



Johannes Veigel^{*1}

Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
Universität Konstanz

Die funktionale Methode bei der Rechtsvergleichung

1. Einleitung

Errungenschaften wie der Personenverkehr mit Flugzeugen, das Internet und nicht zuletzt Containerschiffe^{*2}, haben unsere Möglichkeiten in Konsum und Lebensgestaltung in den vergangenen 60 Jahren drastisch verändert. Das weltweite Volumen an Exportwaren war im Jahr 2019 fast zwanzigmal höher als 1960.^{*3} Die Globalisierung schreitet voran, Menschen werden immer internationaler, die Welt wird immer weiter vernetzt.^{*4} Wie kommt dabei die funktionale Methode der Rechtsvergleichung ins Spiel?

Das Recht nur auf nationaler Ebene zu betrachten hilft in vielen Fällen nicht weiter, gerade wenn es um den weltweiten Warenhandel geht. Die Globalisierung hat das Potenzial, dass nationale Grenzen, die beispielsweise durch Rechtssysteme gezogen werden können, an Bedeutung verlieren.^{*5} Die Zusammenarbeit, Integration und Vernetzung von Märkten, Gesellschaften und Staaten auf der ganzen Welt wirken sich auch auf die einzelnen Rechtssysteme aus.

Rechtsvergleichung kann dabei helfen, in dieser sich schnell verändernden Welt die Rechtslandschaft globaler zu betrachten.^{*6} Die funktionale Methode der Rechtsvergleichung gilt dabei als die grundlegende Methode.^{*7} Doch gerade in den letzten 30 Jahren hat sie viel Kritik erfahren (siehe unter 3.) und Rechtswissenschaftler entwickelten modifizierte Ansätze (siehe unter 4.). Ihr Nutzen für die Rechtswissenschaft, sei es für die Rechtsvereinheitlichung, für die Lehre oder als Hilfsmittel für Gesetzgeber, war und bleibt dennoch hoch. Ist die funktionale Methode noch zeitgemäß, die Kritik an ihr berechtigt? Auf diese Fragen soll der Beitrag Antworten geben, indem unterschiedliche Kritikansätze und modifizierte Methoden aufgezeigt werden und im Ausblick eine Einschränkung der Grundannahmen der funktionalen Methode vorgeschlagen wird.

¹ Der Beitrag beruht auf einem Vortrag in Tallinn anlässlich des 7. gemeinsamen Seminars der Universitäten Tartu und Konstanz im November 2017. Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privat- und Verfahrensrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Michael Stürmer, M. Jur. (Oxford) an der Universität Konstanz.

² Johanna Lutteroth, 'Container-Revolution' (*Spiegel*, 12.7.2011) <<https://www.spiegel.de/geschichte/container-revolution-welterfolg-mit-der-wunderkiste-a-947252.html>> zuletzt besucht 21.12.2020.

³ Bundeszentrale für politische Bildung, 'Entwicklung des grenzüberschreitenden Warenhandels' (bpb, 12.10.2020) <<https://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/globalisierung/52543/entwicklung-des-warenhandels>> zuletzt besucht 21.12.2020.

⁴ Mathias Siems, *Comparative Law* (1. Auflage 2014) 5.

⁵ William Twining, *Globalisation and Legal Theory* (1. Auflage 2000) 81.

⁶ Peter De Cruz, *Comparative Law in a Changing World* (3. Auflage 2007) 522.

⁷ Ralf Michaels, 'The Functional Method of Comparative Law' in Reinhard Zimmermann and Mathias Reimann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2. Auflage 2019) 346. – DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198810230.013.11>.

2. Entstehung und Vorgehensweise der funktionalen Methode

Als man in der früheren Rechtsvergleichung noch dazu neigte, Rechtsinstitute miteinander zu vergleichen, stellte sich heraus, dass äußerlich ähnliche Begriffe selten auch die gleiche Bedeutung haben. Diese sprachlichen Ähnlichkeiten nennt Husa das *false-friends-syndrome*.^{*8} Beispielsweise haben der Präsident der USA und der Bundespräsident in Deutschland ganz unterschiedliche Kompetenzen. Somit erfüllt der äußerlich gleiche Begriff „Präsident“ in unterschiedlichen Rechtssystemen unterschiedliche Funktionen.

Auch in Abhängigkeit von sozial-kulturellen Unterschieden kann das gleiche Rechtsinstitut in einem anderen Rechtssystem eine andere Funktion erfüllen.^{*9} Die funktionale Methode gilt als klassische Methode und als Grundprinzip für viele modifizierte Methoden, die aus ihr entstanden sind.^{*10}

Sie setzt den Gedanken voraus, dass Recht eine Funktion hat. Das Recht dient also der rationalen Lösung bestimmter Probleme.^{*11} Der Schwerpunkt der funktionalen Methode liegt wegen ihrer anti-formalen Herangehensweise in der Verbindung zwischen Recht und Gesellschaft.^{*12} Diese Herangehensweise ist bei der interkulturellen Vergleichung unverzichtbar, da die Vergleichbarkeit in zwei Rechtssystemen schwer zu bestimmen ist.^{*13}

2.1. Begründung nach Rabel

Ernst Rabel gilt als Begründer der funktionalen Methode. Der Aufsatz, in dem Rabel die Notwendigkeit der Rechtsvergleichung betont, ist vom beendeten Ersten Weltkrieg geprägt.^{*14} Er schrieb, dass die Deutschen während des Krieges feststellen mussten, dass sie zu wenig über das Ausland und dessen Denkart wussten.^{*15} Auch bei den Juristen bemängelte er die fehlenden Kenntnisse über die Einstellung ausländischer Juristen gegenüber dem Recht, obwohl es bei Verhandlung von Staatsverträgen, Gerichts- und Schiedsgerichtsverhandlungen mit Auslandsbezug gerade auf diese ankommt. Daher forderte Rabel, „deutsche Juristen [sollten] um die juristische Mentalität des Auslands wisse[n]“. ^{*16} Rabel entschied sich dafür, den Fokus seiner vergleichenden Arbeiten nicht auf Rechtsgeschichte oder -philosophie zu setzen, sondern sie an den Interessen und Bedürfnissen der Rechtspraktiker zu orientieren.^{*17} Gerade die Orientierung hin zu praktischen Ergebnissen macht die funktionale Methode in der Rechtsvergleichung so relevant.^{*18} Er fokussierte sich in seinen Arbeiten auf die Funktion der Normen in der Praxis, die er untersuchte und wurde damit in der Rechtsvergleichung zum Pionier.^{*19}

2.2. Definition und Grundannahmen

In der funktionalen Methode lassen sich drei Grundannahmen erkennen, die jedem Rechtsvergleich vorausgesetzt werden.

Die erste Annahme besagt: Recht ist da, um Lösungen für Probleme zu finden. Man sieht Recht als Instrument, menschliches Verhalten zu steuern und Antworten für die sozialen Bedürfnisse und Interessen

⁸ Jaakko Husa, *A new Introduction to Comparative Law* (1. Auflage 2015) 119.

⁹ Max Rheinstein und Reimer v Borries, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (2. Auflage 1987) 32.

¹⁰ Michaels (Fn 7) 346.

¹¹ Uwe Kischel, *Rechtsvergleichung* (§ 3 1. Auflage 2015) Rn. 7.

¹² Giovanni Marini, 'Critical Comparative Contract Law' in Pier Giuseppe Monateri (ed), *Comparative Contract Law* (1. Auflage 2012) 100.

¹³ Walter Joseph Kamba, 'Comparative Law – A theoretical Framework' [1974] *International Comparative Law Quarterly* 485, 517. – DOI: <https://doi.org/10.1093/iclqaj/23.3.485>.

¹⁴ Ernst Rabel, 'Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung' [1924] *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht* 279, 296, 298.

¹⁵ Rabel (Fn 14) 296, 300.

¹⁶ Rabel (Fn 14) 298.

¹⁷ Basil Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom* (1. Auflage 2003) 13.

¹⁸ Oliver Brand, 'Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies' [2007] *Brooklyn Journal of International Law* 405, 409.

¹⁹ Markesinis (Fn 17) 13f.

des Menschen zu geben.^{*20} Recht ist kein von der Gesellschaft losgelöstes Konstrukt, sondern erfüllt eine Funktion für gesellschaftliche oder wirtschaftliche Bedürfnisse.^{*21} Die Funktionen des Rechts überschreiten Rechtssysteme, sind nicht an sie gebunden und somit system-neutral.^{*22}

Unterschiedliche Gesellschaften werden mit zumindest ähnlichen Problemen konfrontiert. Die eigentliche Funktion von Rechtsinstituten ist sozialwissenschaftlicher Natur. Deswegen nimmt man in der funktionalen Rechtsvergleichung an, dass die Probleme, die den Rechtsordnungen gestellt werden, ähnlich wenn nicht sogar identisch sind.^{*23}

Die *praesumptio similitudinis* ist die Vermutung für die Ähnlichkeit praktischer Lösungen.^{*24} Sie besagt, dass gleiche Probleme oder Bedürfnisse im Rechtsverkehr in den entwickelten Rechtsordnungen gleich oder sehr ähnlich gelöst werden.^{*25} Zwar unterscheiden sich die inländischen Rechte in ihren Herangehensweisen an Probleme und ihrer Technik; die durch sie erlangten praktischen Ergebnisse sind jedoch im Allgemeinen ähnlich.^{*26} Diese Annahme kann ein erster Hinweis sein, an welchen Stellen sich in der Herangehensweise an Lösungen fremder Rechtsordnungen Ähnlichkeiten finden lassen.^{*27} Außerdem soll die *praesumptio similitudinis* als Kontrollmittel am Ende des Vergleichs dienen. Wenn der Vergleich am Ende der Untersuchung ähnliche oder gleiche Lösungen gefunden hat, ist dies ein zufriedenstellendes Ergebnis.^{*28} Wenn allerdings starke Unterschiede festgestellt werden, muss der Rechtsvergleicher hinterfragen, ob er den funktionalen Begriff der Rechtsfigur richtig definiert hat und an den richtigen Stellen in den Rechtssystemen und allen anderen Bereichen des sozialen Lebens geprüft hat.^{*29} Die Lösung eines Problems muss nicht zwangsläufig in einer Rechtsnorm ausgedrückt sein. Sie kann auch in einem Brauch oder einer anderen sozialen Praktik liegen.^{*30}

2.3. Vorgehensweise der funktionalen Methode

Zweigert und Kötz bezeichnen die Funktionalität als das methodische Grundprinzip der gesamten Rechtsvergleichung.^{*31} Aus ihr ergeben sich alle weiteren Schritte der Methode. Die funktionale Methode gilt als die klassische Form der heutigen Rechtsvergleichung. Ihr wird von den allermeisten rechtsvergleichenden Untersuchungen gefolgt, wenn auch teils unbewusst.^{*32} Ihre Grundsätze sind oft Maßstab für die Qualität der rechtsvergleichenden Arbeit.^{*33} Doch haben weder Begründer noch Befürworter eine genaue Forschungsstrategie zur funktionalen Methode benannt.^{*34} Es fehlen konkrete Ausführungen von Rabel, wie er zu seinen Ergebnissen gelangt ist.^{*35} Daher finden sich in rechtsvergleichenden Arbeiten selbst meist Anleitungen, wie der Rechtsvergleich durchgeführt werden sollte.^{*36} Zumeist wird nach den folgenden Schritten vorgegangen:

²⁰ Brand (Fn 18) 409.

²¹ Uwe Kischel, 'Vorsicht, Rechtsvergleichung!' [2005] Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 10, 16.

²² Catherine Valcke, 'Reflections on comparative law methodology – getting inside contract law' in Maurice Adams and Jacco Bomhoff (eds), *Practice and Theory in Comparative Law* (1. Auflage 2012) 48. – DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511863301.002>.

²³ Brand (Fn 18) 409.

²⁴ Konrad Zweigert und Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3. Auflage 1996) 39.

²⁵ Richard Hyland, *Gifts* (1. Auflage 2009) Rn. 109. – DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195343366.001.0001>; Michaels (Fn 7) 375.

²⁶ Antonios Emmanuel Platsas, 'The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks' [2008] *Electronic Journal of Comparative Law* 1, 13.

²⁷ Zweigert und Kötz (Fn 24) 3.

²⁸ Zweigert und Kötz (Fn 24) 39.

²⁹ Zweigert und Kötz (Fn 24) 39ff.

³⁰ Jaakko Husa, 'Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?' [2003] *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 419, 423. – DOI: <https://doi.org/10.1628/0033725033631996>.

³¹ Zweigert und Kötz (Fn 24) 33.

³² Kischel (Fn 11) Rn. 3.

³³ Kischel (Fn 11) Rn. 3.

³⁴ Kischel (Fn 11) Rn. 10.

³⁵ Markesinis (Fn 17) 22.

³⁶ Vgl. Léontin-Jean Constantinesco, *Rechtsvergleichung* (Band II 1. Auflage 1972) 137ff.; Kamba (Fn 13) 511.

Vor der eigentlichen Rechtsvergleichung werden Länderberichte erstellt, die die Rechtslage im jeweiligen Land widerspiegeln. Dabei kommt es auch darauf an, die spezifische Systematik des Rechtssystems aufzuzeigen und die Rechtslage wertungsfrei wiederzugeben.^{*37} Es sollen also neutrale Gutachten zu den Rechtslagen erstellt werden.

Im Zentrum jedes Rechtsvergleichs steht das konkrete Sachproblem.^{*38} Die zu vergleichenden Gegenstände sollen zueinander in Bezug gesetzt werden. Die untersuchte Fragestellung ist das *tertium comparationis*, wörtlich das Dritte beim Vergleich.^{*39} Das *tertium comparationis* ist das soziale Problem, mit dem sich der Vergleich beschäftigt. Dieses soziale Problem muss frei von systemeigenen Begriffen sein; die Funktion steht im Vordergrund.^{*40} Ziel ist es, funktionale Entsprechungen in den verglichenen Rechtsordnungen zu finden.^{*41}

Das *tertium comparationis* muss passend formuliert werden. Hierbei soll die Funktion, die ein Rechtsinstitut im jeweiligen Rechtssystem erfüllt, beschrieben werden. Dabei sollen Begriffe, die man aus der heimischen Rechtsordnung kennt, außen vor bleiben. Anstatt beispielsweise allgemein nach den Formvorschriften des ausländischen Rechts bei einem Kaufvertrag zu fragen, stellt man eine konkrete Frage: Wie schützt das ausländische Recht die Parteien vor der Bindung an ein nicht ernstgemeintes Geschäft? Will man Lösungen im ausländischen Recht finden, die dem Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB entsprechen, könnte man fragen: Wie wird in den zu vergleichenden Rechtsordnungen der Interessenkonflikt gelöst, der bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen Vertrags entsteht, wenn die zurückzugehende Leistung nicht mehr beim Vertragspartner ist?^{*42}

Ob eine kritische Wertung am Ende des Vergleichs als notwendiger Teil der rechtsvergleichenden Arbeit anzusehen ist, ist umstritten. Einerseits wird vertreten, dass ohne sie die Ergebnisse des Vergleichs ungenutzt bleiben würden.^{*43} Ob es nach dem Vergleichsprozess zu einer Evaluation der Ergebnisse kommt, hängt nach einer anderen Meinung von der Zielrichtung der vergleichenden Arbeit ab.^{*44} Wenn der Vergleich zum Ziel hat, ein fremdes Recht besser zu verstehen, ist eine kritische Bewertung meist nicht notwendig. Soll die vergleichende Arbeit jedoch der Rechtsfortbildung oder Rechtsvereinheitlichung dienen, kann gerade die Bewertung der bedeutendste Teil des Vergleichs sein.^{*45} Diese darf sich jedoch nicht auf das Rechtssystem an sich beziehen; sie soll die Wirksamkeit einer Herangehensweise an ein rechtliches Problem im Kontext der kulturellen, wirtschaftlichen und politischen Eigenheiten der untersuchten Rechtsordnung bewerten.^{*46}

3. Nutzen der funktionalen Methode

Die funktionale Methode wird in vielen Bereichen der Rechtswissenschaft und der Rechtspraxis genutzt. Sie kann bei Projekten der Rechtsvereinheitlichung helfen und bietet eine Grundlage für das Verständnis für Rechtsvergleichung in der Lehre. Auch im Internationalen Privatrecht findet die funktionale Methode Anwendung, wenn für die Charakterisierung eines ausländischen Rechtsinstituts ein funktionales Äquivalent im eigenen Recht ermittelt werden muss.^{*47}

³⁷ Kischel (Fn 11) Rn. 12.

³⁸ Zweigert und Kötz (Fn 24) 33.

³⁹ Stephan Seiwert, 'Einführung in die Methodik des Rechtsvergleichs' [2016] Juristische Ausbildung 596, 598. – DOI: <https://doi.org/10.1515/jura-2016-0124>.

⁴⁰ Oliver Brand, 'Grundfragen der Rechtsvergleichung – Ein Leitfaden für die Wahlfachprüfung' [2003] 1082, 1086.

⁴¹ Husa (Fn 8) 119.

⁴² Zweigert und Kötz (Fn 24) 33.

⁴³ Zweigert und Kötz (Fn 24) 46f.

⁴⁴ Siems (Fn 4) 22.

⁴⁵ Siems (Fn 4) 22.

⁴⁶ De Cruz (Fn 6) 224.

⁴⁷ Horatia Muir Watt, 'Private International Law' in Jan Smits (ed), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (1. Auflage 2014) 703f.

3.1. Lehre der Rechtswissenschaft

Die funktionale Methode der Rechtsvergleichung bietet Studierenden die Möglichkeit, Lösungen anderer Rechtsordnungen zu verstehen. Die funktionale Methode befindet sich außerhalb der dogmatischen Zwänge,^{*48} die das heimische Recht oft aufweist. Zweigert und Kötz beschreiben diese Notwendigkeit als Befreiung des Juristen von „seinen eigenen juristisch-dogmatischen Vorurteilen“.^{*49} Das trifft auch auf die Lehre zu. Wenn man sich durch die funktionale Rechtsvergleichung von den sogenannten Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung befreit, eröffnet sich dadurch ein neuer Horizont an Lösungsansätzen. Die Erkenntnisse, die durch die Rechtsvergleichung gewonnen werden, sind wichtig, besonders, wenn man sich die internationalen Verflechtungen unseres Rechtssystems vor Augen führt.^{*50} Es ist daher wichtig, dass sowohl Studierende der Rechtswissenschaft als auch Praktiker Lehre erhalten, die den Herausforderungen der heutigen Zeit entsprechen.^{*51} Ausländisches Recht bekommt in den meisten juristischen Berufen, sei es Anwalt oder auch Richter, eine immer größere Bedeutung.^{*52} Daher sind rechtsvergleichende Lehrangebote wichtig, um den Einstieg in ausländische Rechtsgebiete zu ermöglichen beziehungsweise zu vereinfachen.

3.2. Projekte der Rechtsvereinheitlichung

Insbesondere für das Ziel der Rechtsvereinheitlichung kann die funktionale Methode gute Ergebnisse liefern.^{*53} Als Beispiel hierfür soll die Entwicklung des *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG) dienen.

1928 schlug Rabel dem Internationalen Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts in Rom (UNIDROIT) vor, das internationale Warenrecht zu vereinheitlichen.^{*54}

Als Vorlage für das kaufrechtliche Vorhaben des Internationalen Instituts für Vereinheitlichung des Privatrechts in Rom (UNIDROIT) diente Rabels 1936 erstmals veröffentlichte Werk „Das Recht des Warenkaufs“, bei dem es sich um eine rechtsvergleichende Darstellung des Warenkaufrechts handelt.^{*55} Er entwickelte die funktionale Methode auch als Teil des Projektes, eine Lösung für die Vereinheitlichung des internationalen Kaufrechts zu finden.^{*56} Die Arbeit von UNIDROIT, ein materielles Einheitsrecht zu verwirklichen, führte 1964 zu den Haager Kaufgesetzen.^{*57} Rabels Ziel, die Vereinheitlichung des internationalen Kaufrechts, wurde durch die Haager Kaufgesetze weitgehend durchgesetzt.^{*58} Allerdings fanden die Kaufgesetze nur geringen Anklang – sie wurden von nur insgesamt neun Staaten ratifiziert. Die Entstehungsphase war auf Westeuropa fokussiert. Daher fühlten sich sowohl Common-Law-Staaten, als auch sozialistisch geprägte Länder und Entwicklungsländer durch die Haager Kaufgesetze nicht repräsentiert.^{*59}

1966 wurde mit UNCITRAL eine weitere UN-Kommission gegründet, die mit der Überarbeitung der Haager Kaufgesetze beauftragt war. Damit sollte die Attraktivität und Akzeptanz für ein Kaufgesetz für Staaten unterschiedlicher Rechts- und Wirtschaftssysteme erhöht werden.^{*60} Im April 1980 wurde in Wien das UN-Kaufrecht in Wien verabschiedet.^{*61} Inhaltlich baut das CISG auf dem Haager Kaufrechtsüberein-

⁴⁸ Siems (Fn 4) 5.

⁴⁹ Zweigert und Kötz (Fn 24) 34.

⁵⁰ Bernhard Grossfeld, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung* (1984) 15.

⁵¹ Esin Örüçü, *The Enigma of Comparative Law* (1. Auflage 2004) 65. – DOI: <https://doi.org/10.1007/978-94-017-5596-2>.

⁵² Örüçü (Fn 51) 65.

⁵³ Kischel (Fn 11) Rn. 20.

⁵⁴ Kurt Siehr, 'Präambel' in Heinrich Honsell und Christoph Brunner (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (2. Auflage 2010) Rn. 1.

⁵⁵ Ernst Rabel, *Das Recht des Warenkaufs* (Band 1 1. Auflage 1964) Vorwort.

⁵⁶ David Gerber, 'System Dynamics – Toward a Language of Comparative Law' [1998] *American Journal of Comparative Law* 717, 721.

⁵⁷ Ulrich Schroeter, 'Gegenwart und Zukunft des Einheitskaufrechts' [2017] *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 32, 36. – DOI: <https://doi.org/10.1628/003372516x14817241954953>.

⁵⁸ Hannes Rösler, '70 Jahre Recht des Warenkaufs von Ernst Rabel' [2006] *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 793, 801. – DOI: <https://doi.org/10.1628/003372506778825250>.

⁵⁹ Schroeter (Fn 57) 36f.

⁶⁰ UNCITRAL, *Yearbook* (Volume I 1968) 78f., 99f.

⁶¹ Schroeter (Fn 57) 38.

kommen von 1964 auf.^{*62} Diesmal waren aber in den vorbereitenden Arbeitsgruppen für das CISG Staaten aus allen Teilen der Welt vertreten.^{*63} Dies führte dann auch zu der viel höheren Akzeptanz im Gegensatz zu den Haager Kaufgesetzen. Es gilt mit den heutigen 94 Vertragsstaaten^{*64} zu den erfolgreichsten Übereinkommen des Einheitsprivatrechts.^{*65} Für den Erfolg, den das Einheitskaufrecht durch das CISG erfahren hat, hat Rabels Werk „Das Recht des Warenkaufs“ die entscheidende Grundlage geboten.^{*66}

Das BGB wurde im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2002 auch durch rechtsvergleichende Mittel reformiert.^{*67} Durch das CISG beeinflusste Rabel auch mittelbar das BGB, besonders stark bei § 280 BGB, dem neuen zentralen Pflichtverletzungstatbestand des BGB seit der Schuldrechtsreform 2001.^{*68} Dieser lehnt sich an das einheitliche Konzept der Vertragsverletzung aus dem CISG an.^{*69} In der amtlichen Begründung zur Schuldrechtsmodernisierung betonen die Verfasser auch den Beitrag Rabels zum neuen Unmöglichkeitrecht.^{*70} Die funktionale Methode diene also nicht nur diesen Projekten der Rechtsvereinheitlichung, sondern, mittelbar durch die Vorarbeit Rabels, auch der Reform des BGB.

4. Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung

Die Kritik an der funktionalen Methode ist vielseitig und umfangreich. Einige Kritikpunkte setzen direkt an den Grundannahmen der funktionalen Methode an;^{*71} andere an ihren Zielen und ihrer Wirkung.

4.1. Die Grundannahmen in der Kritik

Wenn man die Annahme, dass Rechtsnormen nur der Funktion der Lösung von Problemen folgen, als gegeben sieht, wird das Recht ausschließlich auf die Funktion reduziert, die in jeder Gesellschaft sehr ähnlich ist. Hierdurch schaut man leichtfertig über kulturelle und symbolische Dimensionen des Rechts hinweg.^{*72}

Nicht alle Normen sind funktional mit einem sozialen Zweck verbunden. Sie laufen manchmal jedem erkennbaren Nutzen zuwider.^{*73} Manche Normen verfolgen den sozialen Zweck auch nicht vordergründig: Beispielsweise wurde im Jahr 2000 in sehr kurzer Zeit ein Gesetz über den Umgang mit gefährlichen Hunden erlassen. Im Vordergrund dieses Gesetzes stand nicht der soziale Zweck; es ging dem deutschen Gesetzgeber mehr darum, zu zeigen, etwas gegen das Problem zu unternehmen, statt es auch wirklich zu lösen.^{*74} Dies würde zu Problemen führen, wenn man die funktionale Vergleichsfrage stellt, wie Rechtssystem X und das deutsche Rechtssystem mit gefährlichen Hunden umgehen.

Nicht alle Normen verfolgen nur eine einzige Funktion. Eine Rechtsnorm kann auch eine Mehrzahl an verschiedenen Funktionen erfüllen. Es kommt dann darauf an, für oder gegen wen die Rechtsnorm ihre Funktion erfüllt.^{*75}

Gerade die zweite Annahme schränkt die Praktikabilität der funktionalen Methode ein.^{*76} Sie geht davon aus, dass die Probleme in den Gesellschaften verschiedener Rechtssysteme zumindest ähnlich sind. Die Vermutung, dass alle Gesellschaften den gleichen Problemen begegnen, ist nach Michaels ein Hinweis darauf, dass der starke Glauben an die funktionale Grundannahme Beweis tief verbindender Werte

⁶² Rösler (Fn 58) 801.

⁶³ Schroeter (Fn 57) 37.

⁶⁴ United Nations, 'Status: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' <https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status> zuletzt besucht 21.12.2020.

⁶⁵ Schroeter (Fn 57) 38.

⁶⁶ Rösler (Fn 58) 802.

⁶⁷ Rösler (Fn 58) 805.

⁶⁸ Rösler (Fn 58) 804.

⁶⁹ Siehe Art. 45, 61 CISG.

⁷⁰ *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, Drucksache des Deutschen Bundestages 14/6040 vom 14.05.2001, S. 127.

⁷¹ Brand (Fn 18) 415.

⁷² Husa (Fn 8) 125.

⁷³ Brand (Fn 18) 416.

⁷⁴ Rudolf Wassermann, 'Gesetzgebungsethik?' [2000] *Neue Juristische Wochenschrift* 2560, 2651.

⁷⁵ Brand (Fn 18) 416; Kischel (Fn 11) Rn. 7.

⁷⁶ De Cruz (Fn 6) 230ff.

zwischen Gesellschaften ist.^{*77} Die funktionale Methode funktioniert, wenn unterschiedliche Rechtssysteme tatsächlich mit gleichen Problemen konfrontiert sind. Allerdings kann man nicht davon ausgehen, dass sie dies auch immer tun.^{*78} Beispielsweise haben Gesellschaften verschiedene Auffassungen über den Ehebruch und behandeln diesen unterschiedlich.^{*79}

Die *praesumptio similitudinis*, also die Vermutung, dass Probleme ähnlich gelöst werden^{*80}, kann bei einem Vergleich zwischen ähnlichen Kulturen gut funktionieren.^{*81} Sie kann aber auch in Konflikt mit kulturellen, historischen und auch politischen Eigenheiten von Rechtssystemen geraten.^{*82} Dies wird insbesondere bei funktionalen Vergleichen zwischen einer kapitalistischen und sozialistischen Gesellschaft vermutet.^{*83} Die Gründung der Vereinten Nationen nach dem Zweiten Weltkrieg führte dann aber unter anderem auch zu internationalen Konventionen, die einheitliches Recht schaffen sollten. Diese wurden von Ländern mit verschiedenen Wirtschaftssystemen unterzeichnet. Dies ist ein Indiz dafür, dass man die sehr unterschiedlichen Systeme doch für vergleichbar hielt.^{*84} Mittlerweile nimmt man die Vergleichbarkeit der Normen und Rechtsordnungen zweier Länder unterschiedlicher Wirtschaftssysteme an.^{*85}

Trotzdem fällt auf: Wenn man zwei Rechtssysteme vergleicht, deren Kulturen weit voneinander entfernt sind, wird man feststellen, dass manche Probleme anders gelöst werden. Stellt der Vergleich Unterschiede fest, muss nach der *praesumptio similitudinis* das Ergebnis des Vergleichs überprüft werden.^{*86} Die funktionale Methode an sich ist jedoch gleichsam anwendbar auf Vergleiche, die Ähnlichkeiten, und solche, die Unterschiede feststellen. Ob das Ergebnis zu Unterschieden oder Ähnlichkeiten führt, kann der Vergleichler zu Beginn nicht entscheiden.^{*87} Sobald ein Rechtssystem einem Problem eine andere Rolle zumisst, sind diese nicht mehr ähnlich.^{*88}

Bei Anwendung der funktionalen Methode läuft man Gefahr, den Mehrwert eines rechtlichen Instituts eines Rechtssystems falsch zu interpretieren oder, noch gravierender, den Zweck zu übersehen.^{*89} Doch solange rechtliche als auch nicht-rechtliche Institute in ihrem jeweiligen Rechtssystem eine ähnliche Funktion erfüllen, sind sie miteinander vergleichbar, auch wenn sie von einer unterschiedlichen Doktrin geleitet werden.^{*90}

4.2. Kritik an den Hintergründen und Zielen

„Versuchen Sie zu vergessen, jemals Jura studiert zu haben. Gehen Sie niemals ein Problem an, wie Sie es zuhause angehen würden. Es wäre gut möglich, dass Sie verloren gehen.“^{*91} Diesen Hinweis gab Rhein-stein ausländischen Studierenden an der Universität Chicago. Er macht damit auch auf eine Schwäche der funktionalen Methode aufmerksam. Ein Jurist, der in einem Rechtssystem ausgebildet wird, betrachtet Lösungen in anderen Rechtssystemen voreingenommen.^{*92} Wenn man versucht, die Ideen zu verstehen, die hinter einem fremden Rechtssystem liegen, braucht es mehr als nur Literatur über das fremde Rechtssystem. Es bedarf eines Juristen, der in dem fremden Rechtssystem studiert hat und ausgebildet wurde.^{*93}

⁷⁷ Michaels (Fn 7) 365.

⁷⁸ James Gordley, 'The Functional Method' in Pier Giuseppe Monateri (ed), *Methods of Comparative Law* (1. Auflage 2012) 119. – DOI: <https://doi.org/10.4337/9781781005118.00012>.

⁷⁹ De Cruz (Fn 6) 238.

⁸⁰ Zweigert und Kötz (Fn 24) 39.

⁸¹ Brand (Fn 18) 418.

⁸² Rodolfo Sacco und Jacob Joussen, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (1. Kapitel 2. Auflage 2011) Rn. 24. – DOI: <https://doi.org/10.5771/9783845259765>.

⁸³ De Cruz (Fn 6) 246.

⁸⁴ Sacco und Joussen (Fn 82) Rn. 25.

⁸⁵ Sacco und Joussen (Fn 82) Rn. 26.

⁸⁶ Kischel (Fn 11) Rn. 15.

⁸⁷ Husa (Fn 8) 123.

⁸⁸ Brand (Fn 18) 417.

⁸⁹ Brand (Fn 18) 417.

⁹⁰ Michaels (Fn 7) 347.

⁹¹ Max Rheinstein, 'Comparative Law – Its Functions, Methods and Usages' [1968] *Arkansas Law Review* 415 421.

⁹² So schon Josef Kohler, 'Über die Methode der Rechtsvergleichung' [1901] *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart* 273, 274.

⁹³ William Ewald, 'The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to "Rats"' [1998] *American Journal of Comparative Law* 701, 703f. – DOI: <https://doi.org/10.2307/840987>.

Der Blick von außen muss aber nicht zwangsläufig nachteilig sein. Wenn es darum geht, versteckte, gewohnheitsrechtliche Annahmen eines fremden Rechtssystems zu entdecken, kann der Blick eines dem System fremden Juristen hilfreich sein.^{*94} Die Maxime, die Rheinsteine einst seinen Studierenden vermittelte, ist schwer zu erreichen. Man wird jederzeit von dem Recht geprägt sein, das man zuerst umfassend studiert hat.

Alan Watson stellt mit seinem Ansatz der *legal transplants*^{*95} in Frage, dass Recht der Lösung von Problemen diene.^{*96} Er definiert *legal transplants* als Verschiebung einer Rechtsregel oder eines Rechtssystems von einem Land zu einem anderen oder von einem Volk zu einem anderen.^{*97} Das Entleihen fremder Rechtsinstitute und deren Anpassung sei die übliche Art, wie sich Recht entwickelt.^{*98} Recht existiert deshalb nach Watson zu einem Großteil losgelöst von der Gesellschaft und der gesellschaftlichen Entwicklung. Es sei auch nicht funktional an die Lebensumstände einer bestehenden Gesellschaft gebunden.^{*99} Watson betont die Wichtigkeit der Rechtsgeschichte hinter den Rechtsnormen. In der Rechtsvergleichung solle man die historische Beziehung zwischen Rechtssystemen beachten. Daraus folgt, dass zwischen Rechtssystemen, die historisch keine Beziehung zueinander haben, keine Rechtsvergleichung stattfinden kann.^{*100} Damit widerspricht Watson einer Annahme der funktionalen Methode. Funktionen von Rechtsnormen können nach ihm nicht unabhängig von den Rechtssystemen miteinander verglichen werden. Diese Ansicht wurde insbesondere von Legrand kritisiert.^{*101} Nach ihm müsste man, um *legal transplants* anzunehmen, Rechtsnormen als autonome Einheit ohne historischen oder kulturellen Einfluss sehen.^{*102} Die Funktion einer Rechtsnorm hängt jedoch von den Annahmen desjenigen ab, der sie interpretiert. Diese sind wiederum kulturell und historisch bedingt.^{*103} Recht lässt sich ohne den geschichtlichen, politischen, und sozial-ökonomischen Kontext nicht verstehen.^{*104}

5. Modifizierte Ansätze der funktionalen Methode

Aus der vielseitigen Kritik an der funktionalen Methode wurden verschiedene modifizierte Ansätze der funktionalen Methode entwickelt, die im Folgenden erläutert werden.

5.1. Strukturelle Vergleichung

In der strukturellen Vergleichung wird in den zu vergleichenden Rechtsordnungen nach ähnlichen strukturellen Elementen gesucht. Nachdem diese gefunden sind, wird der rechtssoziologische Zweck der Strukturen in den Rechtssystemen geprüft.^{*105} Die strukturelle Rechtsvergleichung kann man daher als spezielle Anwendung der funktionalen Methode betrachten.^{*106}

Hyland schreibt in seinem rechtsvergleichenden Werk *Gifts* über das Phänomen des Schenkens in verschiedenen Rechtssystemen.^{*107} Er sieht im funktionalen Vergleich und dem Recht über die Schenkung eine besondere Schwierigkeit. Beim Schenkungsrecht steht zuerst die Frage, welchen Zweck das Schenken

⁹⁴ Brand (Fn 18) 414.

⁹⁵ Alan Watson, *Legal Transplants* (2. Auflage 1993) 21.

⁹⁶ Sarah Piek, 'Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung' [2013] *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 60, 66.

⁹⁷ Watson (Fn 95) 21.

⁹⁸ Watson (Fn 95) 7.

⁹⁹ Michele Graziadei, 'The functionalist heritage' in Pierre Legrand and Roderick Munday (eds), *Comparative Legal Studies* (2003) 121. – DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511522260.005>.

¹⁰⁰ Watson (Fn 95) 7.

¹⁰¹ Gudula Deipenbrock, 'Legal Transplants? – Rechtsvergleichende Grundüberlegungen zum technischen Rechtstransfer' [2008] *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 343, 349.

¹⁰² Pierre Legrand, 'The Impossibility of "Legal Transplants"' [1997] *Maastricht Journal for European and Comparative Law* 111, 114. – DOI: <https://doi.org/10.1177/1023263x9700400202>.

¹⁰³ Legrand (Fn 102) 114.

¹⁰⁴ Örüciü (Fn 51) 47.

¹⁰⁵ Husa (Fn 8) 127.

¹⁰⁶ Husa (Fn 8) 128.

¹⁰⁷ Hyland (Fn 25).

an sich verfolgt, bevor man untersuchen kann, welche Normen die Schenkung am ehesten regulieren.^{*108} Der sozial-kulturelle Zweck des Geschenks, also Symbol, Zuneigung oder sozialer Druck, muss geklärt werden, bevor man überhaupt zu den Funktionen der Rechtsnormen kommt.

Obwohl Hyland der funktionalen Methode kritisch gegenübersteht, wendet er dennoch eine modifizierte Art der funktionalen Methode an.^{*109} Er verbindet die klassische funktionale Denkweise mit der neueren, anthropologischen Rechtsvergleichung. Daher wird die strukturelle Vergleichung auch als funktionale Methode des 21. Jahrhunderts beschrieben.^{*110}

5.2. Saccos dynamischer Ansatz

Der dynamische Ansatz, der von Rodolfo Sacco begründet wurde^{*111}, liegt zwischen der funktionalen und strukturellen Rechtsvergleichung.^{*112} Sacco führte die Theorie der rechtlichen Formanten (*legal formants*) ein, die verschiedene Elemente des „lebendigen Rechts“ beinhaltet, zum Beispiel gesetzliche Regelungen, wissenschaftliche Kommentare und Lehren sowie Gerichtsentscheidungen.^{*113} Um nach Sacco Ähnlichkeiten und Unterschiede in Rechtssystemen herauszufinden, muss neben der Gesetzgebung insbesondere auch die Rechtsprechung herangezogen werden.^{*114} Denn: Rechtsnormen zweier Länder können zwar ähnlich oder gleich sein, Gerichte verschiedener Länder können aber auf Basis der Rechtsnormen anders entscheiden. Rechtliche Formanten sind rechtliche Vorschläge, die einen Effekt auf die Lösung eines rechtlichen Problems haben.^{*115} Saccos Kernthese ist die Vielfalt statt der Einheit der rechtlichen Regeln einer Rechtsordnung.^{*116} Der dynamische Ansatz zeigt die Vielschichtigkeit des Vorgangs der Rechtsfindung auf, die Rechtsvergleichende beachten müssen.^{*117}

5.3. Constantinesco: Das 3-Phasen-Modell

Die Methode von Constantinesco beschränkt sich auf die Form der Untersuchung einzelner Rechtsprobleme.^{*118} Der Vergleichsvorgang unterteilt sich nach ihm auf drei Phasen: Feststellen, Verstehen und Vergleichen.^{*119} In der ersten Phase soll festgestellt werden, wie die zu vergleichenden Rechtsordnungen das untersuchte Rechtsinstitut behandeln.^{*120} Im zweiten Schritt der Methode Constantinescos soll das zu vergleichende Element in die betreffende Rechtsordnung eingegliedert werden.^{*121} Dafür muss der Rechtsvergleicher sowohl die grundlegenden Elemente der Rechtsordnung kennen als auch die außerrechtlichen, namentlich wirtschaftlichen, sozialen und politischen Aspekte.^{*122} In der dritten Phase sollen dann alle Elemente der betrachteten Rechtsinstitute miteinander verglichen werden. Dabei sollen zunächst die Unterschiede und Ähnlichkeiten bestimmt werden, um festzustellen, welche Beziehung die verglichenen Elemente zueinander aufweisen.^{*123}

Für Constantinesco bedeutet das von ihm beschriebene Vorgehen der funktionalen Methode eine Vermischung der Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung. Erstens kann der außerrechtliche Faktor nicht nur

¹⁰⁸ Hyland (Fn 25) Rn. 136.

¹⁰⁹ Husa (Fn 8) 125.

¹¹⁰ Husa (Fn 8) 125.

¹¹¹ Rodolfo Sacco, 'Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law' [1991] *American Journal of Comparative Law* 1-34 und 343-401. – DOI: <https://doi.org/10.2307/840669>.

¹¹² Husa (Fn 8) 132.

¹¹³ Günter Frankenberg, 'How to do Projects with Comparative Law: Notes of an Expedition to the Common Core' in Pier Giuseppe Monateri (ed), *Methods of Comparative Law* (1. Auflage 2012) 126. – DOI: <https://doi.org/10.4337/9781781005118.00013>.

¹¹⁴ Sacco (Fn 111) 23.

¹¹⁵ Husa (Fn 8) 132.

¹¹⁶ Kischel (Fn 11) Rn. 42.

¹¹⁷ Kischel (Fn 11) Rn. 48.

¹¹⁸ Uwe Kischel, *Rechtsvergleichung* (§ 1 1. Auflage 2015) Rn. 32.

¹¹⁹ Constantinesco (Fn 36) 137.

¹²⁰ Constantinesco (Fn 36) 141f.

¹²¹ Kischel (Fn 118) Rn. 34.

¹²² Constantinesco (Fn 36) 232.

¹²³ Kischel (Fn 11) Rn. 35.

sozialer Natur, sondern auch politisch, moralisch oder ideologisch sein. Zweitens beschäftigt sich Rechtsvergleichung mit der Normativität des Rechts und muss daher vom Rechtssatz oder vom rechtlichen Problem ausgehen.^{*124}

5.4. Kontextuelle Rechtsvergleichung

Kischel hält eine universell anwendbare rechtsvergleichende Methode für realitätsfern. Alle besonderen Leistungen bekannter Rechtsvergleicher seien auch durch neue Ideen, die die Methode betreffen, entstanden. Er befürwortet den grundsätzlichen Gedanken der funktionalen Methode. Um den Diskussionen über die funktionale Methode und ihren Assoziationen zu entgehen, könnte es laut Kischel sinnvoll sein, den Begriff des Funktionalen abzulegen, ihren Kerngedanken aber beizubehalten.^{*125} Auch bei der funktionalen Methode muss neben der rechtlichen auch die außerrechtliche Ebene beachtet werden, um den Kontext des Sachproblems zu erkennen. Daher schlägt er den Begriff der kontextuellen Rechtsvergleichung vor.^{*126} Diese soll die Grundannahmen und Grenzen der funktionalen Methode bestehen lassen, sich aber auf keine Art von Fragestellung beschränken. Ein immer einzuhaltendes Modell lässt sich laut Kischel aufgrund der vielschichtigen, komplexen Realität nicht bereitstellen.^{*127} Jede einzelne Fragestellung bedarf einer wiederkehrenden, neuen Analyse und den Einbezug aller relevanten Gesichtspunkte des Kontextes.^{*128}

6. Ausblick

Die funktionale Methode besteht mittlerweile in sehr vielen verschiedenen Versionen.^{*129} Husa sieht die funktionale Methode nicht als einzige Vergleichsmethode.^{*130} Auch nach Hyland kann keine universelle Methode für jeden Rechtsvergleich zufriedenstellend angewandt werden. Für jeden Vergleich muss eine neue oder modifizierte Methode entwickelt werden.^{*131} Die funktionale Methode liefert weiterhin gute Ideen und trägt zur Rechtsvereinheitlichung bei. Diese ist mit dem *Common Frame of Reference* auf EU-Ebene und auch dem CISG schon zumindest ein Stück vorangeschritten, wobei man von einer weltweiten Rechtsvereinheitlichung des Privatrechts noch weit entfernt ist.^{*132} Auch die vom jeweiligen System befreiten Begriffe sind bedeutsam: Sie fördern die Verständlichkeit und Kommunikation zwischen vergleichenden Rechtswissenschaftlern. Seit Begründung der funktionalen Methode sind schon knapp 100 Jahre vergangen. In dieser Zeit ist der internationale Austausch in vielen Bereichen um ein Vielfaches gewachsen. Flugreisen sind erschwinglich geworden und machen es nicht nur privilegierten Menschen möglich, weit entfernte Länder zu bereisen. Damit steigt auch der rechtswissenschaftliche Austausch an. Austauschprogramme wie Erasmus+ ermöglichen Studierenden der Rechtswissenschaft Einblicke in neue Rechtssysteme. Auch werden Lehrveranstaltungen zur Rechtsvergleichung angeboten. Die veränderten Rahmenbedingungen haben auch die Rahmenbedingungen für die funktionale Methode geändert. Sie ist nicht überholt, sollte aber möglicherweise für jede rechtsvergleichende Arbeit neu bestimmt werden.

Man könnte die Grundannahmen der funktionalen Methode folgendermaßen einschränken:

- Recht dient in den meisten Fällen zur Lösung von Problemen.
- Verschiedene Gesellschaften sehen sich sehr häufig den gleichen Problemen ausgesetzt.
- Gesellschaften kommen häufig zu ähnlichen Lösungen.

Mit diesen drei modifizierten Grundannahmen kann die Methode jeder rechtsvergleichenden Fragestellung individuell angepasst werden. Damit soll der Kontext, in dem die rechtsvergleichende Fragestellung steht, hervorgehoben werden, so wie es auch Kischel vorschlägt.^{*133}

¹²⁴ Constantinesco (Fn 36) 265.

¹²⁵ Kischel (Fn 11) Rn. 199.

¹²⁶ Kischel (Fn 11) Rn. 200.

¹²⁷ Kischel (Fn 11) Rn. 200.

¹²⁸ Kischel (Fn 11) Rn. 201.

¹²⁹ Michaels (Fn 7) S. 348–368.

¹³⁰ Husa (Fn 8) 124f.

¹³¹ Hyland (Fn 25) Rn. 113.

¹³² Kischel (Fn 118) Rn. 42.

¹³³ Kischel (Fn 11) Rn. 201.