

INTERNATIONALE JURISTENVEREINIGUNG
OSNABRÜCK

Jahresheft 2003/05

Jahreshft

der

Internationalen Juristenvereinigung

Osnabrück

VORWORT

Dieses nun vor Ihnen liegende zwölfte Jahreshft der Internationalen Juristenvereinigung (IJVO) faßt inhaltlich die Jahre 2002 – 2005 zusammen. Wie gewohnt, haben wir in dem Jahreshft einen Ausschnitt aus den gehaltenen Vorträgen abgedruckt, wobei dies nur einen ersten Einblick in die Tätigkeit der IJVO gibt.

Außerlich habe sich für die IJVO einiges geändert: Zunächst hatte sie in diesen Jahren erstmals einen Vorstand, der sich nicht mehr überwiegend aus Mitarbeitern des Instituts von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. *Christian von Bar*, FBA speiste, sondern Präsident und Vizepräsidenten waren als Rechtsanwalt bzw. -anwältin extern angesiedelt. Daher ein großer Dank an unseren Quästor, Herrn *Lars Haverkamp*, der als nummehr einziger Institutsangehöriger die Verbindungen hielt und das Tagesgeschäft führte. Danken möchten wir aber auch dem nummehr so genannten „European Legal Studies Institute“ (ELSI) und seiner Leitung, dass wir für die Vorträge den Vortragsraum im Institut nutzen konnten. Des Weiteren hat die IJVO seit den hier zusammengefassten Jahren eine stetig im Wachsen begriffene Internetspräsenz, die unter der Seite des ELSI zu finden ist.

Abgedruckt sind in diesem Band die Vorträge von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Erik Jayme* zum Thema „Kulturelle Relativität des *ordre public*“ sowie von Herrn Dr. *Jonas Volk* zu der Thematik „Unterschiede in der Umsetzung von EG-Richtlinien in Deutschland, Frankreich und im Vereinigten Königreich“, von Herrn *José Carlos de Medeiros Nóbrega* zum Thema „Ein Blick auf das neue brasilianische Zivilgesetzbuch“ und von Frau *Dania Giyppinar* zur „Stellung der Frau nach der Scharia und nach dem neuen türkischen Zivilgesetzbuch“. Den Abschluß des Jahreshftes bilden wie stets die „Nachrichten aus dem Institut“, in denen Herr Professor Dr. Dr. h.c. von *Bar*, FBA die neuesten Entwicklungen aus dem Institut berichtet.

Außerhalb der Vortragsreihe gehalten und daher nicht abgedruckt wurden die Vorträge von Frau *Annunziata Herpai* „Ungarisches Deliktstrrecht und die geplanten Änderungen im Zivilgesetzbuch“ vom 24. Juni 2004, vom Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Reinhard Zimmermann*, FBA, FRSE zum Thema „Die Principles of European Contract Law (PECL) als Ausdruck und Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft“ vom 02. Juli 2004, von Herrn Rechtsanwalt *Wolfgang Ertle* zum Thema „Internationales und nationales Erbrecht der Niederlande – Anwendungsprobleme in deutsch-niederländischen Fällen“ vom 10. Februar 2005, der Vortrag von Herrn Professor Dr. *Martin Schmidt-Kessel* vom 14. April 2005 zu dem Thema „Sachenrecht im Recht der Europäischen Gemeinschaft: Anmerkungen zum Gemeinschaftsachenrecht“ sowie Herrn *Stefan Kettler*s Vortrag „Eigentumsvorbehalt und Sicherungseigentum im Recht der Russischen Föderation“ vom 27. Oktober 2005.

Allen Vortragenden nochmals von dieser Stelle unser herzlichster Dank!

Redaktion: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück

c/o *European Legal Studies Institute*

Universität Osnabrück

Heger-Tor-Wall 12, D-49069 Osnabrück

Telefon 0541/969-4460 – Telefax 0541/969-4466

Email: IJVO@web.de

Webseite: <http://www.elsi.uos.de/privatelaw/ijvo>

Schriftleitung: Stefan Kettler, LL.M. (Newcastle-upon-Tyne), Maître en droit (Orléans)

Zitierweise: IJVO 12 (2003/05), S. ...

Erscheinungsart: jährlich. *Baupreis*: € 8,-+ zuzüglich Versandkosten. *Verrtrh*: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück.

© 2006 Internationale Juristenvereinigung Osnabrück. Das Jahreshft und alle in ihm enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung mit elektronischen Systemen.

Druck: Druckhaus Bergmann GmbH, Osnabrück

Ein weiterer Höhepunkt der Jahre 2002 – 2005 war die Fahrt einer großen IVO-Gruppe zur „Hague Conference on Private International Law“ am 06. Juli 2004 nach Den Haag, bei der wir ausgesprochen herzlich von Herrn Dr. *Hans van Loon* und seinen Mitarbeitern empfangen wurden und neben den Räumlichkeiten der „Hague Conference“ auch den Internationalen Gerichtshof im Hager Vredespaleis besuchen konnten. Hartelijk bedankt!

Danken möchten wir ferner der Sparkasse Osnabrück, die uns erneut mit einer Anzeige unterstützt hat, sowie dem Redaktionskomitee, bestehend aus *Lars Hawerkamp* und *Stefan Keller*, die geduldig und beharrlich die Beiträge zusammengetragen und überarbeitet haben.

Schließlich ist zu danken allen Mitgliedern, die uns auf vielfältige Weise in unserer Amtszeit unterstützt haben und eine Vielzahl von Vorschlägen und Anregungen gegeben haben.

Osnabrück, im Juli 2006

für das Präsidium 2003-2005
Volker Heise

Inhalt dieses Heftes

Vorwort	III
Vorträge und Veranstaltungen	
<i>Wilk, Jonas</i>	
Unterschiede der Umsetzung von EG-Richtlinien in der Bundesrepublik Deutschland, der französischen Republik und dem Vereinigten Königreich	1
<i>Gürpınar, Damla</i>	
Die Stellung der Frau in der Türkei nach der Scharia und nach dem neuen türkischen Zivilgesetzbuch	15
<i>Nóbrega, José Carlos de Medeiros</i>	
Die Entstehung einer nationalen Zivilgesetzgebung – der Fall Brasiliens und seine Zivilgesetzlicher von 1916 und 2002	30
<i>Jayne, Erik</i>	
Gibt es eine kulturelle Relativität des ordre public im Internationalen Privatrecht?	42
Miszellen	
<i>v. Bar, Christian</i>	
Nachrichten aus dem Institut	57

Unterschiede der Umsetzung von EG-Richtlinien in der Bundesrepublik Deutschland, der französischen Republik und dem Vereinigten Königreich *

von

Dr. Jonas Wölk

Anders als die EG-Verordnung bedarf die Richtlinie der Umsetzung,¹ um innerstaatliche Rechtswirkungen zu erzeugen.² Wie in keiner anderen Handlungsform verzahnen sich in ihr vertragsgeschaffenes Europarecht und mitgliedstaatliche Regelungsanliegen. Mitgliedstaatliche Rechts Traditionen sind mit einem supranationalen Regelungsanspruch zu koordinieren, den der Vertrag in der deutschen, französischen und englischen Vertragsfassung des Art. 249 Abs. 3 EGV „Ziel“, „résultat“ oder „result“ nennt, „Form und Mittel“, „forme et moyens“ und „form and methods“ der Zielerreichung sind dabei den Staaten überlassen.³

Es liegt im Wesen dieser Methode der Rechtssetzung, daß sich der mit den Begriffen „Ziel“, „résultat“ oder „result“ umschriebene gemeinschaftliche Regelungsanspruch nicht immer reibungslos mit dem nationalen Normenbestand verträglich ist. Dies gilt schon für ein Europa der Fünfzehn, in dem seit dem Jahr 1973 englische Common Law-Traditionen mit den für das deutsche und das französische Recht prägenden römisch-germanischen Rechts Traditionen⁴ unter einem gemeinsamen Dach vereint sind, umso mehr aber für ein Europa nach der Osterweiterung, das schon durch Namen wie Estland, Lettland und Litauen bunt schillert.

Die Richtlinie beläßt dem Mitgliedstaat hier Flexibilität: Drohen Normenkollisionen, so kann er versuchen, die durch die Richtlinie eröffneten Regelungsspielräume möglichst umfassend auszunutzen und die Umsetzungsmaßnahme auf diese Weise mit seinen innerstaatlichen Rechtsvorstellungen anzureichern. Wie noch zu zeigen sein wird, gestattet Art. 249 Abs. 3 EGV dies aber nicht unbegrenzt, sondern nur in den Grenzen des jeweiligen Regelungsziel-

* Vortrag gehalten am 11. Juli 2002 vor der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück im *European Legal Studies Institute*, Osnabrück.

¹ Terminologisch scheint es sinnvoll, in Anlehnung an die von *Strathz*, *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1989, S. 178 verwendeten Begrifflichkeiten mit „Umsetzungsgesetz“ oder „normativer Ausführungsmaßnahme“ die Ausführung einer Richtlinie durch ein förmliches Gesetz zu bezeichnen, mit „Vollzugsakt“ oder „administrativer Ausführungsmaßnahme“ die Ausführung einer Richtlinie durch eine Rechtsverordnung. „Ausführungsmaßnahme“ oder „Umsetzungsmaßnahme“ umfaßt dabei jeweils als Oberbegriff sowohl die Umsetzung durch ein förmliches Gesetz als auch die Umsetzung durch eine Rechtsverordnung.

² Zu den Instanzen der unmittelbaren Wirkung und der richtlinienkonformen Auslegung vgl. *Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, Teil I 1.2.c).

³ Art. 249 Abs. 3 EGV lautet in der deutschen, französischen und englischen Vertragsfassung: „Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überläßt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel.“ „La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.“ „A directive shall be binding as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods.“

⁴ Vgl. *Gebirke*, The Implementation of the EC Milk Quota Regulations in British, French and German Law, 1993, S. 7.

raums, den die einzelne Vertragsfassung dem Mitgliedsstaat einräumt. Art. 249 Abs. 3 EGV gibt also nicht zwingend allen Mitgliedstaaten einen identischen Pflichtenkatalog auf; die Qualität des Richtliniennetzes in den Mitgliedstaaten kann dadurch beeinflusst sein, daß der in zwölf Sprachen verbindliche EG-Vertrag den Mitgliedstaaten nicht in allen Vertragsfassungen das gleiche Maß an Gestaltungsspielraum beläßt. Die Richtlinienumsetzung bietet Raum für gewisse nationale Eigentümlichkeiten der Umsetzungsmaßnahme.

1. Grundlagen und Verfahren der Richtliniengebung

Bedient man sich der Begrifflichkeiten des Völkerrechts, so rezipiert der Mitgliedsstaat im Vorgang der Umsetzung fremdes, supranationales Recht.⁵ Er versieht das EU-Recht mit einem weiteren, von der europäischen Ebene gelösten nationalen Geltungsgrund und transformiert dieses in eine nationale Rechtsvorschrift.⁶ Er sieht sich der bei der Richtlinie nicht in die Rolle des passiven Dulders gemeinschaftlicher Rechtssetzung gedrängt. Abgesehen von seinen frühen Einwirkungsmöglichkeiten im Rat kann er ein weiteres Mal aktiv und gestalterisch auf den Rechtssetzungsprozeß Einfluß nehmen.

Der einzigartigen Regelungstechnik der Richtlinie näherte man sich anfangs mit sehr tastenden Charakterisierungen.⁷ Bei der Suche nach Bekanntem wurden Ähnlichkeiten zur Rahmengesetzgebung nach Art. 75 GG gefunden,⁸ teilweise wurden eigene Modelle, wie etwa Ophüls Konstruktion von „Auftrag“ und „Delegation“ entwickelt.⁹

Das neuere Schrifttum faßt heute das in Art. 249 Abs. 3 EGV angelegte zweistufige Verfahren unter die Begriffe mittelbare Rechtssetzung¹⁰, gemischte Rechtssetzung¹¹ oder zweistufige Rechtssetzung.¹²

⁵ Um Rezeption – und nicht um Inkorporation – handelt es sich deshalb, weil das fremde Recht einen eigenen nationalen Geltungsgrund erhält, vgl. Wölk, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 20 ff.

⁶ Wegen des Charakters des Gemeinschaftsrechts als eigene Rechtsordnung ist Transformation aber nicht im strengen Sinn der völkerrechtlichen Transformationslehre zu verstehen, vgl. Badura, VVDStRL 23, S. 60; Konrad, Observations sur l'intensité normative des directives, in: Caporoti u.a., Du droit international au droit de l'intégration, 1987, S. 361 ff. sowie Jøsen, Richtlinien-Ergebnisse, in: Halstein / Schlochauer, Festschrift für Carl Friedrich Ophüls, 1965, S. 79, der dies mit der Verbindlichkeitswirkung der Richtlinie vor der Umsetzung begründet.

⁷ *Constantinco* nannte sie einen „eigentlichen Rechtsakt des Gemeinschaftsrechts“ (vgl. *Constantinco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, 1977, S. 615), Fuß eine „Art indirekter Rechtssetzung“ (Fuß, DVBl. 1965, S. 379), *Monaco* einen „niveau type de manifestation normative“ (*Monaco*, RIDC, 1960, S. 61 ff., 67, zit. nach Fuß, DVBl. 1965, S. 379, Fn. 150) und Jøsen begegnete gar einer „neuartigen Kunstschöpfung des Gemeinschaftsrechts“ (Jøsen, Richtlinien-Ergebnisse, in: Halstein / Schlochauer, Festschrift für Ophüls, 1965, S. 69, 76).
⁸ *Oppenann*, Europarecht, 1999, S. 209, Rn. 547; Kritik zur Heranziehung des Modells der Rahmengesetzgebung Fuß, DVBl. 1965, S. 380; *Zuleeg*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, 1969, S. 274 f.; *Winter*, DVBl. 1991, S. 666.

⁹ Nach dieser Konzeption beauftragt die Gemeinschaft, die eine ihr grundsätzlich zustehende Befugnis zur rechtlichen Ordnung der betreffenden Sachgebiete nicht durch unmittelbar wirkende Rechtssetzung ausübt, durch eine Richtlinie die Mitgliedstaaten, diese Aufgabe quasi als Delegierte der Gemeinschaften wahrzunehmen, vgl. *Oppenann*, Die Geltungsformen des europäischen Gemeinschaftsrechts, in: *Aubin*, u.a., Festschrift für Otto Riese, 1964, S. 19. Gegen dieses Modell spricht, daß die Gemeinschaftsverträge in einzelnen Bestimmungen ausschließlich die Richtlinie als Instrument der Rechtssetzung vorsehen, vgl. etwa Art. 96 Abs. 2 EGV. Wo eine Befugnis zum Erlaß unmittelbar wirkender Vorschriften fehlt, kann eine solche auch nicht delegiert werden.

¹⁰ *Constantinco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, 1977, S. 611.
¹¹ *Scholz*, in: *Fraufl / Scholz*, Europarecht und Grundgesetz, 1990, S. 53, 60.
¹² Vgl. etwa *Maggiore*, JURA 1989, S. 599; *Nicolayson*, Europarecht I, 1991, S. 161 f.; *Scherzberg*, Mittelbare Rechtssetzung, S. 574; *Götz*, Europäische Gesetzgebung, S. 1830; *Beutler / Bieber / Pipkorn / Streil*, Die Euro-

Die Richtlinie scharft – abgesehen von dem Fall der ausnahmsweisen unmittelbaren Wirkung einer Richtlinie – kein in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbares Recht, sondern verpflichtet die Mitgliedstaaten, dies zu tun. Richtliniennetz ist in der Substanz gemeinschaftlich, in der Form folgt es nationalen Regeln. Die Regelungen einer Richtlinie treten dabei nicht an die Stelle der nationalen Rechtsvorschriften. Vielmehr werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, ihr Recht den Bestimmungen der Richtlinie anzupassen.¹³ Anpassung heißt aber nicht, daß nach der Umsetzung eine Parallelrechtsordnung von Richtlinie und Umsetzungsform besteht. Abgesehen von den Sonderfällen der richtlinienkonformen Auslegung und der unmittelbaren Wirkung einer Richtlinie ist nach der Umsetzung allein der nationale Rechtsakt verbindlich.¹⁴

Die Richtlinie bietet den Vorteil, daß Eingriffe in das innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsgefüge – im Vergleich zur Rechtssetzung durch EG-Verordnungen – mit abgemilderter Intensität geschehen. Nationalen Besonderheiten kann man Rechnung tragen¹⁵ und die Souveränität der Mitgliedstaaten und ihrer Parlamente schonen.¹⁶ In ihrer idealen, ursprünglichen Konzeption ist das Hauptanwendungsgebiet der Richtlinie der Bereich der Rechtsangleichung, nicht der der Rechtsvereinheitlichung.¹⁷ Sie substituiert nicht das nationale Recht, sondern modifiziert es in Kooperation mit den Mitgliedstaaten, um es den Erfordernissen des Binnenmarktes oder einem sachgebietsbezogenen sektoriellen Ziel anzupassen.¹⁸

Soweit mit Richtlinien Rechtsangleichung betrieben wird, ist diese nicht Selbstzweck. Der Bedarf an Rechtsangleichung speist sich vornehmlich aus zwei Zielrichtungen der Verträge: Als „rechtliche Rechtsangleichung“ ist sie in erster Linie auf die Beseitigung von Disparitäten in den Rechts- und Verwaltungsordnungen der Mitgliedstaaten gerichtet.¹⁹ Als „politische Rechtsangleichung“²⁰ wirkt sie primär auf die Politik und nur sekundär auf die Rechtsnormen

pläische Union, S. 195; *Bleckmann*, Europarecht, 1997, S. 163, Rn. 416; *Borchardt*, in: *Rehlinger / Weyringer*, Handbuch der europäischen Integration, 1996, S. 93.

¹³ *Beutler / Bieber / Pipkorn / Streil*, Die Europäische Union, 1993, S. 195.

¹⁴ Anderslautende Auffassungen hätten eine unzulässige Entbehrung des Umsetzungsakts zur Folge, vgl. *Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 25 f.

¹⁵ *Borchardt*, in: *Rehlinger / Weyringer*, Handbuch der europäischen Integration, 1996, S. 93; *Breckmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 10.
¹⁶ *Jøsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 455; *Oldenbourg*, Die unmittelbare Wirkung von Richtlinien im innerstaatlichen Bereich, 1984, S. 5.
¹⁷ Vgl. etwa *Götz*, NJW 1992, S. 1850; *Grabitz*, in: *Grabitz / Hillf*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 189, Rn. 51. Wenn der EGV Rechtsangleichung als Prozeß vorschreibt, bedient er sich unterschiedlicher Rechtsstermini wie „Angleichung“ (vgl. etwa Art. 94 und 95 Abs. 1 EGV), „Harmonisierung“ (so etwa Art. 93 EGV), „Koordinierung“ (z.B. Art. 47 Abs. 2 EGV) oder „Anpassung“ (Beispielsweise Art. 157 Abs. 1 und 71 Abs. 2 EGV). Die hierzu vorgenommenen Untersuchungen haben gezeigt, daß es sich dabei um Synonyma zum Begriff der Rechtsangleichung handelt, die ihre Ursache in der ursprünglichen Versprachlichung und unmetaphorischen Terminologie der Römischen Verträge haben, vgl. *Constantinco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, 1977, S. 611 m.w.N. in Fn. 201.

¹⁸ Vgl. *Constantinco*, Das Recht der europäischen Gemeinschaften, 1977, S. 611, der angesichts der Wahlfreiheit der Mitgliedstaaten hinsichtlich Form und Mittel der Umsetzung etwas unglücklich von „Anweisungen“ durch die Richtlinie an die Mitgliedstaaten spricht.
¹⁹ *Grabitz*, in: *Grabitz / Hillf*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 189, Rn. 51. Paradigmatischen Charakter für eine so verstandene Rechtsangleichung haben die diversen Gleichbehandlungsrichtlinien, die auf Art. 94 EGV und Art. 308 EGV gestützt wurden (Aufzählung und Erläuterung bei *Cornell*, in: *Groeben / Thiesing / Ehlermann*, EGV, 1997, Art. 119, Rn. 147 bis 171). Diese Funktion von Rechtsangleichung übersieht *Drinkath*, Die Kapitalrichtlinie – Mindest- oder Höchstnorm, 1998, S. 70.

²⁰ Die Unterscheidung zwischen strikter Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften und binnenmarkbezogener politischer Rechtsangleichung wird im Schrifttum teilweise mit anderen Begriffen belegt. So bezeichnet *Furter*, Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts, 1994, S. 134 einer Unterscheidung *Steindorffs* folgend den ersten Fall als „aktive Rechtsangleichung“, den zweiten Fall als „reaktive Rechtsangleichung“, vgl. auch *Luttor*, in: *Due / Luttor u.a.*, Festschrift für Jürgen Everling, 1995, S. 771, Fn. 32a.

der Mitgliedstaaten ein.²¹ Wie man sich vorstellen kann, sind die Zielsetzungen einer Richtlinie in der Praxis oft aber gemischt.

Das ursprüngliche Konzept der Nutzbarmachung der Richtlinie als Instrument der Rechtsangleichung hat über die Jahre hinweg – vor allem durch die Praxis der detaillierten, perfektionistischen Richtlinien – fühlbare Aufweichungen erfahren. Von ihrer eigentlichen Funktion, den Mitgliedstaaten bei der Verwirklichung gemeinschaftlicher Inhalte und Ziele ausreißend Raum für mitgliedstaatliche Besonderheiten zu lassen, hat sich die Richtliniengebung zum Teil merklich entfernt. Hintergrund für solche regelungsintensiven Richtlinien ist häufig, daß der Richtliniengeber – auf Kosten mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume – bereits im Rat Vorbeuge treffen will, daß der Richtlinieninhalt bei der Umsetzung auf keine rechtlichen Vorbehalte in den Mitgliedstaaten stößt und auch keine sonstigen politischen oder verfahrenstechnischen Verzögerungen auftritt, die der ordnungsgemäßen Umsetzung später im Wege stehen.²² Nationale und fachliche Positionen finden dann zum größten Teil bereits über den Rat Eingang in die Richtlinie.²³ Wie es Stedentopf treffend ausgedrückt hat, sind Richtlinien dann oft nicht mehr als der kleinste gemeinsame Nenner, auf den sich die Vertreter von fünfzehn Fachverwaltungen geeinigt haben.²⁴

Ohne hier in eine weitere Philippika gegen die perfektionistische Richtliniengebung zu verfallen: Die durch die öffentliche Diskussion im Mitgliedstaat eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten werden von vornherein beschnitten, die Regelungen verschoben die ursprüngliche – auf gegenseitige Balance und Ergänzung angelegte – Aufgabenverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaat einseitig zu Lasten der mitgliedstaatlichen Ebene. Dem Mitgliedstaat bleibt oft nichts anderes übrig, als die engmaschigen – häufig hochgradig technischen Bestimmungen – eins zu eins in das nationale Recht zu überführen. Solche Richtlinien verlassen deshalb funktionell das Segment der Rechtsangleichung und dringen deutlich in den Bereich der Rechtsvereinheitlichung vor.²⁵ Gleichwohl kann nicht ignoriert werden, daß sich diese Art und Weise der

²¹ Beispiel für politische Rechtsangleichung in diesem Sinne sind insbesondere Richtlinien auf Basis von Art. 95 EGV (weitere Beispiele bei *Stryz*, Europarecht, 1999, S. 352, Rn. 957). Diese sehen eine Rechtsangleichung als Konsequenz der (politischen) Entscheidung für einen europäischen Binnenmarkt vor. Eine starke Kategorisierung von Richtlinien danach, ob mit ihnen eine binnenmarktbezogene, politische Rechtsangleichung verfolgt wird oder diese schlicht die Angleichung widersprechender mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften im Auge haben, ist weder durchführbar noch sinnvoll. Denn meistens sind beide Zielsetzungen verfolgt, wie etwa bei der Rohwasserrichtlinie 75/440/EWG, Abl. EG L 194/34 vom 27. Juni 1975, die durch die Festsetzung von Grenzwerten zum einen den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung bezweckt, zum anderen aber auch ungleiche Wettbewerbsbedingungen, die durch unterschiedliche Anforderungen an das zur Trinkwassergewinnung verwendete Wasser entstehen können, vermeiden soll; vgl. dazu *Ziehm*, Europäisches Grund- und Trinkwasserrecht, 1996, S. 95.

²² *Schäfer*, Die EWG-Richtlinie, 1977, S. 70; *Scherzberg*, JURA 1992, S. 576.

²³ *Siedentopf*, DOV 1988, S. 985; *Götz*, NJW 1992, S. 1850.

²⁴ *Siedentopf*, DOV 1988, S. 985.

²⁵ Zum Streitstand zur Problematik der zulässigen Regelungsintensität von Richtlinien vgl. *Cassan*, Nichtumsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien, 1999, S. 50 ff. Die zur Rechtfertigung detaillierter Richtlinien gegebenen Begründungen sind oft von zweifelhafter Qualität. Engmaschige Richtlinien dürfen kaum unter dem von *Woyt / Dackwood*, European Community Law, 1993, S. 70 vorgebrachten Gesichtspunkt zu rechtfertigen sein, daß eine zunehmende Detailliertheit von Richtlinien dem Einzelnen den Nachweis der Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien erleichtere und in der Tendenz "a counsel of perfection, in view of the vagueness to be found on occasion in directives" zu begründen sei. Die unmittelbare Wirkung stellt eine Hilfskonstruktion dar, die dem Individuum bei verbesserter oder mangelhafter Richtlinienumsetzung in die subjektiven Rechtspositionen der Richtlinie einrücken läßt. Wolte man mit diesem Argument einer perfektionistischen Ausgestaltung von Richtlinien das Wort reden, so wäre eine Entwicklung vorgezeichnet, die die unmittelbare Wirkung gerade vermeiden und sanktionieren will. Denn mit zunehmender Detailliertheit einer Richtlinie steigt auch die

Richtliniengebung in der Praxis der Gemeinschaften durchgesetzt hat.²⁶ Auch wurden Richtlinien wegen ihrer Detailliertheit bislang nur vereinzelt dem EuGH vorgelegt.²⁷

Wie das Gescheh der detaillierten Richtliniengebung zeigt, verhalten sich Detaillierungsgrad und Umsetzungsspielraum bei der Richtlinie gegenläufig.

Das Phänomen der detaillierten Richtlinien soll deshalb zu der Frage überleiten, inwieweit der Mitgliedstaat bei der Umsetzung – selbst wenn er mit einer detaillierten Richtlinie konfrontiert ist – trotzdem einen unanasthetischen materiellen Regelungsspielraum hat. Die Existenz eines solchen generellen materiellen Umsetzungsspielraums wird im Schrifttum nicht einheitlich behauptet.²⁸ Die Problematik zählt – man möchte es angesichts ihrer Relevanz für die gemeinschaftliche Rechtssetzungspraxis kaum glauben – nach wie vor zu den noch nicht abschließend geklärten Problemen des Gemeinschaftsrechts.

II. Der generelle materielle Regelungsspielraum jedes Mitgliedstaats

Eine erlassene Richtlinie erzeugt für den Mitgliedstaat in vielerlei Hinsicht rechtliche Bindungen. Dazu gehören beispielsweise die aus Art. 10 Abs. 1 EGV folgende Pflicht, eine Richtlinie überhaupf umzusetzen²⁹ oder auch die Normbefehle aus einer der sogenannten Vorwirkung der Richtlinie, wollte man eine solche für die erlassene, aber noch nicht umgesetzte Richtlinie anerkennen.³⁰ Nicht jede Pflicht aus der Richtlinie hat jedoch auch eine Bedeutung für den materiellen Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten. Bei den vorgenannten Effekten handelt es sich zwar um Normwirkungen der erlassenen Richtlinie, doch sind diese nicht spielraumrelevant und sollen deshalb an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

Dem Problem der generellen materiellen Spielräume hat man sich anders, namentlich über den Zielbegriff zu nähern. Dasjenige, was die deutsche Vertragsfassung „Ziel“, die französische Vertragsfassung „résultat“ und die englische Vertragsfassung „result“ nennt, fordert die Mitgliedstaaten auf, einen bestimmten Rechtszustand im nationalen Rechtsraum zu verwirkli-

Gefahr, daß ein Mitgliedstaat die auf nationaler Ebene kaum mehr anpassungsfähige, starre Regelung nicht mit den nationalen Rechtsvorschriften in Einklang bringen kann und deshalb die Richtlinie nicht ordnungsgemäß umsetzt. In Konsequenz dessen könnte die Anzahl nicht umgesetzter Richtlinien steigen, weswegen verstärkt das Korrektiv der unmittelbaren Wirkung bemüht werden müßte. Eine Art Teufelskreis wäre also die Folge. Ähnlich wie *Woyt / Dackwood* argumentiert *Wheatfield*, Law and Integration in the European Union, 1995, S. 82, der flexible Vorgaben in einer Richtlinie als Hindernis bei der Durchsetzung subjektiver Rechte aus der Richtlinie ansieht, wenn er unterschiedliche Methoden der Bewertung von Richtliniesterminungen deswegen für zulässig erklärt, weil die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur effektiven Umsetzung eben „zugegebenermaßen unbestimmt“ („admittedly vague“) sei.

²⁶ Vgl. *Hawchick*, JZ 1990, S. 525 f.

²⁷ Vgl. *Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 32.

²⁸ Einen materiellen Regelungsspielraum auf Grundlage von Art. 249 Abs. 3 EGV behaupten beispielsweise *Steindorff*, in: *Due / Lutter u.a.*, Festschrift für Everling, 1995, S. 1455; *Green*, ELR 1984, S. 300 ff.; *Bleckmann*, Europarecht, 1997, S. 176, Rn. 456; *Klein*, VVDStRL 50, S. 74, und *Jansz*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 57; a.A. ist etwa *Ipsen*, in: *Halslein / Schlechtauer*, Festschrift für Ophüß, 1965, S. 74, ders., Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 458; *Ipsen*, Standpunkt übernommen haben etwa *Dandrius*, Rechtsprobleme der Direktwirkung der EWG-Richtlinien, 1989, S. 127; *Brechmann*, Die nichtkonforme Auslegung, 1994, S. 11; *Emmert*, Europarecht, 1996, S. 127 sowie *Kovar*, in: *Capotorti u.a.*, Festschrift für Pescatore, 1987, S. 366.

²⁹ Zum sog. allgemeinen Umsetzungsgebot siehe etwa EuGH Rs 147/77 (Kommission/Frankreich), Slg. 1978, S. 1311; EuGH Rs 222/84 (Johnston), Slg. 1986, S. 1690.

³⁰ Im Kontext der Richtlinie bezieht sich das Problem der Vorwirkung auf die Fragestellung, ob für den Richtlinieninhalt ausdrücklich widersprechendes nationales Recht von Umsetzung ein Entlass- und Anwendungsverbot anzunehmen ist. Eine derartige Effekte der bloß erlassenen Richtlinie ist abzuleiten, vgl. näher *Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 36 ff.

chen. Das Ziel des Art. 249 Abs. 3 EGV ist deshalb nicht mit den aufgeführten Rechtswirkungen gleichzusetzen, die sich aus jeder einzelnen Bestimmung des Richtlinieninhalts ergeben. Vielmehr ist das „Ziel“ ein durch Auslegung³¹ des gesamten Richtlinieninhalts zu ermittelnder und zu realisierender Rechtszustand. Im Vergleich zur schlichten Summierung der Normwirkungen aller Einzelbestimmungen des Richtlinieninhalts bedeutet die Verpflichtung zur Erreichung dieses Rechtszustands ein Minus an Zwangswirkung für den Mitgliedsstaat. Dafür spricht unter anderem, daß Art. 249 Abs. 3 EGV den Begriff Ziel im Singular gebraucht und nicht von „Zielen“ spricht.³² Die Vollverbindlichkeit jeder Einzelbestimmung der Richtlinie kann insbesondere nicht aus der – heute noch im Schrifttum weit verbreiteten – Auffassung Ipsius gefolgert werden, das „Ziel“ der deutschen Vertragsfassung sei in Anlehnung an die französische, holländische und die italienische Vertragsfassung als „Ergebnis“ zu lesen, wegen der Richtliniengeber frei in seiner Entscheidung darüber sei, wie regelungsintensiv er die Richtlinie ausgestalten wolle.

Gegen diese Auffassung nur einige wenige Argumente: Dort, wo der EG-Vertrag in der deutschen Fassung von „Ergebnissen“ spricht – namentlich in Art. 187 EGV – benutzen die englische und die französische Vertragsfassung gerade nicht die Wörter „result“ oder „résultat“, sondern gebrauchen die Begriffe „experience“ und „réalisation“. Augenscheinlich ist damit in der Sprache des EGV der Begriff „Ergebnis“, soweit er in der deutschen Fassung benutzt wird, nicht zwangsläufig mit den Begriffen „result“ oder „résultat“ in der englischen und der französischen Vertragsfassung gleichzusetzen. Auch wird der Grundsatz negiert, daß – nach Auffassung des EuGH – einem Begriff des EG-Vertrags bei Bedeutungszweifeln nicht schlichtweg die Bedeutung gegeben werden darf, die ihm die Mehrheit der verbindlichen Fassungen zuschreibt.³³ Im übrigen besteht auch keine Notwendigkeit, etwaige semantische Unterschiede der altesamt nach Art. 314 EGV verbindlichen Fassungen des EGV mit der Brechstange zu nivellieren: Bedeutungsunterschiede in den verschiedenen landessprachlichen Versionen des EGV sind nicht nur nicht auszuschließen³⁴, sondern können auch bewußt veranlaßt sein.³⁵

Der entscheidende Einwand gegen die Verwendung des Begriffs „Ergebnis“ in der deutschen Vertragsfassung liegt jedoch darin, daß sich der deutsche Begriff Ergebnis und der französische Begriff „résultat“ – was eine semantische Analyse gezeigt hat – in Art. 249 Abs. 3 EGV in ihrer Wortbedeutung gerade nicht decken.³⁶

Für die Existenz eines materiellen Regelungsspielraums spricht ferner der Umstand, daß Art. 249 Abs. 3 EGV funktionell eine Zweck-Mittel-Relation und keine Ziel-Mittel-Relation zugrundeliegt. Dies hört sich merkwürdig an, hat aber folgenden Hintergrund: Zweck-Mittel-

Relationen zeichnen sich dadurch aus, daß bei ihnen – sofern man sie auf reale Lebensvorgänge bezieht – der Einsatz des Mittels den objektiven Endzustand „Zweck“ bestimmt. Anders Ziel-Mittel-Relationen: Für sie ist charakteristisch, daß das „Ziel“ als Endzustand völlig unbeeinflusst vom Zweck bleibt. Bildlich gesprochen: Nicht die Absicht, Geschirf herzustellen, brennt den Ton, sondern die Temperatur des Feuers. Deswegen liegt in diesem Beispiel eine Zweck-Mittel-Relation vor, keine Ziel-Mittel-Relation. Für Art. 249 Abs. 3 EGV hat sich nun gezeigt, daß die Zielerreichung nicht nur tatsächlich, sondern auch normativ der Mittelsphäre unterliegt. In der Zweck-Mittel-Relation der Vorschrift ist das mitgliedstaatliche Handeln stets Determinante für die Qualität des „Ziels“ als endgültiger Rechtszustand. Eine en bloc-Übernahme des Richtlinientextes verlangt Art. 249 Abs. 3 EGV gerade nicht. Naturngemäß kann und normativ muß der zu erreichende Rechtszustand dann nicht in allen Mitgliedsstaaten gleich ausfallen.³⁷

Dabei hat der Mitgliedsstaat freilich zu beachten: Nationale Regelungsamtlagen darf er nur in den Grenzen ordnungsgemäßer Zielerreichung einbringen. Ein Mitgliedsstaat verhält sich dabei aber nicht vertragswidrig, wenn er eine detaillierte Einzelerreichung oder mehrere solcher Bestimmungen so in das nationale Recht überträgt, daß diese zwar nicht bedeutungsgleich mit der gemeinschaftlichen Einzelregelung sind, jedoch die Zielerreichung insgesamt in gleicher Weise sichergestellt ist. Zum Ausdruck kommt dieser Regelungsspielraum am Beispiel des 1988 ins Leben gerufenen Konzepts der „directives nouvelle approche“ (Richtlinien der sogenannten „Neuen Konzeption“). Derartige Richtlinien sind für den Mitgliedsstaat ausdrücklich nur insoweit verbindlich, als dieser ein bestimmtes Schutzniveau erreichen muß. Bei der Einschätzung, ob eine technische Regelung geeignet ist, dieses Schutzniveau zu gewährleisten, hat er weitgehend freie Hand. Diesbezüglich ist ihm in der „directive nouvelle approche“ sogar eine Einschätzungsprärogative dahingehend zugestanden, ob er überhaupt regend tätig werden muß.³⁸ Einen ähnlichen Weg beschreitet die Gemeinschaft bei zahlreichen technischen Richtlinien, wo dem Mitgliedsstaat zwar ein Referenzverfahren an die Hand gegeben ist, dieser jedoch auch Alternativverfahren einsetzen darf. Je nach Ausgestaltung der Richtlinie muß dieses dann „ebenso geeignet“³⁹ sein, „nachweislich gleichwertige Ergebnisse“⁴⁰ liefern oder eine „zufriedenstellende Korrelation“ von Referenzverfahren und mitgliedstaatlichem Verfahren ermöglichen.⁴¹ Materielle Gestaltungsmöglichkeiten hat ein Mitgliedsstaat ferner dann, wenn er sich auf einen sogenannten Regelungsvorbehalt berufen kann. Regelungsvorbehalte eröffnen den Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung zwar Gestaltungsspielräume; diese bestehen aber nicht generell, sondern eben nur dann, wenn eine Richtlinie ausdrücklich eine Option enthält oder der EG-Vertrag eine Schutzklausel bereitzstellt.⁴² Da Regelungsvorbehalte durch einzelne Richtli-

³¹ Zur Zielermittlung durch Auslegung vgl. mit eher praktischen Überlegungen Schäffer, Probleme, S. 68 ff.; zur Methodik ausführlich Heß, Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht, 1999, S. 51 ff.

³² Zu weiteren Argumenten vgl. Wolk, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 34 bis 59; a.A. sind etwa Ipsius, in: Hallstein / Schölkauer, Festschrift für Ophüls, 1965, S. 74; Weber, Die Richtlinie im EWG-Vertrag, 1974, S. 74, sowie Netzerlein, Die mitgliedstaatliche Durchführung von EG-Richtlinien, 1999, S. 20 f.

³³ Vgl. EuGH Rs 30/77 (Bouchereau), Slg. 1977, S. 2010, wo eine derartige „Mehrheitslösung“ bei textlich divergierenden Fassungen eines Begriffs innerhalb einer Richtlinie abgelehnt wurde; vgl. auch Weber, in: Groben / Thiesing / Ehlermann, EGV, 5. Aufl., 1997, Art. 248, Rn. 15.

³⁴ Vgl. Braeschmann, Übernationales Recht und Mehrsprachigkeit, EuR 1992, S. 58 f.

³⁵ Vgl. Morgan, Multilingual legal drafting, Multilingual 1982, S. 110, der darauf hinweist, daß die häufigere Ursache von Bedeutungsdivergenzen freilich im Zirkel der Übersetzungsarbeit liegt.

³⁶ Vgl. Wolk, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 184 sowie zu weiteren Einwänden gegen eine Ersetzung S. 34 bis 59.

³⁷ Wolk, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 54 ff.

³⁸ Zum *„directives nouvelle approche“* vgl. Levin, Kommentierung der Art. 249 bis 256 EGV, in: Léger (Hrsg.), Commentaire des traités UE et CE, 2000, S. 1730, Rn. 8.

³⁹ So etwa Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 82/176/EWG vom 22. März 1982, Abl. L 81/29 (Quecksilberabteilungen); Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie 84/156/EWG vom 8. März 1984, Abl. L 74/49 (Quecksilberabteilungen); Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie 83/514/EWG vom 26. September 1983, Abl. L 291/1 (Cadmiumabteilungen).

⁴⁰ Anhang I Abschnitt D der Richtlinie 91/271/EWG vom 21. Mai 1991, Abl. L 133/40 (Kommunales Abwasser); Art. 10 der Richtlinie 83/203/EWG vom 7. März 1985, Abl. L 87/1 (Sticksstoffoxyd); Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 92/72/EWG vom 21. September 1992, Abl. L 297/1 (Ozon).

⁴¹ Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 80/779/EWG vom 15. März 1980, Abl. L 229/30 (Schwefeltrioxid).

⁴² Furrer, Die Sperrwirkung, 1994, S. 71, der aber nur allgemein von „Optionen“ spricht.

nien gewährte „Spezialspielräume“ sind, soll auf diese Problematik hier nicht näher eingegangen werden.

Im Schrifttum hat unter anderem Furrer probiert, einen materiellen Regelungsspielraum durch einen allgemeinen „ordre-public-Vorbehalt“ analog Art. 30, 39 Abs. 3, 46 Abs. 1 und Art. 55 EGV zu konstruieren. Das Modell ist allerdings mit der Rechtsprechung des EuGH nicht in Einklang zu bringen.⁴³

Ein gewisser – wenn auch in der Praxis kaum meßbarer – Regelungsspielraum des Mitgliedstaats ergibt sich freilich dadurch, daß das Richtlinienrecht regelmäßig unter Ausnutzung bereits bestehender Kompetenzgrundlagen in nationale Regelungszusammenhänge eingebettet wird. Die im Ziel der Richtlinie konkretisierten, übergeordneten gemeinschaftlichen Zielsetzungen kann der Mitgliedstaat dabei in gewisser Hinsicht „reorganisieren“, die Umsetzungsmaßnahme erfährt eine nationale Akzentuierung.⁴⁴

Weitere materielle Spielräume des Mitgliedstaats tun sich dadurch auf, daß die Mitgliedstaaten dasjenige, was der Vertrag mit „Ziel“, „résultat“ und „result“ bezeichnet, unter Heranziehung der Bedeutung dieses Begriffs in ihrer Sprach- und Rechtsordnung „national“ auslegen dürfen. Dies hat – verkürzt dargestellt – folgenden Hintergrund: Wenn die deutsche, die französische und die englische Vertragsfassung nach Maßgabe von Art. 314 EGV „gleichermaßen verbindlich“ sind, so heißt das, daß die ihren Begriffen zukommenden Bedeutungsgehalte juristisch gültig sind. Der Interpret einer Gemeinschaftsbestimmung darf sich deshalb auf die in seiner Landessprache gehaltene Fassung prinzipiell verlassen. Anders ist dies etwa im Bereich des EGKS-Vertrags, wo die Vertragswortlaute nicht gleichberechtigt sind, sondern Art. 100 EGKS den Vorrang der französischen Fassung festlegt. Auf seine Vertragsfassung kann sich der einzelne Rechtsanwender nach dem EuGH aber immer nur solange verlassen, wie keine Bedeutungs Zweifel aufreihen. Bedeutungs Zweifel in diesem Sinne liegen unter anderem immer schon dann vor, wenn ein korrespondierender Begriff einer anderssprachlichen Vertragsfassung Anlaß zu Auslegungszweifeln eines Wortes in der eigenen Vertragsversion gibt.⁴⁵ Mit anderen Worten: Fällt dem EuGH auf, daß sich ein Begriff in einer Vertragsversion dem Anschein nach nicht ganz mit dem entsprechenden Begriff einer anderen Vertragsfassung deckt, spricht man von einem Bedeutungs Zweifel.

Der EuGH sieht sich hier regelmäßig in der Zwickmühle, da er wegen des in Art. 314 EGV verankerten Prinzips der sprachlichen Gleichberechtigung zwölf gleichberechtigte Vertragsfas-

⁴³ Vgl. die Entscheidung EuGH Rs 5/77 (Teleschi-Denkavit), S. 1555 ff., wo die Anwendung von Art. 36 EGV a.E. auf eine Richtlinie ausdrücklich abgelehnt wird und das Urteil EuGH Rs. 222/84 (Johnston), S. 1866, S. 1651 ff., Rn. 22 ff., wo der Gerichtshof betont, daß das Schutzzanliegen „öffentliche Sicherheit“ aus der Richtlinie selbst beantwortet werden muß.

⁴⁴ Vgl. EuGH Rs 1/83 (Von Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen), S. 1984, S. 1906 sowie anschaulich die Entscheidung EuGH Rs 148/78 (Ratti), S. 1979, S. 1642 f. In diesem Urteil äußerte der Gerichtshof sich zu der Frage, inwiefern die Richtlinie 73/173/EWG vom 4. Juni 1973 (Lössungsmittel) eine von den detaillierten Vorgaben betreffend der Einastung, Verpackung und Kennzeichnung von Lösungsmitteln bedeutungsvoll verschiedene nationale Rechtsvorschriften gestatte. Der Gerichtshof ging so vor, daß er zunächst das übergeordnete „Hauptziel“ der Richtlinie bestimme. Als solches sah er trotz des starken sachlichen Bezugs zum Umwelt- und Verbraucherschutz die Harmonisierung des Binnenmarktes an. Die Ziele Umweltschutz und Verbraucherschutz waren nach Auffassung des Gerichtshof nur sekundär durch das Ziel der Richtlinie mit verfolgt. Er gelangte dann zum Ergebnis, daß keine weitergehenden, von den Vorgaben der Richtlinie abweichenden Angaben auf Lösungsmittelbehältern zulässig seien. Dieses Ergebnis begründete der Gerichtshof in erster Linie mit einer angeblich dominierenden Binnenmarktbezogenheit des Ziels der Richtlinie, wobei er aber auch den hohen Detaillierungsgrad der Richtlinie berücksichtigte. Zur „Reorganisation“ übergeordneter Zielsetzungen näher Wolk, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 88 ff.

⁴⁵ Weber, in: Groeben / Thiesing / Ehlermann, EGV, 5. Aufl., 1997, Art. 248, Rn. 14.

sungen auf seinem Schreibstisch hat, die er nach dem Verständnis, das der EuGH an Art. 314 EGV anlegt, alle grammatisch auslegen müßte, um zu klären, ob sich nicht doch eine gemeinsame sprachliche Bedeutung finden läßt.⁴⁶ Angesichts einer solchen Mammtaufgabe hält er sich deshalb nicht lange mit einer grammatischen Auslegung auf und verlegt sich regelmäßig ohne weitere Umschweife auf die teleologische Auslegung. In diesem Vorgehen sieht er sich durch die bekannten Grundsätze gestützt: Vorrangiger Leitfaden und Maßstab sind für den EuGH stets die Einbeziehung des Gemeinschaftsrechts und die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaften.⁴⁷ Auf den Sockel des „Telos“ gehoben, verbietet sich nach diesen Leitlinien in der Regel die isolierte Betrachtung der Bedeutung eines Begriffs innerhalb einer Textfassung.

Der Gerichtshof spürt in diesen Fällen vielmehr über Zusammenhang und Zweck der verschiedenen „autonomen gemeinschaftsrechtlichen Bedeutung“ des Begriffs nach.⁴⁸

In gewisser Hinsicht ist die Auslegungspraxis des EuGH ja auch durchaus verständlich: Soweit der Gerichtshof überhaupt probiert hat, die semantische Bedeutung eines Begriffs anhand der Intension, d.h. des Begriffsinhalts zu ermitteln, der einem sprachlichen Zeichen in einem einzelnen Vertragsfassung zukommt, hat er sich nicht mit Ruhm bekleckert. Das wäre aber jedem anderen auch so gegangen. Die einschlägigen Urteile zeigen, daß auch ein juristisch vorgebildeter Rechtsanwender für eine sachgerecht durchgeführte sprachvergleichende Analyse zwangsläufig nicht über das entsprechende sprachteleologische Instrumentarium verfügt, um einer solchen Aufgabe gerecht zu werden. So hat der Gerichtshof in einer Entscheidung etwa die – linguistisch nicht haltbare – Feststellung zugrundegelegt, der holländische Begriff „rechtgenoot“ erfasse als unmarkierter Term sowohl den Ehemann als auch die Ehefrau.⁴⁹

Es stellt sich allerdings Frage, ob die teleologische Auslegung bei solchen Schwierigkeiten das Allheilmittel ist. Soweit der EuGH die semantische Auslegung darauf zurückstutzt, in einem ersten Schritt etwaige Bedeutungsdivergenzen der Vertragsfassungen aufzudecken,⁵⁰ um diese dann in einem zweiten Schritt zugunsten einer „überzeitlichsprachlichen teleologischen Maßstabfassung“ einzuziehen, verläßt er sich voll und ganz auf ein nicht eben unproblematisches Auslegungsverfahren.

⁴⁶ Die übrigen Vertragsfassungen sind dabei Elemente des Gemeinschaftsrechts, das anders als ausländisches Recht im Sinne von § 293 und 549 ZPO unmittelbar innerstaatlich zu beachten ist, vgl. *Hilf*, EurJ 1993, S. 15. Allerdings haben die verschiedenen Fassungen des EGV, unbeschrieben ihrer juristischen Gleichwertigkeit, ihren gemeinsamen sprachlichen Ursprung in nur einer Originalfassung, die die Entwurfer zu den Römischen Verträgen überwiegend in Französisch abgefaßt worden sind, vgl. Weber, in: Groeben / Thiesing / Ehlermann, EGV, 5. Aufl., 1997, Art. 248, Rn. 13.

⁴⁷ Vgl. EuGH Rs 41/89 (Schweidler/Parlament), S. 1990, S. 89; EuGH Rs 44/93 (Rockfon), S. 1995, S. 4316; EuGH Rs 207/81 (Fehlitz/Finanzamt), S. 1982, S. 2784 sowie Strinz, Europarecht, 1999, S. 188, Rn. 500; *Held*, Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht, 1999, S. 79.

⁴⁸ EuGH Rs 9/79 (Koschnick/Rand von Arbei), S. 1979, S. 2717. Der Gerichtshof berücksichtigt hier nicht, daß die Begriffe „rechtgenoot“ und „rechtgenote“ in sogenannter partizipativer Opposition zueinander stehen, d.h. der weibliche Begriff als Teilmenge der Bedeutungsmöglichkeiten des maskulinen Begriffes, eben nicht den männlichen Ehegatten erfassen kann, vgl. *Brzeziemann*, Übernationales Recht und Mehrsprachigkeit, EurJ 1992, S. 61 ff.

⁴⁹ Damit wird sich im Schrifttum überwiegend abgefunden, vgl. etwa Riese, Festschrift für Dötle, 1963, S. 524; Strinz, Europarecht, 1999, S. 187, Rn. 498.

Objektiv-teleologische Erwägungen müssen sich oft den Vorwurf der hermeneutischen Zirkularität gefallen lassen, da sie Gefahr laufen, den Vertragsnormen eine gewisse Regelungszweckabsicht unterzuschreiben, um ein bestimmtes Ergebnis zu begründen.⁵¹ Begründet man sich nicht damit, den Zweck einer Norm quasi axiomatisch nur zu konstatieren, wie es der EuGH zweifeln tut,⁵² so muß dieser anhand bestimmter Kriterien ermittelt und begründet werden. Der Zweck einer Norm wird sich deshalb ohne Anschauung von Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte der Norm schwerlich herleiten lassen.⁵³ Von einem im Vergleich zur systematischen und grammatikalischen Auslegung eigenständigen Auslegungsergebnis ist dann streng genommen nicht zu sprechen. Zu einem solchen könnte die teleologische Auslegung freilich in Form der subjektiv-teleologischen Auslegung führen. Bei dieser wird der Telos einer Norm anhand ihrer Entstehungsgeschichte erforscht. Im Gemeinschaftsrecht wäre also auf den Willen der vertragschließenden Parteien als Gesetzgeber der Gemeinschaft abzustellen. Einer subjektiv-teleologischen Interpretation steht im Gemeinschaftsrecht allerdings der Einwand entgegen, daß die Erwägungen des historischen Gesetzgebers nicht veröffentlicht sind.⁵⁴

Unter diesen Umständen bringt die teleologische Auslegung immer auch die Gefahr einer starken Subjektivierung der Auslegung mit sich.

Allgemein läßt sich gegen die teleologische Auslegung im Gemeinschaftsrecht einwenden, daß sie dort letztendlich durch Praktikabilitätserwägungen mitbestimmt ist. Die Subordination unter den Leitgedanken der Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts läßt eben nur einen Telos zu, der den Aspekten der Einheitlichkeit und Funktions sicherung besmäßig Rechnung trägt. Über den klaren Wortlaut einer Vertragsbestimmung in ihrer jeweiligen sprachlichen Fassung setzt sie sich gegebenenfalls hinweg.⁵⁵

Der durch den EuGH angeordnete Primat der teleologischen Auslegung steht letztlich aber auch in Widerspruch zu dem vertraglich in Art. 314 EGV festgeschriebenen System der materiellen Gleichberechtigung aller Vertragssprachen: Gleichberechtigung erschöpft sich so in einer gleichmäßigen Bedeutungslosigkeit aller Sprachen.

Für das Regime des Art. 314 EGV dürfte mit Rücksicht darauf von Folgendem auszugehen sein: Anerkennungsmaßnahmen soll sich unter Geltung von Art. 314 EGV jeder Rechtsanwender, also auch der mit der Umsetzung einer Richtlinie beauftragte Mitgliedstaat, im Interesse der Klar-

⁵¹ *Nettelbladt*, Eukr 1993, S. 253; *Gratzmann*, *Übernationales Recht und Mehrsprachigkeit*, Eukr 1992, S. 71.

⁵² Der EuGH läßt in seinen Entscheidungen eine gesonderte Begründung des Zwecks häufig vermissen, vgl. *Hoff*, *Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht*, 1999, S. 74. Versäumnisse dahingehend werden freilich dadurch begünstigt, daß primärer Ausgangspunkt der teleologischen Auslegung im Gemeinschaftsrecht stets die Zusammenführung unterschiedlicher Begrifflichkeiten in einem überpräzisen gemeinsamen Sinn ist, was der Gerichtshof als Auslegungszweck stets vor Augen hat, vgl. *EuGH Rs 30/77* (Boncheraw), *Sig.* 1977, S. 2010; *EuGH Rs 136/80* (Peters), *Sig.* 1981, S. 2241; *EuGH Rs 11/79* (Niederländer/Kommission), *Sig.* 1976, S. 278.

⁵³ Wegen der Abhängigkeit von grammatikalischen, systematischen oder historischen Kriterien sieht das Schrifttum in der teleologischen Auslegung teilweise kein selbständiges Auslegungskriterium. Argumentiert wird, daß sich Sinn und Zweck einer Norm nur anhand dieser Kriterien ermitteln ließen. Deshalb beschränke die teleologische Auslegung nicht anderes den Vorgehens selbst, da sie anhand dieser Grundlagen Sinn und Zweck ermittelt. Sofern in einer Norm aber (objektiv-teleologisch) ohne diese Kriterien ein bestimmter Zweck gesehen werde, begründe man das angestrebte Ergebnis mit dem Ergebnis selbst, vgl. ausführlicher *Hoff*, *Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht*, 1999, S. 63, 74 ff. m.w.N.

⁵⁴ *Nettelbladt*, Eukr 1993, S. 253.

⁵⁵ So hat der Gerichtshof selbst eingeringt, daß zugunsten der Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts notfalls auf strenge Anforderungen der Bestimmtheit der Normfassung verzichtet werden müsse, vgl. etwa *EuGH Rs 19/67* (Vechi/Soe), *Sig.* 1967, S. 473; *EuGH Rs 6/74* (Molijn/Kommission), *Sig.* 1974, S. 1287. Diese Zurücksetzung der Bedeutung des Wortlauts steht in besonderem Maße mit der hergebrachten Auslegungspraxis im

heit und Verständlichkeit auf den in seiner Muttersprache abgefaßten Text verlassen können.⁵⁶ Das ist der wesentliche Grundgedanke der Vorschrift. Ferner gilt auch im Gemeinschaftsrecht der Grundsatz, daß Auslegungsmethoden nach Möglichkeit alle widerspruchsfrei greifen sollen.⁵⁷ Dies setzt aber voraus, daß man eine Auslegungsmethode überhaupt zur Anwendung kommen läßt. Will man der semantischen Auslegung überhaupt einen Stellenwert einräumen – und interpretiert man Art. 314 EGV nicht wie der EuGH als „Prinzip der gleichmäßigen Bedeutungslosigkeit“ – so ist für ein „nationale Auslegung“ der Begrifflichkeiten des EG-Vertrags in ihrer jeweiligen landessprachlichen Bedeutung Raum. Der Rechtsanwender kann so zu eigenständigen Auslegungsergebnissen gelangen und ist nicht gezwungen, vor der praktischen Undurchführbarkeit eines Sprachvergleichs zu kapitulieren. Wenn nun die so verstandene semantische Auslegung neben der systematischen und der teleologischen Auslegung eine weitere zulässige Auslegungsmethode für denjenigen Begriff darstellt, den Art. 249 Abs. 3 EGV landessprachlich mit „Ziel“, „résultat“ oder „result“ bezeichnet, so liegt darin – wenn auch in beschränktem Umfang – eine Quelle nationalen Gestaltungsspielraums bei der Rechtsangleichung.⁵⁸

III. Ausnutzung der Regelungsspielräume in Deutschland, Frankreich und dem Vereinigten Königreich

Wie groß sind nun diese individuellen, durch die jeweilige Vertragsfassung bedingten Spielräume in Deutschland, Frankreich und dem Vereinigten Königreich?

Um die Erläuterungen diesbezüglich nicht zu abstrakt zu gestalten, soll vorab auf einige technische Unterschiede der Umsetzung in diesen Ländern eingegangen werden.

Ob in der Bundesrepublik Deutschland eine Richtlinie auf Bundes- oder Länderebene umzusetzen ist, richtet sich nach den Art. 70 ff. GG. Das Grundgesetz – respektive die sog. Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts – entscheidet auch darüber, ob zur Umsetzung ein formelles Gesetz erlassen werden muß oder ob der Verordnungsgeber tätig werden darf.⁵⁹ Anders als im Vereinigten Königreich gibt es in der Bundesrepublik Deutschland keine Generalmächtigung an den Verordnungsgeber, für die Umsetzung von EG-Richtlinien Rechtsverordnungen zu erlassen. Eine solche wäre verfassungsrechtlich auch zu unbestimmt.⁶⁰ Anders als in Frankreich kann der deutsche Verordnungsgeber auf keine autonomen Kompetenzen der Exekutive zurückgreifen. Umsetzen darf er eine Richtlinie nur dann, wenn eine entsprechende Ermächtigung durch das Parlament vorliegt.

Die nach der französischen Verfassung bestehenden Umsetzungsvarianten weisen gewisse Unterschiede zum System des Grundgesetzes auf: Der bedeutsamste Unterschied ist die autonome Rechtsetzungsgewalt der Exekutive, die sog. „pouvoir réglementaire autonome“.⁶¹ Ist

⁵⁶ Vereinigten Königreich in Konflikt, vgl. *Wölk*, *Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002*, Teil 4 II.2.

⁵⁷ *Reyer*, in: *Festschrift für Döle*, 1963, S. 518.

⁵⁸ Vgl. *Brievet/Ingram*, *Übernationales Recht und Mehrsprachigkeit*, Eukr 1992, S. 71, Fn. 43.

⁵⁹ Ausführlicher dazu *Wölk*, *Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft*, 2002, S. 92 bis 101.

⁶⁰ *Streinz*, *HABSR*, Bd. 7, § 182, Rn. 54, vgl. auch *Janzss*, *Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts*, 1999, S. 60 ff.; *Scholz*, *NJW* 1990, S. 944; *Zahler*, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich*, 1969, S. 330.

⁶¹ *Hoff*, Eukr 1993, S. 13.

⁶² *Kovnar u.a.*, *L'exécution des directives de la CEE en France*, in: *CDE* 1971, S. 285.

diese Rechtssetzungskompetenz der Exekutive eröffnet, ist das Parlament von vornherein von der Umsetzung ausgeschlossen.⁶² Auch ist die Umsetzung in Frankreich völlig auf den Zentralstaat konzentriert. Eine Richtlinienumsetzung durch die Länder ist nicht möglich. Insgesamt ist die Richtlinienumsetzung – im Vergleich zu Deutschland – stärker auf die Exekutive verlagert. Letzteres gilt ebenso für das Vereinigte Königreich. Dort ist die in der Praxis häufige Umsetzung durch Exekutivakt ist in s. 2 ss. 2 European Communities Act 1972 – einem speziell für den Beitritt zu den Gemeinschaften geschaffenen Gesetz – geregelt.⁶³ Die Bestimmung enthält verschiedene, allesamt etwas verwickelte Varianten der Umsetzung⁶⁴ durch eine "Order in Council" der Krone oder eine "regulation", also eine Rechtsverordnung der Regierung.⁶⁵

Als erste Variante kann eine Richtlinie aufgrund der generellen Ermächtigung von s. 2 ss. 2 Satz 1 ECA umgesetzt werden, also innerhalb des ECA. Innerhalb dieser Variante kann als erste Alternative die Krone gemäß s. 2 ss. 2 Satz 1 lit. a ECA eine Verordnung ("Order in Council") erlassen. Als zweite Alternative dieser Variante kann nach s. 2 ss. 2 Satz 1 lit. a ECA ein ermächtigter Minister oder eine ermächtigte Abteilung der Regierung durch Rechtsverordnung ("regulation") tätig werden, wenn das Organ in dem betroffenen Sachbereich durch eine entsprechende "designation order" der Krone handlungsbefugt ist.⁶⁶ Die Grenzen der Regelungsbefugnis des Verordnungsetzers richten sich dabei streng nach der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung.⁶⁷ Jenseits dieser Grenzen handelt das Umsetzungsorgan "ultra vires" – Gerichte können derartige Umsetzungsakte für unwirksam erklären.⁶⁸ Die Exekutive muß sich bei der Umsetzung nicht zwingend der Ermächtigungsgrundlagen des European Communities Act bedienen. Da sie innerhalb dieses Gesetzes im übrigen auch relativ strikten Handlungsbeschränkungen unterworfen ist,⁶⁹ ist der Rückgriff auf Ermächtigungsgrundlage außerhalb des European Communities Act oft sinnvoll. Keine zulässige Methode der Richtlinienumsetzung ist – wie auch in Deutschland und Frankreich – die Umsetzung durch eine bloße Verwaltungsvorschrift.⁷⁰

Nach diesem Blick auf die „Formen und Mittel“ der Umsetzung bleibt die Frage der individuellen materiellen Spielräume zu beantworten. Um das Ergebnis für Deutschland und Frank-

⁶² Umsetzungsakte aufgrund dieser ausschließlichen Befugnis heißen gesetzunabhängige Verordnungen. Außenhalb der „pouvoir réglementaire autonome“ kann eine Umsetzung nach Art. 38 Abs. 1 IV auch durch eine „ordonnance“, d.h. eine gesetzvertretende Verordnung erfolgen. Hier handelt der Verordnungsetzer im originären Zuständigkeitsbereich des formellen Gesetzgebers (Dessen Zuständigkeitsmaterien sind abschließend in Art. 34 IV geregelt). Die Umsetzung durch „ordonnance“ hat heute kaum mehr Bedeutung. Eine dritte Möglichkeit der Richtlinienumsetzung im Verordnungswege besteht im Erlass einer gesetzkonkretisierenden Verordnung. Hierbei wird ebenfalls eine bestehende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage genutzt, also ebenfalls im Zuständigkeitsbereich des formellen Gesetzgebers getandelt. Die letzten beiden Umsetzungsverfahren fahk man deshalb unter den Begriff der sog. „pouvoir réglementaire dérivé“. Alle drei Arten von Verordnungen können als Dekret („décret“) des Premierministers oder Erlass („arrêté“) der Minister ergehen. Diese Mittel können auch kombiniert eingesetzt werden, vgl. zum Ganzen *Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 177 ff.

⁶³ Im Folgenden mit „ECA“ abgekürzt.

⁶⁴ Ausführlicher zu den Methoden der Umsetzung im Vereinigten Königreich *Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 225 ff.

⁶⁵ *Collins*, European Community Law in the United Kingdom, 1990, S. 40.

⁶⁶ *Usher*, in: *Halsbarn* (Hrsg.), *Halsbarn's Laws of England*, 1986, Bd. 51, S. 405.

⁶⁷ *Mitchell u.a.*, *CMLRev.* 1972, S. 139.

⁶⁸ *Chalmers*, *CMLRev.* 2000, S. 100.

⁶⁹ Vgl. insbesondere die Regelungsverbote in Schedule 2 s. 1 ECA sowie *Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 228 f.

⁷⁰ *Usher*, in: *Halsbarn* (Hrsg.), *Halsbarn's Laws of England*, 1986, Bd. 51, S. 405; vgl. i.d. *Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 132 ff., S. 177 ff. und S. 225 ff.

reich vorwegzunehmen: Eine umfangreichere semantische Analyse der Begriffe „Ziel“ und „résultat“ hat zu dem Ergebnis geführt, daß für Deutschland und Frankreich keine Abweichungen von den eingangs skizzierten generellen materiellen Regelungsspielräumen anzunehmen sind.⁷¹ Im Vergleich zu den generellen materiellen Spielräumen engere Regelungsspielräume bestünden für die deutsche Vertragsfassung allenfalls dann, wenn man in Art. 249 Abs. 3 EGV den Begriff „Ziel“ mit *Ipson*⁷² durch den Begriff „Ergebnis“ ersetzte. Denn eine Ersetzung hätte zur Folge, das in der deutschen Vertragsfassung durch den Gebrauch des Begriffes „Ergebnis“ dann – wegen einer allgemeinsprachlichen Nähe des Begriffes „Ergebnis“ zu fachwissenschaftlichen Forschungsergebnissen⁷³ – allgemeinsprachlich das Moment einer gewissen Exaktheit mitschwingen würde. Abgesehen von den bereits eingangs geschilderten Einwänden ist von einer Ersetzung des Begriffes „Ziel“ durch den Begriff „Ergebnis“ deshalb gerade auch deswegen abzusehen, weil eine Ersetzung die Gefahr erhöhte, daß die zugunsten der Bundesrepublik Deutschland bei der Richtlinienumsetzung bestehenden Spielräume fälschlich zu eng interpretiert werden.

Für die französische Vertragsfassung hat sich im Rahmen der semantischen Analyse des „résultat à atteindre“ als entscheidend herausgestellt, daß der französische Begriff „résultat“ seine semantische Entsprechung nicht etwa in der allgemeinsprachlichen Bedeutung des deutschen Begriffes „Ergebnis“ findet (wie es *Ipson* und ein Großteil des ihm folgenden Schrifttums annehmen), sondern vielmehr in dem deutschen Begriff „Ziel“, und zwar in der zukunftsorientierten Bedeutung von „Ziel“, so wie dieser Begriff in der deutschen Fassung des Art. 249 Abs. 3 EGV zu verstehen ist.⁷⁴ Der Befund des Gleichfalls der in Deutschland und Frankreich bestehenden Spielräume mit den generellen materiellen Regelungsspielräumen wird ferner durch die Bedeutung des Begriffes „résultat“ in der französischen Rechts- und Wirtschaftssprache gedeckt. In diesem Zusammenhang hat sich herausgestellt, daß sich die – auch in der nicht-französischen Literatur beliebte – an das zivile Vertragsrecht angelehnte Ausdeutung von Art. 249 Abs. 3 EGV im Sinne der Rechtsfigur der „obligation de résultat“, einschließlich darauf aufbauender Folgerungen für die Regelungsintensität der Richtlinie, verbietet.⁷⁵ Zu beobachten ist ferner, daß im Zusammenhang mit Art. 249 Abs. 3 EGV in der Sprache des Conseil d'Etat statt des Begriffes „résultat“ häufig auch der Begriff „objectif“ – also ein dem deutschen Begriff „Ziel“ semantisch nahestehender Begriff – verwendet wird.⁷⁶ Schließlich hat sich gezeigt, daß die allgemein bei der Richtlinienumsetzung bestehende Gestaltungsmöglichkeit, einzelne Festsetzungen der Richtlinie entweder wortlautgetreu zu übernehmen oder in den Grenzen ordnungsgemäßer Zielerrreichung durch nicht bedeutungswidrige Begriffe zu ersetzen, in der Rechtsprechung des Conseil d'Etat ihre Bestätigung findet.⁷⁷

Für die englische Vertragsfassung sieht das Ergebnis etwas anders aus: Dem Begriff „result“ ist allgemeinsprachlich ein Moment der Exaktheit zu eigen, das dem „Ziel“ der deutschen Vertragsfassung ebenso fehlt wie dem „résultat“ der französischen Vertragsfassung. Semantisch sind damit in der englischen Vertragsfassung etwas engere materielle Spielräume als in der

⁷¹ *Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 264 und S. 138 ff.

⁷² *Ipson*, in: *Halsbarn / Schochauer*, Festschrift für Ophüls, 1965, S. 69 ff.

⁷³ *Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 147 f.

⁷⁴ *Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 181 ff. und 264 f.

⁷⁵ *Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 184, Fn. 154 und 155 m.w.N.

⁷⁶ So etwa Conseil d'Etat, Entscheidung vom 28. Februar 1992, Les petites affaires 1992, S. 5.

deutschen und französischen Fassung angelegt.⁷⁸ Diese zeigen in der Anwendung des Art. 249 Abs. 3 EGV durch die englische Rechtsprechung allerdings keine spürbaren Auswirkungen. Als entscheidend dafür hat sich herausgestellt, daß die Rechtsprechung das "result" des Art. 249 Abs. 3 EGV mit einem zukunftsgerichteten Bedeutungsgehalt unterlegt, der sich in den allgemeinsprachlichen Ausdeutungsmöglichkeiten von "result" überhaupt nicht wiederfindet.⁷⁹ Zu entnehmen ist der englischen Rechtsprechung aber – immerhin –, daß die dem Umsetzungsorgan zugebilligten Spielräume die eingangs skizzierten generellen Handlungsspielräume beinhalten.⁸⁰

IV. Schlußbemerkung

Mit Blick auf die allgemeinsprachliche Bedeutung des Begriffs "result" sind in der englischen Vertragsfassung – im Vergleich zur deutschen und französischen Vertragsfassung – Divergenzen in der Frage des materiellen Regelungsspielraums angelegt. In der praktischen Anwendung des Art. 249 Abs. 3 EGV durch die Rechtsprechung sind diese Spielraumunterschiede allerdings nicht wahrnehmbar. Denn entgegen der Bedeutung des Begriffs in der englischen Allgemeinsprache interpretiert die Rechtsprechung das "result" des Art. 249 Abs. 3 EGV zukunftsgerichtet und damit in einer Art und Weise, die mit der allgemeinsprachlichen Begriffsausdeutung nicht korreliert.

Die Stellung der Frau in der Türkei nach der Scharia und nach dem neuen türkischen Zivilgesetzbuch*

von

Damla Gürpınar, LL.M.

Einleitung

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,

Ich befasse mich heute mit der Stellung der Frau in der Türkei nach der Scharia¹ und werde über das neuerdings grundlegend reformierte türkische Zivilgesetzbuch berichten.

Zunächst möchte ich aber ganz kurz auf die Geschichte der heutigen türkischen Republik eingehen, damit es einfacher ist zu verstehen, woher wir kommen und wohin wir wollen.

I. Ein Blick in die Geschichte der Türkischen Republik

Die türkische Republik ist der Nachfolger des Osmanischen Reiches, das über sechs hundert Jahre lang sein Volk überwiegend nach den islamischen Regeln regiert hatte. Das Volk war traditionell und religiös eingestell, außerdem ziemlich arm und das Ausbildungsniveau war sehr gering. Der größte Teil der Bevölkerung konnte nicht einmal lesen und schreiben. Zugleich waren sie aber auch Soldaten des Osmanischen Reiches, das ständig irgendwo Krieg führte. Der letzte Krieg, an dem das Osmanische Reich teilnahm, war der erste Welt Krieg. 1918 ist auch das Osmanische Reich unterlegen, das Land wurde von verschiedenen Nationen aus aller Welt besetzt.

In diesem Zeitpunkt setzt die Geschichte der heutigen türkischen Republik ein. Unter der Führung von Mustafa Kemal rebellierte das Volk gegen Besatzungsmächte. Sie wurden von Mustafa Kemal und seinen Mitkämpfern aufgeklärt und wollten nun ihren eigenen, selbständigen Staat errichten, an die Stelle einer Monokratie sollte ein demokratischer Staat treten, ihre Republik. Zu dieser Zeit haben die Türken sowohl als Soldaten tapfer gegen die Besatzungsmächte gekämpft, und zugleich ihre neue Republik gegründet. Der letzte osmanische Sultan, Vahdettin, wehrte sich zunächst gegen diese Bürgerinitiative, wählte dann aber den Weg ins Exil.

⁷⁷ Conseil d'Etat, Entscheidung vom 28. September 1984, Rec. [CEJ], S. 512 ff.; vgl. auch *Gahnou / Bonichor*, RFDa 1988, S. 4.

⁷⁸ *Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 235 f.

⁷⁹ *Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 237 bis 240.

⁸⁰ *Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 239.

* Der nachfolgende Beitrag gibt den Inhalt eines Vertrages wieder, welcher am 17. Juli 2003 vor der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück im *European Legal Studies Institute*, Osnabrück, gehalten wurde. Der Vortragsstil wurde dabei im Wesentlichen beibehalten.

¹ Zeitlich nach der Scharia.

Ich möchte auf die Geschichte hier nicht weiter eingehen, sondern nur kurz erwähnen, dass die Türkei im nächsten Schritt ihre heutige Grenze sicherte und am 29. Oktober 1923 die Türkische Republik ausgerufen werden konnte.

II. Die neue Türkische Republik und ihr neues Bild

Das war zwar eine bewundernswerte Entwicklung und zugleich eine Rettung, sowohl vor den Besatzungsmächten als auch vor der Monarchie; im Endeffekt hätte es aber nicht so viel bedeutet, wenn man diesen Prozess nicht fortgesetzt hätte. Für unser Volk war dieser Zeitpunkt ein Wendepunkt, die Geschichte begann von neuem. Unser neues Ziel war, ein modernes Mitglied der modernen Welt werden. Das bedeutete, westlich orientiert zu sein, um das Niveau der entwickelten Länder zu erreichen.

Das war aber für ein Volk, wie ich es Ihnen kurz dargestellt habe, keine einfache Aufgabe. Sie müssen bedenken, dass dieses Volk hunderte Jahre lang nach islamischen Regeln gelebt hat, von vielen Kriegen zermüht, ziemlich arm und hoffnungslos ist; auf der anderen Seite aber auch tapfer und stolz auf seinen Befreiungskrieg und seine Republik. Es musste nun jedem Bürger klargemacht werden, dass wir noch nicht am Ende unseres Kampfes waren. Wir mussten weiter arbeiten und uns zusammenhalten.

Das dies erfolgreich war ist wie ein Wunder. Wir hatten einen genialen Staatsmann, namentlich Mustafa Kemal Atatürk, der eine Reihe von Reformen aller möglichen gesellschaftlichen Bereiche entwickelt und durchgeführt hatte, natürlich mit Hilfe und Unterstützung vieler Mitmenschen. Über seine Reformen könnte man Stunden lang sprechen. Ich möchte einige herausgreifen, die Ihnen verdeutlichen, dass wir heute nicht mehr eine islamisch geprägte Gesellschaft sind. Unsere Gesellschaft besteht zwar nach wie vor überwiegend aus Musliminnen und Muslimen, aber der Islam darf das gesellschaftliche Leben nicht mehr beeinflussen. Menschen dürfen an das glauben, was sie wollen, und ihr Leben so gestalten, wie sie wollen, sofern sie die Gesetze einhalten. Der Staat duldet nicht länger, dass die Gesetze immer noch nach der Religion bestimmt oder interpretiert werden. Die Gesetze, deren Aufgabe es ist, das Gesellschaftsleben zu ordnen und diese Ordnung zu erhalten, müssen nach Wissens- und Verstandesregeln bestimmt und ausgelegt werden. Die Religion darf sich in diesen Bereich nicht einmischen. Religion bestimmt das Verhältnis der Menschen zu Gott. Aber in einem säkularisierten Staat wie der türkischen Republik hat sie über das Rechtsleben nichts zu befinden.

Die größte Reform war deshalb die Einführung des türkischen Zivilgesetzbuches am 4. Oktober 1926. Zivilgesetzbücher spielen in allen Rechtsordnungen eine erhebliche Rolle im Gesellschaftsleben, da bis dahin aber in der Türkei die Scharia galt, war die Einführung des türkischen Zivilgesetzbuches eine hervorragende Leistung.

III. Die Einführung des türkischen Zivilgesetzbuches (Die Wende von der Scharia zur modernen Rechtsordnung)

Warum das eine so hervorragende Leistung war, sollte vielleicht näher erläutert werden. Das ist notwendig, weil wir schon seit 77 Jahren² nicht mehr den Regeln der Scharia unterworfen sind. Konkret bedeutet das, dass in der Türkei wie in allen anderen modernen Ländern, die Monogamie gilt, und die Polygamie abgeschafft wurde. Vor dem Erlass des türkischen Zivilgesetzbuches war das ganz anders. Jeder Mann durfte gleichzeitig mit vier Frauen verheiratet sein. Die Trauung fand vor einem Imam statt. Die Scheidung konnte aufgrund des einseitigen Willens des Ehemannes geschehen, und erfolgte regelmäßig gegen den Willen der Ehefrau. Wenn also der Ehemann nicht mehr verheiratet sein wollte, konnte er sich von seiner Frau ohne ihre Zustimmung scheiden.

Mit dem neuen Gesetz ist nicht nur die Polygamie verboten worden, sondern es wurde auch die Zivilhehe vor dem Standesamt eingeführt. Sonst war die Ehe ungültig. Alle Ehen, die nach religiösem Ritus vor einem Imam stattfanden, wurden nicht mehr als Ehe anerkannt. Bereits vorher geschlossene Ehen blieben natürlich gültig. Aber nach dem 4. Oktober 1926 konnten Brautleute sich nicht mehr vor einem Imam gültig trauen lassen. Die Sanktion für einen Verstoß gegen dieses Gesetz ist, dass gar keine Ehe besteht, auch keine ungültige, oder nichtige Ehe. Das heißt zugleich, dass die Kinder, die während dieser rechtlich nicht bestehenden Ehe geboren oder gezeugt wurden, nicht eheliche Kinder waren. Dagegen gelten Kinder, die während einer nichtigen Ehe geboren oder gezeugt worden sind, als eheliche Kinder. Denn auch eine nichtige Ehe bringt so lange die gleichen Folgen wie eine gültige Ehe hervor, so lange sie nicht durch richterliche Entscheidung für nichtig erklärt wird.

Auch die Scheidung war nach der Reform nicht mehr so einfach. Denn sie musste nunmehr vom Richter entschieden werden, und konnte nur bei Vorliegen bestimmter Gründe beantragt werden, die im Gesetzbuch ausdrücklich aufgezählt sind. Zudem konnten alle Gründe von beiden Eheleuten geltend gemacht werden, die Ungleichbehandlung von Männern und Frauen wurde in dieser Hinsicht beseitigt.

Auch das Erbrecht wurde reformiert und der Erbteil der Töchter dem der Söhne gleichgestellt. Dagegen konnten nach den Regeln der Scharia Töchter in bestimmten Fällen nur ein Drittel Erbanteil bekommen, während Söhne zwei Drittel bekamen.

Salopp formuliert könnte man sagen, dass das Paradies für die Männer mit dem Zivilgesetzbuch im Jahr 1926 untergegangen ist. Die Frauen wurden „nach dem Verständnis jener Zeit“ zu gleichberechtigten Bürgerinnen. Den Ausdruck „nach dem Verständnis jener Zeit“ möchte ich besonders betonen, weil es klar ist, dass diese Maßnahmen nach heutigem Verständnis nicht ausreichen können um die Gleichberechtigung der Frau zu verwirklichen. Aber immerhin hatten Frauen eine viel modernere Stellung in der Gesellschaft, als sie ihnen zuvor nach den Regeln der Scharia eingestimmt war. Aber wie ich später darauf zurückkommen, dass es noch

² Heute seit 78 Jahren.

immer Dinge gab, die nicht ganz der Gleichberechtigung im heutigen Sinn entsprechen. Bevor man aber diesbezüglich falsche Schlussfolgerungen zieht möchte ich klarstellen: Wir haben unser Zivilgesetzbuch nicht selber geschrieben, sondern das schweizerische Zivilgesetzbuch übernommen. 1926 hatten also türkische Frauen die gleiche Rechte wie schweizerische Frauen zu jener Zeit.

Die Emanzipation der Frauen hat sich leider auch in Europa erst ziemlich spät durchsetzen können. Ob sie überhaupt schon wirklich erfolgt ist, wäre eine eigene Diskussion, aber weder mein Anliegen noch mein Thema erlauben mir, darauf einzugehen. In diesem Zusammenhang soll es genügen, darauf hinzuweisen, dass die Mängel unseres Zivilgesetzbuchs in der bis zum 1.1.2002 geltenden Fassung, die die Gleichberechtigung der Frau betreffen, nicht auf den Einfluss zurückzuführen sind. Denn die gleichen Mängel bestanden auch in der Schweiz.

IV. Der Wechsel in der Gesellschaft

Man kann natürlich fragen, ob wir uns Ende 1926 plötzlich von dem Einfluss des Islams befreit haben, indem wir unser modernes Zivilgesetzbuch in Kraft gesetzt haben? Es ist natürlich nicht in einer Nacht geschehen. Aber die Gesellschaft hat sich in wenigen Jahren sehr gut an das neue Gesetzbuch gewöhnt.

Zwar hat man insbesondere auf dem Lande noch lange versucht, sich weiter religiös trauen zu lassen. Es war jedoch nicht so einfach wie in einem islamischen Land. Denn selbst wenn sie für den Gesetzesverstoß nicht bestraft wurden, so war doch ihre Ehe keine Ehe vor dem Gesetz. Das Gesetz erkannte ihre Ehe nicht an. Deshalb waren ihre Kinder, uneheliche Kinder. Das Bewusstsein dieser Folge hat die Menschen schnell dazu gebracht, sich mit den neuen Regeln abzufinden.

Die Frauen waren inzwischen noch stärker, selbstbewußter und zunehmend berufstätig. Die Kinder, egal ob Mädchen oder Junge, unterlagen der Schulpflicht, wodurch die Aufklärung der Menschen erheblich gefördert wurde. Entsprechend ließ es sich keine Frau mehr gefallen, eine nach dem Gesetz nicht anerkannte oder vielleicht gar 2., 3. oder 4. Ehefrau eines Mannes zu sein. Selbst Männer wollten nicht, dass ihre Kinder als unehelich bezeichnet werden. Die doppelte, dritte oder vierte Ehen einzugehen, war in unserer Tradition ohnehin nicht üblich. Das Polygamieverbot war deshalb einfach einzuhalten.

Während der 75-jährigen Anwendung unseres Zivilgesetzbuches haben sich auch die Gewohnheiten und die Mentalität der Gesellschaft grundlegend geändert. Ich kann nicht bestreiten, dass wir immer noch überwiegend ein ziemlich traditionelles und von Vater dominiertes Familienleben führen, aber auch hier zeichnen sich Änderungen ab. Dabei spielen bestimmt die türkischen Frauen eine große Rolle. Je mehr sie ins Berufsleben eintreten und ihre Zukunft selber bestimmen, desto stärker werden sie sowohl gegenüber ihren Vätern als auch gegenüber ihren Ehemännern oder auch ihren Kollegen. Alle Berufszünfte stehen allen Frauen offen. Und in dem Berufsleben, besonders in Dienstleistungsbereichen sind Frauen ebenso tätig wie Männer, in manchen Bereichen sind es vielleicht sogar mehr Frauen als Männer. Feststellen muss man

aber auch, dass die türkische Frau zumindest noch nicht ausreichend interessiert ist in der Politik aktiv teilzunehmen. Ob das aber nur mit der Gleichberechtigung der Frau zu erklären ist, möchte ich bezweifeln.

Mit der wachsenden Teilnahme der Frauen am Berufsleben hat sich auch das Familienleben geändert. Am Anfang wollten die Frauen nur bis zur Eheschließung arbeiten, oder ihre Männer waren nicht damit einverstanden, dass ihre Frauen nach der Eheschließung weiter arbeiten. Dieser Umstand hat dazu geführt, dass das gewöhnliche Ehealter etwas gestiegen ist, weil viele Frauen zunächst eine Weile arbeiten wollten, bevor sie heirateten. Manche wollten studieren um wenigstens einen Beruf ausüben zu können. Mit der Zeit hat sich auch dies verändert. Weil es besonders in Großstädten nicht mehr so einfach war, nur mit dem Gehalt des Ehemannes für die ganze Familie ein Auskommen zu finden, waren auch die Männer damit einverstanden, dass ihre Frauen weiter arbeiten wollten. Man sagt ja, dass Not der beste Lehrer ist. Die Folge davon ist, dass sich die Ehefrauen heute nicht mehr einfach von ihren Männern dominieren lassen.

Dieses neue Familienleben hat noch eine weitere Folge. Unsere Familien werden immer kleiner, weil Ehepaare immer weniger Kinder haben wollen, natürlich einerseits wegen der finanziellen Lasten, andererseits aber gerade wegen der Berufstätigkeit der Mütter.

Eine weitere Folge ist, dass die Scheidungsrate stark angestiegen ist. Früher war eine Scheidung ein Alptraum für Frauen. Aber jetzt sehen wir, dass meistens die Frauen selbst die Scheidung beantragen. Und weil geschieden zu sein heutzutage überhaupt kein ungewöhnlicher Fall mehr ist, verändert sich auch das negative Ansehen der geschiedenen Frauen in der Gesellschaft.

Weil die Frauen im täglichen Leben immer stärker, selbstständiger und mutiger werden, sehen sie die Ehe nicht mehr als einen Weg zur finanziellen Sicherheit. Sie wollen nicht mehr im Schatten ihrer Männer ihr Leben führen, und ihnen bedingungslos gehorchen. Sie sind selbstständige Mitglieder der Gesellschaft und definieren sich nicht mehr durch ihre Männer. Deshalb gibt es immer mehr alleinstehende Frauen. Vor der Einführung des neuen Zivilgesetzbuchs war das nicht vorstellbar.

V. Die Reform des türkischen Zivilgesetzbuches im Jahre 2001

Bisher war von den großen Änderungen in unserem Rechtsleben und in unserer Gesellschaft die Rede. Aber wie ich vorher kurz angedeutet habe, war unser Zivilgesetzbuch von 1926 noch nicht ganz vollkommen. Dem Gesetzgeber war dies schon lange bewusst, aber bis zum Jahre 2001 ist es ihm nicht gelungen, alle diese Mängel zu beseitigen. Während seiner über 75-jährigen Anwendung, hat das türkische Zivilgesetzbuch zwar manche erheblichen Änderungen erfahren, aber eine echte umfassende Reform in allen Bereichen (d.h. nicht nur in familienrechtlichen, sondern auch personen-, sachen- und auch erbrechtlichen Bereichen) ist erst am 22.11.2001 erfolgt. Das neue türkische Zivilgesetzbuch ist am 1. Januar 2002 in Kraft getreten. Bei dem neuen Gesetzbuch hat man die 75-jährige Erfahrung berücksichtigt, aber auch die Änderungen des schweizerischen Zivilgesetzbuches.

VI. Welche Änderungen des alten türkischen Zivilgesetzbuches waren hinsichtlich der Stellung der Frau zu ändern?

Nun möchte ich darauf eingehen, welche Vorschriften unseres alten Zivilgesetzbuches nicht im Einklang mit der Gleichberechtigung der Frau standen. Dabei möchte ich Sie mit den entsprechenden Regelungen des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, in seiner deutschen Fassung, vergleichen.

1. Der erste Unterschied von Frauen zu Männern lag im Ehealter:

Als Ehealter war für Frauen das 15. Lebensjahr, für Männer das 17. Lebensjahr festgelegt. Mit der Reform ist dies für beide einheitlich auf das 17. Lebensjahr bestimmt worden.

Auf dem ersten Blick könnte man zwar glauben, dass Frauen damit früher besser gestellt waren als Männer, weil sie früher eine Ehe eingehen durften. Das trifft aber nicht zu.

Dem in solch einem frühen Lebensjahr die ganzen ehelichen Verantwortungen zu übernehmen, war für diese Frauen eine große Last. Es bedeutete natürlich nicht, dass die Mädchen sobald sie das 15. Lebensjahr vollendet hatten, jemanden heiraten mussten. Aber besonders auf dem Lande und unter Einfluss der Eltern mussten viele Mädchen sehr früh in die Ehe treten. Es war nicht immer einfach, zu beweisen oder zu behaupten, dass diese Frauen nicht ganz freiwillig heirateten.

Zwischen den Jahren 1926-1934 war dieser Regel anders, aber auch anders als im schweizerischen Text in seiner Originalfassung.

Art. 96/1 des Sch. ZGB a.F. lautete:

„Um eine Ehe eingehen zu können, muss der Bräutigam das zwanzigste, die Braut das achtzehnte Altersjahr zurückgelegt haben.“

Weil diese Regelung, d.h. das 20. bzw. 18. Lebensjahr, vom türkischen Gesetzgeber für unsere Verhältnisse als relativ spät empfunden wurde, hatte sich der Gesetzgeber für 18 und 17 entschieden:

Die Fassung von Art. 88/1 des türkischen Zivilgesetzbuches i.d.F. 1926 lautete also:

„Ohne dass der Bräutigam das achtzehnte, die Braut das siebzehnte Lebensjahr vollendet haben, dürfen sie nicht heiraten.“

Doch die Gesellschaft war auch mit diesem bereits niedrigeren Ehealter nicht zufrieden. Sie pflegten immer noch, eher jüngere Leute heiraten zu lassen. Und weil es standesamtlich nicht möglich war, ließen sie sich stattdessen immer noch religiös trauen. Aber diese religiösen Ehen waren vor dem Gesetz nicht anerkannt. Deshalb konnte der Ehemann seine Frau zu jeder Zeit verlassen. So lange man dieser Gewohnheit nicht Herr werden konnte, musste man also einen Weg finden, um diese Frauen zu schützen. Der Gesetzgeber hat deswegen das Ehealter noch einmal abgesenkt.

Ab 1934 lautete der Art. 88/1 i.d.F. 1934 des türkischen Zivilgesetzbuches:

„Ohne dass der Bräutigam das siebzehnte, die Braut das fünfzehnte Lebensjahr vollendet haben, dürfen sie nicht heiraten.“

Wie bereits dargestellt hat sich im Laufe der Zeit die Mentalität der Gesellschaft geändert. Es ist nicht mehr üblich in so frühen Lebensjahren zu heiraten. Und nach wie vor ist es auch nicht beabsichtigt. Ein Mädchen mit 15 ist immer noch ein Schulkind. Inzwischen ist hat sich auch in der Gesellschaft ein Bewusstsein hierfür gebildet. Entsprechend war es an der Zeit, das Ehealter auf vernünftige Grenzen hochzusetzen. Auch gibt es keinen stichhaltigen Grund dafür, hier zwischen Männern und Frauen einen Unterschied zu machen. Auch das schweizerische ZGB kannte keinen solchen Unterschied mehr. Aber es bestehen nach wie vor Unterschiede zum schweizerischen ZGB.

Nach Art. 94/1 des schw. ZGB i.d.F. 1.1.2000:

„Um die Ehe eingehen zu können, müssen die Brautleute das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und urteilsfähig sein.“

Nach dem neuen türkischen Zivilgesetzbuches:

„Ohne dass der Bräutigam und die Braut das siebzehnte Lebensjahr vollendet haben, dürfen sie nicht heiraten.“

2. Die zweite zu ändernde Sache war die Regelung betreffend den Familiennamen der Frau:

Als man 1926 das schweizerische Zivilgesetzbuch übernahm, hat man die Bestimmung über den Familiennamen der Frau fast so übernommen wie es in der Schweiz geregelt war und nur sprachlich etwas anders formuliert.

Schw. ZGB 161/1 a.F.: *„Die Ehefrau erhält den Familiennamen [...] des Ehemannes.“*

TZGB 153/1 A.F.: *„Die Ehefrau trägt den Familiennamen ihres Ehemannes.“*

Das war für die Frauen nicht befriedigend. Es passte nicht mehr zum heutigen Gleichberechtigungsverständnis und wurde wiederholt kritisiert. Außerdem hatte auch der schweizerische Gesetzgeber die Vorschrift geändert, so dass es an einer Begründung für die Beibehaltung fehlte. In Folge hat auch der türkische Gesetzgeber 1997 eine ähnliche Änderung wie der schweizerische Gesetzgeber vorgenommen. Aber auch hier gibt es wieder einen Unterschied zum schweizerischen Text.

Sch ZGB 160 n.F.: *„Der Name des Ehemannes ist der Familiennamen der Ehegatten.“*

Die Braut kann jedoch gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklären, sie wolle ihren bisherigen Namen dem Familiennamen voranstellen.

Trägt sie bereits einen solchen Doppelnamen, so kann sie lediglich den ersten Namen voranstellen.“

ZZGB 153/I d.F. 1977: „Die Ehefrau erhält mit der Ehe den Familiennamen des Ehemannes; aber sie darf entweder während des Eintritts in die Ehe oder nachträglich aufgrund ihres Antrags bei dem Standesamt ihren bisherigen Familiennamen dem Familiennamen ihres Ehemannes voranstellen. Trägt sie bereits einen solchen Doppelnamen, kann sie dieses Recht nur für einen Familiennamen geltend machen.“

Man hat diese neue Fassung des Art 153/I auch in das reformierte Zivilgesetzbuch als Art. 187 unverändert genommen.

Der Unterschied zum schweizerischen ZGB besteht darin, dass die Frau die vorher einen doppelten Familiennamen trug, selber wählen darf, welchen von den Namen sie dem Familiennamen ihres Mannes voranstellen möchte. So gibt unser Gesetzgeber der Frau ein bisschen mehr Freiheit. Im Grunde ist aber auch diese Vorschrift zwar ein Fortschritt, beseitigt die Ungleichheit aber nicht.

Wie man sieht, hat man die Verpflichtung, den Namen des Ehemannes zu tragen, ein bisschen gemildert, indem der Ehefrau erlaubt wird, ihren bisherigen Familiennamen dem Familiennamen des Ehemannes voranzustellen. Doch die Frau muss immer noch den Familiennamen des Ehemannes tragen.

3. Diese Regel hat auch eine andere Folge in Bezug auf den Familiennamen des ehelichen Kindes:

Nach Art. 321 des neuen türkischen Zivilgesetzbuches:

„Das Kind erhält den Namen der Familie; wenn seine Eltern nicht verheiratet sind, dann erhält das Kind den Familiennamen seiner Mutter. Wenn die Mutter wegen ihrer ehemaligen Ehe einen doppelten Familiennamen trägt, erhält das Kind deren Geburtsnamen.“

Der Name der Familie, der in der Vorschrift genannt wird, ist natürlich kein anderer als der Name des Vaters. Aber hier hat man eine Änderung im Vergleich zu den früheren Vorschriften eingeführt. Mit der neuen Reform haben wir auch bezüglich des Kindschaftsverhältnisses große Fortschritte gemacht, indem wir eheliche und uneheliche Kinder gleichstellen. Trotzdem verbleibt in einem Punkt ein Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Kindern. Ein uneheliches Kind, egal ob das Kind von seinem Vater anerkannt worden ist oder die Vaterschaft durch Urteil feststeht, kann nur den Namen seiner Mutter erhalten. Denn es gibt keine Familie, deren Namen das Kind bekommen kann. Früher konnte das Kind aber nach der Anerkennung oder dem Vaterschaftsurteil den Namen des Vaters annehmen. Zwar wird argumentiert, dass es eine Geste im Sinne der Frauen ist, dass sie zumindest in diesem Fall ihren Kindern ihren Familiennamen geben können. Es ist aber meiner Meinung nach nicht akzeptabel, weil dadurch uneheliche Kinder gleich als solche erkannt werden können. Ich glaube, dass alle Mütter gerade hier auf eine solche „Besserstellung“ verzichten würden.

Wenn beide Ehegatten als Regelfall gleiche Rechte hinsichtlich des Familiennamen hätten, hätte man eine solche eine Bestimmung vielleicht willkommen geheißen. Soweit sind wir aber leider immer noch nicht.

4. Eine weitere zu ändernde Sache waren die Regeln betreffend das Haupt der Ehe.

In Art. 160 des schw. ZGB a.F. gab es früher solch eine Regelung:

„Der Ehemann ist Haupt der Gemeinschaft.“

Er bestimmt die eheliche Wohnung und hat für den Unterhalt von Weib und Kind in gebührender Weise Sorge zu tragen.“

Später hat der schweizerische Gesetzgeber die Vorschrift aufgehoben und den neuen Artikel 162 so formuliert:

„Die Ehegatten bestimmen gemeinsam die eheliche Wohnung.“

Dagegen blieb die alte Fassung des schweizerischen ZGB in der Türkei bis zur Reform 2002 in Kraft.

ZZGB 152 a.F. „Der Ehemann ist Haupt der Gemeinschaft.“

Die Wahl der ehelichen Wohnung, die angemessene Sorge für den Unterhalt der Ehefrau und Kinder gehören zu seinen Aufgaben.“

In dem alten türkischen Zivilgesetzbuch gab es zu dieser Bestimmung auch eine parallele Vorschrift über den Wohnsitz der Ehefrau, nämlich Art. 21. Er lautete:

„Der Wohnsitz des Ehemannes gilt als Wohnsitz der Ehefrau. [...]“

Auch diese Vorschrift war im Einklang mit der alten Fassung des Art. 25 des Schw. ZGB.

Man kann wohl sagen, dass sich solche Dinge faktisch schwer durch Gesetz bestimmen lassen. Zu allen Zeiten, sogar während Geltung der Scharia, gab es Familien, in denen Frauen gegenüber ihren Männern dominant waren. Und auch indem man die Vorschrift aufhebt, kann man nicht plötzlich die traditionellen, vom Vater geprägten Familiengewohnheiten ändern. Gesetz sind keine Zauberstäbe. Aber man darf doch fragen, ob man eine solche Bestimmung im Zivilgesetzbuch belassen muss. Die Antwort lautet schlicht: Nein.

Im neuen türkischen ZGB ist nun auch Artikel 152 („Der Ehemann ist Haupt der Gemeinschaft...“) aufgehoben worden.

Der neue Art. 186 lautet: „Ehegatten wählen die eheliche Wohnung zusammen.“

Die Gemeinschaft steuern die Ehegatten gemeinsam.

An den Ausgaben der Gemeinschaft nehmen Ehegatten entsprechend ihren Kräften mit ihren Bemühungen und ihrem Vermögen teil.“

Dazu parallel hat der Gesetzgeber auch die Bestimmung über den gesetzlichen Wohnsitz der Ehefrau aufgehoben. Dies entspricht auch dem heutigen Stand des schw. ZGB.

Eine andere, mit der Vorschrift in enger Verbindung stehende Norm war Art. 153/II und III des alten TZGB. Auch die Vorschrift entsprach genau der alten Fassung des Art. 161/II und III des schw. ZGB. Nämlich:

„Sie (die Ehefrau) steht dem Manne mit Rat und Tat zur Seite und hat ihn in seiner Sorge für die Gemeinschaft nach Kräften zu unterstützen. Sie führt den Haushalt.“

Auch diese Vorschriften sucht man jetzt im türkischen Zivilgesetzbuch vergeblich. Der Haushalt ist also nicht mehr die selbstverständliche Aufgabe der Frauen. Ehegatten steuern die Gemeinschaft zusammen; dazu gehört auch der alltägliche Haushalt. Die Ehefrau steuert also zu den Ausgaben der ehelichen Gemeinschaft bei, aber der Ehemann übernimmt dafür einen Anteil am Haushalt.

5. Eine andere die Frauen diskriminierende Regelung war diejenige betreffend die Vertretung der Familie:

Mit den Artikeln 154-158 war die Vertretung der Gemeinschaft so geregelt, wie sie früher im schw. ZGB in den Art. 162-166 geregelt war:

Art. 154 aTZGB: *„Die Gemeinschaft vertritt der Ehemann. Unter jedem Güterstande verpflichten seine Handlungen ihn persönlich.“*

Art. 155 aTZGB: *„Für die laufenden Bedürfnisse des Haushaltes hat auch die Ehefrau die Vertretungsbefugnis der Gemeinschaft so wie der Ehemann. Ihre Handlungen, die in einer für Dritte erkennbaren Weise nicht über diese Vertretungsbefugnis hinausgehen, verpflichten den Ehemann.“*

Art. 156 aTZGB: *„Missbraucht die Ehefrau die ihr vom Gesetz im Haushalt eingeräumte Vertretungsbefugnis oder erweist sie sich als unfähig zu deren Ausübung, so kann ihr der Ehemann die Befugnis ganz oder zum Teil entziehen.“*

Die Entziehung ist gültigen Dritten gegenüber nicht rechtswirksam, solange sie von dem Notar nicht veröffentlicht worden ist.“

Art. 157 aTZGB: *„Die Entziehung oder Beschränkung wird auf Begehren der Ehefrau vom Richter aufgehoben, sobald nachgewiesen wird, dass sie ungerechtfertigt ist. Die Aufhebung ist zu veröffentlichen, wenn die Entziehung veröffentlicht worden war.“*

Art. 158 aTZGB: *„Ohne dass der Ehemann ausdrücklich oder stillschweigend es erlaubt, darf die Ehefrau die ihr vom Gesetz eingeräumte Vertretungsbefugnis nicht überschreiten.“*

Die Gemeinschaft wurde also in aller Regel vom Ehemann vertreten. Bei den zur ordentlichen, normalen Haushaltsführung gehörenden Dingen durfte zwar auch die Ehefrau die Gemeinschaft vertreten. Aber selbst diese begrenzte Befugnis konnte vom Ehemann beschränkt oder ganz aufgehoben werden. Wenn diese Entscheidung über die Beschränkung oder Entzie-

hung der Befugnis nicht gerechtfertigt war, konnte der Richter die Befugnis der Frau wieder einräumen. Um die Gemeinschaft aber bei außerordentlichen Geschäften zu vertreten, brauchte die Ehefrau die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung ihres Mannes.

All diese Regeln wurden in dem neuen TZGB neu konzipiert:

Art. 188 nTZGB: *„Jeder Ehegatte vertritt während des Zusammenlebens für die laufenden Bedürfnisse der Familie die eheliche Gemeinschaft.“*

Für die anderen Bedürfnisse der Familie darf ein Ehegatte, nur in den unten stehenden Fällen die eheliche Gemeinschaft vertreten:

1. *Wenn er von dem anderen Ehegatten oder wegen gerechtfertigter Gründe vom Richter dazu ermächtigt worden ist,*
2. *Wenn das Interesse der ehelichen Gemeinschaft keinen Aufschub des Geschäftes duldet und der andere Ehegatte wegen Krankheit, Abwesenheit oder ähnlicher Gründe nicht zustimmen kann.“*

Art. 189 n. TZGB: *„In den Fällen, in denen Vertretungsbefugnis der ehelichen Gemeinschaft durchgeführt wird, sind die Ehegatten den Dritten gegenüber solidarisch verantwortlich.“*

Jeder Ehegatte verpflichtet sich persönlich für die Geschäfte, die er ohne Vertretungsbefugnis vorgenommen hat. Aber wenn die Vertretungsbefugnis in einer von Dritten nicht erkennbaren Weise überschritten worden ist, haften die Ehegatten solidarisch.“

Art. 190 nTZGB: *„Wenn ein Ehegatte die Vertretungsmacht überschreitet oder unfähig zu deren Ausübung wird, kann der Richter auf Verlangen des anderen Ehegatten die Vertretungsbefugnis entziehen oder beschränken. Der Entziehung oder Beschränkung beantragende Ehegatte kann dies den Dritten nur persönlich mitteilen.“*

Ob die Entziehung oder Beschränkung der Vertretungsbefugnis den gültigen Dritten gegenüber wirksam ist, hängt davon ab, dass es aufgrund der richterlichen Entscheidung angezeigt worden ist.“

Art. 191 nTZGB: *„Die Entscheidung über die Entziehung oder Beschränkung der Vertretungsbefugnis, kann auf Verlangen eines Ehegatten bei Änderung der Verhältnisse von dem Richter geändert werden. Wenn die erste Entscheidung angezeigt worden war, wird auch die Entscheidung über die Änderung auch angezeigt.“*

Nun haben beide Ehegatten die gleichen Vertretungsbefugnisse für die eheliche Gemeinschaft, weil bei den betreffenden neuen Artikeln immer das Wort „Ehegatte“ anstatt „Ehemann“ oder „Ehefrau“ benutzt wird. Außerdem ist Entziehung oder Beschränkung der Befugnis allein Sache des Richters.

6. Die Rechte der Ehefrauen innerhalb der ehelichen Gemeinschaft waren auch in Bezug auf die Kinder in einer Hinsicht begrenzt:

Dem im alten Art. 263 des Türkischen Zivilgesetzbuches gab es eine Regelung, die dem alten Art. 274 des schweizerischen Zivilgesetzbuches entsprach:
„Während der Ehe üben die Eltern die elterliche Gewalt gemeinsam aus. Sind die Eltern nicht einig, so entscheidet der Wille des Vaters.“

Auch diese Bestimmung ist nun geändert worden. Der zweite Absatz wurde gestrichen. Was passiert nun, wenn die Eltern nicht einig sind? Dann müssen sie vor Gericht gehen. Wenn sie sich nicht einigen können, entscheidet der Richter. Aber auf keinen Fall kann der Wille des Vaters auf Grund eines Vorrechts des Vaters entscheidend sein.

7. Art. 159 des alten Zivilgesetzbuches wurde vom Verfassungsgericht aufgehoben:

Die Vorschrift des Art. 159 ZGB sah vor, dass die Ehefrauen auf die Erlaubnis ihrer Männer angewiesen waren, um einen Beruf oder ein Gewerbe auszuüben, gleichgültig welchem Güterstand die Ehe unterlag. Hat die Frau einen Beruf ohne die Erlaubnis ihres Mannes ausgeübt, wären ihre Geschäfte zwar gültig, aber der Mann hat für die geschäftlichen Schulden der Frau nicht haftet. Diese Haftung des Mannes für die geschäftlichen Schulden seiner Ehefrau galt aber ohnehin nur für den Fall, in dem die Ehe der Gütergemeinschaft unterlag, was bei uns nur sehr selten der Fall war. Im Normalfall, in dem die Ehe der Gütertrennung unterlag, waren Männer nicht für die geschäftlichen Schulden ihrer Frauen verantwortlich. Aber sie konnten es als einen Grund für die Zerrüttung des Familienlebens anführen, um sich scheiden zu lassen.

Obwohl von dieser Vorschrift nicht oft Gebrauch gemacht worden ist, stelle sie eine Diskriminierung der Frauen dar. Als 1992 zum ersten Mal ein solcher Fall vor das türkische Verfassungsgericht kam, hat das Verfassungsgericht diese Vorschrift zu Recht annulliert.

Anstatt dieser Vorschrift haben wir jetzt Art. 192, der ausdrücklich sagt:

„Kein Ehegatte braucht die Einwilligung des anderen, um einen Beruf oder ein Gewerbe auszuüben. Bei der Wahl und Ausübung des Berufs oder Gewerbes wird jedoch das Wohl und das Interesse der Gemeinschaft berücksichtigt.“

Diese neue Norm passt auch zu dem neuen Art. 167 des schweizerischen ZGB:

„Bei der Wahl und Ausübung seines Berufes oder Gewerbes nimmt jeder Ehegatte auf den andern und das Wohl der ehelichen Gemeinschaft Rücksicht.“

8. Eine andere, aber „frauenchonende“ Ungerechtigkeit fand sich in Art. 144 des alten ZGB über den Bedürftigkeitsunterhalt.

Dieser Art. lautete wie folgt:
„Gelt der Ehegatte, dessen Schuld an der Scheidung nicht überwiegend ist, vorwiegend in Bedürftigkeit, so kann er für seinen Unterhalt von dem anderen Ehegatten einen dessen finanziellen Kräften entsprechenden Beitrag unbefristet verlangen.“

Das Verlangen des Mannes von der Frau ist jedoch davon abhängig, dass die Frau wohlhabend ist.

Der Schuld des Unterhaltsverpflichteten an der Scheidung ist nicht nötig.“

Der zweite Absatz dieser Vorschrift wurde im neuen Art. 175 des TZGB gestrichen. Man hatte früher dieses Privileg zu Gunsten der Frau damit begründet, dass der Unterhalt der Familie in erster Linie zu den Aufgaben des Mannes gehörte, und es deshalb nicht denkbar wäre, dass er durch die Scheidung seine Unterhaltsinteressen verliere³.

Nun ist aber auch während der Ehe nicht mehr der Ehemann in erster Linie zum Unterhalt verpflichtet. Zu den Ausgaben der Gemeinschaft tragen beide Ehegatten entsprechend ihren finanziellen Kräften gemeinsam bei. Es hätte also auch gegen die Gleichberechtigung verstoßen, wenn dieser Absatz ebenfalls nicht aufgehoben worden wäre.

9. Dass die Gültigkeit mancher Verpflichtungsgeschäfte der Frauen der richterlichen Zustimmung bedurfte, widersprach auch der Gleichberechtigung.

Nach dem Art. 169/II des alten türkischen Zivilgesetzbuches war die Gültigkeit von Verpflichtungen der Ehefrau wie einer Bürgschaft oder Hypothek, die die Ehefrau zugunsten ihres Mannes gegenüber Dritten einging, von der richterlichen Zustimmung abhängig. Auch diese Vorschrift gibt es in dem neuen türkischen Zivilgesetzbuch nicht mehr. Diese Vorschrift sollte die Frauen schützen, die unter Einfluss ihrer Männer solche Verpflichtungen übernehmen. Jetzt gibt es auch eine solche Schutznorm nicht mehr. Fraglich erscheint, ob es im Sinne der Gleichberechtigung die richtige Lösung ist die Norm zu streichen, oder aber eine vergleichbare Norm auch für Männer einzuführen. Das Zweite scheint mir richtig zu sein.

10. Der gesetzliche Güterstand, nämlich die Gütertrennung wirkte sich meistens zum Nachteil der Frau aus.

Nach dem alten türkischen Zivilgesetzbuch galt ein Wahlgüterstandsystem. Nach diesem System stellte die Gütertrennung den gesetzlichen (ordenlichen) Güterstand dar. Die anderen, nach dem Willen des Ehepaars oder der Verlobten zu wählenden Güterstandstypen waren die Güterverbindung und die Gütergemeinschaft (außerordentliche Güterstände). Im Gegensatz zum schweizerischen Zivilgesetzbuch war bei uns als gesetzlicher Güterstand nicht die Güterverbindung, sondern die Gütertrennung gewählt worden.

³ Zevkiler, Aydin, Die Scheidungsfolgen im neuen türkischen Ehescheidungsrecht, Türkisch-schweizerische Juristentage 1989, Zürich 1990, S. 97.

Die außerordentlichen Güterstände sind kaum zu Anwendung gekommen. Es war überhaupt nicht üblich, über solche Dinge vor oder während der Ehe zu sprechen oder darüber sogar einen Vertrag zu schließen. Es war einerseits nicht angenehm, andererseits fanden die Ehegatten der anderen Güterstandstypen auch nicht vorzugswürdig. Vielen Ehepaaren war die Regelung und ihre Konsequenz ohnedies nicht verständlich.

Die Gütertrennung war objektiv betrachtet der einfachste Güterstand und entsprach der Gleichberechtigung besser, als die Güterverbindung oder Gütergemeinschaft. Beide Ehepartner waren in derselben Situation. Sie hatten während der Ehe ihr eigenes Eigentum, worüber sie frei verfügen können, wie sie es auch vor der Ehe gehab hatten. Dieser Güterstand sollte die Frauen nicht benachteiligen, aber in der Praxis hat er fast immer zu nachteiligen Folgen für die Frauen geführt. Die Natur der Gesellschaft entsprach nicht der erwünschten Praxis dieses Güterstandes. Denn – wie ich bereits erwähnt habe –arbeiten viele Frauen während der Ehe nicht. Ihre gesetzliche Aufgabe bestand ohnehin darin, sich um den Haushalt zu kümmern. Selbst wenn sie ein Einkommen hatten, sei es, dass sie doch arbeiten oder von ihren Eltern etwas geschenkt bekommen oder geerbt hatten, gaben sie dies oft ihren Männern. Wenn die Familie eine große Ausgabe machte, zum Beispiel ein Grundstück kaufte, war es üblich, diese Immobilien auf den Ehemann eintragen zu lassen. Nach einer Scheidung blieben die Frauen dann ganz mittellos. Zwar konnten Schadenersatz- und/oder Bedürftigkeitsansprüche geltend gemacht werden, aber diese vermoochten meistens nicht der echten Leistung und dem echten Beitrag der Frauen gerecht zu werden. Und diese Ansprüche waren zudem von bestimmten Voraussetzungen abhängig, die erfüllt sein mussten. Außerdem konnte diese Ansprüche auch der Ehemann unter den gleichen Voraussetzungen geltend machen. Aber nach jahrelanger Ehe vergrößerten Ehemänner meistens ihr Vermögen erheblich, natürlich auf Kosten ihrer Frauen.

Der türkische Gesetzgeber hat auch diesen schlecht funktionierenden Güterstand geändert. Nun haben wir weiter einen Wahlgüterstand. Aber als der gesetzliche (ordentliche) Güterstand gilt die Errungenschaftsbeteiligung. Die Gütertrennung steht zwar immer noch im Gesetzbuch aber nur als ein Wahlgüterstand, den die Ehepaare vertraglich für sich bestimmen können. Ein anderer Wahlgüterstand ist die Gütertrennung mit Aufteilgut, was eigentlich in dem Entwurf der Kommission als der gesetzliche Güterstand vorgeschlagen worden war. Auch die Gütergemeinschaft steht immer noch im Gesetzbuch als ein Wahlgüterstandstyp. Aber die Vorschriften sowohl über die Gütertrennung als auch über die Gütergemeinschaft haben einige Änderungen erfahren.

Ich kann hier nicht auf die Details eingehen, aber kurz muss ich sagen, dass sowohl mit der Errungenschaftsbeteiligung als auch mit der Gütertrennung mit Aufteilgut beabsichtigt wird, die bisherigen Ungerechtigkeiten, die die meistens die Frauen erlebten, zu beseitigen. Als eine verspätete aber richtige Anerkennung des Problems finde ich diesen Fortschritt zwar begriffenswert. Ob aber die Errungenschaftsbeteiligung keine Nachteile mit sich bringt, oder ob nicht die Gütertrennung mit Aufteilgut besser als gesetzlicher Güterstand vorgesehen werden sollte, wird erst die Zeit zeigen.

Schlussbemerkung

Zum Schluss möchte ich ausdrücklich wiederholen, dass wir seit 77⁴ Jahren nicht unter den Regeln der Scharia unterliegen, und seit 2002 ein noch moderneres Zivilgesetzbuch haben als unser altes ZGB von 1926. Daher ist es leicht zu sagen, dass die türkische Frau in der Gesellschaft eine moderne Stellung einnimmt.

In Bezug auf den Familiennamen habe ich zwar immer noch einige Vorbehalte, trotzdem sehe ich das neue Zivilgesetzbuch als eine bedeutende Reform im Sinne der Gleichberechtigung an.

Was ich außerdem für bemerkenswert halte, ist, dass sich selbst die Männer um diese moderne Stellung der Frau bemühen. Es ist deshalb begrüßenswert, weil es von ihnen fordert, auf alle die Privilegien, Befugnisse und Besserstellungen zu verzichten.

Noch wichtiger ist, dass unsere Frauen immer mehr Initiative ergreifen und die politischen Mechanismen in Gang bringen und beeinflussen können. Besonders die Reform über den Güterstand verdanken wir in erheblichem Maße den Frauenverbänden, die pausenlos und hart dafür gearbeitet haben. Wenn die Menschen selber sich für die Verabschiedung eines Gesetzes einsetzen, werden die Gesetze – einmal verabschiedet – auch von der Gesellschaft besser akzeptiert. Bereits das ist ein Zeichen dafür, dass unsere Gesellschaft einer erheblichen Fortschritt gemacht hat und schon so weit und modern ist, diese neue Reform zu genießen.

⁴ Seit 1926 (heute seit 78 Jahren).

Die Entstehung einer nationalen Zivilgesetzgebung – der Fall Brasiliens und seine Zivilgesetzbücher von 1916 und 2002*

von

José Carlos de Medeiros Nóbrega, LL.M. (Osnabrück)**

1. Einführung

Die offizielle Bezeichnung Brasiliens lautet *República Federativa do Brasil*. Die Staatsform ist die präsidentiale föderative Republik. Die Föderation bzw. der Bund besteht aus 26 Staaten und einem Bundesdistrikt mit der Hauptstadt *Brasília*. Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für das Zivilrecht (Verfassung, Art. 22 D). Nach 26jähriger Beratung im *Congresso Nacional* wurde am 10. Januar 2002 das Gesetz Nr. 10.406 verabschiedet, durch das am 11. Januar 2003 das neue Zivilgesetzbuch in Kraft trat. Somit wurden das Gesetz Nr. 3.071 vom 01. Januar 1916 und damit das brasilianische ZGB von 1916, das am 01.01.1917 in Kraft getreten war, aufgehoben.

Brasilien ist sowohl nach seiner Fläche als auch seiner Einwohnerzahl das fünfgrößte Land der Welt. Auf einer Grundfläche von ca. 8,5 Mio. m² leben ca. 170 Millionen Menschen. Die Industrieproduktion trägt mit 32%, die Agrarwirtschaft mit 8% und der Dienstleistungssektor mit 60% zum Bruttoinlandsprodukt (BIP) von ca. US\$ 500 Mrd. (2003) bei. Somit gehört Brasilien zu den führenden 15 Wirtschaftsmächten der Welt.¹ Abgesehen von dem Wirtschaftsaustausch und unabhängig von anderen intensiven und fortdauernden politischen, menschlichen und kulturellen Beziehungen zwischen Brasilien und Europa, ist ein weiterer wichtiger Grund, warum das Privatrecht Brasiliens von Bedeutung sein sollte, die Tatsache, dass die Rechtsentwicklung in ganz Lateinamerika ihre Wurzeln in der kontinentaleuropäischen Rechtsstradition hat und somit für rechtsvergleichende Studien von besonderer Bedeutung sein kann.

* Dieser Aufsatz stammt aus dem Text zum Vortrag „Ein Blick auf das neue brasilianische ZGB von 2002“, gehalten am 25. November 2004 vor der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück im *European Legal Studies Institute*, Osnabrück.

** Doktorand an der Universität Osnabrück, früheres Mitglied der *Study Group on a European Civil Code* (SECC), z.Zt. Beauftragter der *Faculdade de Direito de Patos* (Brasilien) mit Verantwortung für das *Módulo de Pesquisa Jurídica* (Ausschuss zur rechtswissenschaftlichen Forschung). E-mail: cnobrega@uogs.de.

¹ Nach den USA und Argentinien ist Deutschland der drittgrößte Wirtschaftspartner Brasiliens. Das Interesse deutscher Geschäftskreise an dem Land ist traditionell hoch. Die brasilianische Metropole São Paulo ist mit 800 ansässigen deutschen Unternehmen der größte deutsche Industriestandort nördlichb des Deutschenlands. Bis 2005 sollen 2,5 Mrd. € aus Deutschland in Brasilien investiert werden. Diese Informationen stammen überwiegend aus dem deutschen Auswärtigen Amt und der Deutsch-Brasilianischen Industrie- und Handelskammer, siehe im Internet www.aik.org.br/pdf_public/So_Gehus_Einstieg_completo.pdf und www.auswaertiges-amt.de/w/w/der/laenderinfos/laender_ausgabe.html?type_id=1&land_id=26.

In der „Zeitschrift für europäisches Privatrecht“ erschienen vor einigen Jahren ein Aufsatz mit dem leicht irritierenden Titel *Zu Europa gehört auch Lateinamerika!*, ganz ohne Gänselübchen und sogar mit einem Ausrufrzeichen versehen. Der Verfasser, *Prof. Eugen Bucher*,² hat folgende These: Aufgrund der Rechtsüberlieferung des europäischen Privatrechts in Lateinamerika sollte das Vorgehen in den spanisch oder portugiesisch sprechenden Ländern beim Aufbau ihrer eigenen Gesetze ein Vorbild für den alten Kontinent bei „seinen ernsthaften Gehversuchen in der Vertragsrechtsvereinheitlichung“ sein.

Aus eigener Erfahrung als Mitarbeiter im Rahmen der *Study Group on a European Civil Code* und angesichts der EU-Erweiterung halte ich diese These schon allein aus logischen Gründen für unrealistisch. Die wissenschaftliche Auseinandersetzung von Seiten europäischer rechtsvergleichenden Wissenschaftlern mit den Rechtssystemen, die in der europäischen Rechtsstradition stehen, kann jedoch gleichwohl sehr interessante Studien hervorbringen.

Das Vorgehen beim Aufbau des brasilianischen Privatrechts lässt sich am besten durch die historische Entwicklung erklären. Der immer noch so genannte *new Código Civil von 2002* hat vieles von der Systematik und von dem Inhalt der brasilianischen Privatrechtsordnung des 19. und 20. Jahrhunderts übernommen. Das, was den jetzt geltenden brasilianischen *Código Civil* ausmacht, hat seinen Ursprung zweifellos in der portugiesischen Rechtsstradition, denn die portugiesische Kolonialherrschaft dauerte von 1500 bis 1822 und Brasilien hat somit die portugiesische Rechtsordnung rezipieren müssen. Die französische Gesetzgebung, die US-amerikanische Verfassung und der Stand der Rechtswissenschaften vor allem im deutsch sprechenden Raum des 19. Jahrhunderts haben ebenfalls viele wichtige und deutliche Spuren hinterlassen.³

Aus diesem Grund ist die Entwicklung des autonomen brasilianischen Zivilrechts vor allem seit der Ausrufrung der Unabhängigkeit im Jahre 1822 zu schildern.

2. Die Erhaltung portugiesischer Gesetze trotz der Unabhängigkeit Brasiliens

In Brasilien waren die königlichen Ordonanzen aus Portugal geltendes Recht, vor allem die so genannten *Ordenanças Filipinas*. Die Ordonanzen sind Kompilationen von Gesetzen unter Regie bestimmter Könige und können drei verschiedenen Epochen zugeordnet werden. Zur Zeit von König *Dom Afonso V.* sind die so genannten *Ordenanças Afonsinas* 1446 entstanden. Die Quellen sind das römische und das kanonische Recht, das Recht der *Stae Partidas* und alte

² *Bucher, Eugen*, Zu Europa gehört auch Lateinamerika!, ZEuP 2004, S. 515-547.

³ Die Gebirgische der indigenen Völker haben in der brasilianischen Gesetzgebung keinerlei Rolle gespielt. Ohne Bedeutung für die Entstehung des brasilianischen Rechts blieb auch das Recht der niederländischen Westindischen Compagnie. Der im 17. Jh. wirtschaftlich wichtigste Teil Brasiliens (also der Nordosten des Landes, vor allem die Region um Recife und João Pessoa, damals Moritzstadt und Frederiksstadt genannt) stand zwischen 1630 und 1654 unter „*domínio holandês*“. Die damals für kurze Zeit geltenden niederländischen Gesetze wurden nach der Wiedereroberung durch die portugiesischen königlichen Ordonanzen ersetzt und dürfen heute zutage als vergessener historischer „Infall“ gelten. Hierzu *Nascimento, Walter Vieira de*, *Lições de história do direito* (Rio de Janeiro 2003), S. 205. Zur niederländischen Herrschaft in Brasilien siehe u.a. die Veröffentlichung der *Johann Moritz Gesellschaft* *Siegen e.V.* zur Ausstellung „Aufbruch in Neue Welten. Johann Moritz von Nassau-Siegen, der Brasilianer“, Siegen 2004.

nationale Sitten und Gebräuche der Städte und Landgemeinden. Diese Kompilation wurde verbessert und erweitert unter der Regie von König *D. Manuel*. Die *Ordenações Manuêlinas* wurden 1521 geschaffen. Weniger als ein Jahrhundert später, während der Vereinigung der Kronen von Spanien und Portugal zwischen 1580 und 1640, hat König *Filipe II.* die *Ordenações Filipinas* durch *Alvará* von 11. Januar 1603 verabschiedet.

Zur Aufklärungszeit im 18. Jahrhundert war dieses Regime der königlichen Ordnanzen mit Gesetzestexten wie auch Gesetzestücken und unzähligen Widersprüchen beladen. Der Premierminister des Königs *Dom José, Marquês de Pombal*, hatte das Gesetz vom 18. August 1769 verabschiedet. Dieses später so genannte *Lei da Boa Razão* (Gesetz der gesunden Vernunft) regelte die Auslegung und Anwendung der Gesetze im Fall von Gesetzeslücken und Unbestimmtheiten. Die Geltung der *Ordenações* wurde dadurch bestätigt und das römische Recht zu einem subsidiären Rechtssystem erklärt. Dies hatte zur Folge, dass das römische Recht seine Vorbildungsfunktion verloren hatte. Als Rechtsquellen wurden die Sitten, die vor-handenen Gesetze und das Recht der „zivilisierten christlichen Nationen“ hervorgehoben. Somit wurde seit dem „Gesetz der gesunden Vernunft“ die Rechtsvergleichung in Portugal und Brasilien ein traditionell anerkanntes Mittel zur Auslegung von Normen und für die Zwecke der Rechtsfortbildung, was sich bis heute in der portugiesischen und brasilianischen Rechtsprechung feststellen lässt.⁴ Darüber hinaus ist außerdem zu bedenken, dass die Anwendung der rechtsvergleichenden Methode für die Auslegung, die Fortentwicklung und die Etablierung geltender Normen in Brasilien meistens Erfolg hatte und sich so endgültig in unserer juristischen Praxis verankerte.⁵

Während die *Ordenações Filipinas* in Portugal aufgrund des Inkrafttretens des portugiesischen *Código Civil* von 1867 im 19. Jahrhundert längst zur Rechtsgeschichte gehörten,⁶ reichte die Geltung des alten königlichen portugiesischen Rechts in Brasilien kurzwegig sogar über dessen Unabhängigkeitserklärung am 7. September 1822 bis zum Jahr 1916. Grund hierfür war das „*princípio de continuidade das leis*“ aus dem brasilianischen Gesetz vom 23. Oktober 1823, wonach die *Ordenações* und sonstiges geltendes portugiesisches Recht im Kaiserreich Brasilien ihre Geltung behielten, sofern „ein neues Gesetzbuch nicht erlassen wird“ oder die *Ordenações*, Gesetze und Dekrete, die das portugiesische Recht ausmachten, nicht ausdrücklich aufgehoben würden.

Dementsprechend hat die erste brasilianische Verfassung vom 25. März 1824 unter Kaiser *Dom Pedro I.* das Vorhaben vorangestellt, dass nationale straf- und zivilrechtliche Kodifizierung

⁴ Es ist keine Seltenheit, wenn ein Urteil portugiesischer oder brasilianischer Gerichte sich auf eine rechtsvergleichende Studie beruft. Die portugiesisch-sprachige Rechtsliteratur hält dementsprechend auch reichlich Beispiele für die Berücksichtigung fremder Rechtsordnungen bereit.

⁵ Vgl. *Marques, Cláudia L.*, Das BGB und das brasilianische ZGB von 1916, in: *Jayne / Mansel (Hrsg.)*, Auf dem Wege zu einem gemeineuropäischen Privatrecht. 100 Jahre BGB und die lusophonen Ländern (Baden-Baden 1997), insb. S. 77.

⁶ Was das Zivilrecht betrifft, hatten die *Ordenações Filipinas* ihre Geltung als geschriebenes Recht in Portugal nur bis zum Inkrafttreten des portugiesischen *Código Civil* von 1867, auch als *Código de Seabra* bezeichnet, bewahrt.

⁷ Das Kaiserium in Brasilien bricht mit europäischen Traditionen jedoch nicht. Der erste *Imperador* Dom Pedro I. hat beispielsweise die Habsburger Erbin Prinzessin Leopoldina (Leopoldina) geheiratet. Ihr Sohn und zweiter Kaiser Brasiliens, D. Pedro II., war deswegen Enkel des Kaisers Franz II. von Österreich und Verwandter des deutschen Kaisers.

nungen so früh wie möglich verabschiedet werden sollten (Art. 179, 18). Das Erlassen eines Zivilgesetzbuches war in der Kultur der Zeit eine Art Reifezeugnis der Nationen; die Idee eines eigenen *Código Civil* war also ein zeitgenössisches Anliegen der Unabhängigkeit.⁸ Die Schwierigkeiten, die es dafür zu überwinden galt, waren enorm, denn man hatte bis zu dieser Zeit noch keine eigenen Rechtsfakultäten in Brasilien. Die ersten juristischen Fakultäten in Brasilien wurden erst 1827 in São Paulo und Olinda gegründet, wobei die Letztergenannte später nach Recife versetzt wurde. Die Rechtsgelehrten in Brasilien wurden überwiegend im portugiesischen Coimbra ausgebildet. Es herrschte zur kolonialen Zeit ein Druckverbot, so dass jedes Buch ausländischer Herkunft sein musste. Eine so genannte „*cultura jurídica nacional*“ wurde nur mühsam geboren.⁹ Vor allem die *Faculdade de Direito de Recife* sollte jedoch später in den Entwürfen brasilianischer Gesetze eine wesentliche Rolle spielen.¹⁰

Seit Inkrafttreten der kaiserlichen Verfassung von 1824 dauerte es jedoch noch ca. neunzig Jahre bis zum Inkrafttreten des ersten brasilianischen *Código Civil*, denn Priorität hatte die Schaffung eines Strafgesetzbuches (*Código Criminal* von 1830) sowie einer Strafprozessordnung (*Código de Processo Criminal* von 1832). Vor dem Erlass eines Zivilgesetzbuches kam außerdem der brasilianische *Código Comercial* nach Vorbild des französischen Handelsgesetzbuch von 1850 zustande. Für das wachsende bürgerliche Milieu war die Kodifizierung der für den Handel relevanten Gesetze wichtiger als der Schutz und die Gewährleistung der zivilrechtlichen Ansprüche.¹¹

3. Erste Schritte: eine Gesetzesammlung im Auftrag des Kaisers

3.1. *Consolidação das Leis Civis (Teixeira de Freitas)*

Die Schaffung eines brasilianischen Zivilgesetzbuches gehörte zum Regierungsprogramm und wurde wie gesagt im Jahre 1824 legislativ vorgesehen. Ein weiterer Schritt war der Auftrag des Kaisers an *Teixeira de Freitas*, der erst im Jahr 1857 bzw. 1858 in die so genannte „*Consolidação das Leis Civis*“ mündete. Diese Gesetzeskonsolidierung war die Herausgabe einer bereinigten Sammlung geltender Rechtsquellen, nämlich die erste umfassende systematische Sammlung des Zivilrechts des unabhängigen Brasiliens, welche auf der Grundlage der

⁸ *Villota, João Baptista*, Die brasilianische Zivilrechtsgesetzgebung und das Familienrecht in historischer Entwicklung, in: *Pischmann, Gisela (Hrsg.)*, Schriften der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung, Bd. 30 Familien- und Erbrecht in Deutschland und Brasilien: Entwicklungen und Ansätze (Aachen 2004), insb. S. 19.

⁹ *Kozima, José Wanderley*, Instituições, referências e bibliografia no Brasil, in: *Wolkner, Antônio Carlos (Hrsg.)*, Fundamentos da história do direito (2. Aufl. Belo Horizonte 2003), S. 361.

¹⁰ Zu erwähnen ist die „*Escola do Recife*“, auch bekannt als „*Escola Alameda do Recife*“, aufgrund der Berücksichtigung der deutschen Rechtswissenschaften durch die brasilianischen Rechtsgelehrten in Recife u.a. *Tobias Barreto, Clóvis Bevilacqua* und *Sívio Romero*. Vgl. für das Zivilrecht *Wolkner, Antônio Carlos*, História do direito no Brasil (Rio de Janeiro 2000), S. 81. Sein Gründer war *Tobias Barreto* (1839-1889), der dafür bekannt ist, durch seinen starken „*germanismo*“, die brasilianischen Juristen mit der damaligen deutschen Philosophie, Rechtsliteratur und insbesondere mit dem Werk von Rudolph von Jhering bekannt gemacht zu machen. Siehe in *Marques*, Das BGB und das brasilianische ZGB von 1916, a.a.O., S. 82. Auch im Bereich des Strafrechts sind wichtige Werke in Recife entstanden, wie z.B. die Übersetzung von Franz von Liszt ins Portugiesische. Hierzu der Neudruck durch den offiziellen Verlag des *Senado Federal*, *Franz von Liszt*, Tratado de direito penal allemo, Einführung und Übersetzung von *João Hygino Duarte Pereira* (Recife 1899, Neudruck: Brasília 2006).

¹¹ *Wolkner, Antônio Carlos*, História do direito no Brasil (Rio de Janeiro 2000), S. 88.

fortgeltenden *Ordenações Filipinas* von 1603 aufgebaut wurde und bis 1917 die Autorität eines echten ZGB erhielt.¹²

Die *Consolidação* wurde mit einer 100seitigen systematischen Erklärung von *Teixeira de Freitas* eingeleitet. Dort erklärt *Freitas*, warum er sowohl die römische (Institutas von Caius) als auch die französische Systematik des *Code civil* ablehnte und seine Gesetzessammlung in einen Allgemeinen Teil und einen Besonderen Teil gliederte. Er untersuchte hinsichtlich der Frage der Einteilung der Zivilrechtsnormen auch die Meinungen von *Savigny* und *Leibnitz*. Seine *Consolidação* besitzt einen Allgemeinen Teil, der aber nur Normen über Personen und Sachen enthält.¹³

3.2. Entwicklung der CLC zum Entwurf von 1860 (*Teixeira de Freitas*)

Das größte Werk *Teixeira de Freitas* ist jedoch sein so genannter *Esboço* von 1860, der unvollendete Entwurf eines Zivilgesetzbuches für Brasilien mit 4098 Artikeln, der aus politischen Gründen von der Regierung nicht angenommen wurde.¹⁴ *Freitas* entschied sich für die Uniformierung von Handels- und Zivilrecht, obwohl Brasilien seit 1850 ein neues Handelsgesetzbuch besaß.

Freitas schlägt in seinem *Esboço* die Einteilung für das gesamte Privatrecht wie folgt vor: ein Allgemeiner Teil des *Esboço* sollte als General-Kodex (*Código Geral*) mit Grundnormen für alle Privatrechtsverhältnisse und für das ganze Privatrecht gelten (Personen, Sachen, juristische Fakten) und ein dreiteiliger Besonderer Teil, der als Zivilrechtsgesetzbuch (*Código Civil*) für das ganze Privatrecht gelten soll: persönliche Rechte (Familien- und Zivilverhältnisse), Sachenrecht (im Allgemeinen, über eigene Sachen und über Fremdsachen), allgemeine Normen über Personen- und Sachenrecht (Erbrecht, Konkurs, Verjährung).

In diesem einheitlichen Kodex für das Privatrecht sollten also die handelsrechtlichen und die zivilrechtlichen Normen in zwei getrennten Kapiteln geregelt werden, während ein drittes Kapitel die gemeinsamen handels- und zivilrechtlichen Verträge regeln sollte. Nach h.M. war gerade diese Entscheidung *Freitas'* der Grund für die Ablehnung seines *Esboço* durch die Regierung und nicht nur die tatsächliche Verspätung der Abgabe des fertigen Textes. Die Kritiker lamentierten: Der *Esboço* sei mit mehr als 4908 Artikeln zu lang und der Allgemeine Teil oder *Código Geral* sei ein Kodex nur für Wissenschaftler.¹⁵

Sein *Esboço* wird jedoch als legislatives Vorbild für andere Zivilgesetzbücher von südamerikanischen Ländern angesehen, insbesondere als Grundlage für *Vélez Sarsfield* für den Entwurf

12 (2003/05) DIE ENTSTEHUNG EINER NATIONALEN ZIVILGESETZGEBUNG – BRASILIEN 35

des *Código Civil* von Argentinien (1871), welcher später die Privatrechtskodifizierung von Uruguay und Paraguay beeinflusst hat.¹⁶

Danach folgten während des Kaiserreiches noch weitere Versuche, das nationale Zivilgesetzbuch zu erlassen, vor allem der Entwurf von Senator *Nobuco de Araújo* von 1872 und der von *Felício dos Santos* von 1881.

4. Weitere Entwürfe zur Zeit der Republik (insb. der von *Cívius Bevilacqua*)

Die Zeit des Kaiserturns in Brasilien (1822-1889) hat das Inkrafttreten eines nationalen *Código Civil* nicht miterlebt. Die einschädigungslose Aufhebung der Sklaverei (1888) führt letztlich zur Ausrufung der Republik am 15.11.1889.

Die Anstrengungen zur Schaffung eines Zivilrechtskodifizierung wurden jedoch fortgesetzt. Von großer Bedeutung ist vor allem der im Jahr 1899 vollendete Entwurf von *Cívius Bevilacqua*, Professor in Recife. Sein Entwurf wurde von dem vorherigen Entwurf von *Teixeira de Freitas* besonders beeinflusst. Auch der deutsche Einfluss durch die Pandektenschule und die beiden Entwürfe des BGB musste sich an das in Brasilien noch vorherrschende französische Vorbild und die brasilianische Gebräuche anpassen.¹⁷

5. *Código Civil* von 1916

Der Gesetzesentwurf von *Bevilacqua* war Gegenstand einer 16-jährigen parlamentarischen Diskussion. Er wurde in seinem Kern angenommen und als das brasilianische Zivilgesetzbuch durch das Gesetz Nr. 3071 von 01.01.1916 erlassen. Das Inkrafttreten erfolgte ein Jahr später. Der so genannte *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* war also der lang ersehnte Ersatz für den bis zu dieser Zeit geltenden, aber längst veralteten – wenn auch durch die *Consolidação das Leis Civis* systematisierten – Verordnungen der portugiesischen Krone.

Eine Übersetzung des brasilianischen *Código Civil* ins Deutsche wurde bereits 1928 veröffentlicht. Dies erfolgte als dritter Band der Übersetzungsreihe unter Betreuung von *Prof.*

¹⁶ *Nascimento, Walter Vieira de*, *Líções de história do direito* (Rio de Janeiro 2003), S. 225. Auch *Bucher, Eugen*, *Zu Europa gehört auch Lateinamerika*, S. 526. Der argentinische CC wurde gleichfalls von chilenischen Privatrechtskodifikationen (CC aus dem Jahre 1855) beeinflusst. Die Gesetzbücher Lateinamerikas wurden fast durchweg von einzelnen Rechtsgelehrten mit universitär-rechtswissenschaftlicher Bildung ausgearbeitet, aus *Hetschheimer (Hrg.)*, *Die Zivilgesetze der Gegenwart* – Bd. 3 Brasilien: *Código civil* mit Übersetzung, Einleitung und Anmerkungen (Mannheim, Berlin, Leipzig 1928), S. III. *Vélez Sarsfield* und *Teixeira de Freitas* standen miteinander in Korrespondenz.

¹⁷ Siehe in *Marques*, Das BGB und das brasilianische ZGB von 1916, a.a.O., S. 82. *Cívius Bevilacqua* (1859-1944) gehörte zur Schultradition von Recife und war Professor an der Jurakultivität von Recife für Zivilrecht und für das neue Fach „vergleichende Gesetzgebung“. Er war nicht nur Verfasser des angenommenen Entwurfs des brasilianischen *Código civil* aus dem Jahr 1899, sein ausführlicher und wissenschaftlicher Kommentar zum brasilianischen *Código civil* und sein Zivilrechtshandbuch gelten als Grundwerke der brasilianischen Zivilrechtswissenschaft. In seinem Kommentar begründete *Bevilacqua* die zivilethnische Doktrin Brasiliens durch betont Assimilierung der deutschen Pandektenwissenschaft und durch starken Einfluss des positivistischen Denkens von *Auguste Comte*.

¹² *Marques*, Das BGB und das brasilianische ZGB von 1916, a.a.O., S. 79.

¹³ *Marques*, Das BGB und das brasilianische ZGB von 1916, a.a.O., S. 79-80.

¹⁴ Vgl. *Santos Justa, A.*, *O direito luso-brasileiro: codificação civil*, In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Bd. 49 (Coimbra 2003), S. 7.

¹⁵ *Marques*, Das BGB und das brasilianische ZGB von 1916, a.a.O., S. 81.

Heinsheimer. Aus seiner Einleitung kann man die Wahrnehmung der brasilianischen Zivilgesetzgebung seitens deutschen Gelehrten entnehmen:¹⁸

„Der bras. CC hatte einen eklektischen Charakter; neben das einheimische Recht tritt das römische Recht der neueren Lehre – sei es unmittelbar, sei es in den ihm entnommenen Teilen des Code Civil –, und dazu liefern dann fast alle modernen Gesetzbücher ihre Anregungen und mehr oder weniger weitgreifenden Beiträge. So zeigt das Brasilianische Gesetzbuch zunächst einen starken Stamm altheiligen Rechts, vor allem im Aufbau der ehelichen Familie mit ihrer allgemainen Gütergemeinschaft, mit ihrer Bindung auch des Mannes an die Einwilligung der Frau bei wichtigsten Rechtsgeschäften, mit ihrer heute noch festgehaltenen Unauflöslichkeit der Ehe; dazu kommen Rechtsbildungen des Immobilienrechts, in denen sich die Weiräumigkeit des ungeheuren Gebietes, die besondere Art seiner Wirtschafts- und Bodenordnung widerspiegeln, wie die Normen über Emphyteuse (Erbpacht).“

Aber auch in denjenigen Teilen, in denen der Código fremden Vorbildern folgt, ist er keineswegs eine bloße Kopie, sondern arbeitet er selbständig durch und erstrebt eine Vereinbarung ursprünglich disparater Elemente zu einem neuen Ganzen. So ist etwa besonders interessant, wie für die dinglichen Rechtsakte einerseits das Traditions- und Eintragungsprinzip des deutschen Rechts angenommen, andererseits aber an der Abhängigkeit von der obligatorischen Causa nach romanisch-französischer Überlieferung festgehalten wird. Der Einfluss des deutschen bürgerlichen Rechts zeigt sich zunächst im Systematischen, der Voranstellung eines Allgemeinen Teils mit einer eindringlicher Lehre vom Rechtsgeschäft, sodann in zahlreichen Einzelheiten, wie vor allem in den Abschnitten über die juristischen Personen, die Willenserklärung und den Vertragsschluss, den Besitz, das Nachbarchrecht, in den interessanten Bestimmungen über den Rechtsmissbrauch und vielen mehr.“

Der erste brasilianische Código Civil bestand also aus dem Allgemeinen Teil und aus dem Besonderen Teil. Diese Systematik fand sich bereits im Entwurf von Teixeira de Freitas aus dem Jahr 1860, einem Kenner der Werke Savignys. Zur Struktur des Besonderen Teils bemerkte Bevilacqua, dass es keine wissenschaftlich einheitliche Position gab. Savigny begann sein System mit dem Sachenrecht. Coelho Rodrigues seinerseits und das neue BGB mit dem Recht der Schuldverhältnisse, das ABGB und der schweizerische Entwurf begannen mit den Personen- bzw. Familienrecht. Da es keinen Konsens gab, bevorzugte es Bevilacqua, den Kern der Gesellschaft zuerst zu regeln: die Familie. Die Voranstellung des Familienrechts entspricht der Anordnung des deutschen Juristen Roth, die Clovis Bevilacqua bevorzugte.¹⁹ Mit dem Obligationenrecht zu beginnen, wie das BGB, scheint am vernünftigsten gewesen zu sein; denn dieses bedarf seiner Struktur nach weder des Familienrechts noch des Sachenrechts, während diese ihrerseits seiner bedürften. Das hat jedenfalls die brasilianische Rechtslehre nach 1916 anerkannt und dementsprechend die Lehrbücher in der Reihenfolge aus dem BGB und nicht aus dem brasilianischen Código Civil herausgegeben. Ein brasilianischer Jurastudent beschäftigt sich also nach dem Allgemeinen Teil des Código Civil zunächst mit dem Recht der

12 (2003/05) DIE ENTSTEHUNG EINER NATIONALEN ZIVILGESETZGEBUNG – BRASILIEN 37

tigt sich also nach dem Allgemeinen Teil des Código Civil zunächst mit dem Recht der Schuldverhältnisse und nicht mit dem Familienrecht.

6. Veränderungen und Reformen des brasilianischen Código Civil von 1916

Noch im Jahr 1919 wurden zahlreiche Veränderungen durch das Gesetz Nr. 3725 vom 15.01.1919 durchgeführt, obwohl die meisten lediglich redaktioneller Natur waren. Die erste bedeutungsvolle Reform des Código Civil von 1916 war die Diskussion um ein Einführungs-gesetz zum brasilianischen Código Civil nach dem deutschen Modell. Clovis Bevilacqua folgte dem deutschen Vorbild des BGB und beachtete eine so genannte „Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro“ mit Regelungen über die Anwendbarkeit des Gesetzes, über wohlver-worbene Rechte, über Rechtsstücken und Kollisionsnormen. Im Senat wurde sein Entwurf jedoch verändert. Die IPR-Normen z.B. wurden nicht als Teil eines getrennten Gesetz ange-nommen, sondern – nach italienischem Modell – als 16 dem Allgemeinen Teil des Código Ci-vil vorangestellte und einleitende Artikel in Kraft gesetzt. Erst 1942 wurde die „Einführung“ geändert und nach dem früheren Wunsch Bevilaccas als echtes Einführungs-gesetz in Kraft ge-setzt.²⁰

Anderer Anstrengungen zu einer Reform des brasilianischen ZGB haben gleichfalls erst nach den 1940er Jahren eingesetzt. Die Debatte um die Trennung des Rechts der Schuldverhältnisse und die entsprechende Schaffung eines Código das Obrigações neben einem Código Civil hat viel an Kraft gewonnen. Die beiden Gesetzesentwürfe zum Schuldrechtsgesetzbuch datieren von 1941 (Orosimbo Nonato) und von 1963-1964 (Caio Mário da Silva Pereira) und sahen z.B. vor, dem Institut des Bereicherungsrechts eine vollständigere Berücksichtigung im positiven Recht zu schaffen.²¹ Ein selbständiger Código das Obrigações kam zwar nie zustande, gleichwohl wurde der Inhalt der erwähnten Projekte für die weitere Entwicklung der Zivil-gesetzgebung wahrgenommen.

Einige Sondergesetze mit direkter Wirkung auf das Zivilrecht sind z.B. die Gesetze betreffend Darlehen (1933), Pfandrecht (1934), Wasserrecht (1934), Kaufrecht (sechs Gesetze von 1937 bis 1979), Urheberrecht (1939, 1966, 1973), Enteignung (vier Gesetze 1941 bis 1970), Verjäh-rung und Hinfäll von Rechten (1942), Agrarrecht (1964), Mietrecht (1966), Statut der verheira-teten Frau (1966), treuhänderische Veräußerung (1969), Scheckrecht (1985), Ehescheidung (1977) u.v.a.

Die gesetzgeberische Tätigkeit hat sich dementsprechend aktiv fortgesetzt, die politische um so mehr. Auch Brasilien hatte im letzten Jahrhundert eine bewegte Geschichte erlebt: ein fä-schistisches Regime in den 30er Jahren, Demokratie nach der Revolution von 1945, Industria-lisierung in den 50er Jahren, Militärschub während des kalten Kriegs im Jahr 1964 und schließlich die Wiederherstellung der Demokratie 1985. Jedes von diesen politischen Regimen

¹⁸ Heinsheimer (Hrsg.), Die Zivilgesetze der Gegenwart – Bd. 3 Brasilien: Código civil mit Übersetzung, Einlei-tung und Anmerkungen (Mannheim, Berlin, Leipzig 1928), Einführung, S. V-VI.

¹⁹ Marques, Das BGB und das brasilianische ZGB von 1916, a.a.O., S. 91 ff.

²⁰ Zum Gesetz Nr. 3071 vom 01.01.1916 gehörte eine „Introdução“ mit 21 Artikeln, die später durch die „Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro“ durch Gesetz 4657 vom 04.09.1942 nach direktem Vorbild des EGBGB aufgehoben wurde. Marques, Das BGB und das brasilianische ZGB von 1916, a.a.O., S. 95.

hat jeweils eine neue Fassung verabschiedet. Es gab dementsprechend viele Versuche, den *Código Civil* neu zu formulieren, außerdem wurde das Zivilrecht durch verfassungsrechtliche Vorschriften sehr verändert, sodass man von einer „*constitucionalização do direito civil*“ sprechen kann.

7. Entstehung und Richtlinien der *Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil*

Während der Militärdiktatur entstand 1969 eine so genannte Kommission zur Revision des *Código Civil*, mit dem Ziel, die Entwicklung der Privatrechtsgesetzgebung in den Text des *Código Civil* kohärent einzugliedern, so dass der größte Teil des *Código Civil* von 1916 bewahrt werden konnte. Diese Kommission brach mit der Tradition, den Korpus eines Zivilrechtsgesetzbuchs durch eine einzige Persönlichkeit bestimmen zu lassen. Sie bestand nämlich aus sieben Mitglieder. *Prof. Miguel Reale*, ihr Vorstand, fasst die Arbeit der Kommission in folgenden Richtlinien zusammen:²²

- a) Die Bewahrung der Vorschriften des Gesetzbuches von 1916, wenn immer möglich;
- b) Ablehnung der Revision des Entwurfes von *Bevilaqua* mit der Begründung, deren Bestimmungen wären mit der zeitgenössischen Gesellschaft nach dem Krieg und dem neuen Stand der Rechtswissenschaften nicht mehr vereinbar;
- c) Veränderung der Vorschriften aus dem *Código Civil* 1916, die sich auf wesentliche Werte bezogen, wie die Ethik (*eticidade*), die Sozialisierung (*socialidade*) und die Operierbarkeit (*operabilidade*);
- d) Berücksichtigung der vorigen Studien zur Reform des Zivilrechts mit dem Zweck, einen *Código Civil* neben einem *Código das Obrigações* zu erlassen;
- e) Der Gesetzgebung von Sondergesetzen alle Materien zu überlassen, die wissenschaftlich noch nicht ausfühlich genug studiert waren oder viel zu komplex für ein Zivilrechtsgesetzbuch waren;
- f) Eine neue systematische Struktur für den *Código Civil* zu schaffen, unter Bewahrung des Allgemeinen Teils, der für eine Kreation des brasilianischen Rechts durch *Teixeira de Freitas* gehalten wird;
- g) Die Vereinheitlichung des gesamten Privatrechts (des Zivil- und des Handelsrechts) zwar nicht zu beabsichtigen, aber die Einführung eines neuen Buches im Besonderen Teil mit Revision des veralteten Handelsgesetzbuches von 1850 vorzusehen.

Der Entwurf zur Revision des *Código Civil* bzw. der Schaffung eines neuen *Código Civil* wurde sechs Jahre später dem Parlament vorgelegt. Das geschah während des Militärregimes im Jahr 1975, als General *Ernesto Geisel* Staatsoberhaupt war. Mit der Wiederherstellung der Demokratie 1985 folgte die soziale Verfassung vom 05.10.1988 mit vielen Auswirkungen auf

das Zivilrecht.²³ Einige Beispiele allein im Bereich des Familienrechts sind die Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen, die obligatorische Mitwirkung der öffentlichen Gewalt bei jeder Adoption, die Anerkennung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (*união estável*) und der Gemeinschaft von Vorfahren und Abkömmlingen als Art der Familie, wobei beide durch verfassungsrechtlichen Schutz erlangt haben.

Der Verfassung folgten neue wichtige Gesetze, wie beispielsweise zum Verbraucherschutzrecht (1990), zum Kindschafts- und Jugendrecht (ECA 1990), zum Mietrecht (1991), zu Organisations- und -transplantationen (1992), zur Partnerschaftsamerkennung (1992), das Ausfühungsgesetz zum Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaften (1994 und 1996), zum Schiedsgerichtsweisen (1996) usw. Der Entwurf von *Prof. Reale* und seinem Ausschluss musste in den 90er Jahren neu bearbeitet werden.

8. Der neue brasilianische *Código Civil* von 2002

Nach intensiven Diskussionen im Parlament wurde auf Basis dieses Entwurfs der neue brasilianische *Código Civil* durch das Gesetz Nr. 10.406 vom 10.01.2002 erlassen. Aufgehoben wurden sowohl das Gesetz Nr. 3074 vom 01.01.1916 betreffend den *Código Civil* von 1916 als auch der erste Teil des Gesetzes Nr. 556 vom 25.06.1850 betreffend die Vorschriften über das Gesellschaftsrecht im brasilianischen Handelsgesetzbuch (*Código de Comércio*).²⁴

Der systematische Aufbau des *Código Civil* von 2002 besteht wie zuvor aus einem Allgemeinen Teil und einem Besonderen Teil. Die Erneuerungen sind gleichfalls nach den Prinzipien der Ethik, der Sozialisierung und der Operierbarkeit und nach der Systematik am besten nachzuvollziehen. Hier folgt eine Zusammenfassung zur Veranschaulichung.

8.1. Neuerungen nach den Prinzipien von *eticidade*, *socialidade* und *operabilidade*

- **Ethik:** AT (Buch III), allgemeine Klausel hinsichtlich des guten Glaubens, Art. 113: „Die Rechtsgeschäfte sind in Einklang mit dem guten Glauben und den Gebräuchen am Abschlussort anzulegen“ und Art. 187: „Eine unerlaubte Handlung begeht auch der Inhaber eines Rechts, der bei dessen Ausübung offensichtlich die durch seine wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ziele oder den guten Glauben und die guten Sitten gesetzte Grenze überschreitet.“ Vgl. auch im BT (Buch I) Art. 422: „Die Kontrahenten haben die Grundätze von Redlichkeit und gutem Glauben beim Abschluss und bei der Erfüllung eines Vertrages zu beachten.“

- **Sozialisierung:** BT (Buch I) Art. 421: „Die Vertragsfreiheit ist in Anbetracht und in den Grenzen der sozialen Funktion des Vertrages auszuüben.“, Art. 423: „Sollte ein Beitrittsvertrag (*contrato de adesão*) zweideutige bzw. widersprüchliche Klauseln beinhalten, wird die

²¹ Hierzu *Código Civil: anteprojetos*, Bd. 3: Anteprojetos de Código das Obrigações: 1963-1964 (*Cano Mário da Silva Pereira*), Brasília 1989, S. 134.

²² Siehe u.a. *Reale, Miguel*, Prefácio à primeira edição – Iniciativa louvável, in: *Novo Código Civil Brasileiro* (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) – Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante, (2. Aufl. São Paulo 2002), S. XI.

²³ Siehe z.B. *Paul, Wolf (Hrsg.)*, Die brasilianische Verfassung von 1988 – ihre Bedeutung für Rechtsordnung und Gerichtsverfassung Brasiliens, Schriften der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung, Bd. 8 (Frankfurt am Main u.a. 1989).

²⁴ In dem Besonderen Teil wurde ein neues Buch eingeführt, nämlich das Buch II zum Gesellschaftsrecht. Diese Veränderung hat ihren Ursprung in dem Entwurf von *Teixeira de Freitas* von 1860, vor allem sein Pädoyer zur Vereinheitlichung von Zivil und Handelsrecht wurde durch das Buch II BT teilweise verwirklicht.

für den Beitretenden günstigste Auslegung angenommen.“ und im BT (Buch II) Beschränkungen des Eigentumsrechts (Art. 1228) sowie kürzere Erbschaftsfristen (Art. 1238 ff.).

- **Opportunität:** eine bessere systematische Darstellung von Verjährung und Hinfalligkeit von Rechten, Unterschiede zwischen Gesellschaft (*sociedade*, BT – Buch II) und Verein (*associação*, Art. 53 – 61), die Abschaffung von überflüssigen Bestimmungen prozessualer Natur, wie auch von vielen Formalitäten in den Vorschriften über die Eintragung von Immobilien und über das Testament.

8.2. Neuerungen nach der Systematik

8.2.1. Aus dem Allgemeinen Teil

Buch I – Titel I – Natürliche Personen – Kap. I Rechtsfähigkeit: a) Geschäftsfähigkeit von 21 auf 18 Jahre gemindert (Art. 5), b) Indianer galten als relativ Geschäftsunfähige, ein Ausführgesetz soll die Rechtsfähigkeit der Indianer noch regeln (Art. 4, Einzelner Paragraph).

Buch I – Titel I – Natürliche Personen – Kap. II Persönlichkeitsrechte sind in der Regel unübertragbar und unverzichtbar (Art. 11), Vorbeugungsmaßnahme gegen die Beendigung von Verletzungen oder Bedrohungen von Persönlichkeitsrechten (Art. 12), Verbot, über den Körper zu verfügen; Grundfall: Transplantation von Organen (Art. 13), unentgeltliche Verfügung des Körpers nach dem Tod zu wissenschaftlichen oder altruistischen Zwecken zulässig (Art. 14), niemand kann gezwungen werden, sich einer medizinischen Behandlung zu unterziehen (Art. 15), Namensschutz (Art. 16-19), Recht am eigenen Bild (Art. 20) und Schutz des Privatlebens (Art. 21).

Buch I – Titel II – Juristische Personen – neues Kap. II über die Vereine

Buch III – Titel I – Rechtsgeschäft – neues Kap. II über Vertretungsrecht

8.2.2. Aus dem Besonderen Teil

Buch I – Titel VI – Besondere Verträge – zahlreiche neue Regelungen zu besonderen Vertragstypen wie z.B. im Kapitel I – Kaufvertrag – Abschnitt I – besondere Klauseln des Kaufvertrags – Unterabschnitt IV – Kaufvertrag mit Eigentumsvorbehalt (Art. 521-528), im Kap. XI der Kommissionsvertrag aus dem Handelsrecht (Art. 693-709), im Kap. XII Vertretervertrag – *agência e distribuição* (Art. 710-721), im Kap. XIII der Maklervertrag – *corretagem* (Art. 722-729), im Kap. XIV Verträge betreffend Passagier- und Warenbeförderung (Art. 730-756), im Kap. XV der Versicherungsvertrag (Art. 757-802).

Buch I – Titel VII – Einseitige Geschäfte – im Kap. IV die Einführung des allgemeinen Grundsatzes der ungerechtfertigten Bereicherung (*enriquecimento sem causa* – Art. 884-886), im Kap. V die objektive Deliktshaftung (Art. 927, einzelner Paragraph).

Buch II – neu eingeführtes Buch zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht, aus dem allen Handelsgesetzbuch (Art. 966-1195)

Buch III – Titel III Vom Eigentum – Kap. I – Eigentum im Allgemeinen – Beschränkungen des Eigentumsrechts (Art. 1228), im Kap. II Immobilienvererb – kürzere Fristen für den Eigentumsvererb durch Erbschaft (Art. 1238-1244), im Kap. V – Nachbarrecht, Abschnitt V – neues Wasserrecht (Art. 1288-1296), im Kap. VII – neue Regeln zum Miteigentum an Wohnungen – *condomínio edilício* (Art. 1331-1358) und im Kap. IX – treuhänderisches Eigentum – *propriedade fiduciária* (Art. 1361-1368)

Buch III – Titel IV Oberflächenrecht (Art. 1369-1377)

Buch III – Titel X Pfandrecht an Transportmitteln (Art. 1461-1466)

Buch IV Familienrecht – die Einführung der systematischen Teilung zwischen persönlichem Familienrecht (Art. 1511-1638) und Vermögensfamilienrecht (Art. 1639-1783)

Buch IV – Titel I – Einführung der Regeln über das Scheidungsrecht aus dem Sondergesetz von 1977, siehe Art. 1571-1590, das Kindschaftsrecht – Art. 1596 (Verbot der Diskriminierung von ehelichen und nichtehelichen bzw. adoptierten Kindern), Art. 1597 (über artifizielle Fortpflanzung), Adoptionsrecht – neue Vorschriften in Art. 1618-1629, Pater potestas (*pátrio poder*) heißt nach Art. 1630 nun elterliche Gewalt (*poder familiar*) usw.

Buch IV – Titel II – Veränderung des Ehegüterstands nach der Eheschließung zulässig (Art. 1639 § 2), gesetzlicher Ehegüterstand ist wie zuvor die Teilgemeinschaft (Art. 1640), wobei die Zugewinnungsgemeinschaft eingeführt wird (Art. 1672-1686), neue Vorschriften über Familiengüter (Art. 1711-1722)

Buch IV – schließlich regelt der neue Titel III die nichteheliche Lebensgemeinschaft (Art. 1723-1727), allerdings werden nur die Lebensgemeinschaften verschiedenen Geschlechts umfasst.

Gibt es eine kulturelle Relativität des ordre public im Internationalen Privatrecht ?*

von

Prof. Dr. h.c. mult. Erik Jayme, Heidelberg

I. Einleitung: Osnabrücker Vorträge

In Osnabrück habe ich drei Vorträge gehalten, zwei vor der Internationalen Juristenvereinigung, einen auf der Tagung über das islamische Recht und seine Aufnahme in den Gerichten westlicher Länder. Alle drei Vorträge kreisen in verschiedenen Zusammenhängen um das gleiche Thema, nämlich um die rechtliche Bewältigung von Kulturkonflikten im Bereich des Privatrechts. Der erste Vortrag über „Menschenrechte und Theorie des Internationalen Privatrechts“¹ enthielt die These: „Das Menschenrecht auf Achtung des eigenen Lebensstils umfasst auch Rechtsregeln“². Der zweite Vortrag betraf „Betrachtungen zu einer postmodernen Theorie der Rechtsvergleichung“³. Es ging dabei auch um neue Werte wie „Pluralität und das Nebeneinander verschiedener Kulturen, Narration und Kommunikation sowie die existentielle Bedeutung von Empfindungen und Gefühlen“⁴. Im letzten Vortrag schließlich mit dem Titel „Ordre public, droits de l'homme, diversité de religion“⁵ war der ordre public im Internationalen Privatrecht direkt angesprochen. Es waren vor allem der islamisch geprägten Rechte, welche durch die Fülle der Anwendungsprobleme zu der Frage führten, ob die kulturelle Identität der Person ein Gewicht bei der Rechtsfindung erhalten sollte.

Die Rückkehr zu den genannten Themen unter dem Begriff der kulturellen Relativität des ordre public bedarf einer Rechtfertigung. Sie liegt hauptsächlich darin, daß der „Clash of Civilizations“⁶ heute als wichtigste Antriebskraft der Geschichte begriffen wird, welche eine stän-

dige geistige Auseinandersetzung verlangt.⁷ Im Internationalen Privatrecht sind vor allem die allgemeinen Lehren betroffen. So ist in einem gerade erschienenen Aufsatz im Journal du Droit International zu lesen:

„que la réception des cultures étrangères est de l'essence même du droit international privé“⁸ (daß die Rezeption fremder Kulturen das Wesen selbst des Internationalen Privatrechts ausmacht).

Der Autor befrwortet deshalb, möglichst zu einer Qualifikation nach der lex causae zurückzukehren. Kulturelle Fragen stellen sich auch bei der Konkretisierung des ordre public.⁹

Hinzu treten viele neue Befunde im internationalen Privatrecht. Sie sind praktischer, aber auch theoretischer Natur und laden dazu ein, festgefahrene Positionen zu überdenken. Für das Kollisionsrecht geht es vor allem darum, daß neben das post-klassische Verweisungsrecht andere Methoden treten, welche wieder von den Sachnormen ausgehen und Auslandsbeziehungen zu integrieren suchen, sei es in Form der Anerkennung¹⁰, sei es durch Anpassung von Generalklauseln an kulturelle Gegebenheiten. Schließlich hat der deutsche Gesetzgeber das Zuwanderungsrecht geregelt und damit wenigstens einen Versuch unternommen, auf die Frage nach der multikulturellen Gesellschaft zu antworten.¹¹

Bevor nun diese jüngsten Entwicklungen angesprochen werden, sollen als Ausgangspunkt noch einmal Funktion und Methode des ordre public skizziert werden.¹² Zuvor aber noch einige Worte zur „kulturellen Relativität“ als Rechtsbegriff.

II. Kulturelle Relativität als Rechtsbegriff

Dieser Begriff entstammt als „cultural relativity“ der Diskussion um die Konkretisierung der europäischen Menschenrechte.¹³ Es geht dort um die Frage, ob den nationalen Rechtsordnungen ein gewisser Ermessensspielraum verbleibt, wenn sich – rechtsvergleichend gesehen – all-

* Vortrag gehalten am 16. Juni 2005 vor der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück im *European Legal Studies Institute*, Osnabrück. Die Vortragsform wurde beibehalten. Eingereicht wurden die Diskussionsbeiträge. Wertvolle Hinweise verdanke ich Herrn Dr. Martin Gebauer und Herrn stud.iur. Carl Friedrich Nordmeier, beide Heidelberg.

¹ Erik Jayme, Menschenrechte und Theorie des Internationalen Privatrechts, in: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück, Jahresthft 1991/92, S. 8 ff. = ders., Gesammelte Schriften Band 3, Internationales Privatrecht und Völkerrecht, Heidelberg 2003, S. 95 ff.

² Erik Jayme, Band 3, vorige Note, S. 95.

³ Erik Jayme, Internationale Juristenvereinigung Osnabrück, Jahresthft 1997/98, S. 15 ff. = ders., Gesammelte Schriften Band 2, Rechtsvergleichung – Ideengeschichte und Grundfragen von Emérico Amari zur Positivede, Heidelberg 2000, S. 103 ff.; italienische Fassung (Übersetzung Alessandro Somma): Rivista di diritto civile 1997 I, S. 813 ff.; portugiesische Fassung (Übersetzung Claudia Lima Marques): Revista dos Tribunais (São Paulo) Jg. 88, Band 759 (Jan. 1999), S. 24 ff.

⁴ Erik Jayme, vorige Note, Band 2, S. 118.

⁵ Erik Jayme, Ordre public, droits de l'homme, diversité de religion, in: Christian von Bar (Hrsg.), Islamic Law and its Reception by the Courts in the West, Köln, Berlin, Bonn, München 1999, S. 221 ff.

⁶ Samuel P. Huntington, The Clash of Civilizations and the Remaking of the World Order, 1996, vgl. auch ders., Who are we? – The Challenges to America's National Identity, 2004. Grundsätzlich ist zwischen der kulturellen Identität von Staaten, bzw. ihrer Rechtssysteme, und der kulturellen Identität von Personen zu unterscheiden. Während es im Internationalen Privatrecht allgemein gesehen um Personen geht, treffen bei der Prüfung des ord-

re public beide Identitäten aufeinander, da hier die wesentlichen Grundsätze des deutschen Rechts betroffen sind. Vgl. auch unten, Note 18. Zum IPR vgl. neuerstens (nach Abschluß des Manuskripts erschienen) Paul Lagarde, Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille, Annuaire de l'Institut de Droit International – Session de Cracovie, vol. 71-1 (2005), S. 13 – 115.

⁷ Zu der Resolution des Institut de Droit International (Rapporteur Paul Lagarde) über die die kulturellen Unterschiede und den ordre public im IPR vgl. Erik Jayme, Kulturelle Unterschiede und ordre public im internationalen Familienrecht, Universelle Gerichtsbarkeit im internationalen Strafrecht, Pflichten und Rechte erga omnes im Völkerrecht – 72. Tagung des Institut de Droit International in Krakau, IPRax 2005, 560 ff.

⁸ Jean-Luc Ethovets, Retour sur la qualification lege causae en droit international privé, Clunet 132 (2005), 281 ff., 282.

⁹ Zur Schranke der Menschenrechte in Art. 20 der Haager Kindesführungsabkommen vgl. Re J (a child) (crem) to foreign jurisdiction, convention rights), (2005) All E.R. 291, 305 (H.L., Baroness Hale).

¹⁰ Vgl. hierzu den Abschnitt „La méthode et la reconnaissance dans le for de situations juridiques étrangères“ in Paola Picone, Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, Recueil des Cours 276 (1999), S. 9 ff., 130 ff.

¹¹ Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) vom 30. Juli 2004, BGBl. 2004 I, 1950; vgl. hierzu Bertold Huber, Das Zuwanderungsgesetz, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2005, 1 ff.

¹² Vgl. Erik Jayme, Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht, Heidelberg 1989.

¹³ James A. Sweeney, Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold-War Era, ICJQ 54 (2005), 459 ff.

gemeine Standards noch nicht herausgebildet haben. Die leidenschaftliche Debatte betrifft im globalen Kontext auch das Problem, ob Menschenrechte universell zu verstehen sind¹⁴ oder aber als Ausdruck jeweiliger Traditionen erscheinen. Der *ordre public* im internationalen Privatrecht ist insofern berührt, als die Menschenrechte zu seiner Konkretisierung herangezogen werden.

Die kulturelle Relativität führt wie die ähnlichen Begriffe der "cultural exception" im globalen Wirtschaftsrecht¹⁵ und der „kulturellen Identität“ im internationalen Privatrecht¹⁶ zu der Schwierigkeit, daß sie sich einer klaren Subsumption entzieht. Die Kritik ist deshalb in diesen Zusammenhängen nicht ausgeblieben.¹⁷ Sie hat die Verbreitung solcher kulturbezogenen Denkfiguren bei der Bewältigung internationaler Sachverhalte nicht aufhalten können. Die besondere Problematik solcher Kriterien liegt allerdings darin, daß zusätzlich zu den objektiven Elementen noch ein entsprechendes Bewusstsein gefordert wird.¹⁸ Hinzu tritt die Schwierigkeit, daß die kulturelle Identität der Staaten und ihrer Rechtssysteme im Gegensatz zu den Wünschen der ihnen jeweils zugeordneten Personen stehen kann.¹⁹ Im Zusammenhang des *ordre public* läßt sich aber auf bewährte Strukturen und Denkmethode zurückgreifen.

III. Artikel 6 EGBGB – Konkretisierung des *ordre public* – Fragestellung

Die Fragestellung dieses Referats betrifft die Konkretisierung des in Art. 6 EGBGB geregelten *ordre public*. Die Vorschrift lautet:

„Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.“

Im Vordergrund steht also das Anwendungsergebnis²⁰, nicht die fremde Norm als solche. Vorausgesetzt wird aber ein krasser Unterschied zwischen dem ausländischen und dem deutschen Recht in seinen jeweiligen Ergebnissen.²¹ Aber selbst beim Vorliegen einer solchen grundlegenden Divergenz ist eine hinreichende Inlandsbeziehung erforderlich, damit das ausländische Recht von seiner Anwendung ausgeschlossen werden kann. Eine solche Inlands-

¹⁴ Siehe *Thomas M. Franck*, *Are Human Rights Universal?*, Foreign Affairs 80 (2001), 191 ff.

¹⁵ Sie spielt im Rahmen der Welthandelsorganisation vor allem bei den Wirtschaftszweigen Musik und Film eine Rolle, vgl. zu den jüngsten Entwicklungen *Jürg Altwegg*, *Artenschutz für Schönes*, Frankfurter Allgemeine Zeitung 9. Juni 2005, S. 35.

¹⁶ Vgl. hierzu *Erik Jayme (Hrsg.)*, *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, Heidelberg 2003; vgl. auch *Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Seleção de Textos da Oira de Erik Jayme*, 2. Aufl. 2004, passim.

¹⁷ *Peter Monkowski*, *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, IPRax 2004, 282 ff.

¹⁸ *Erik Jayme*, Die kulturelle Dimension des Rechts – ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 67 (2003), 211 ff., 221 ff.

¹⁹ Ein gutes Beispiel bietet die Entscheidung des EuGHMR, 7.12.2004, PamTZ 2005, 961 (der Schutz der Integrität der lettischen Staatsprache setzt sich gegenüber dem Wunsch der lettischen Ehefrau eines Deutschen durch, den Namen des Mannes „Menzer“ in der deutschen Form statt in der lettischen Schreibweise „Mencena“ zu führen).

²⁰ BGH, 6.10.2004, StAZ 2005, 175 ff., 178.

²¹ Zur autonomen Rolle des „*ordre public européen*“ vgl. *Jürgen Barendow*, *Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence*, *Mélanges Lagarde*, 2005, S. 53 ff., 73. Der europäische *ordre public* spielt im Familienrecht bisher noch keine Rolle. Eine gemeinsame Haltung der europäischen Rechtssysteme zu diesen Fragen wäre aber durchaus denkbar.

beziehung kann räumlich oder persönlich sein. Fehlt sie, so greift der *ordre public* selbst bei krassen Unterschieden zum deutschen Recht nicht ein.

Insgesamt zeigt sich, daß der *ordre public* nur relativ wirkt. Bei der Feststellung der Diskrepanz zwischen dem fremden Recht und den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts ist die einzelne Rechtsfrage im Lichte der Ergebnisse zu betrachten. Hinzu tritt die Frage der Inlandsbeziehung, die verschieden ausfallen kann.

Nach zutreffender Auffassung ist der *ordre public* auch zeitlich relativ. Die Maßstäbe ändern sich. Es gilt der Zeitpunkt der Entscheidung.²² Das gelegentlich anzutreffende Argument, daß ein ausländischer Rechtsatz bei einer Anwendung deshalb nicht gegen den deutschen *ordre public* verstoßen könne, weil der gleiche Rechtsatz früher in Deutschland gegolten habe, geht fehl: gerade eine Reform zeigt, daß sich die Grundsätze geändert haben, was sich auch auf den *ordre public* auswirkt.²³

Nun stellt sich die Frage, ob der *ordre public* nicht nur räumlich, persönlich und zeitlich relativ ist, sondern in diesem Rahmen auch eine kulturelle Relativität eine Rolle spielen kann. Typischerweise denkt man bei den persönlichen Elementen einer Inlandsbeziehung an die Staatsangehörigkeit der betroffenen Person. Dieses mehr formale Element kann zurücktreten, wenn die räumliche Beziehung zum Inland, etwa durch den gewöhnlichen Aufenthalt im Inland besonders stark ist.²⁴ Die kulturelle Identität der betroffenen Personen mag aber vielleicht in die Waagschale zugunsten der persönlichen Elemente fallen. Hier öffnet sich allerdings ein weites Feld, nämlich das der multikulturellen Gesellschaft. Die Frage stellt sich, ob der *ordre public* im Hinblick auf spezifische Gruppen kultureller Prägung in verschiedener Weise reagiert.

Heranlassen kann man sich an diese Problematik zunächst durch Beispiele.

IV. Beispiele

1) Die Polygamie

Beginnen wir mit den Polygamiefällen in der deutschen Sozialversicherung.

Die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 30.8.2000 betraf einen Sachverhalt, bei dem alle Beteiligten die marokkanische Staatsangehörigkeit besaßen.²⁵ Der versicherte Ehemann war gestorben. Er hinterließ zwei Witwen; die Sozialbehörde teilte die Witwenrente zu gleichen Teilen auf. Hiergegen wandte sich die erste Ehefrau, nachdem die zweite Ehefrau wieder getrauert hatte, und beantragte eine volle Witwenrente. Das Gericht wies den Antrag zurück;

²² A. A. BGH, 29.3.2001, BGHZ 147, 178, 187.

²³ *Erik Jayme*, Methoden, oben Note 11, S. 33 ff.

²⁴ BGH, 14.10.1992, IPRax 1993, 102 ff., 103, 104. Vgl. hierzu *Dieter Henrich*, *Eilenteiliche Sorge in den islamischen Rechten und ordre public*, IPRax 1993, 81 ff.

²⁵ BSozG, 30.8.2000, BSozGE Bd. 87, Nr. 12, S. 88 ff. = IPRax 2003, 267, Anm. *Jayme*. Der komplizierte Sachverhalt wird hier im Hinblick auf das Thema des Referates gekürzt.

die Aufteilung sei endgültig, im Falle der Wiederheirat einer Ehefrau wachse der ihr zustehende Anteil nicht der anderen Ehefrau zu.

Voraussetzung solcher Witwenrenten ist eine nach marokkanischem Recht gültige Ehe. Der ordre public wird nicht einmal erwähnt. Das Bundessozialgericht führt vielmehr aus:

„Mehrere Berechtigte sind auch Witwen aus nach ausländischem Recht erlaubten, polygamen Ehen, wenn diese Ehe einer Ehe iS des Eherechts der Bundesrepublik Deutschland entspricht. Dies folgt aus § 91 S 3 SGB VI.²⁶ Ergibt sich danach aus der Anwendung des Rechts eines anderen Staates – wie vorliegend aus dem marokkanischen Recht –, daß mehrere Beteiligte vorhanden sind, so erfolgt die Aufteilung nach § 34 Abs. 2 SGB I.“²⁷

Betrachten wir die Rechtsquellen, welche das Gericht zitiert, so finden wir u.a. den Artikel 25 Nr. 6 Satz 1 des deutsch-marokkanischen Abkommens über Soziale Sicherheit, welcher lautet:

„Die Witwenrente wird gegebenenfalls zu gleichen Teilen und endgültig auf die Anspruchsberechtigten aufgeteilt, die gleichzeitig Ehefrauen waren.“

Eine ähnliche Bestimmung findet sich in § 34 Abs. 2 SGB I. Die vollständige Vorschrift des § 34 SGB I lautet:

„Soweit Rechte und Pflichten nach diesem Gesetzbuch ein familienrechtliches Rechtsverhältnis voraussetzen, reicht ein Rechtsverhältnis, das gemäß internationalem Privatrecht dem Recht eines anderen Staates unterliegt und nach dessen Recht besteht, nur aus, wenn es dem Rechtsverhältnis im Geltungsbereich dieses Gesetzbooks entspricht.“

Ansprüche mehrerer Ehegatten auf Witwenrente oder Witwenrente werden anteilig und endgültig aufgeteilt.“

Erstauskunftlich ist an der Entscheidung des Bundessozialgerichts, daß die Äquivalenz zwischen polygamer Ehe und der Monogamie des deutschen Rechts ohne weitere Überlegungen bejaht wird. Offenbar hat der Gesetzgeber im Bereich der Sozialversicherung diese Frage positiv beantwortet. Hierfür spricht, daß § 34 SGB I unter der Überschrift „Begrenzung von Rechten und Pflichten“ steht. Deshalb entfällt eine Prüfung des allgemeinen ordres public. Es kann im übrigen als gesichert angesehen werden, daß zwar die Schließung einer zweiten Ehe im Inland gegen den deutschen ordre public verstößt, aber die Geltendmachung von einzelnen Folgen einer im Ausland geschlossenen polygamen Ehe im Inland keinen solchen Bedenken begegnet.²⁸ Als bloße Koinzidenz mag es erscheinen, daß der deutsche Gesetzgeber mit der Eherechtsreform des Jahres 1998 die Nichtigenklärung der bigamischen Ehe durch deren Aufhebbarkeit ex nunc ersetzt hat. Dies bedeutet zugleich, daß mit der Auflösung der zweiten Ehe durch den Tod ei-

nes Ehegatten die fehlerhaft geschlossene, zweite Ehe nicht mehr aufgehoben werden kann und damit – anders als früher – als geheilt anzusehen ist.²⁹

Die Ausblendung einer ordre-public-Prüfung zeigt sich in ihren Auswirkungen in einem zweiten Fall, den das Hessische Landessozialgericht in Darmstadt am 29.6.2004 entschieden hat.³⁰ Hier ging es um eine Witwenrente. Verstorben war die versicherte erste Frau eines Marokkaners, welche die deutsche Staatsangehörigkeit besaß. Das Gericht wies den Antrag des marokkanischen Witwers, der zu Lebzeiten seiner deutschen Frau mit deren Zustimmung eine zweite Frau in Marokko geheiratet hatte, zurück. Da er verheiratet sei, könne er keine Witwenrente geltend machen.

Im internationalen Eherecht ist es allerdings umstritten, ob eine zwingend monogamisch geschlossene Ehe – hier einer Deutschen mit einem Marokkaner – sich auf die Gültigkeit der zweiten Ehe des Ehemannes auswirken kann, wenn für die zweite Ehe nach Art. 13 Abs. 1 EGBGB ausschließlich marokkanisches Recht gilt.³¹ Dies könnte nur im Rahmen des deutschen ordres public geschehen, der als wesentlicher Grundsatz die Monogamie enthält, zumal der Sachverhalt als starke Inlandsbeziehung den Lebensmittelpunkt der ersten Ehe in Deutschland und die Staatsangehörigkeit der deutschen Ehefrau aufweist. Hier entlastet die Wirksamkeit der Zweitehe allerdings die Kassen der deutschen Sozialversicherung, weshalb offenbar solche Grundanzfragen keine Rolle spielen.

In dem Zusammenhang der Fragestellung lässt sich festhalten, daß in Deutschland tätige Versicherte verschiedenen behandelt werden. Angehörige islamisch geprägter Länder können den Partnern polygamer Ehen zu einer Rente verhalfen, deutsche Arbeitnehmer und Angestellte dagegen nicht. Der wesentliche Grundsatz der Monogamie wird nur im zweiten Fall durchgesetzt. Bei gemischten Fällen sind beide Ehen gültig; hier verhindert die Wirksamkeit der Zweitehe die Zuhilfenahme einer Rente, wenn der versicherte, deutsche monogame Ehepartner verstorben ist.

Hier mag man einen Moment innehalten und sich vergegenwärtigen, daß etwa im 19. Jahrhundert die Polygamie neben der Sklaverei als Schreckbeispiel für die Notwendigkeit des ordres public im internationalen Privatrecht aufgeführt wurde. Pasquale Stanislao Mancini wählt in seinem Genfer Rapport für das Institut de Droit International im Jahre 1874 die Polygamie als Hauptbeispiel für die „outrages à la nature et à la moralité humaine“³², welche das Eingreifen des ordres public als evident erscheinen lassen.

²⁶ Vgl. *Erik Jayme*, Anm. zu VG Gelsenkirchen, 18.7.1974, FamRZ 1975, 340 f.

²⁷ Vgl. § 1317 Abs. 3 BGB.

²⁸ Hessisches Landessozialgericht in Darmstadt, 29.6.2004, IPRax 2005, 43, Anm. *Jayme*.

²⁹ Vgl. *Staudinger-Mankowski / von Bar*, 1996, Art. 13 EGBGB Rdw. 254; *Erik Jayme*, IPRax 2005, 43.

³² *Pasquale Stanislao Mancini*, De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit International privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles, in: *Erik Jayme (Hrsg.)*, Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, Turin 1904, S. 159; "...chacune souveraineté, loin d'accepter ces outrages à la nature et à la moralité humaine, pourrait à juste titre leur refuser tout effet et toute exécution sur son territoire. Il en est ainsi de l'esclavage, de la polygamie, et d'autres institutions étrangères qui en vain on essaierait de faire accepter et reconnaître dans d'autres pays".

²⁶ § 91 Satz 3 SGB VI lautet: „Ergibt sich aus der Anwendung des Rechts eines anderen Staates, daß mehrere Berechtigten vorhanden sind, erfolgt die Aufteilung nach § 34 Abs. 2 des Ersten Buches.“

²⁷ Oben Note 23, S. 92 – 93; Kritisch zu § 34 SGB I: *Fritz und Gudrun Stamm*, § 34 SGB I: ein Riegel im deutschen internationalen Sozialrecht, Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, 2001, S. 423 ff.

2) Die türkische Großfamilie

Ganz anders entscheidet der Bundesfinanzhof zu den Rechtsbeziehungen in der türkischen Großfamilie.³³ Der Kläger war türkischer Herkunft und seit dem Jahre 2000 deutscher Staatsangehöriger. Er verlangte für das Jahr 1997 die Berücksichtigung von Unterhaltsleistungen an seine Stiefmutter, seine Schwester und deren drei Kinder als außergewöhnliche Belastung i.S.d. § 33 a Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes. Alle Gerichte lehnten den Antrag ab. Der zweite Satz des ersten Leitsatzes der Entscheidung des Bundesfinanzhofs lautet:

„Unterhaltsleistungen an nach den Vorschriften des BGB nicht unterhaltsberechtigter Angehörige in der Seitenlinie sind auch dann nicht abzugsfähig, wenn der Steuerpflichtige nach ausländischem Recht zu deren Unterhalt verpflichtet ist, selbst wenn die Unterhaltspflicht aufgrund internationalen Privatrechts im Inland verbindlich ist.“

Das Gericht legt die Bestimmung des § 33 a Abs. 1 Satz 5 EStG so aus, daß inländische Maßstäbe durch die deutschen Sachnormen konkretisiert werden, meint also offenbar, es handle sich um eine zwingende Vorschrift des *ordre public*. Entgegen dieser Ansicht können „inländische Maßstäbe“ aber durchaus auch im Sinne einer Beachtung des Kollisionsrechts verstanden werden.³⁴ Das Gericht ist mit dem internationalen Privatrecht so wenig vertraut, daß es von einer Überforderung der Finanzverwaltung und der Gerichte spricht, wenn diese die ausländische Sittenordnung ergreifen müßten³⁵. Ein ganzes Rechtsgebiet wird hier beiseite geschoben. Die Ansichten des Gerichts zum Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit gehen ganz fehl, weil nicht gesehen ist, daß dieser Grundsatz verletzt ist, wenn Ungleiches gleich behandelt wird, deutsche und türkische Familien insoweit gleich behandelt werden.³⁶

Das Internationale Privatrecht sieht für Unterhaltsansprüche zwischen Verwandten der Seitenlinie Sonderkollisionsnormen vor (Art. 18 Abs. 3 EGBGB); das Haager Unterhaltsstatut-übereinkommen von 1973 gestattet für diese Ansprüche einen Vorbehalt (Art. 14 Nr. 1), den Deutschland aber nicht eingelegt hat. Es mag das Steuerrecht seine eigenen, von öffentlichen Interessen geprägten Auffassungen zum *ordre public* herausbilden. Solange man sich aber privatrechtlicher Institute bedient, führt das Fehlen einer Kategorie, wie der kulturellen Relativität des *ordre public*, in Ausnahmefällen zu Begründungsdefiziten, wenn nicht gar zu Fehlurteilen.

³³ BfH, 4.7.2002, IPRax 2004, 342; kritisch hierzu *Martin Gebauer / Ulrich Hüfeld*, Gleichbehandlung der Unterhaltsschuldner im Steuerrecht und Art. 18 EGBGB, IPRax 2004, 327 ff.

³⁴ Vgl. *Gebauer / Hüfeld*, vorige Note, 330.

³⁵ Oben Note 31, 345 unten/ 346.

³⁶ Ein 2...., Ischluß liegt vor, wenn der Bundesfinanzhof, oben Note 31, 346, ausführt: „Da eine Ungleichbehandlung im Sinne des Diskriminierungsverbotes danach nicht vorliegt, bedarf es keiner weiteren Prüfung, ob sachliche Gründe eine ungleiche Behandlung rechtfertigen.“

3) Das Namensrecht

Wenden wir uns nun einem anderen Rechtsgebiet zu, nämlich dem Namensrecht. Hier hat der Europäische Gerichtshof in der Entscheidung *Garcia Avello* ganz neue Maßstäbe gesetzt.³⁷ Es ging um den Familiennamen von Kindern, welche die belgische und die spanische Staatsangehörigkeit besaßen und in Belgien lebten. Die Eltern wollten, daß die Kinder gemäß dem spanischen Recht den Familiennamen aus Bestandteilen des Vater- und des Mutternamens bildeten. Dies lehnten die belgischen Behörden ab; die Kinder sollten einen Namen nach belgischem Recht führen. Der Europäische Gerichtshof entschied, daß die belgischen Behörden das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV verletzt haben, wenn sie einen Antrag ablehnten, daß die Kinder den Namen führen können, „den sie nach dem Recht und der Tradition des zweiten Mitgliedsstaats hätten“.³⁸

Für unseren Zusammenhang ist es wichtig, daß der Europäische Gerichtshof Vergleichsgruppen bildete, die er nach der Staatsangehörigkeit unterschied. Die Gleichbehandlung verschiedener Personengruppen verstößt gegen das Diskriminierungsverbot. Diese Überlegung geht über das bisherige internationale Privatrecht hinaus, als auch die nicht effektive, hier die spanische Staatsangehörigkeit der in Belgien lebenden Kinder Bedeutung erlangt. Im Leitsatz taucht neben dem Begriff des Rechts auch derjenige der Tradition auf. Verschiedene Traditionen des Namensrechts verlangen bei den verschiedenen Personengruppen eine verschiedene Behandlung. Selbst wenn die Kinder in Belgien leben und die belgische Staatsangehörigkeit besitzen, läßt sich die einheitliche Namensführung aus Gründen der öffentlichen Ordnung nicht rechtfertigen. Das Königreich Belgien hatte in seiner Stellungnahme im Verfahren den Grundsatz der Unveränderlichkeit von Familiennamen als ein „Grundprinzip der gesellschaftlichen Ordnung“ bezeichnet.³⁹ Der EuGH ließ sich hierdurch nicht beirren. Ein stärkeres Plädoyer für die kulturelle Relativität von Grundprinzipien läßt sich kaum finden.

Einen Schritt weiter geht die deutsche Praxis in jüngster Zeit im Bereich der Vornamen. Zentraler Gesichtspunkt ist hier das Kindeswohl, das auch als Teil des *ordre public* anzusehen ist. Männlichen Kindern dürfen z.B. keine weiblich klingenden Vornamen gegeben werden, nach Ansicht der Eltern dies wollen. Hierbei ist aber die Herkunft der Familie zu berücksichtigen. Nach Ansicht des OLG Hamm kann der Vorname „Luka“ für das Kind deutscher Staatsangehöriger jugoslawischer Herkunft als alleiniger männlicher Vorname eingetragen werden.⁴⁰ Das Gericht führt aus:

³⁷ EuGH, 2.10.2003, IPRax 2004, 339 (Rechtssache C-148/02) = Leitsatz in FamRZ 2004, 173. Ann. *Dieter Henrich*; vgl. hierzu *Juliane Mörsdorf-Schulte*, Europäische Impulse für Namen und Status des Mehrstaaters, IPRax 2004, 315 ff.; *Rainer Frank*, Die Entscheidung des EuGH in Sachen *Garcia Avello* und ihre Auswirkungen auf das internationale Namensrecht, StAZ 2005, 161 ff.; *Tobias Helms*, Europäische Vorgaben zur Bestimmung des Namensstatus von Doppeltstaatern, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 2.10.2003, C-148/02 – *Garcia Avello*, GPR 2005, 36 ff.; *Dieter Henrich*, Das internationale Namensrecht auf dem Prüfstand, Festschrift für *Heidrich*, 2005, S. 667 ff.

³⁸ Vorige Note, Zitat aus dem Leitsatz.

³⁹ EuGH, oben Note 35, unter Nr. 40.

⁴⁰ OLG Hamm, 18.1.2005, StAZ 2005, 139, Ann. *Wolfgang Seibicke*.

„Ausländische Vornamen sind dann im Geburtenbuch eintragungsfähig, wenn sie im Herkunftsland der Eltern im Bewusstsein der Bevölkerung eindeutig einem Geschlecht zugeordnet sind, wobei maßgeblich für diese Zuordnung nicht das deutsche Sprachempfinden, sondern die Gebräuchlichkeit im Ausland ist.“⁴¹

Die gleiche Entscheidung trifft – wieder für den Vornamen „Luka“ – das OLG Frankfurt am Main für das Kind deutsch-kroatischer Eheleute, die beide aus Kroatien stammen. Es fügt allerdings noch die Überlegung hinzu,

„daß nach deutschem Recht etwa verbleibende Unklarheiten über das Geschlecht des Namenträgers jedenfalls dann im Interesse einer freien Ausübung des Rechts der Vornamenswahl hinzunehmen sind, wenn der sprachliche Klang des ausländischen Vornamens dem Familiennamen angepasst ist und Vor- und Familienname in ihrer Gesamtheit auf ein bestimmtes Herkunftsland hindeuten.“⁴²

Im Ergebnis ähnlich ist die jüngste Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16.12.2004, das dem Sohn einer unverheirateten schweizerisch-polnischen Doppelbürgerin entgegen der bisherigen Schweizer Praxis die männliche Form des slawischen Familiennamens der Mutter zubilligte.⁴³ Für Namensträger slawischer Herkunft gilt demnach – anders als für andere Schweizer – der Grundsatz der Unveränderbarkeit des Familiennamens nicht.

Die Fälle liegen auf der Grenze zwischen Internationalen Privatrecht und Auslegung des Sachrechts. Richtigerweise gilt auch für die Bestimmung des Vornamens das Heimatrecht des Namensträgers, nicht etwa das Statut der elterlichen Sorge. Im zweiten deutschen Fall besaß das Kind offenbar beide Staatsangehörigkeiten der Eltern, was den Sachverhalt demjenigen der EuGH-Entscheidung „Garcia Avelló“ annähert. In unserem Zusammenhang ist es aber wichtig festzuhalten, daß das Kindeswohl je nach der Zugehörigkeit des Kindes zu einer ethnischen Gruppe verschieden konkretisiert wird. Steht man im Kindeswohl einen Grundsatz des *ordre public*, so kann die Durchsetzung wesentlicher Grundsätze des deutschen Rechts kulturellen Schranken unterliegen, wenn es um die Namensführung geht.

4) Kinderschutzmaßnahmen und Adoption: die *katála* des islamischen Rechts

Die kulturelle Relativität des *ordre public* zeigt sich besonders deutlich dort, wo die UN-Konvention über die Rechte des Kindes (1989)⁴⁴ herangezogen wird, um den deutschen *ordre public* zu konkretisieren. Der Koran verbietet bekanntlich die Adoption. Als Ersatzinstitut haben islamische Rechtsordnungen die *katála* entwickelt⁴⁵, eine Schutzusage der Pflegeeltern

⁴¹ Vorige Note, 140 rechte Spalte.

⁴² OLG Frankfurt am Main, 17.6.2004, StAZ 2005, 14 f.

⁴³ BG, 16.12.2004, Zeitschrift für Zivilstandswesen 2005, 125 ff. Die Ausführungen zur Anwendung schweizerischen Rechts für Doppelstaater, weil der Wohnsitz in der Schweiz lag (a.a.O. 127 linke Spalte), wären mit der Vorname-Entscheidung des EuGH nicht vereinbar. Zur Bedeutung des schweizerischen Zivilstandsrechts für die Vornamensgebung in Deutschland siehe den Hinweis des BGH, 17.1.1979, BGHZ 73, 239, 242 f.

⁴⁴ BGBl. 1992 II, 122. Vgl. *Fytk dojme*, Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kinderschutzrecht, IPReX 1996, 237 ff.

⁴⁵ *Jean-Luc Ethelweiss*, oben Note 8, 282 N. 2.

für hilfsbedürftige Kinder, deren Rechtswirkungen nach der neuen marokkanischen Gesetzgebung sogar von einer Gerichtsentscheidung abhängt. In Artikel 20 Abs. 3 des Übereinkommens wird die *katála* ausdrücklich erwähnt. Satz 2 der Vorschrift bestimmt:

„Bei der Auswahl zwischen diesen Lösungen sind die erwünschte Kontinuität in der Erziehung des Kindes sowie die ethnische, religiöse, kulturelle und sprachliche Herkunft des Kindes gebührend zu berücksichtigen.“

Steht sich die Frage, ob das ausländische Adoptionsverbot bei seiner Anwendung in Deutschland gegen den deutschen *ordre public* verstößt, kann in diesem Rahmen von Bedeutung sein, daß im Heimatland des Kindes bereits eine *katála* besteht, wie das OLG Karlsruhe zu Recht entschieden hat.⁴⁶ Die UN-Konvention enthält nämlich insoweit Differenzierungen nach der kulturellen Zugehörigkeit des betroffenen Kindes.

Diese Befunde zeigen, daß die kulturelle Relativität des *ordre public* praktiziert wird. Es stellt sich aber die Frage, ob dies auch gerechtfertigt ist.

V. Anerkennungsverfahren

Nach diesen Beispielen erreichen wir zunächst eine methodische Frage. Ist die kulturelle Relativität des *ordre public* vielleicht deshalb gerechtfertigt, weil es sich in vielen Fällen darum handelt, im Ausland eingetretene Rechtslagen im Inland anzuerkennen,⁴⁷ wobei – wie es im Bereich der Anerkennung ausländischer Urteile vertreten wird – der „*ordre public* attenué“⁴⁸ erscheint, also eine mildere Reaktion anzunehmen ist, die sich auch leichter flexibleren Maßstäben öffnet. Zu denken ist vor allem an die im Ausland geschlossene Mehrehe oder den im Ausland vom Ehemann ausgesprochenen und behördlichen registrierten *talaq*, der die Ehe scheidet.⁴⁹ Gewisse Parallelen zum abgeschwächten *ordre public* bei der Anerkennung ausländischer Entscheidungen sind nicht zu übersehen.

Das OLG Karlsruhe hatte sich mit der Anerkennung einer ukrainischen Adoption zu befassen, bei der deutsche Eheleute ein ukrainisches Kind adoptiert hatten.⁵⁰ Das ukrainische Gericht hatte dem Kind nicht nur einen neuen Vornamen gegeben, sondern offenbar auch sein Geburtsdatum geändert und um sechs Monate verschoben. Wenigstens hatten die Adoptiveltern eine neue Geburtsurkunde des Kindes vorgelegt, in welcher sie als Eltern und das Kind mit dem neuen Namen und einem anderen Geburtsdatum eingetragen worden waren. Das ukrainische Recht schützt mit solchen Bestimmungen die Volladoption und das Adoptionsgeheimnis. Das Oberlandesgericht Karlsruhe sah hierin keinen Verstoß gegen den deutschen *ordre public* (§ 16a Nr. 4 FGG), wobei das Gericht hier von dem „größtzügigeren – anerkennungs-

⁴⁶ OLG Karlsruhe, 25.11.1996, IPReX 1999, 49 f., Ann. *dojme*.

⁴⁷ Vgl. allgemein *Duggan Coester-Waltjen*, Das Anerkennungsprinzip im Donorschaftsrecht, Festschrift für Jayme, Band 1, 2004, S. 121 ff.

⁴⁸ Vgl. *Mathias Rohde*, The Application of Islamic Family Law in German Courts and its Compatibility With German Public Policy, in: *Jürgen Basedow / Nojima Yassari (Hrsg.)*, Iranian Family and Succession Laws and their Application in German Courts, Tübingen 2004, S. 19 ff., 28 ff.

⁴⁹ OLG Karlsruhe, 28.10.2003, NJW 2004, 516 = IPReX 2005, 39.

rechtlichen ordne public international“ spricht.⁵⁰ Die ausführliche, sehr lesenswerte und m.E. auch zutreffende Begründung ist in unserem Zusammenhang deshalb besonders interessant, weil sich das Gericht mit einem denkbaren Grund- und Menschenrecht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung auseinandersetzt. Dabei wird betont, daß der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte für die Lösung des Konflikts zwischen den Interessen der Kinder, denen der leiblichen Eltern und der Adoptiveltern den Staaten einen gewissen Erziehungsspielraum belassen habe.⁵¹ Hier zeigt sich zugleich die kulturelle Relativität des ordne public.⁵²

Looschelders⁵³ weist in seiner kritischen Rezension der Entscheidung darauf hin, daß – wie das Gericht gesehen habe – das ukrainische Gericht sein eigenes Recht nicht richtig angewendet habe. Das Adoptionsgeheimnis werde nämlich im ukrainischen Recht dann nicht geschützt, wenn das ukrainische Kind von ausländischen Eltern adoptiert werde. Wenn es bei der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung um die Rechtmäßigkeit eines Grundrechtseingriffs gehe, so müsse aber gleichwohl berücksichtigt werden, „daß der Eingriff nicht einmal durch das angewendete ausländische Recht gedeckt ist“.⁵⁴ Denkt man hier weiter, so würde der deutsche ordne public dem Kind sogar die erleichterte Rückbesinnung auf seine Ursprungsfamilie und damit auf seine ukrainische Identität ermöglichen, was wohl den Sinn der erwähnten Ausnahme des ukrainischen Rechts bei Adoptionen durch ausländische Eltern bildet. Trotzdem scheint mir die Karlsruhe Entscheidung zutreffend zu sein. In der Anerkennungsphase spielt die Anwendung des ausländischen Rechts durch das ausländische Gericht keine Rolle mehr. Die Konkretisierung des ordne public betrifft die vorliegende ausländische Entscheidung. Das Kind lebt bei den deutschen Adoptiveltern in Deutschland. Das Grundrecht auf Festlegung der eigenen Abstammung ist m.E. nur am Rande berührt. Hinzu tritt die Überlegung, daß das deutsche Recht auf seine Weise das Adoptionsgeheimnis schützt. Ganz fremd ist dem deutschen Recht also der Schutz der Adoptivfamilie nicht.

Zurück zum europäischen Anerkennungsprinzip.⁵⁵ Als Anhänger der klassischen Verweilungslehre sträubt man sich zunächst dagegen, dort überhaupt von Anerkennung zu sprechen, wo es doch um Rechtswirkungen des Privatrechts geht, welche ohne eine Gerichtsentscheidung eintreten. Man kommt aber nicht daran vorbei, daß das Europäische Gemeinschaftsrecht und hier insbesondere das Herkunftslandprinzip zu einer Verschiebung der Methoden geführt hat. Hinzu tritt, daß Kollisionsnormen immer häufiger so ausgestaltet werden, daß ausländische Rechtslagen als solche übernommen werden.⁵⁶ Auch in der Avello-Entscheidung des

⁵⁰ Vorlage Note, 517 rechte Spalte. Kritisch hierzu *Dirk Looschelders*, Schutz des Adoptivkindes vor Änderung seines Geburtsnamens – Grundrecht auf Wahrung der personalen Identität und ordne public, IPRax 2005, 28 ff.

⁵¹ Open Note 47, 518/519. Vgl. EuGHMR, 13.2.2003, Paranz 2003, 1367 (zur Frage der anonymen Geburt).

⁵² Die Kritik von *Looschelders*, oben Note 48, stützt sich vor allem darauf, daß das ukrainische Gericht sein eigenes Recht nicht richtig angewendet hat, daher sei der Eingriff in die Grundrechte des Kindes unverhältnismäßig. Die Frage, ob die unrichtige Anwendung des ausländischen Rechts durch das ausländische Gericht im Rahmen des ordne public zu berücksichtigen ist, kann in diesem Rahmen nicht vertieft werden.

⁵³ Oben Note 48.

⁵⁴ *Looschelders*, oben Note 48, 31.

⁵⁵ Vgl. hierzu *Erik Jayme / Christian Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2004: Territoriale Erweiterung und methodische Rückgriffe, IPRax 2005, 481 ff., 483 f.; kritisch auch *Dieter Herrich*, Anerkennung statt IPR: Eine Grundratsfrage, IPRax 2005 (im Erscheinen begriffen).

⁵⁶ Zu den diesbezüglichen Lehren... in *Paolo Pricone* vgl. *Kurt Siehr, Paolo Pricone*: Gesammelte Aufsätze zum Kollisionsrecht und die Blockverweisung auf die „zuständige Rechtsordnung“ im IPR, IPRax 2005, 155 ff.

EuGH spielen solche Gesichtspunkte eine Rolle, wenn sich der EuGH auf „rechtliche Wirkungen von Urkunden oder Schriftstücken“ bezieht⁵⁷, die in den jeweiligen Heimatstaaten ausgestellt werden. Rechtslagen, die in Urkunden festgehalten werden oder potentiell festgehalten werden könnten, werden anerkannt. Es geht hier um die Freizügigkeit solcher Urkunden und ihre europaweite Anerkennung. Anders entscheidet übrigens das OLG Karlsruhe in der genannten Entscheidung zur Anerkennung einer ukrainischen Adoption für den Fall, daß die Änderung des Geburtsdatums des Kindes nach ukrainischem Recht nicht auf einer Gerichtsentscheidung, sondern nur auf der behördlichen Neufassung der Geburtsurkunde beruhen sollte.⁵⁸

M.E. läßt sich im gegenwärtigen Stadium der Entwicklung nicht voraussagen, inwieweit ein Wechsel von der Verweisungs- zur Anerkennungsmethode die Handhabung des ordne public beeinflussen wird. Es läßt sich aber feststellen, daß eine „kulturelle“ Abschwächung des ordne public hauptsächlich für solche Sachverhalte statgefunden hat, bei denen die Rechtslage im Ausland bereits entstanden ist.

VI. Multikulturelle Gesellschaft

Die entscheidende Frage geht somit dahin, ob das Entstehen einer multikulturellen Gesellschaft Differenzierungen nicht nur nahe legt, sondern auch geradezu verlangt.⁵⁹

Die faktische Entstehung von ethnisch und religiös verschiedenen Gruppen ist für sich allein noch kein Rechtfertigungsgrund für eine Differenzierung in rechtlichen Grundratsfragen. Das Zuwanderungsgesetz enthält Bestimmungen zur Förderung der Integration im Wege von Integrationskursen. Nach § 43 Abs. 2 des Gesetzes sollen Ausländer in solchen Kursen nicht nur an die Sprache, die Kultur und die Geschichte Deutschlands herangeführt werden, sondern ausdrücklich auch an die deutsche Rechtsordnung. Allerdings ist der im Schutz von Minderheiten wurzende Antidiskriminierungs-Grundsatz eine starkes Argument für die kulturelle Relativität des ordne public. Es geht zudem um den Schutz der Freiheit, das eigene Leben zu gestalten, wozu auch die Religionsfreiheit gehört. Mit Mancini läßt sich von der „liberté inoffensive“⁶⁰ sprechen, die hier einen Freiheitsrahmen bezeichnet. In der neueren italienischen Lehre taucht der Begriff des „multiculturalismo compatibile“ auf.⁶¹ Es geht also um eine Abwägung und Prüfung der Vereinbarkeit von einer Differenzierung nach Gruppen mit den übergreifenden Werten einer Gesellschaft und einer Rechtsordnung. Hier sollte allerdings die kulturelle Diversität ein eigenes Gewicht erhalten.

Für das Internationale Privatrecht bietet der Sachverhalt einer jüngsten Entscheidung des französischen Kassationshofs ein gutes Beispiel.⁶² Sie betrifft die Frage des Eigentums an zwei – offenbar in Frankreich belegenen – Appartements nach der Scheidung eines marokkanischen

⁵⁷ Open Note 35, 341 Nr. 36; vgl. *Marsdorf-Schulte*, oben Note 35, 319 f.

⁵⁸ Open Note 47, 519.

⁵⁹ Vgl. hierzu *Gaeta Daquanno*, Multiculturalismo e compatibilità (Ritlessi normative e giurisprudenziali in Europa, Europa e diritto privato 2003, 171 ff.

⁶⁰ Zur „liberté inoffensive“ bei Mancini vgl. *Erik Jayme*, L'autonomie de la volonté des parties, Rapport définitif in: *Annuaire de l'Institut de Droit International* – Session de Bâle, vol. 64 – (1991), S. 62 ff., 65 f.

⁶¹ *Daquanno*, oben Note 57, S. 127 ff. („multiculturalismo attivo“).

Ehepaars jüdischen Bekennnisses und der Beendigung ihres Güterstandes. Die Ehefrau betrie sich auf eine „ketuba“, d.h. einen gemäß dem Rabbinatsverfahren geschlossenen Ehevertrag, sowie auf die Vermutung einer Schenkung zu ihren Gunsten nach dem jüdisch-marokkanischen Recht. Das Gericht entschied, daß die Ehefrau Eigentümerin der Immobilien war. Der Fall lenkt den Blick auf das Spannungsverhältnis zwischen fremdem Ehegüterrecht und den inländischen Verkehrsinteressen im Bereich des Immobilienverkehrs.

Die Anwendung des ausländischen Ehegüterrechts ist in Deutschland durch Art. 16 Abs. 1 EGBGB begrenzt, welcher unter gewissen Voraussetzungen den inländischen Verkehrsinteressen zugunsten Dritter zur Durchsetzung verhilft, wenn der ausländische Güterstand nicht in das Güterrechtsregister eingetragen worden oder dem Dritten nicht bekannt war. Die genannte Vorschrift hat ferner dadurch einen „Funktionszuwachs“ (Herbert Roth⁶⁵) erhalten, daß sie sich auch auf das Grundbuchverfahren auswirkt. Das Grundbuchamt wird als „Dritter“ angesehen und muß den ausländischen Güterstand nicht berücksichtigen, wenn er sich nicht aus dem Güterrechtsregister ergibt. Streitigkeiten über den ehelichen Güterstand werden somit in die Prozessgerichte verlagert.⁶⁴

Die Vorschrift des Art. 16 EGBGB ist insofern dem ordre public verwandt, als sie eine gewisse Inlandsbeziehung voraussetzt, nämlich den gewöhnlichen Aufenthalt oder einen inländischen Gewerbebetrieb eines Ehegatten. Der „Dritte“ wird nicht weiter qualifiziert. Hier hat nun die Kritik eingesetzt.⁶⁶ Es läßt sich nicht rechtfertigen, daß z.B. auch im Ausland lebende Dritte geschützt werden sollen.⁶⁶ Man könnte aber noch weitergehen. Gehört der Dritte der gleichen religiösen Gruppe an wie die Ehegatten, deren Güterstand nach deutschem internationalen Privatrecht – wie bei jüdischen Marokkanern – einem religiösen Recht unterliegt, erscheint er nicht schutzenswert, auch wenn er den Güterstand der Eheleute im konkreten Fall nicht kennt.

Die multikulturelle Gesellschaft legt also gewisse Differenzierungen nahe, die sich auf die Grenzen der Anwendung ausländischen Rechts im Sinne einer Verschiebung auswirken.

VII. Sachbezogene Gruppenbildung

Will man bei der Handhabung des ordre public eine kulturelle Relativität des ordre public beachten, so ergibt sich zwangsläufig die Frage, auf welche Gruppenzugehörigkeit Rücksicht genommen werden soll. Vorschläge möchte ich eine sachbezogene Gruppenbildung. Im Namenrecht etwa finden sich beachtenswerte Iberische oder slawische Traditionen. In den Bereichen Familienvermögensrecht, Unterhalt und Versorgung sind es die Familienstrukturen der islamisch geprägten Rechte, des jüdisch-islamischen Rechts oder auch die türkische Großfamilie, welche nach Differenzierungen verlangen. Beim Schutz verlassener Kinder erhält die kulturelle Identität des Kindes bei der Auswahl der Schutzmaßnahmen ein besonderes Gewicht.

⁶⁴ Cass. civ. 16.11.2004, Daloz – Répertoire de droit international – cahiers de l'actualité, 2005, S. 20.

⁶⁵ Herbert Roth, Grundbuchverfahren und ausländisches Güterrecht, IPRax 1991, 320 ff., 322.

⁶⁶ Vgl. Herbert Roth, vorige Note.

⁶⁷ MünchKomm-Stehr, Band 10, 3. A. : 1998, Art. 16 Rdnr. 13.

In der kulturellen Relativität geht die Religion auf, soweit religiös geprägte Rechtsätze betroffen sind⁶⁷, die nach deutschem internationalen Privatrecht durch Verweisung auf das Recht eines ausländischen Staates⁶⁸ oder im Rahmen von Rechtsgeschäften, wie der Vereinbarung der Morgengabe⁶⁹, anwendbar sind. Zu berücksichtigen sind diejenigen Religionsgemeinschaften, denen es z.B. in Italien und Spanien gestattet ist, Eheschließungen mit bürgerlichrechtlichen Wirkungen vorzunehmen.⁷⁰ Ob im übrigen der in Art. 13 Abs. 3 EGBGB verankerte Grundsatz „Inlandsbe – Inlandsform“ noch zeitgemäß ist, kann bezweifelt werden. Für Ausländer ist der von der ausländischen Regierung ernächtigte Religionsdiener traubefugt (vgl. Art. 13 Abs. 3 Satz 2 EGBGB), was einmal mehr zeigt, daß solche Grundsätze relativ sind.

Im Ergebnis setzen sich die Anknüpfungsmarkale, welche zur Anwendung ausländischen Rechts geführt haben, bei der Prüfung des ordre public in der Weise fort, daß deren Verstärkung durch ein kulturelles Element die Wertung des Anwendungsergebnisses beeinflusst. Relativiert wird also das Gewicht des gewöhnlichen Aufenthalts betroffener Personen im Inland als Hauptmerkmal der für das Eingreifen des ordre public sprechenden Inlandsbeziehung.⁷¹ Die ergebnisorientierte Konkretisierung des ordre public läßt solche Differenzierungen zu. In diesem Sinne ist der ordre public nicht nur räumlich und zeitlich, sondern auch kulturell relativ.

VIII. Ausblick: Relativismus ?

Dies führt allerdings dazu, daß die wesentlichen Grundsätze des deutschen Rechts, von denen Art. 6 EGBGB spricht und zu welchen auch die Grund- und Menschenrechte gehören, in ihrer Bedeutung durch das internationale Privatrecht etwas relativiert werden. Das gehört aber, um den oben erwähnten Satz des französischen Autors aufzunehmen, zum Wesen dieses Rechtsgebiets.⁷²

Nun hat in jüngster Zeit die Kritik des Relativismus, die Joseph Ratzinger als Kardinal in seinen sprachmächtigen theologischen Schriften vorgebracht hat⁷³, durch seine Wahl zum Papst eine allgemeine Aufmerksamkeit gefunden. Eigentümlicherweise ergeben sich Paralleldiskurse im Bereich der Menschenrechte. Im internationalen Privatrecht ist allerdings die Suche nach

⁶⁴ MünchKomm-Stehr, vorige Note.

⁶⁵ Das Problem kann hier nicht weiter vertieft werden; vgl. allgemein Gerd Roßlerke, Leben zwischen Religion und Recht, IZ 2005, 421 ff.

⁶⁶ Vgl. Omnia Elyan / Bruno Menhofer, Takab nach iranischem Recht und die wesensmäßige Zuständigkeit deutscher Gerichte, StAZ 2005, 168 ff., 169 ff.

⁶⁷ BGH 28.1.1987, IPRax 1988, 109 ff., 111. : „Damit haben sie (die Ehegatten) die Morgensgabevereinbarung den Umständen nach allenfalls davon abhängig gemacht, daß die Trauung den Gültigkeitsanforderungen des religiösen Rechts entspricht.“

⁶⁸ Vgl. Erik Jayme, Kulturelle Vielfalt und postmodernes Internationales Privatrecht, IPRax 1997, 376 f.; vgl. auch Fausto Cappelli, Confessioni religiose ed integrazione europea tra pluralismo e multiculturalismo, Diritto comparato e degli scambi internazionali 2005, 179 ff.

⁶⁹ Hingewiesen wurde in der Diskussion auf das Schmerzengeld, bei dessen Bemessung kulturelle Wertungen eine Rolle spielen können, vgl. hierzu BGH, 4.6.1992, BGHZ 118, 312ff., 349, 350. : „In der Voraussetzung der Überwiegt das Interesse des Opfers, volle Wiedergutmachung für die erlittene Lebensbeeinträchtigung sowie Genugtuung nach den für seine Heimat maßgeblichen Anschauungen und Lebensumständen zu erlangen.“

⁷⁰ Oben Note 8.

⁷¹ Joseph Ratzinger, Benedikt XVI, Glaube – Wahrheit – Toleranz. Das Christentum und die Weltreligionen, 4. Aufl., Herder 2005, S. 96 ff.; vgl. auch ders., Einführung in das Christentum, Vorlesungen über das apostolische Glaubensbekenntnis, 4. Aufl. 2005, S. 18 f.

der Wahrheit eingebettet in das Bemühen um einen Ausgleich in konkreten Fallsituationen. Nachgeben heißt hier im übrigen nicht aufgeben.⁷⁴ Hinzu tritt die immer deutlicher werdende Erkenntnis, daß die kulturelle Identität der Einwanderer Elemente des Gastlandes aufnimmt.⁷⁵ Sie ist kein Zeichen völliger Abgrenzung. Wie Anton Bammer allgemein feststellt:

„Kulturelle Identität wird eher als das Ergebnis eines kontinuierlichen Austausches zwischen Gruppen unterschiedlicher politischer Macht und religiöser Bedeutung als das einer gegenseitigen Absonderung gesehen.“⁷⁶

Es gibt gerade auch in den islamischen Rechten Anzeichen dafür, die Rechte der Frau zu stärken.⁷⁷

Die Einführung eines Begriffes der kulturellen Relativität des *ordre public* möchte nur erreichen, daß die kulturelle Dimension des Rechts stärker ins Bewusstsein tritt und das Recht auch auf diese Weise den Anschluß an die Zeitgeschichte findet. Lassen Sie mich zum Schluß noch auf die Frage „Gibt es eine kulturelle Relativität des *ordre public* im Internationalen Privatrecht?“ antworten: Ja, es gibt sie und dies zu Recht.

⁷⁴ Vgl. zu der Frage, ob in Venedig auf der Piazza San Marco vorübergehend während der Biennale eine Nachbildung der in Mekka befindlichen Kaaba aufgestellt werden dürfe: *Dirk Schümer*, Keine Kunst vor San Marco, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 16. Juni 2005, S. 33.

⁷⁵ In der Diskussion wurde die Auffassung vertreten, daß die kulturelle Identität stets Ausdruck einer Tradition sei und mit dem Schwanden der Traditionen und wachsenden Bedeutung des Individualismus auch die kulturelle Relativität an Bedeutung verliere. Hinzu trat in einem Diskussionsbeitrag die Überlegung, daß insgesamt der *ordre public* im integrierten Europa, wie das Internationale Zivilverfahrensrecht zeige, keine Rolle mehr spielen werde. Solange es aber Verweisungen auf ausländisches Recht gibt, welche auch das Recht von Drittstaaten umfassen, bleibt der *ordre public* eine Schranke. Je individualistischer sich die europäische Gesellschaft gestaltet, desto eher mag allgemein die Bedeutung des *ordre public* gegenüber fremden Institutionen schwinden. Der leidenschaftliche Streit um das Tragen des Kopftuchs zeigt aber, daß die verschiedenen Identitäten in Konflikt geraten können, weshalb die Reflexion über die kulturelle Relativität des *ordre public* ihre praktische Bedeutung behält.

⁷⁶ *Anton Bammer*, Die Rückkehr des Klassischen in die Levante – Neuzzeitliche Architektur und Minderheiten, 2001, S. 8. Vgl. auch *Gerhard Gnauck*, Verlorene Heimat, erworbene Fremde – In Schlesien wächst der Wille, sich das deutsche Erbe anzueignen, *Neue Zürcher Zeitung* 16. Juni 2005, S. 35.

⁷⁷ Vgl. *Henrik Denker*, Die Wiedereinführung des *Huf* und die Stärkung der Frauenrechte – Eine Studie zur Reform des Personalstatusrechts im islamischen Rechtskreis am Beispiel des ägyptischen Gesetzes Nr. 1 von 2000, in *Leipziger Beiträge zur Orientforschung* Band 15, Beiträge zum islamischen Recht IV (Hrsg. v. *Silvia Tellenbach / Thonolf Hanstein*), Frankfurt am Main 2004, S. 125 ff.

Nachrichten aus dem Institut*

von

Prof. Dr. Dr. h.c. Christian v. Bar, FBA, Universität Osnabrück
Geschäftsführender Direktor des *European Legal Studies Institute*

I. Überblick

1. Vom IPR-Institut zum European Legal Studies Institute

Die nachfolgenden „Nachrichten aus dem Institut“ berichten zum ersten Mal nicht mehr aus dem Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung. Dieses gibt es nicht mehr. Es ist am 1. Oktober 2003 mit dem ehemaligen Institut für Europarecht zusammengelegt worden und in dem neuen Institut für europäische Rechtswissenschaft, dem ELSI (der Abkürzung für den englischen Institutsnamen: European Legal Studies Institute), aufgegangen. Am 25. April 2005 haben wir seine Einrichtung in einer kleinen Feierstunde begangen. Begrüßen durften wir u.a. den Minister für Wissenschaft und Kultur des Landes Niedersachsen, *Lutz Strammann*, und den Präsidenten der Universität Osnabrück, Professor *Claus Röllinger*. Den Festvortrag hielt die Richterin am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften Professor *Ninon Colneric* über „Die Rolle der Rechtsvergleichung in der Praxis des EuGH“.

Das ELSI (eine Abkürzung, die wir erfolglos zu verhindern versucht haben!) startete schon zu Beginn des Jahres 2004 „in voller Besetzung“. Wir waren zu der Zeit insgesamt (alle studentischen Hilfskräfte mitgerechnet) fast 50 Personen aus 14 Nationen. Das Institut, das damit zu den großen deutschen Universitätsinstituten seiner Art gezählt werden darf, gliedert sich in zwei Abteilungen: europäisches öffentliches Recht (Abteilungsleiter Professor *Jens-Peter Schneider*) und europäisches Privatrecht (Abteilungsleiter Professor *Christian von Bar*). Ihre gemeinsamen Forschungsschwerpunkte sind die Rechtsvergleichung und die Rechtsvereinheitlichung in Europa. Näheres findet sich auf der von *Ina El Kobbria* aufgebauten dreisprachigen Webseite (www.european-legal-studies.org und www.elsi.osn.de), die wir nach Kräften aktuell halten. Sie berichtet auch über die einzelnen Lehrstühle, ihre Aktivitäten und Forschungsergebnisse. Die Homepage enthält zudem einen Newsletter.

2. Ein neues Institutsgebäude in Aussicht

Das Institut ist derzeit noch auf drei Gebäude verteilt: Martinstr. 8 (Lehrstuhl Professor *Martin Schmidt-Kessel*), Kahnenstr. 24 (Lehrstühle Professor *Oliver Dörr* und Professor *Jens-Peter Schneider*) und Heger-Tor-Wall 12 (Lehrstuhl Professor *Christian v. Bar*). Die Bibliothek umfasst inzwischen insgesamt ca. 75.000 Bände, davon ca. 45.000 Bände Entscheidungssammlungen und Zeitschriften. Die Bestände des Europäischen Dokumentationszentrums

* Im Anschluss an IIVO 11 (2001/2002) erschienen November 2004) S. 54-72. Der Bericht umfasst den Zeitraum bis Frühjahr 2006. Für Hilfe bei der Zusammenstellung des Datenmaterials danke ich Frau DörjJur., *Ina El Kobbria*, Geschäftsführerin des Instituts.

kommen hinzu. Ein erheblicher Teil der Sammlung der amerikanischen Reporter musste leider wieder einmal in die Magazine der UB ausgelagert werden, um Platz für Neueingänge zu schaffen.

Die Raumnot wird jedoch bald behoben sein. Die Universität (das Land Niedersachsen) hat in der Süsterstraße einen Altbau, ein ehemaliges Möbelhaus („Sandkühler“), gekauft. Auch der Architektenwettbewerb zur Neugestaltung dieses großen Areals ist bereits abgeschlossen. Es soll der Plan verwirklicht werden, das vorhandene Gebäude in zwei durch eine Eingangshalle und ein Glasdach verbundene Häuser umzuwandeln. Eines wird die Bibliothek aufnehmen, eines Büroräume, Hörsaal und Seminarräume. Wenn alles gut geht, müssen wir noch im Jahre 2006 die Entscheidungen aller zuständigen Landesgremien bekommen, so dass die Bauarbeiten im nächsten Jahr ausgeschrieben und begonnen werden können.

3. Die Lehstühle

Das Land Niedersachsen hat der Fakultät bzw. dem Institut zwei neue Lehstühle bewilligt und auf insgesamt sechs Jahre finanziert. Beide Lehstühle sind seit dem Sommersemester mit den Professoren *Oliver Dörr* (Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung) und *Martin Schmidt-Kessel* (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsvergleichung, Europäisches und Internationales Privatrecht) besetzt. Die Anschlussfinanzierung dieser Lehstühle ist Aufgabe der Fakultät. Durch den Zusammenschluss mit dem Institut für Europarecht erweiterten sich die dem ELSI hausrechtlich zugeordneten Lehstühle zusätzlich um den Lehrstuhl von Professor *Jens-Peter Schneider*.

Großen Dank schulden wir alle dem Gründer des Instituts für Europarecht, Professor *Hans-Werner Rengeling*, dass er dem Plan einer Fusion unserer beiden Institute zugestimmt hat. Sie wurde nach seiner Emeritierung Wirklichkeit.

4. Forschungs- und Arbeitsschwerpunkte der Professoren

Professor Christian v. Bar, FBA, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung und Direktor des Instituts, hat die Leitung der von der DFG und anderen europäischen Forschungsförderern finanzierten Study Group on a European Civil Code inne. Er arbeitet zusammen mit seinem Team an annotierten und kommentierten „Principles“ zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung und zum Deliktrecht. Im Jahre 2004 ging es zudem wesentlich um den Abschluss einer großen Studie für die Europäische Kommission und die Bewertung um die Bewilligung und die Teilnahme an dem im Jahre 2005 dann tatsächlich eingerichteten „CoPECT Network of Excellence“ unter dem 6. Forschungsrahmenprogramm der EU (FP6). Alle weiteren Informationen unter www.elsi.uos.de/privatelaw/vonbar.

Professor Oliver Dörr, LL.M. (Lond.), Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung, hat seine Arbeitsschwerpunkte im Europarecht, Völkerrecht sowie im Vergaberecht. Er rief an der Osnabrücker Fakultät einen verfassungs-

rechtlichen Moot Court ins Leben, der jedes Jahr für das 3. Fachsemester stattfindet, und heute regelmäßig das Osnabrücker Team für die European Law Moot Court Competition. Im Wettbewerb 2004/2005 gelang hierbei die Qualifikation für das Regionalfinale in New York. Außerdem erweckte *Dörr* den Gesprächskreis für Europarecht wieder zum Leben, der regelmäßig am ersten Montag im Monat tagt. Im September 2006 übernimmt er im Rahmen einer Gastprofessur die Konrad-Adenauer-Vorlesung an der Andrassy-Universität in Budapest. Weitere Informationen unter www.jura.uos.de/prof/doierr.

Professor Hans-Werner Rengeling konzentrierte sich nach seiner Emeritierung auf ein insbesondere in der Chemiebranche viel beachtetes DFG-Projekt zum europäischen Stoffrecht. Gemeinsam mit Dr. *Peter Szeczkalla*, Habilitand und Assistent am Lehrstuhl *Dörr*, veröffentlichte *Rengeling* außerdem u. a. „Grundrechte in der Europäischen Union - Charta der Grundrechte und der Allgemeinen Rechtsgrundsätze“ (Carl Heymanns Köln, 2004). Weitere Angaben unter www.jura.uos.de/prof/rengeling/rengeling.htm.

Professor Martin Schmidt-Kessel, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Rechtsvergleichung, Europäisches und Internationales Privatrecht, betreute mit Unterstützung durch *Friederike Schärer* das Osnabrücker Moot Court Team für den 12th William C. Vis International Commercial Arbitration Moot. Das Team wurde in den Wettbewerben um den besten Kläger- und um den besten Beklagenschriftsatz jeweils mit einer „Honorable Mention“ ausgezeichnet. Eine Nachfolgearbeit startete 2006 in den 13th William C. Vis Moot Court, ebenfalls mit schönem Erfolg. *Schmidt-Kessel* ist u. a. Autor des von ihm von *Schieffern* übernommenen Lehrbuchs Schuldrecht Allgemeiner Teil (6. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2005). Die Fritz Thyssen Stiftung fördert seine Forschungsgruppe „Ungewöhnliche Verträge in Europa“. Sie trat im Jahr 2005 als Untergruppe in die „Study Group on a European Civil Code“ (www.sgeccnied) ein. Alles weitere findet man unter www.elsi.uos.de/privatelaw/schmidt-kessel.

Professor Jens-Peter Schneider, Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht unter Einschluss des Energie- und Kommunikationsrechts, hat zusammen mit *v. Bar* die Gründung des European Legal Studies Institute initiiert und verwirklicht. Er organisierte in Osnabrück das XVIII. Kolloquium der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht („Vollzug des Europäischen Wirtschaftsrechts zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung“), ferner mit Förderung der Deutschen Bundesstiftung Umwelt die 10. Osnabrücker Gespräche zum deutschen und europäischen Umweltrecht zum Thema „Beihilfe- und Vergaberecht als Rahmenbedingungen der Umweltpolitik“. Er war Fellow am Brasenose College in Oxford und im Wintersemester 2005/06 Konrad-Adenauer-Gastprofessor an der (deutschsprachigen) Andrassy-Universität in Budapest. 2003 erschien im C.H. Beck Verlag das von ihm und *Theobald* herausgegebene Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft. Die zweite Auflage ist derzeit in Vorbereitung. Auf der Tagung der deutschen Staatsrechtlervereinigung 2004 in Jena referierte er über „Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates“ mit Schwerpunkt im europäischen Leistungsverwaltungsrecht. In den Jahren 2006 und 2007 fördert der DAAD eine von Professor *Velasco* (Universidad Autónoma de Madrid) und *Schneider* initiierte spanisch-deutsche Forschergruppe zum europäischen Verwal-

lungsverfahrensrecht. Unter der Leitung von *Schneider* erarbeiten deutsche und ausländische Mitarbeiter seines Lehrstuhls einheitlich gegliederte Einführungen in das Verwaltungsrecht Europas. Der erste Band zum Verwaltungsrecht Englands, Spaniens und der Niederlande ist im Erscheinen. Der zweite Band zu Frankreich, Polen und Schweden ist in Vorbereitung. Weitere Informationen unter <http://www.ejst.nos.de/publiclaw/>.

5. Schriftreihen und Zeitschriften

Bei Sellier in München geben wir seit 2005 gemeinsam mit dem Molengraff Institute voor Privatrecht in Utrecht, dem Amsterdamer Institute for Private Law und dem Institute of European and Comparative Law in Oxford die „Schriften zur Europäischen Rechtswissenschaft“ heraus. Die noch junge Reihe besteht inzwischen aus drei Bänden. Herausgeber im Institut ist v. *Bar*.

Die „Schriften zum Internationalen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung“ (V&Runipress Göttingen) sind auf 24 Bände angewachsen; weitere sind im Druck. Herausgeber im Institut sind v. *Bar* und *Schmid-Kessel*.

Die „Schriften zum europäischen und internationalen Recht“ (V&Runipress Göttingen) umfassen inzwischen 12 Bände. Sie werden gemeinsam herausgegeben von *Dörr*, *Rengeling*, *Schneider* und *A. Weber*.

Für die Professoren der Juristischen Fakultät betreut schließlich v. *Bar* geschäftsführend die „Osnabrücker Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen“ (Carl Heymanns Köln; 63 Bände).

Rengeling ist Schriftleiter des Deutschen Verwaltungshaltes (DVV), www.dvvbl.de; Redaktionsassistent ist *Szeczalka*.

Schmid-Kessel ist geschäftsführender Herausgeber und Redakteur der Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht, GPR (www.gemeinschaftsprivatrecht.de).

Schneider gibt im Nomos Verlag die Studien zu Staat, Recht und Verwaltung (gemeinsam mit *Hoffmann-Riem*, Karlsruhe/Hamburg, und *Schluppert*, Berlin; 7 Bände) und die Schriftenreihe „Forum Energierecht“ (gemeinsam mit *H.-J. Koch*, Hamburg, *Rognagel*, Kassel, *Wieland*, Frankfurt/Main; 11 Bände) heraus. Ferner ist er Mitherausgeber der im C.H. Beck Verlag erscheinenden Monatszeitschrift „Infrastrukturrecht“ sowie des Journal of Energy & Natural Resources Law.

6. Veranstaltungen des Instituts

Das Institutsgebäude Heger-Tor-Wall 12 ist ein sehr geeigneter Ort für wissenschaftliche Veranstaltungen kleinerer und mittlerer Größe. Wir haben ihn für eine Serie von Seminaren und Vorträgen mit Rednern aus einer Vielzahl von Ländern genutzt. Zusätzlich zu den Veranstaltungen der IWO findet nun institutsseitig jährlich auch ein „großer“ Vortrag zu Fragen des Rechts in Europa statt. Auf den Eröffnungsvortrag von Frau RIEÜGH Professor *Cohneric* (oben

zu *II*) folgte am 16. Mai 2006 ein außerordentlich eindrucksvoller Abend mit Frau Professor *Irena Lipowicz* (Kardinal Wyszyński Universität, Warschau), ehemalige Sonderbeauftragte Botschafterin des polnischen Außenministers für deutsch-polnische Angelegenheiten und Stipendiatin der Alexander v. Humboldt Stiftung, über die Europäisierung von Verwaltungsstrukturen.

Mehrfach jährlich fanden die sogenannten „Advisory Councils“ zu den Osnabrücker Arbeitsthemen innerhalb der Study Group statt.

Am 31. Mai 2006 waren, auf Einladung der Fakultät, Richter des OLG Oldenburg zu einer kleinen Tagung im Institut.

II. Nachrichten aus der privatrechtlichen Abteilung**

1. Studie für die Europäische Kommission

In den Jahren 2003 und 2004 hat v. *Bar* zusammen mit Professor *Ulrich Drobnig* (em. Direktor am Hamburger Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht) im Auftrag der Europäischen Kommission eine umfangreiche Studie „The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe“ koordiniert und mitverfasst, an der Wissenschaftler aus nahezu allen damaligen Mitgliedsstaaten der EU beteiligt waren. Es ging darum, ob Intentionen zwischen den Vertrags-, Delikts- und Sachenrechten der Mitgliedsstaaten der EU das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes behindern. Die Studie ist sowohl elektronisch (auf der website der Europäischen Kommission: http://europa.eu.int/comm/consumer/cons_in/safe_shop/fair_bus_prac/cont_law/study.pdf) als auch als Buch (2004 bei Sellier European Law Publishers, München) veröffentlicht. An ihr haben aus dem Institut mitgewirkt die wissenschaftlichen Mitarbeiter (in Klammern jeweils die sachliche Zuständigkeit):

- Begoña Alfonso de la Riva* (Spanien),
- Dr. Erwin Beysen* (Belgien und Frankreich),
- Dr. Eyalita Eleftheridou* (Griechenland),
- Dr. Andreas Förschl* (Österreich)
- Dr. Caterina Gozzi* (Italien),
- Dr. Matthias Hüner* (Deutschland),
- Ina El Kobbia* (Organisation und Auswertung der empirischen Studie),
- Rosalie Koohoven* (Niederlande),
- Stephen Love* (Übersetzung),
- José Carlos de Medeiros Nóbrega* (Portugal),
- Sandra Rohlfing* (Internationales Privatrecht),
- Johan Sandstedt* (Skandinavien) und
- Dr. Stephen Swann* (Common Law, Übersetzung).

** Für Nachrichten aus der öffentlich-rechtlichen Abteilung verweise ich auf die oben zu *I4* mitgeteilten homepages.

2. Das CoPECL Exzellenznetzwerk unter dem 6. Forschungsrahmenprogramm der EU

Nach siebenmonatiger Vorarbeit, deren Hauptlast unser Bielefelder Kollege Professor *Hans Schulte-Nölke* mit seinem Team getragen, die aber auch uns im Jahre 2003 einigemmaßen in Atem gehalten hat, nach neun Monaten Warren auf das Begutachtungsergebnis und nach noch einmal acht Monaten Verhandlungen wurde Ende Mai 2005 – rückdatiert auf den 1. Mai, was später einige abrechnungstechnische Probleme schaffen sollte – das Joint Network Common Principles of European Contract Law (www.copecl.org) als ein ‚Network of Excellence‘ zur Förderung der Spitzenforschung unter dem 6. Forschungsrahmenprogramm der Europäischen Kommission gegründet. An ihm sind formal siebzehn Universitäten und Forschungseinrichtungen in 13 Ländern sowie materiell ca. 150 Wissenschaftler aus fast allen Mitgliedsstaaten der EU sowie aus Norwegen und der Schweiz beteiligt. In ihm kooperieren u. a. die ‚Study Group on a European Civil Code‘ (www.specc.net), die ‚Acquis Group‘, die ‚Insurance Contract Law Group‘ und eine Reihe kleinerer Teams mit Sitz vor allem in Frankreich, Italien, Niederlanden, Schottland und Schweden. Koordinator des Netzwerkes ist, wie bereits gesagt, der Bielefelder Professor *Hans Schulte-Nölke*. Das ELSI konnte allein durch seine Beteiligung an diesem Netzwerk knapp 1 Mio. Euro an Drittmitteln einwerben. Die Einrichtung des Exzellenznetzwerkes steht in einem engen Zusammenhang mit den derzeit intensiv geführten Debatten um die Schaffung eines sog. „Gemeinsamen Referenzrahmens“ für Europäisches Vertragsrecht. Aufgabe des Exzellenznetzwerkes ist es nämlich u.a., einen Entwurf für diesen Referenzrahmen vorzulegen und dabei Kontakt mit einer Vielzahl von Verbänden und Berufsgruppen zu halten. Die Arbeitslast der privatrechtlichen Abteilung des Instituts hat sich hierdurch deutlich erhöht. Denn es müssen in unmittelbarer Zukunft sowohl die Arbeiten der *Study Group* zu Ende gebracht und publiziert und gleichzeitig die im Rahmen des 6. Forschungsprogramms übernommenen Aufgaben erfüllt werden. Die erzielbaren Synergieeffekte gleichen die Mehrbelastungen indes nicht aus.

3. Die Study Group on a European Civil Code

Vom Institut aus werden alle Sitzungswochen der Co-ordination Group der Study Group on a European Civil Code aus betreut, kofinanziert und zusammen mit Gastgeber vor Ort organisiert. Im Berichtszeitraum waren das Leuven (Dezember 2003), Warschau (Juni 2004), Mailand (Dezember 2004), Berlin (Juni 2005) und Tartu (Dezember 2005). Die nachfolgenden Sitzungswochen sind für Oslo (Juni 2006), Luzern (Dezember 2006), Budapest (Juni 2007) und (voraussichtlich) La Valetta (Dezember 2007) geplant. Zusätzliche Treffen finden im Rahmen eines gemeinsamen Arbeitsteams aus Mitgliedern der Study Group und der Acquis Group, dem *Compilation and Redaction Team*, statt; in ihnen entstehen die Textentwürfe für den Akademischen Gemeinsamen Referenzrahmen, die anschließend der Koordinierungsgruppe zur Beratung und Beschlussfassung vorgelegt werden. Das C&R-Team leitet Professor *Eric Clive* (Edinburg) zusammen mit v. Bar. Es hat bislang durchweg in Brüssel getagt, das sich auch deshalb anbietet, weil v. Bar dort die räumliche Nähe zu Kommission und Parlament zu Gesprächen nutzen kann.

Gastgeber der (12ten) Berliner Sitzungswoche im Juni 2005 waren wir selber, mit der umfangreichen Tagungsorganisation war in erster Linie Frau *Ina El Kobbia* betraut; unser Haupt-

sponsor war – auf Vermittlung des Osnabrücker Honorarprofessors *Malte Schindhelm* - Price Waterhouse Coopers Deutschland (PwC); außerdem unterstützte uns u.a. die Osnabrücker *Steyer AG*. Die Tagung konnte im großen Anhörsaal des Deutschen Bundestages im Marie-Elisabeth Lüders Haus direkt an der Spree und dem Reichstagsgebäude gegenüber durchgeführt werden, eine spektakuläre Umgebung. Inhaltlich ging es um das Recht der Kreditrisikoverfahren, der Finanzierungsgeschäfte, der besonderen Dienstleistungsverträge, der Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen und um Deliktsrecht. Bundesjustizministerin *Zypries* empfing uns im Bundesjustizministerium zu abendlichen Gesprächen. Ein weiterer Empfang fand im Kammergericht statt, und zwar in dem Saal, den heute das Berliner Verfassungsgesetz nutzt und in dem früher die Schauprozesse des sogenannten Volksgerichtshofes stattfanden hatten.

4. Osnabrücker Einzelprojekte im Rahmen der Study Group on a European Civil Code

Erfreulich ist, dass wir im November 2005 die Arbeiten zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag abschließen konnten. Sie sind inzwischen als ‚Principles of European Law on Benevolent Intervention in Another’s Affairs‘ bei Sellier European Law Publishers (München 2006) veröffentlicht. Das Osnabrücker Arbeitsteam, das hieran mitgewirkt hat, bestand aus:

- Begoña Alfonso de la Riva* (spanisches Recht, August 1999-August 2003)
- Dr. Erwin Beysen* (belgisches, französisches und luxemburgisches Recht)
- Dr. Evlatia Elieghriadou* (griechisches Recht)
- Silvia Fedrizzi* (italienisches Recht, August 1999-Oktober 2000)
- Dr. Andreas Fölschl* (österreichisches Recht)
- Dr. Caterina Gozzi* (italienisches Recht, seit Februar 2001)
- Lodewijk Gualtherie van Wezel* (niederländisches Recht, Februar 2001-August 2002)
- Annamaria Herpai* (ungarisches Recht, seit Oktober 2003)
- Dr. Maria Angeles Martin Vida* (spanisches Recht, seit September 2003)
- Dr. Mathias Hinner* (deutsches Recht)
- Stefan Keitler* (irrisches Recht, November 1999-August 2001)
- Ina El Kobbia* (schottisches Recht, Tagungsorganisation und Protokolle für Co-ordination Group und Advisory Council)
- Dr. Mary-Rose McGair* (Übersetzung, seit May 2004)
- Franz Nieper* (niederländisches Recht, November 1999-Oktober 2000)
- Rosalie Koollhoven* (niederländisches Recht, seit März 2003)
- José Carlos de Medeiros Nobrega* (portugiesisches Recht)
- Sandra Rohlfing* (Protokolle für die Arbeitsgruppe)
- Johan Sandsteth* (skandinavisches Recht seit April 2001)
- Mårten Schultz* (skandinavisches Recht, Januar 2000-März 2001) und
- Dr. Stephen Swann* (Common Law, Übersetzung, Drafting).

Im April 2005 stellten v. Bar und Swann in zwei Brüsseler stakeholder meetings die Arbeitsergebnisse der Study Group zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag und zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung einer breiteren Öffentlichkeit vor.

Abschieben konnten wir nach jahrelangen Beratungen in zahlreichen Advisory Councils und Sitzungen der Co-ordinating Group auch die Artikel zum Delikts- und zum Bereicherungsrecht. Sie werden derzeit in die Sprachen der EU übersetzt, kommentiert und mit Anmerkungen zum tatsächlich geltenden Recht in den Mitgliedsstaaten versehen. Diese Arbeiten werden noch bis etwa Ende 2007 andauern.

Dr. *Stephen Swann* leitet die Untergruppe Trust law der Study Group on a European Civil Code. Seine Entwürfe wurden erstmalig auf der Arbeitstagung der Co-ordinating Group in Mailand (Dezember 2004) diskutiert. Nach zwei weiteren Sitzungen seines Advisory Council (in Edinburgh, Mai 2005 und Mai 2006) kommt das Trustrecht im Juni 2006 (Oslo) wieder auf die Agenda der Co-ordinating Group.

Prof. Dr. *Martin Schmidt-Kessel* leitet die von der Fritz Thyssen Stiftung geforderte Untergruppe zum Recht unentgeltlicher Verträge. Dem zugehörigen *working team* gehören außer ihm an für das französische Recht *Laetitia Franck* (Doktorandin der Universitäten Nancy II [Professor *François Jacquot*] und Saarbrücken [Professor *Filippo Ranieri*]) und wissenschaftliche Mitarbeiterin und Magisterstudentin in Osnabrück, für das englische und das irische Recht *Susan Singleton* BCL (Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin in Osnabrück) sowie für das deutsche Recht *Sandra Müller* (Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin in Osnabrück). Im März 2006 hat ein international besetzter Advisory Council in Osnabrück einen ersten auf die anderen Arbeiten der Study Group on a European Civil Code abgestimmten Entwurf zum Schenkungsrecht beraten. Im Juni 2006 wird die Co-ordinating Group der der Study Group erste Beschlüsse zu diesem Entwurf fassen.

Dr. *Stephen Swann* und Frau *Sandra Rohlfing* sind im Rahmen des C&R-Teams mit Spezialaufgaben zum Recht der Rücktrittsfolgen und des Erlöschens von Schuldverhältnissen beauftragt.

5. Tagungs- und Kongressreisen; Vortragstätigkeit

Professor v. *Bar* hat am 20. Februar 2004 am Karllsruher Forum teilgenommen, am 24. Mai 2004 in Edinburgh im Rahmen der Veranstaltung „Scotland and Harmonisation of European Law“ referiert, am 19. September 2004 die Festansprache anlässlich der Feier des 34. Stadtags der Stadt Georgsmarienhütte gehalten, am 30. September 2004 auf Einladung der Niedersächsischen Justizministerin über die Arbeiten der Study Group vorgetragen, am 17. November die International Chamber of Commerce (ICC) in Paris und am 23. November 2004 den Rechtsausschuss des BDI in Berlin über die Entwicklungen auf europäischer Ebene unterrichtet. Im Februar 2005 war er zu einer Sitzung mit Vertretern der Association Henri Capitant in Paris und zum Forum in Karlsruhe. Zum 14. September 2005 hatte die DFG ihre Leibnizpreisrätger nach Bonn eingeladen. Am 27. Januar 2006 hat v. *Bar* in Prag auf der ersten Konferenz über die Arbeiten an einem neuen tschechischen Zivilgesetzbuch gesprochen, am 6. April 2006 in Berlin einen Vortrag vor Vertretern der europäischen Anwaltsorganisation (CCBE) gehalten, vom 27.-28. April 2006 in der Europäischen Rechtsakademie (ERA) in Trient mit *Swann* unsere „Principles“ zur Gewährleistung ohne Auftrag und zum Bereicherungsrecht erläutert, am 3. Mai 2006 in der wissenschaftlichen Gesellschaft in Osnabrück und am

18. Mai 2006 auf Einladung des Verlages Sellier anlässlich einer Staudinger-Konferenz in der juristischen Bibliothek des Münchener Rathauses über Fragen des europäischen Privatrechts vorgetragen. Zahlreiche Reisen führten (oft mit *Swann*) nach Brüssel: Verhandlungen mit der Generaldirektion Forschung, stakeholder meetings im Rahmen des zum europäischen Vertragsrecht eingerichteten Expertennetzwerks (April und Mai 2005). Gespräche mit Parlamentsabgeordneten und in der Generaldirektion Verbraucherschutz, Sitzungen des Compilation and Redaction Teams des CoPECL Netzwerks. Hinzu kamen die Sitzungswochen der Co-ordinating Group (Warsaw Juni 2004, Mailand Dezember 2004, Berlin Juni 2005, Tartu Dezember 2005). Am 26. September 2005 fand auf Einladung der britischen Regierung (die seinerzeit die Ratspräsidentenschaft innehatte) und der Europäischen Kommission eine große internationale Konferenz „European Contract Law: Better Lawmaking through the Common Frame of Reference“ statt. Anwesend waren neben einigen wenigen Vertretern der Forschergruppen (nämlich die Professoren *Beutle*, *Schulte-Nölke* und v. *Bar*) Parlamentarier, von den Mitgliedsstaaten entsandte Ministerialbeamte, Vertreter von Interessenverbänden, Richter und Rechtsanwälte. Derselbe Teilnehmerkreis traf sich am 26. Mai 2006 unter österreichischer Ratspräsidentenschaft zu einer Nachfolgekonferenz in Wien.

Professor *Schmidt-Kessel* hat am 9. Oktober 2004 in Thient über „Eigentumschutz im internationalen Einheitsrecht“, am 14. April 2005 in Osnabrück zum Thema „Sachenrecht im Gemeinschaftsprivatrecht – Gemeinschaftsrecht“, am 3. Juni 2005 in Frankfurt a.d. Oder zu „Methoden des Europäischen Vertragsrechts“ und am 17. Juni 2005 in Jena über „Fremde Erfahrungen mit zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten“ gesprochen. Am 23. Juni 2005 hielt er seine Antrittsvorlesung „Überlegungen zu Aufgaben und Gestaltung des Vertragsrechts“. Weitere Vorträge hielt er am 10. September 2005 in Bielefeld („Rechtsangleichung in Europa – Probleme und Perspektiven der Unternehmen“) und am 22. November 2005 in Berlin („Vier europäische Richtlinien gegen die Diskriminierung und ihre Umsetzung in deutsches Recht“). Am 17. und 18. März 2006 fand das von den Herausgebern der GPR veranstaltete 1. Kolloquium der Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht in Kaiseraugst bei Basel statt, welches sich mit dem Thema „Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht“ befasste (<http://www.ius.unibas.ch/jung/di-programm-spr.pdf>). Vom 19.-21. März 2006 weilte *Schmidt-Kessel* zu Gastvorlesungen im Rahmen des Doktorandenprogramms der Universität in Verona.

Dr. *Stephen Swann* hat Vorträge gehalten am 16. Mai 2003 auf einer Konferenz in Catania („Armonizzazione del diritto privato europeo“), am 3. April 2004 in Derry (Nordirland) auf der Irish Association of Law Teachers Annual Conference (‘Effective European Contract Law - A Possible Response to the Action Plan’) und am 28. April 2006 auf der ERA-Konferenz Principles of European Law: Neoglorium Gestio & Unjustified Enrichment (‘A Guide to the Principles of European Law on Unjustified Enrichment’).

Dr. *Evlatia Eliftheriadou* hielt am 18. November 2005 an der Hamburger Bucerius Law School, anlässlich der Auszeichnung ihrer Dissertation mit dem Preis der deutsch-griechischen Juristenvereinigung, einen Vortrag zur „Haftung aus Verkehrspflichtverletzung im deutschen und griechischen Deliktsrecht“.

Dr. *Mary-Rose McGuire* zählte als Vorstandsmitglied zu den Organisatoren der (Göttinger) Tagung der Jungen Zivilrechtswissenschaftler. Generalthema war das „Europäische Privatrecht“ (8.-11. September 2004). An der Tagung nahmen aus dem Institut ferner *Andreas Förschl*, *Caterina Gozzi*, *Mathias Hüner*, *Im El Kobbaj*, *Carlos de Medeiros Nóbrega*, *Maria Angeles Martin Vida*, *Frederike Schäfer*, *Patrick Merkle* und *Stephen Swann* teil. Das Jahrbuch 2004 ist 2005 im Boorberg Verlag erschienen. *McGuire* sprach außerdem auf dem Deutsch-Polnisch-Ukrainischen Seminar in Krakau zum Vertragsrecht und zur europäischen Privatrechtsvereinheitlichung (19.-22. Januar 2006) über "Ziel und Methode der Study Group on a European Civil Code".

Frau *Sandra Rohlfing* hat im Juni 2006 an einer Sitzung des C&R-Teams in Brüssel teilgenommen.

6. Exzellenzinitiative des Bundes und der Länderregierungen

Zusammen mit den Osnabrücker Instituten für Migrationsforschung (IMIS) und Kulturgeschichte der Frühen Neuzeit (IKFN) sowie Politikwissenschaftlern der Universität haben wir 2005 erhebliche Zeit in einen Antrag auf Einrichtung einer Graduate School „Dynamics in the Making of Europe“ unter der Exzellenzinitiative des Bundes und der Länderregierungen investiert. Der Aufwand war vergebens, weil es uns im Urteil der Gutachter nicht gelungen ist, ein zureichend scharfes Profil der angestrebten interdisziplinären Zusammenarbeit zu zeichnen.

7. Abgeschlossene Promotionen

Bei v. *Bar* promovierten im Berichtszeitraum *Thomas Decker* („Das kollisionsrechtliche Werk Ernst Zitelmanns“), *Andreas Förschl* („Hilfleistungsabreden und contrat d'assistance“ - Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum französischen, deutschen, österreichischen und englischen Recht), *Caterina Gozzi* („Der Anspruch iure proprio auf Ersatz des immateriellen Schadens wegen der Tötung eines nahen Angehörigen in Deutschland und Italien“), *Lars Haverkamp* („Die Erbfolge in Gesellschaftsanteile im IPR“), *Astrid Kebedies* („Vergleichende Werbung“), *Volker Steves* („Der Industrieanlagenvertrag – Ausgewählte Probleme des Kollisionsrechts“), *Daniel Twissina* („Die Stellung des Sachverständigen im englischen und deutschen Zivilprozess“) und *Xushi Zong* („Internationalprivatrechtliche Fragen chinesisch-deutscher Ehen“).

8. Auszeichnungen

Dr. *Maria Martin Vida* ist am 10. Februar 2006 mit dem Förderpreis des DAAD ausgezeichnet worden. Ihr ist außerdem im Januar 2005 der Preis für die beste juristische Doktorarbeit 1999-2000 an der Universität Granada (Spanien) verliehen worden. *Jochen Bode* LL.B. wurde 2005 für seine Seminararbeit „Die Freiheit des Kapitalverkehrs und die Problematik staatlicher Vorzugsaktien“ mit dem ersten Preis des Förderpreises der Schindhelm Rechtsanwalts-gesellschaft mbH ausgezeichnet. *Evdalia Eleftheriadou* erhielt für ihre Dissertation „Die Haftung aus Verkehrssicherungspflicht in zivilrechtlichen und griechischen Deliktsrecht“ den Osnabrücker Uni-

versitätspreis und den Preis der deutsch-griechischen Juristenvereinigung. V. *Bar* wurde Mitglied der International Academy of Commercial and Consumer Law.

9. Gutachten für Gerichte und Forschungseinrichtungen

Die Gerichtsgutachten des Instituts betrafen spanisches Scheidungsverfahrensrecht (OLG Hamm), französisches Verkehrsunfallrecht (LG Hamburg) und niederländisches Vertragsrecht (OLG Oldenburg). Sie sind bzw. werden in den Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht (IPG) veröffentlicht.

V. *Bar* hat für eine Reihe von Forschungsinstitutionen und –einrichtungen Gutachten verfasst, u.a. in Belgien, Italien, Österreich, Südafrika und dem Vereinigten Königreich, außerdem für eine größere Zahl deutscher Stiftungen. Es ging um Rankingslisten, Berufungen, Anträge auf Forschungsförderung und Stipendien.

10. Lehre

V. *Bar* hat neben der privatrechtlichen Einführungsverlesung für Erstsemester Vorlesungen, Methodenkurse und Seminare zum Recht der gesetzlichen Schuldverhältnisse, zum Familienrecht, zum IPR und zur Rechtsvergleichung gehalten, außerdem den Klausurenkurs betreut. Ganzjährig findet unverändert montags um 17 Uhr das Mitarbeiterseminar zum europäischen Privatrecht statt. Im WS 2004/2005 hatte er ein Forschungsfreisemester.

Schmid-Kessel hat den Schwerpunkt seiner Lehrtätigkeit im nationalen und europäischen Vertragsrecht. Er hat zu letzterem auch mehrere Seminare veranstaltet, außerdem die Vorlesungsbücher abgehalten, zusammen mit *Frederike Schäfer* die Teilnahme Osnabrücker Studenten am Twelfth Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Meet 2005 „geoacht“, Vorlesungen zum Recht der Kreditrisikoverhältnisse und zum internationalen Privatrecht gehalten und die Lehrveranstaltungen des Instituts im Schwerpunktbereich Europäisches Privatrecht übernommen. Hinzu kommt sein Doktorandenseminar.

Swann hat regelmäßig die Vorlesungen English Law I (Einführung in das englische Rechtssystem) und English Law II (Vermögens- und Erbrecht) gehalten. Jeder dieser Kurse war mit der Korrektur von jeweils ca. 100 Klausuren verbunden.

Hüner hielt Vertiefungsvorlesungen zum deutschen Bereicherungs- und Deliktsrecht und las außerdem Internationales Privatrecht.

Eleftheriadou leitete Arbeitsgemeinschaften zum Allgemeinen Teil des bürgerlichen Rechts und zum allgemeinen Schuldrecht, entwarf außerdem und korrigierte eine große Zahl von Klausuren und Hausarbeiten.

Rohlfing leitete ebenfalls Arbeitsgemeinschaften zum Allgemeinen Teil des bürgerlichen Rechts und zum allgemeinen Schuldrecht.

McKane hat für das Akademische Auslandsamt in Sprachkursen größere Gruppen im englischen und irischen Privat- und Verfassungsrecht geschult.

11. Veröffentlichungen v. Bar und Schmidt-Kessel

Im Berichtszeitraum veröffentlichte v. Bar:

- Ausländisches Privat- und Privatverfahrensrecht in deutscher Sprache. Systematische Nachweise aus Schrifttum, Rechtsprechung und Gutachten 1990-2003. Heymanns: 5. Aufl. Köln u.a. 2004 (XXXVII, 391 S., mit CD-ROM)
- Besprechung der 49.-61. Nachlieferung zum *Ferid/Fisching/Dörner/Haumann*, Internationales Erbrecht, StAZ 2004, 54-56; 2004, 183-184; 2004, 348-349; 2005 S. 88-89; 2005 S. 220-221; 2005 S. 245-246; 2005 S. 338-339; 2006 S. 84-85; 2006 S. 154; 2006 S. 214-216

- Comparative Law of Obligations: Methodology and Epistemology, in: Mark van Hoecke (ed.), Epistemology and Methodology of Comparative Law. Hart Publishing: Oxford 2004, S. 123-135
- Ein gemeinsamer Referenzrahmen für das marktrelevante Privatrecht in der Europäischen Union, in: Festschrift für Erik Jayme (München 2004) S. 1217-1231
- Das Bereicherungsrechtskonzept der Study Group on a European Civil Code (mit Stephen Swann), in: Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag (Karlsruhe 2004) S. 43-68
- Das Schadensersatzrecht nach dem Zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2003: Das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften (Karlsruhe 2004) S. 7-29
- Kurt Lipstein – The Scholar and the Man, in: Jack Beatson and Reinhard Zimmermann, Jurists Uprooted (Oxford 2004) S. 749-760
- A Continent of Codes or One Code for a Continent? in: Jurists Review 2004 (2) S. 14-21 (Renmin University of China School of Law) (mit Stephen Swann; in chinesischer Sprache)
- Nachrichten aus dem Institut in: IYVO 11 (2001/02) S. 54-72
- Der Gemeinsame Referenzrahmen in: GPR 2005 S. 1 (Editorial)
- Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teil III. Kommission für Europäisches Vertragsrecht. Deutsche Ausgabe mit Reinhard Zimmermann (München: Sellier European Law Publishers 2005): XXVIII, 287 S.
- Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht (mit Hans Schulte-Nölke), ZRP 2005, 165-168
- Working Together Towards a Common Frame of Reference, in: Juridica International (Law Review, University of Tartu) 2005 (European Legal Harmony: Goals and Milestones), 17-26
- Principles of European Law (Study Group on a European Civil Code). Benevolent Intervention in Another's Affairs (PEL Ben Int.) München: Sellier European Publishers, Brussels; Bruylant, Berne; Stämpfli 2006, XXX, 417 S. Auch erschienen bei Oxford University Press Oxford 2006

- Ausländisches Privat- und Privatverfahrensrecht in deutscher Sprache. Systematische Nachweise aus Schrifttum, Rechtsprechung und Gutachten 1990-2006. 6. Aufl. Köln u.a. 2006 (XXXVIII, 607 S.)

Schmidt-Kessel veröffentlichte von 2004 - Frühjahr 2006:

- Kommentierung Art.8 und 9 UN-Kaufrecht, in: Peter Schlechtriem / Ingeborg Schwenzer/Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, 4. Aufl., C.H.Beck: München 2004
- Kommentierung Art.8 und 9 UN-Kaufrecht, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 2. engl. Auflage/Übersetzung der 4. dt. Aufl., Oxford University Press: Oxford 2005 (Übersetzung durch Todd Fox)
- Bearbeitung der §§280 Abs. 1 und 2, 287, 288 BGB, in: Martin Gebauer/Thomas Wiedmann, Zivilrecht unter Europäischem Einfluss. Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze – Erläuterung der wichtigsten EG-Verordnungen, Boorberg: Stuttgart 2005
- Kommentierung §§273, 274, 293-304 BGB, in: Barbara Dauner-Lieb / Thomas Heidele/Gerhard Ring, Anwaltkommentar zum BGB, Anwaltverlag: München 2005
- Gläubiger und Schuldner: Mehrheit und Wechsel, in, Michael Martinek, Staudinger-Eckpfeller, Sellier / de Gruyter: Berlin 2005, 257-294
- Der Aktionsplan der Kommission für ein kohärenteres Vertragsrecht: Überlegungen zu den von der Kommission vorgeschlagenen Maßnahmen, in: GPR 2003-2004, 5-11 (zusammen mit Eike Najork)
- Auf dem Weg zum Gemeinsamen Referenzrahmen – Anmerkungen zur Mitteilung der Kommission vom 11. Oktober 2004., GPR 2005, 2-8
- Sachenrecht im Gemeinschaftsprivatrecht – eine Skizze –, in: *Dajczak / Knothe*(Hrsg.), Deutsches Sachenrecht in polnischer Gerichtspraxis. Das BGB-Sachenrecht in der polnischen höchstgerichtlichen Rechtsprechung in den Jahren 1920-1939: Tradition und Europäisches Perspektive, Berlin 2005, 341-367
- Urteilsanmerkung zu BGH, Beschluß vom 16. September 2003 (XI ZR 447/02) und Beschluß vom 23. September 2003 (XI ZR 325/02, München) in: WuB/April 2004 IV D. §3 HWiG 1.04.249-252
- Zur *culpa in contrahendo* im Gemeinschaftsprivatrecht, Besprechung von EuGH, C-334/00, Urteil vom 17. 9. 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA / Heinrich Wagner Sinto Maschinentechnik GmbH (HWS)*, in: ZEuP 4/2004, 1019-1033
- Urteilsanmerkung zu BGH-Urteil vom 02.06.2004 – VIII ZR 329/03, Vertragsgemäßheit und Beweislast beim Kauf, in: GPR 5/03-04, 271-273
- Urteilsanmerkung zu EuGH-Urteil vom 01.04.2004, C-237/02, Richtlinie 93/13/EWG Art. 3 Abs. 1, Konkretisierung der Generalklausel zur AGB-Kontrolle durch nationale Gerichte, WuB/November 2004 IV F. Art. 3 RL 93/12 EWG
- Urteilsanmerkung zu OLG München, Urteil vom 15. 9. 2004 – 7 U 2959/04, Internationales Kaufrecht, Auslegung, Treu und Glauben, Rücktritt, Marktpreis, in: EWiR 2005, 249-250

- Urteilsanmerkung zu BGH-Urteil vom 30. 6. 2004 – VIII ZR 321/03, UN-Kaufrecht, Gewährleistung, Beweislast: EWIR2005, 345-346
- Besprechung von ClaudiaNaumann, Die Behandlung dinglicher Kreditrisikoverhalten und Eigentumsvorbehalt nach den Artikeln 5 und 7 EulnsVO sowie nach autonomem deutschen Kollisionsrecht, Frankfurt a.M., u.a.: Peter Lang 2004, GPR 2005,150
- Besprechung von RüdigerKrause: Arbeitsrecht, Baden-Baden: Nomos 2005, GPR 2005,202-203

12. Veröffentlichungen aus dem Kreis der wissenschaftlichen Mitarbeiter 2004-2005

Eleftheridou, Evlatia

- Die Haftung aus Verkehrssicherungspflicht im deutschen und griechischen Deliktrecht, Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 63, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2005

Frischl, Andreas

- Hilfeleistungsbreden und *contrat d'assistance*: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum französischen, deutschen, österreichischen und englischen (Recht) Schriften zur Europäischen Rechtswissenschaft, Sellier, München 2005.

Gozzi, Caterina

- Der Anspruch *iure proprio* auf Ersatz des immateriellen Schadens wegen der Tötung eines nahen Angehörigen in Deutschland und Italien. Schriften zum Internationalen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung, Band 24, V&RUnipress, Göttingen 2006
- Schadensersatzansprüche aufgrund Besitzverletzung in Italien, VersRAI 2005, S. 51-57

Herpai, Annamaria

- *Megánjogi magánharmonizációs vállalkozások és a közös jogi kultúra jövője Európában* (Privatrechtsunternehmen im Bereich der Zivilrechtsharmonisierung und die Zukunft der gemeinsamen Rechtskultur in Europa), Magyar Jog, 180-187. old., 2004/3. sz.
- Grundfragen der Reform des ungarischen Deliktrechts, VersRAI 2005, 29-32 und 43-48
- Ujabb jelesek a szüléssel kapcsolatos kártérítési igények körében (Neuere Entwicklungen im Bereich der mit der Geburt eines Kindes zusammenhängenden Schadensersatzansprüchen), Magyar Jog, 691-701. old., 2005/11. sz

Hünert, Matthias

- Rechte des Käufers eines mit Altlasten kontaminierten Grundstückes“, Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 60, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2004
- Recent case law, ERPL 2004, S. 255 - 0, S. 543-580 und S. 811-849

- Recent case law, ERPL 2005, S. 225-263 und S. 553-592
- Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 17.6.2004, C-30/02 *Recheio-Cash & Carry SA gegen Fazenda Publica/Registro Nacional de Pessoas Colectivas, Ministério Público*, GPR 2005, S. 23-26

McGuire, Mary-Rose

- Verfahrenskoordination und Verjährungsunterbrechung im Europäischen Prozessrecht, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht Band 34, (zugl. Diss. Univ. Göttingen 2003), Tübingen 2004
- Europäisches Privatrecht Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004, Stuttgart 2005 (hrsg. gemeinsam mit Andrea Tietze u.a.)
- Anmerkung zu EuGH C-116/02, 9.12.2003 – Erich Gasser GmbH gegen Misat Srl, in: GPR 2003-2004, 159-162
- Die prozessuale Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht: Die Einbindung der Rechtsprechung in die Entwicklung des Referenzrahmens, in: GPR 4/2003-2004, 170-175 (gemeinsam mit Lorenz Kähler)
- Prozessführungsverbot und Rechtsmissbrauch: zugleich Anmerkung zu EuGH Rs C-159/02 – Gregory Paul Turner / Felix Fareed Ismail Grovit and Others, ecollex 11/2004, 916-918
- Die neue Enforcement Directive 2004/48/EG und ihr Verhältnis zum TRIPS-Übereinkommen, ÖBf 6/2004, 232-235
- Beweismittelvorlage und Auskunftsanspruch nach der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums – Über den Umsetzungsbedarf im deutschen und österreichischen Prozessrecht, in: GRUR Int 2005, 15-22
- Internationale Zuständigkeit für „isolierte Gewinnsagen“, zugleich Anmerkung zu EuGH 20.1.2005, Rs C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, ecollex 2005, 489-492
- Forum Shopping und Verweisung: Über die Vermeidung missbräuchlicher Prozessstrategien im Europäischen Prozessrecht, ZFRV 2005, 83-93.

Koolhoven, Rosalie und Rohlfing, Sandra

- verfassten laufend Berichte in der niederländischen Zeitschrift „Kijk op Oost-Nederland“: Veilig verkopen over de grens: het Duitse eigendomsvoorbehoud, (150) 2004, S. 126-127; Een kind kan de was doen, (152) 2004, S. 92-93; Internationale koop en het wettenweb, (153) 2004, S. 110-111; De grensoverschrijdende koopovereenkomst: tekortkoming, ontbinding en ongedaannaking, (154) 2004, S. 106-107; Europa groeit naar een eenheid – ook in het burgerlijke recht, (155) 2005, S. 100-101; Eenmaking privaatrecht van levensbelang voor grensoverschrijdende ondernemer, (156) 2005, S. 106-107; Wat te doen als u het niet eens wordt over de rechskeur?, (157) 2005, S. 116-117; De Societas Europaea: de supranationale vennootschap, (158) 2005, S. 68-69; Kopen op de Internetveiling: twee

- voorbeelden uit de Duitse rechtspraak. (159) 2005, S. 120-121; De onverschuldigde betaling over dubbel betaalde rekeningen. (160) 2005, S. 101-103
- Kausalfäktis- (§ 830 Abs.1 S.2 BGB) und verfahrensrechtliche Probleme bei Massenschäden vor dem Hintergrund neuer Entwicklungen in den Niederlanden, VersRAI 2006, S.8 – 13.

Sandstedt, Johan

- Om avtalrättslig ogiltighet, sakrättsliga anspråk, preskription och hävd (*Über vertragsrechtliche Unwirksamkeit, sachenrechtliche Ansprüche, Verjährung und Erstattung*), Juridisk Tidskrift (JT) 2003-04 S. 376-389
- Entförrning und Angehörigenschmerzensgeld, VersRAI 2004 S. 23-28.
- Neues über die Höhe des Angehörigenschmerzensgeldes in Schweden, VersRAI 2004 S. 28-30
- Der Drittschaden in Schweden, VersRAI 2005 S. 38-43
- Artikel 4 konsumentköpsdirektivet och skandinavisk export - om oväntade och tvångsregressfallor (*Artikel 4 Verbrukargüterkaufrichtlinie und skandinavischer Export – über unerwartete und zwingende Regressfällen*), Tidskrift utgivet av Juridiska föreningen i Finland (JFT) 2005 S. 295-318.

Swann, Stephen

- Das Bereicherungskonzept der Study Group on a European Civil Code (mit Christian v. Bar), in: Festschrift für Egon Lorenz zum 70 Geburtstag (Karlsruhe 2004) S. 43-68
- A Continent of Codes or One Code for a Continent? in: Jurist Review 2004 (2) S. 14-21 (Renmin University of China School of Law) (mit Christian v. Bar; in chinesischer Sprache)
- Conference Report: 'European Contract Law (Europäische Rechtsakademie Trier, 14-15th March 2002) (2002) 10(5) European Review of Private Law 723-733
- The Structure of Liability for Unjustified Enrichment: First Proposals of the Study Group on a European Civil Code in: Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts. Tagung der privatrechtlichen Sektion der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Dresden, September 2003 (Mohr Siebeck, 2005), S. 265-286
- Conceptual Foundations of the Law of Delict as Proposed by the Study Group on a European Civil Code, Indret Working Paper No. 130, 2/2003 (Barcelona, April 2003) http://www.indret.com/pdf/130_en.pdf

13. Weitere Nachrichten aus der Abteilung

Sandra Rohlfing war intensiv an der deutschen Übersetzung der Principles on European Contract Law III (PECL III) beteiligt. Ferner übersetzte sie gemeinsam mit *Frederike Schäfer* und *Schmid-Kessel* die Grundregeln des Europäischen Rechts der Dienstleistungsverträge in die deutsche Sprache.

Johan Sanstedt hat die Aufgabe übernommen, die Master Copy für den Academic Common Frame of Reference aufzubauen und aktuell zu halten.

Stephen Swann hat nicht nur immer wieder die Formulierungen der Artikel praktisch aller Teilprojekte verbessert, sondern dem Institut aus einer Vielzahl von Anlässen uneigennützig seine überragende Sprachkompetenz zur Verfügung gestellt.

Seit August 2005 gehört *Maria dos Santos Silva* aus Oporto/Portugal zum Team, seit Sommer 2006 *Carles Vendrell Cervantes* (Barcelona) und *Padruic McCann* (Dublin). Dr. *Maria Angeles Martin Vida* ist nach Frankfurt gewechselt. *Paul McKane* wird demnächst in seine irische Heimat zurückkehren.

14. Nachrichten von den Ehrenmitgliedern

Jeroen Antonides und seiner Frau Marianne ist am 5. April 2006 eine Tochter (Madeleine, 'Maddy') geboren worden. *Carlos Nóbrega* hat an der Faculdade de Diretos de Patos (Brasilien) die Zuständigkeit für eine Fachzeitschrift und die Erweiterung der Fakultätsbibliothek übernommen. *Holger Giese* übernahm die Leitung des Rechtsbereichs der Postbank. *Lodewijk Gualtherie van Wezel* ist in New York in das Independent Inquiry Committee zur Untersuchung des Korruptionsskandals im Zusammenhang mit dem Iraqi-Oil-for-Food-Programm gewechselt. *Wessel Heukamp* ist bei Freshfield Bruckhaus Deringer in Frankfurt tätig. *Franz Nieper* hat der Institutsbibliothek seine erstklassigen Bestände zum niederländischen Recht geschenkt.

15. Gäste des Instituts

Zu Forschungsaufenthalten im Institut konnten wir vom 1. 7. – 31. 8. 2005 Professor *Hakan Albas* (Izmir), im Februar 2006 Frau Dr. *Monika Jur'ová* und Frau Dr. *Gabriela Mezavosova* (Bratislava), im Frühjahr 2006 Herrn Professor *Mauro Tesaro* (Verona), und im Frühsommer 2006 Dr. *Roman Trzaskowski* (Warschau) begrüßen. Ebenfalls im Frühsommer 2006 war für einige Tage Professor *Pascal Ancel* (St. Etienne) im Institut. Professor *Christian Baldus* (Heidelberg) nahm an unserem Blockseminar in Tecklenburg (SS 2006) teil, auf dem Studenten eindrucksvolle Vorträge hielten.