und Tatsachen	461
V. Rechtliche Autoritäten	463
1. Gerichtsentscheidungen	463
a) Fehlende Präzedenzfallbindung	463
b) Urteilsstil	465
aa) Frankreich	465
bb) Deutschland	467
2. Die Rolle der akademischen Literatur	470
a) Literaturgattungen: Kommentar, Lehrbuch, Zeitschrift	470
b) Einfluß der Literatur	475
VI. Geschichtliche Entwicklung	478
1. Frankreich	478
a) Gewohnheitsrecht und römisches Recht	478
b) Entstehung des Code civil	480
c) Eigenheiten und Kritik des historischen Code civil	481
d) Andere napoleonische Kodizes	482
2. Deutschland	483
a) Die Zersplitterung des deutschen Rechts	483
b) Der Kodifikationsstreit	485
aa) Frühere Kodifikationen	485
bb) Thibaut v. Savigny	486
cc) Historische Rechtsschule, Germanisten und Pandektistik	487

c) Die Schaffung des BGB	489
d) Weitere Kodifikationen	491
C. Gerichte und Juristen	492
I. Gerichtsaufbau	492
1. Deutschland	492
a) Die Gerichtszüge	492
b) Ausgangsverfahren, Berufung, Revision am Beispiel des Verwaltungsprozesses	493
c) Besonderheiten im Zivil- und Strafverfahren	494
d) Das Bundesverfassungsgericht	496
2. Frankreich	498
a) Gerichtsbarkeiten	498
b) Berufung und Kassation	499
c) Der Instanzenzug vor ordentlichen Gerichten	500
aa) Zivilverfahren	500
bb) Strafverfahren	502
d) Der Instanzenzug im Verwaltungsverfahren	502
e) Die Verfassungsgerichtsbarkeit	504
aa) Verfassungsgerichtliche Funktionen des Conseil d'Etat?	504
bb) Der Conseil constitutionnel	505
II. Juristische Ausbildung	506
1. Deutschland: Der Einheitsjurist	506
a) Studienablauf	507
b) Bedeutung der Benotung	508
c) Inhalt und Form des Studiums	508
d) Repetitorien	509
e) Praktische Ausbildung im Referendariat	510
f) Kritik an der Ausbildung	511
2. Frankreich: Ausbildung in Stufen	512
a) Studienablauf	512
b) Studieninhalte und Bedeutung	513
III. Richter und Anwälte	514
1. Deutschland: Der direkte Einstieg	514
a) Richter: Karriere und Ansehen	514
b) Anwälte und Notare	516
2. Frankreich: Spezialausbildung und Auswahl	516
a) Richterausbildung und concours	517
b) Anwaltsausbildung und Vereinheitlichung der Berufsbilder	519
IV. Das gerichtliche Verfahren	520
1. Orientierung am erstinstanzlichen Verfahren	520
2. Einige typische Merkmale des deutschen Zivilprozesses	520
a) Übertroffene Rolle des Richters	520
b) Vergleich	522
c) Beibringungserundsatz und Beweisaufnahme	522
d) Kosten	523
3. Der deutsche Verwaltungs- und Strafprozeß	524
a) Verwaltungsprozeß und Amtsermittlung	524

b) Eigenheiten des Strafprozesses und der deal	524
4. Der französische Untersuchungsrichter	527
D. Typische materielle Rechtsinstitute	529
I. Das deutsche Abstraktionsprinzip	529
II. Die französische cause	531
1. Grundgedanke der cause	531
2. Was ist die cause?	532
3. Funktionen und Kritik der cause	533
III. Treu und Glauben	534
1. Praktische Auswirkungen von Treu und Glauben	535
2. Treu und Glauben als Aufforderung zur Rechtsfortbildung	535
IV. Die Elemente der Straftat: Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld	536
1. Grundschemata und Anwendung	536
2. Theoretische und praktische Bedeutung	537
V. Gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsakten	538
1. Unterscheidung zwischen Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff	539
2. Eigenständige gerichtliche Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe	540
3. Beschränkte Überprüfung des Ermessens	541
VI. Menschenwürde	542
1. Grundgedanke der Menschenwürde	542
2. Rechtskulturell prägende Rolle der Menschenwürde	542
3. Konkreter normativer Gehalt der Menschenwürde	544
VII. Grundrechtsschranken: Die Verhältnismäßigkeit	546
1. Schutzbereich, Eingriff und Schranke	546
2. Struktur der Verhältnismäßigkeit	547
3. Weitreichende Bedeutung der Verhältnismäßigkeit	548
VIII. Verfassungsbeschwerde und konkrete Normenkontrolle	549
1. Reichweite der Verfassungsbeschwerde	549
2. Verfassungsbeschwerde und Stellung des Bundesverfassungsgerichts ...	550
3. Schwierige Abgrenzung zum einfachen Recht	551
4. Zusammenspiel mit der konkreten Normenkontrolle	552
§ 7. Die Vielfalt des kontinentaleuropäischen Kontexts	554
A. Die vergrößernde Zuordnung anderer westeuropäischer Staaten	554
I. Österreich und Schweiz	554
1. Deutscher Rechtskreis – mit Vorbehalten	554
2. Österreichische Verfassungskultur: Zersplitterung, Flexibilität und Hans Kelsen	555
3. Schweizerische Verfassungskultur: Volksrechte, Föderalismus, Konkordanz	558
II. Spanien	561
1. Die zivilrechtliche Nähe zum französischen Recht: historischer Kern und heutige Grenzen	561
2. Abnehmender französischer Einfluß im Verwaltungs- und Strafrecht	564
3. Das deutsche Vorbild im Verfassungsrecht	565
a) Die Ähnlichkeiten zum deutschen Verfassungsrecht	565

b) Die Eigenständigkeit des spanischen Verfassungsrechts	566
4. Insbesondere: Autonomiestatuten und Monarchie	568
B. Osteuropa: Differenzierungen nach der Transformation	571
I. Das einfache Bild des Transformationsprozesses	572
II. Die komplexe Realität des Transformationsprozesses	573
1. Die mehrfache Transformation	574
2. Gesetze mit der heißen Nadel	575
3. Reste „sozialistischen“ Denkens	577
4. Probleme der Rechtsanwendung	578
a) Übertriebener Formalismus	578
b) Entscheidungsschwäche und Führung	580
c) Vollstreckungsschwierigkeiten	581
d) Ausbildung und Fortbildung	581
5. Der Einfluß alter Eliten	582
6. Rechtsnihilismus	583
7. Gelebtes Recht in der rechtswissenschaftlichen Literatur	584
III. Drei Gruppen im Kontext Osteuropas	585
1. Rußland als eigenständiger Kontext	586
a) Der russische Rechtsnihilismus und seine Auswirkungen	586
b) Staatsverständnis und „russische Werte“	589
c) Der russische Kontext in weiteren Staaten	591
2. Die östlichen EU-Staaten: Die europäische Chance	591
3. Osteuropäische Staaten außerhalb der EU: langsame Entwicklung	594
C. Skandinavien: Das nordische Rechtsdenken	594
I. Geschichtliche Besonderheiten	595
1. Staatliche Zusammenhänge in Skandinavien	595
2. Rechtseinflüsse von außen	596
3. Der Wohlfahrtsstaat	599
II. Eigenheiten des skandinavischen Kontexts	599
1. Fehlende Kodifikation	599
2. Rechtsquellenlehre	601
3. Skandinavische Zusammenarbeit	604
a) Nordischer Juristentag und Nordischer Rat	604
b) Sprachliche Gemeinsamkeiten	605
c) Abnehmende Bedeutung der skandinavischen Zusammenarbeit	606
4. Besonderheiten der Juristen	607
a) Der Vorteil der kleinen Zahl	607
b) Skandinavischer Pragmatismus: lagom	608
5. Geringe Klageneigung?	609
III. Spezifische materiellrechtliche Institute	610
1. Der Ombudsmann	610
a) Vielfalt der Ombudsmänner	610
b) Das Grundmodell des schwedischen Justizombudsmanns	611
c) Ombudsmann und Kontrolle der Verwaltung	613
2. Öffentlichkeitsprinzip	614
3. Verfassungsrecht	617
a) Geringe Bedeutung des Verfassungsrechts	617

b) Wohlfahrtsstaatlicher Hintergrund und moderne Gegentendenzen ..	618
c) Schwache gerichtliche Normenkontrolle	619
IV. Der skandinavische Rechtsrealismus	620
1. Skandinavischer Rechtsrealismus als philosophisches Projekt	620
a) Die Schwierigkeiten einer Annäherung	620
b) Versuch einer Annäherung	622
aa) Rechte als mystische Begriffe	622
bb) Der Kampf gegen das Naturrecht	623
2. Praktische Bedeutung heute?	625
3. Beziehungen zum U. S.-amerikanischen Rechtsrealismus	626
V. Skandinavien als Teil des kontinentaleuropäischen Kontexts	628
D. Jenseits Europas: Lateinamerika	629
I. Lateinamerika als Teil des kontinentaleuropäischen Kontexts	629
1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Kontext	629
2. Frühe Vorreiterschaft: Kodifikationen des 19. Jahrhunderts	630
3. Einflüsse von außen	633
4. Modifizierte Sichtweisen	634
a) Spanisch-portugiesische Rechtsfamilie?	634
b) Abnehmende Bedeutung der Kodifikation?	635
II. Verfassungsrecht und lateinamerikanisches Selbstverständnis	636
1. Historische Vorbilder Frankreich und Europa	637
2. Eigenständige Weiterentwicklung	637
3. Paradigmenwechsel mit Ende der Militärdiktaturen	638
a) Grundrechte aller Generationen	639
b) Verfassungsgerichtliche Durchsetzungsmöglichkeiten	640
III. „Gehorchen, aber nicht folgen“: Die Realität des Rechts	642
1. Gelebtes vs. geschriebenes Recht	642
a) Grundeinstellung	642
b) Beispiel Verfassungslyrik	644
c) Beispiel barrios und informeller Sektor	646
d) Mangelnde Effektivität der Gerichte	648
2. Historische, politische und soziale Hintergründe der mangelhaften Rechtsbefolgung	649
IV. Rechtspluralismus: Der Aufstieg indianischer Rechte und Rechtsordnungen	652
1. Kolonisierung – Assimilation – Integration – Pluralismus	652
2. Indianische Rechte und Grad ihrer Anerkennung	655
3. Bewertung und Durchsetzung des Schutzes	658
4. Die Bedeutung der indianischen Rechtsordnungen	660
a) Probleme des verfassungsrechtlichen Schutzes indianischer Rechtsordnungen	660
b) Widerstände in der Praxis	662
c) Materieller Inhalt des indianischen Rechts	663
aa) Umfassender und flexibler Charakter indianischen Rechts	664
bb) Das Beispiel Az Mapu	665
E. Konvergenz von civil law und common law?	666
I. Der grundlegende Konvergenzstreit	667

1. Konvergenz ist unverkennbar	667
2. Konvergenz existiert nicht	668
3. Eine überbewertete Debatte	669
II. Die Vielfalt der Konvergenzhypothesen	670
1. Eine Frage der Wertung	670
2. Konvergenz aus historischer Perspektive	671
3. Konvergenz aus europäischer Perspektive	673
4. Konvergenz einzelner Rechtsregeln und Rechtsgebiete	674
5. Konvergenz von Rechtskontexten	677
§ 8. Der Kontext afrikanischen Rechts	679
A. Pluralität als Kennzeichen afrikanischen Rechts	679
B. Staatliches Recht	680
I. Der schöne Schein	680
1. Common law und civil law in Afrika	680
a) Kolonisation und Unabhängigkeit	680
b) Sonderfall Südafrika	682
c) Heutiger Einfluß der kolonialen Heimatrechtsordnung	683
2. Einfluß des islamischen Rechts	684
3. Afrikanische Zusammenarbeit: OHADA	685
II. Probleme praktischer Wirksamkeit	686
1. Mangelnde Funktionsfähigkeit des Rechtswesens	686
2. Hintergründe	688
a) Demokratische Kultur und Staatswesen in Afrika	688
b) Arbeitsumgebung und Qualität der Justiz	689
C. Traditionelles Recht	690
I. Funktionierendes Recht und Rechtsbewußtsein	690
II. Begriffe des traditionellen Rechts	691
' III. Entwicklung traditioneller Rechte im Aufriß	693
1. Grundcharakter des traditionellen Rechts	693
a) Mündlichkeit	694
b) Entstehungsweisen	694
c) Anpassungsfähigkeit und umstrittener Inhalt	696
d) Einfachheit und Komplexität	696
e) Ungleichheiten	697
f) Rechtliche Asymmetrie	698
g) Streitentscheidung	698
2. Stammesrecht in der Kolonialzeit und nach der Unabhängigkeit	699
3. Renaissance des traditionellen Rechts	701
IV. Typische Inhalte traditionellen Rechts	702
1. Ubuntu	702
2. Imbizo	705
3. Heirat und Brautgeld	706
4. Verfahrensrechtliche Aspekte	709
5. Exkurs: Hexerei	709
a) Gesellschaftliche Verbreitung des Hexereiglaubens	709
b) Hexerei und Strafrecht	711
c) Bedeutung allgemeinen Aberglaubens	713

V. Traditionelles Recht zwischen Stadt und Land, Mehrheit und Eliten	713
1 Vielschichtigkeit und Komplexität der gesellschaftlichen Verteilung	713
2. Insbesondere: Traditionelles Recht in der Stadt	715
VI. Einbindung traditionellen Rechts in den Staat	717
1. Grade der Anerkennung	717
a) Staatliche Grundhaltungen zum traditionellen Recht	717
b) Konfliktfall traditionelles Strafrecht	718
c) Anerkennung traditioneller Streitbeilegungsinstanzen	719
2. Staatliche Einflußnahme auf traditionelles Recht	720
3. Traditionelles Recht und moderne Grundrechte	722
a) Unlösbares Grundproblem?	722
b) Beispiel Gleichberechtigung im Erbrecht	725
§ 9 Kontexte in Asien	729
A. Die Vielfalt Asiens	729
I. Was ist Asien?	729
II. Entwicklungsoffene Gruppenbildung	731
B. China: Die Herrschaft der Partei	732
I. Geschichtliche Entwicklung des chinesischen Rechts	733
1. Die Zeit des traditionellen chinesischen Rechts	733
a) Konfuzianismus und Legismus	733
aa) Konfuzianische Ethik	733
bb) Li vor fa	734
cc) Fa statt Li: Der legitistische Gegenentwurf	736
b) Die imperiale Rechtsentwicklung zwischen Konfuzianismus und Legismus	737
aa) Die Integration von li in fa	737
bb) Der Tang-Kodex: Hochstehende Gesetzgebungs- und Kommentarkultur	738
c) Wichtige Aspekte des traditionellen Rechts	741
aa) Fehlendes Privatrecht	741
bb) Reduzierte staatliche Rechtsdurchsetzung	742
cc) Richter als Verwaltungsbeamte	743
2. Die Zeit der westlichen Reformen	744
a) Opiumkriege, ungleiche Verträge und die Reform des Rechts	744
b) Revolution des Rechtsdenkens	746
c) Effektivität der Reformen	747
3. Die kommunistische Herrschaft unter Mao	748
a) Die frühen Jahre: Von Akzeptanz zur Ablehnung des Rechts	748
b) Die Kulturrevolution	749
4. China nach Mao	751
II. Oberflächliche rechtliche Strukturen im Überblick	752
1. Staatsorganisation	752
2. Gerichtsaufbau	754
3. Rechtsquellen	755
4. Anbindung an das kontinentale Rechtsdenken	756

III. Zentrale rechtliche Tiefenstrukturen	757
1. Partei und Staat	758
a) Die Partei als primärer Inhaber der Macht	758
b) Parallelität und Durchdringung von staatlichen und innerparteilichen Strukturen	760
2. Jenseits staatlichen Gesetzesrechts	762
a) Politnormen	762
b) Parteinormen	763
c) Schwach normativierte Bereiche	764
3. Sozialistische Grundstrukturen	765
4. Zentralisierte Auslegung des Rechts	766
a) Auslegungsbefugnis des Obersten Volksgerichts	766
b) Funktionale und praktische Zweifel	768
5. Abhängigkeit der Gerichtsbarkeit	769
a) Abhängigkeiten der Richter	769
b) Abhängigkeiten der Gerichte	770
c) Eigenständigkeit der Gerichtsbarkeit	771
6. Einfluß traditionellen chinesischen Rechtsdenkens?	772
a) Zerstörung kultureller Traditionen	772
b) Fehlende Übernahme rechtlicher Einzeltraditionen	774
7. Vielfalt der Machtebenen in Stadt und Land	775
8. Korruption	776
9. Vertrauen auf alternative Mechanismen?	777
a) Formen und empirische Bedeutung alternativer Streitbeilegung	778
b) Alternative Streitbeilegung und chinesischer Nationalcharakter	779
IV. Der lange Marsch zum Rechtsstaat?	781
1. Zwei Grundpositionen	781
2. Fazhi vs. fazhi: Linguistische Grundlagen der Debatte	782
3. Worum geht es eigentlich?: Der Begriff des Rechtsstaats	784
a) Einfacher und anspruchsvoller Begriff der rule of law	784
b) Rule of law oder Rechtsstaat?	785
c) Positive Konnotation des Rechtsstaatsbegriffs	786
4. Sequenzbildung	786
5. Die Hoffnung bleibt	787
C. Japan, Taiwan, Südkorea: Der südostasiatische Weg auf kontinental-europäischer Basis	788
I. Eigenständigkeit des südostasiatischen Kontexts	788
II. Historische Verwestlichung des Rechts	789
1. Bestimmender Einfluß des kontinentaleuropäischen Rechts	789
a) Japan: Der Bruch mit der Rechtstradition	789
aa) Das traditionelle japanische Recht im historischen Kontext	789
bb) Modernisierung und Meiji-Verfassung	791
cc) Neuordnung im Straf- und Zivilrecht	792
b) Taiwan: Kontinuität im Wandel	793
c) Korea: Annexion mit Nachwirkungen	794
aa) Früher Einfluß Chinas	794
bb) Japanische Annexion	795
cc) Deutsche Orientierung nach der Unabhängigkeit	795

Inhaltsverzeichnis

2. Nach dem Zweiten Weltkrieg: Einfluß U.S.-amerikanischen Rechts	797
a) Geringe Bedeutung in Korea	797
b) Gelegentlicher Einfluß in Taiwan	798
c) Spannungsverhältnis in Japan	799
d) Bedeutung von Ausbildungsweg und allgemeinem Rechtsdenken ...	800
III. Konfuzianismus und Streitaversion	801
1. Kultureller und politischer Hintergrund	801
2. Debatten um die Streitaversion: Japan im Fokus	802
3. Empirie der Streitaversion: Gerichtliche Fallzahlen	805
IV. Einige südostasiatische Eigenheiten	807
1. Traditionelle Wertvorstellungen	807
2. Interessenabwägungslehre	809
3. Juristenausbildung	810
V. Verfassungsrechtsdenken	811
1. Entwicklung der Demokratie aus diktatorischen Wurzeln	811
2. Machtvolle Verfassungsgerichtsbarkeit	812
3. Grundrechte gegen konservative Traditionen	813
4. Gesellschaftliche Veränderungen und Rechtsbewußtsein	814
5. Zwischen westlicher Prägung und südostasiatischen Eigenheiten	814
D. Indien: Common law und Hinduismus	815
I. Indisches Recht zwischen Realität und Romantik	815
II. Indisches common law	817
1. Historische Entwicklung	817
a) Presidency towns und mofussil	817
b) Kodifikationsbewegung	818
2. Common law Denken in Gesetzgebung und Rechtsprechung	819
3. Die Wichtigkeit des Rechts in Indien	821
a) Ansehen der Juristen	822
b) Der kämpferische Supreme Court	823
aa) Wer ist Herr der Verfassung?	823
bb) Parlament und Supreme Court heute	825
cc) Der Supreme Court als Gesetzgeber	826
c) Schwierigkeiten des Rechts in Indien	826
aa) Recht und soziale Ungleichheit	826
bb) Recht und sozialer Wandel	827
cc) Reaktionen: Prozeßkostenhilfe und public interest litigation	828
dd) Ineffizienz der Rechtsprechung	829
4. Religiöses Familienrecht heute	831
a) Kodifiziertes Personalstatut	831
b) Gewohnheitsrecht und Rechtsprechung	832
c) Restbereich traditionellen Rechts: joint family	833
d) Hinduistisches Familienrecht als Auffangstatut	833
III. Traditionelles Hindu-Recht	834
1. Dharma, Vedas und Smritis	834
2. Sadachar	836
3. Kommentare, Digesten und Rechtsschulen	836

4. Kastenwesen: varna und jati	838
5. Verblaßtes Potential	839
E. Indonesien: Pluralismus im Vielvölkerstaat	839
I. Geschichte: Die Vielfalt der Einflüsse	840
1. Vorkoloniale Zeit: Die Rechte Javas	840
2. Kolonialzeit: Die Herrschaft der Niederländer	841
3. Unabhängigkeit: Der lange Weg zur Demokratie	843
II. Indonesisches Recht heute	844
1. Staatliches Recht in kontinentaleuropäischer Form	844
2. Adat	845
a) Inhalt von adat-Rechten	845
b) Adat zwischen Tradition und Moderne	845
3. Islam	847
a) Islamisches Recht unter staatlichem Einfluß	847
b) Der Streit um Sieben Worte	849
III. Der schwere Stand des Rechts	850
1. Widersprüche und Unklarheiten im staatlichen Recht	851
2. Ineffizienz der Rechtsprechung	852
3. Korruption	853
§ 10 Der Kontext des islamischen Rechts	856
A. Das klassische islamische Recht: Grundlagen	856
I. Göttliche Offenbarung und menschliche Ausarbeitung	856
II. Begriffliches: islamisches Recht, Scharia, fiqh	858
III. Rechtsquellen im sunnitischen Islam: usul al-fiqh	859
1. Die göttliche Grundlage: Der Koran	860
2. Das Leben des Propheten: Sunna und die Hadithe	861
3. Der Konsens (ijma)	863
4. Die Analogie (qiyas)	865
5. Das Allgemeinwohl (istihsan)	866
6. Die Beweisregel des Fortbestands (istihab)	867
7. Integration externen Rechts, insbes. Gewohnheitsrechts (urf)	867
8. Weitere Sekundärquellen	868
9. Wechselbeziehungen zwischen den Quellen und mit tafsir	868
IV. Die klassischen Schulen des Islam	870
1. Die vier Schulen des sunnitischen Islam	870
a) Hanafiten	870
b) Malikiten	871
c) Schafiiten	871
d) Hanbaliten	871
2. Der schiitische Islam	872
a) Die Abspaltung der Schiiten	872
b) Die jafaritische Schule	873
V. Islam und Wandel: Ijtihad heute	875
1. Die klassische Auffassung: Die Tür ist geschlossen	875
2. Was ist ijtihad?	876
3. Die Folgen der Beendigung von ijtihad	878

4. Die Gegenposition: Die Tür ist offen	878
a) Niemand hat die Tür geschlossen	878
b) Hanbaliten und Schiiten als klassische Gegner	879
c) Moderner ijthad	880
aa) Reformisten und Modernisten	880
bb) Kritische Neubesinnung	881
d) Eklektische Kritik und imaginäres Recht	882
5. Wandel ohne ijthad	883
VI. Die Rechtsprechung im Islam	884
1. „Kadijustiz“	884
2. Aufgaben und Rolle des Kadi	884
3. Qualifikationen des Kadi	886
4. Prozeßrecht	887
5. Der Mufti als Gutachter	887
6. Rechtspraktische Literatur	888
B. Der Inhalt islamischen Rechts (fiqh)	889
I. Die fünf Rechtsfolgen	889
1. Rechtliche, moralische und religiöse Aspekte der Rechtsfolgen	889
2. Wajib und fard: Das Gebotene	890
3. Haram: Das Verbotene	891
4. Mandub, makruh und mubah als Zwischenkategorien	891
5. Komplexe Weiterungen	892
II. Aspekte des Familien- und Erbrechts	892
1. Brautgeld (mahr)	892
2. Schiitische Zeitehe (mut'a)	893
3. Scheidung (talaq)	893
4. Polygamie	895
5. Erbteil von Ehefrauen und Töchtern	897
III. Strafrecht	898
1. Von hadd zu tazir: Der enge Regelungsbereich	898
2. Bewußte Zurückdrängung der strengen hadd Strafe: Beispiel Diebstahl	898
3. Lückenfüllung durch staatliches Recht: tazir	900
4. Das islamische Strafrecht in der Kritik	900
a) Westliche und menschenrechtliche Kritik	900
b) Islamische Verteidigung	901
c) Islamische Reformen in Theorie und Praxis	902
5. Tendenzen fundamentalistischer Re-Islamisierung	903
6. Apostasie als Kontrollinstrument	904
IV. Islamisches Finanz- und Bankrecht	906
1. Ein Versprechen von Gerechtigkeit	906
2. Zinsverbot und Umgehung	907
3. Beispiel: Islamische Kreditverträge	908
4. Schariakonformität: Zertifizierung und Risiko	908
C. Das islamische Recht in den heutigen Staaten	909
I. Koloniale Prägungen	909
II. Gesetzgebung nach traditionellem islamischem Recht: siyasa und qanun	911

III. Konsequente Durchsetzung islamischen Rechts im Staat: Saudi-Arabien	913
1. Wahhabismus	913
2. Koran und Sunna als geltendes Recht	914
3. Stellung der staatlichen Normsetzung	915
IV. Primat des staatlichen Rechts zwischen Selbstbehauptung und Rückzug	916
1. Die vielfältigen Wege des islamischen Rechts	916
2. Islamisches Recht im Familien- und Erbrecht: Kodifikation und Reform	917
3. Islamisches Recht als Inspiration für Gesetzgeber und Richter	918
4. Islamisches Recht mit übergesetzlichem Rang	920
a) Aufnahme islamischen Rechts in die Verfassung	920
b) Tatsächliche und rechtliche Bedeutung von Verstoß- und Quellenklauseln	922
c) Welches islamische Recht?	924
d) Beispiel Ägypten	925
e) Islamisierung der Verfassung?	927
D. Exkurs: Andere religiöse Rechte	928
I. Jüdisches Recht: Die Kraft der Debatte	928
1. Ein Schichtenmodell des Rechts	929
a) Tora und Mischna	929
b) Talmud	929
c) Nachtalmudische Quellen: Kommentare und Kodifikationen	931
2. Göttliche Bindung und menschliche Änderungen: die Schulen	931
3. Jüdisches und staatliches Recht	932
4. Eigenheiten des jüdischen Rechts	933
5. Zum Beispiel: Die Abkehr von der Polygamie	935
6. Jüdisches Recht in Israel	936
II. Kanonisches Recht: Der langsame Rückzug	938
1. Historische Bedeutung	938
2. Verhältnis von kanonischem und staatlichem Recht	939
3. Göttliches und menschliches Recht	939
4. Das heute geltende Kirchenrecht	941
5. Kanonisches Recht im Vergleich	943
§ 11 Kontexte transnationalen Rechts	945
A. Rechtsvergleichung jenseits des Staates	945
B. Der Kontext des Völkerrechts	947
I. Klassische Kontaktpunkte von Völkerrecht und Rechtsvergleichung	947
II. Völkerrecht als Gegenstand der Rechtsvergleichung	948
III. Eigenheiten des völkerrechtlichen Kontexts	950
1. Politischer Einfluß und mangelnde Zentralisierung	950
2. Völkerrechtsquellen: Konsensuale Rechtsetzung und „soft law“	951
3. Beschränkte Rechtssubjektivität von Individuen	952
4. Indirekte Rechtsdurchsetzung	953
5. Konstitutionalisierungsprozesse und Ausdifferenzierung	955
6. Unabhängigkeit von kontinentaleuropäischem und common law Kontext	956

C. Der Kontext des Europäischen Unionsrechts	956
I. Unionsrecht in der Rechtsvergleichung: Zwischen Selbstverständlichkeit und Neuland	956
II. Auf der Suche nach einem unionsrechtlichen Kontext	958
1. Die Debatte um eine europäische Rechtskultur	958
2. Unionsrecht und nationale Kontexte	959
3. Pluralismus des Unionsrechts	962
III. Einige Eigenheiten des supranationalen Unionsrechts	963
1. Europapolitische Perspektiven: Von Romantikern, Skeptikern und Technikern	963
2. Föderale Verzahnung	965
3. Demokratiedefizit, institutionelles Gleichgewicht, Markt	966
4. Der Europäische Gerichtshof: Apodiktischer Motor der Integration	967
5. Endlose Weiten: Das materielle Unionsrecht	968
IV. Jenseits des Unionsrechts	970
D. Der Kontext der lex mercatoria?	971
I. Lex mercatoria als Recht der internationalen Wirtschaft	971
II. Existenz und Inhalt der lex mercatoria: Der große Streit	972
1. Lex mercatoria als Rechtsordnung: Theoretische und praktische Probleme	972
2. Vielfalt der Lehren von der lex mercatoria	974
III. Lex mercatoria und Rechtsvergleichung	975
Stichwortverzeichnis	977