

Gábor Hamza

WEGE DER ENTWICKLUNG DES PRIVATRECHTS IN EUROPA

STUDIA HUNGARICA

Auf dem Titelblatt des Buches ist das Bild „Europa Regina“ zu sehen.
Dieses Bild ist in dem im Jahre 1544 in Basel publizierten Werk
„Cosmographia universalis“ von Sebastian Münster zu finden.

www.schenkbuchverlag.de

Gábor Hamza

WEGE
DER ENTWICKLUNG
DES PRIVATRECHTS
IN EUROPA

Römischrechtliche Grundlagen der Privatrechtsentwicklung
in den deutschsprachigen Ländern und ihre Ausstrahlung
auf Mittel- und Osteuropa



SCHENK VERLAG ❖ Passau

Das Werk wurde
in sprachlicher Hinsicht
gemeinsam mit
Dr. Csongor Buzády verfaßt.

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliographie;
detaillierte bibliographische Daten sind im Internet
über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-939337-14-0

© Schenk Verlag GmbH, Passau, 2007

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Hungary

INHALTSVERZEICHNIS

| | |
|---|-----------|
| Vorwort | 9 |
| Einführung: Harmonisierung des Privatrechts und die römischrechtlichen Traditionen in Europa | 13 |

I. TEIL

DIE ANFÄNGE DES EUROPÄISCHEN PRIVATRECHTS

| | |
|---|-----------|
| 1. Das römische Recht nach der Auflösung des Weströmischen Reiches | 26 |
| 2. Die Kodifikation des römischen Rechts im Römischen (Byzantinischen) Reich zur Zeit Justinians | 30 |
| <i>a) Der Verlauf der Kodifikation (Kompilation) von Justinian</i> | <i>31</i> |
| <i>b) Die klassische Jurisprudenz und die justinianische Kodifikation (Kompilation)</i> | <i>33</i> |
| <i>c) Das Corpus Iuris Civilis</i> | <i>33</i> |

II. TEIL

DIE FRÜHEN PHASEN DES EUROPÄISCHEN (PRIVAT-)RECHTS BIS ZUR KODIFIKATION DES KANONISCHEN RECHTS

| | |
|--|-----------|
| 1. Einführung | 35 |
| 2. Das europäische ius commune | 37 |
| 3. Das kanonische Recht und die Kodifikation des kanonischen Rechts im 20. Jahrhundert | 38 |
| 4. Die Rechtsentwicklung des Römischen (Byzantinischen) Reiches nach der justinianischen Kodifikation (Kompilation) | 42 |
| 5. Das Wiederaufblühen (Rezeption) des römischen Rechts in Italien | 45 |

III. TEIL

DAS HEILIGE RÖMISCHE REICH

| | |
|---|-----------|
| 1. Ideengeschichtliche und historische Grundlagen | 51 |
| 2. Die deutschen Territorien (Länder) | 53 |
| 3. Die österreichischen Erbländer | 55 |
| <i>a) Die Anfänge der Rechtsentwicklung</i> | <i>56</i> |
| <i>b) Die Versuche der Vereinheitlichung des Privatrechts</i> | <i>58</i> |

| | |
|-----------------------------|-----------|
| 4. Niederlande | 61 |
| 5. Schweiz | 62 |
| 6. Böhmen und Mähren | 64 |

IV. TEIL DEUTSCHLAND

| | |
|--|-----------|
| 1. Die Entwicklung der (Privat-)Rechtswissenschaft | 68 |
| <i>a) Die Hauptströmungen der (privat-)rechtlichen Denkweise</i> | 68 |
| <i>b) Der Usus modernus pandectarum</i> | 69 |
| <i>c) Die Naturrechtsschule</i> | 70 |
| <i>d) Die Entwicklung der Historischen Rechtsschule und der Pandektistik</i> | 71 |
| <i>e) Die Herausbildung des Pandektensystems</i> | 77 |
| 2. Die Kodifikation des Privatrechts in Deutschland | 79 |
| <i>a) Der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis</i> | 80 |
| <i>b) Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten</i> | 81 |
| <i>c) Der Einfluß des französischen Code civil (Rheinisches Recht)</i> | 83 |
| <i>d) Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen</i> | 85 |
| <i>e) Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)</i> | 86 |

V. TEIL DIE ÖSTERREICHISCHEN ERBLÄNDER (ÖSTERREICH)

| | |
|---|-----------|
| 1. Die Entstehung des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) | 92 |
| 2. Die Charakterzüge des ABGB | 94 |
| 3. Der Einfluß der Historischen Rechtsschule auf die österreichische Privatrechtswissenschaft und auf die Auslegung des ABGB | 95 |
| 4. Die Reform des ABGB im 20. Jahrhundert | 97 |
| 5. Anhang: Liechtenstein | 99 |

VI. TEIL SCHWEIZ

| | |
|---|------------|
| 1. Die schweizerische Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert | 102 |
| 2. Die Kodifikation des Privatrechts im 19. und 20. Jahrhundert | 105 |
| <i>a) Die verfassungsrechtliche Grundlage der Privatrechtsvereinheitlichung</i> | 105 |
| <i>b) Die Periode der Privatrechtsgesetzgebung auf kantonaler Ebene</i> | 106 |
| <i>c) Das schweizerische Obligationenrecht (OR)</i> | 108 |
| <i>d) Das schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB)</i> | 109 |
| <i>e) Der Fortgang der Revision des schweizerischen Obligationenrechts</i> | 110 |

VII. TEIL
DIE PRIVATRECHTSENTWICKLUNG
IN MITTEL-, SÜD- UND OSTEUROPA.
DIE AUSSTRAHLUNG DER DEUTSCHEN, ÖSTERREICHISCHEN
UND SCHWEIZERISCHEN PRIVATRECHTSWISSENSCHAFT
UND PRIVATRECHTLICHEN KODIFIKATION

| | |
|--|------------|
| 1. Ungarn | 113 |
| <i>a) Das römische Recht und das ungarische Gewohnheitsrecht im Mittelalter</i> | <i>115</i> |
| <i>b) István Werbőczy und das Tripartitum (1514)</i> | <i>121</i> |
| <i>c) Das Privatrecht und das römische Recht im Zeitraum von 1514 bis zum 19. Jahrhundert</i> | <i>126</i> |
| <i>d) Das römische Recht und die Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert</i> | <i>128</i> |
| <i>e) Die Bedeutung des Gewohnheitsrechts für die Rezeption des römischen Rechts</i> | <i>129</i> |
| <i>f) Das römische Recht und die privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen</i> | <i>131</i> |
| <i>g) Das ungarische Zivilgesetzbuch vom Jahre 1959 und seine Reformen</i> | <i>138</i> |
| <i>h) Die wissenschaftliche Pflege des römischen Rechts</i> | <i>143</i> |
| 2. Polen und Litauen im Mittelalter | 147 |
| 3. Polen | 149 |
| 4. Tschechoslowakei | 152 |
| 5. Tschechien | 157 |
| 6. Slowakei | 158 |
| 7. Die Charakterzüge der Rechtsentwicklung der Staaten auf der Balkanhalbinsel und der Donaufürstentümer (Walachei und Moldawien) in historischer Sicht | 159 |
| 8. Griechenland | 160 |
| 9. Bulgarien | 162 |
| 10. Serbien | 165 |
| 11. Montenegro | 167 |
| 12. Die Donaufürstentümer (Walachei und Moldawien) | 169 |
| 13. Rumänien | 172 |
| 14. Jugoslawien | 174 |
| 15. Jugoslawien nach 1991 (Serbien und Montenegro) | 177 |
| 16. Slowenien | 178 |
| 17. Kroatien | 180 |
| 18. Bosnien-Herzegowina | 182 |

| | |
|---|------------|
| 19. Mazedonien | 184 |
| 20. Albanien | 185 |
| 21. Türkei | 187 |
| 22. Zypern | 194 |
| 23. Die russischen Fürstentümer (Rußland bis 1918) | 196 |
| 24. Sowjetunion | 202 |
| 25. Rußland nach 1991 | 206 |
| 26. Ukraine | 210 |
| 27. Moldau (Bessarabien) | 212 |
| 28. Belarus (Weißrußland) | 214 |
| 29. Das Baltikum bis 1918 | 216 |
| 30. Estland | 219 |
| 31. Lettland | 222 |
| 32. Litauen | 224 |
| 33. Georgien | 226 |
| 34. Armenien | 229 |
| 35. Aserbaidshan | 231 |
| | |
| Abkürzungsverzeichnis | 233 |
| Verzeichnis der allgemeinen Literatur | 237 |
| Quellen-, Namen-, Titel- und Sachregister | 251 |
| Table of Contents | |

Vorwort

Die Schaffung eines Gesamteuropäischen Privatrechts, des *ius commune (privatum) Europaeum*, stellt für die nächsten Jahrzehnte eine der wichtigsten Herausforderungen für das zusammenwachsende Europa dar. Voraussetzung dafür ist die gründliche Aufarbeitung und Darstellung der gemeinsamen historischen Wurzeln der Privatrechtsordnungen der Staaten Europas. Dies bezieht sich mit Rücksicht auf die vollständige europäische Integration in verstärktem Maße auf Deutschland, Österreich und die Schweiz. Beinahe gleichermaßen verhält es sich mit den in Zentral- und Osteuropa befindlichen Reformstaaten, so auch mit Ungarn.

Ungarn hatte jahrhundertlang besonders starke Beziehungen zum Rechtssystem der deutschsprachigen Länder. Die ungarische Rechtsordnung war aus historischen Gründen nicht beschränkt auf das Territorium des heutigen ungarischen Staates. Außerdem hatte die ungarische Rechtsordnung auch außerhalb der Grenzen des ungarischen Königreichs einen nicht zu unterschätzenden Einfluß. In dieser Hinsicht verweisen wir unter anderem auf die Bedeutung des *Tripartitum* von István Werbőczy. Diese Umstände veranlaßten den Autor dazu, das ungarische Privatrechtssystem relativ detailliert darzustellen.

Die gemeinsame Grundlage des Privatrechts in Europa bildet in erster Linie das römische Recht, welches im Mittelalter und in der Neuzeit in den meisten europäischen Ländern kontinuierlich angewandt wurde. Auch in der Gegenwart ist das Privatrecht der genannten vier Staaten wesentlich vom römischen Recht geprägt. Die heute noch lebendigen römischrechtlichen Traditionen stellen folglich einen festen Bestandteil der mitteleuropäischen kulturellen Identität dar. Aufgrund dieser Erkenntnis geht der Autor in seinem Werk auch auf das Fortwirken des römischen Rechts in diesem Teil des europäischen Kontinents ein. Hervorzuheben ist, daß die mitteleuropäischen Privatrechtsordnungen entscheidend von den deutschen privatrechtlichen Traditionen geprägt sind. Durch die Jahrhunderte dauernde Einflußnahme des deutschen Privatrechts und der Privatrechtswissenschaft existieren auch heute starke Beziehungen zwischen Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn.

Die Darstellungen über die Geschichte des Privatrechts folgen in ihrem Aufbau und in ihrer Methode verschiedenen Mustern. Einige Autoren sind auf eine *allumfassende* Darlegung bedacht, wobei sie die Entwicklung des Privatrechts unabhängig von den verschiedenen Rechtskreisen bzw. Rechtsfamilien beschreiben. Dieses Konzept haben Paul Koschaker und Hans Schlosser für ihre Werke zur Grundlage genommen. Andere Forscher hingegen, wie etwa Wilhelm Brauner, Gerhard Wesenberg und Gunter Wesener, konzentrieren sich auf bestimmte Rechtskreise. Darüber hinaus kann man auch

die *allgemeine* Geschichte des Privatrechts, die Geschichte der *einzelnen Rechtsinstitute* oder die Geschichte der *Privatrechtswissenschaft* behandeln.

Die meisten dieser Gesamtdarstellungen beschränken sich darauf, die „*historia externa* des Privatrechts“ zu schildern, die Rechtsdogmatik wird hingegen meistens nur zur Veranschaulichung herbeigezogen. Auch Franz Wieacker mißt der Behandlung der Dogmengeschichte relativ wenig Bedeutung bei. Eigentlich hat es bis jetzt nur Helmut Coing erfolgreich unternommen, die Geschichte der Institute des Privatrechts in Europa in ihrer Gesamtheit – freilich ohne Anspruch auf Vollständigkeit – darzustellen. Erwähnung verdient das Werk von Reinhard Zimmermann, das bei der Analyse des Obligationenrechts dem Fortwirken der *Civilian Traditions* entscheidend Rechnung trägt.

Im vorliegenden Band hat der Autor eine in vielerlei Hinsicht neuartige Methode anzuwenden versucht. Hervorzuheben ist, daß in erster Linie das Fortleben und die breitgefächerte Wirkungsgeschichte des römischen Rechts behandelt werden. Der Grund hierfür liegt einerseits darin, daß die römischrechtliche Tradition einer der Grundpfeiler der europäischen kulturellen Identität ist. Andererseits hat die romanistische Betrachtungsweise bei der Darstellung der universalen Privatrechtsgeschichte den wohl größten Einfluß.

Die Bedeutung der romanistischen Betrachtungsweise liegt ferner darin, daß es auf dem Gebiet des Privatrechts als Grundlage der *Integration* dient, und zwar auch in denjenigen Ländern, wie z.B. in Ungarn, in denen es nicht zur Rezeption des römischen Rechts *in complexu* bzw. *in globo* gekommen ist. Außerdem spielen das römische Recht bzw. die römischrechtlichen Traditionen für das im Entstehen begriffene *ius commune (privatum) Europaeum* zweifelsohne eine bedeutsame Rolle.

Die romanistische Betrachtungsweise ermöglicht es, die Privatrechtsordnungen der verschiedenen Länder aus einem *gemeinsamen* Blickwinkel heraus zu betrachten. Mit der Verwendung des römischen Rechts als ständigem Bezugspunkt ist auch dem Erfordernis nach Kontinuität Genüge getan, die ein wesentliches Element einer jeden Rechtsordnung sein sollte. Die Berücksichtigung dieser Kontinuität ist in Anbetracht der Tatsache, daß sich die behandelte Materie von der griechisch-römischen Antike bis heute erstreckt, für dieses Werk geradezu unentbehrlich.

Selbstverständlich läßt sich kein vollständiges Bild über die verschiedenen Privatrechtsordnungen ohne die Kenntnis der gemeinsamen europäischen juristischen Traditionen gewinnen. Den geschichtlichen Traditionen kommt im bekannten Werk von René David dagegen eher nur eine sekundäre Rolle zu. Als Folge hieraus erscheint die Einteilung der nationalen Rechtsordnungen in Rechtsfamilien unserer Meinung nach etwas überbetont. Das Außerachtlassen der im römischen Recht wurzelnden privatrechtlichen Traditionen hat unter anderem zur Anerkennung der eigenständigen „Familie“ des sozialistischen Rechts geführt. Im Zuge der Beseitigung der politischen Polarisierung Europas im Laufe der letzten Jahrzehnte erwies sich diese Ansicht eindeutig als überholt.

Der römischrechtliche Blickwinkel trägt entscheidend dazu bei, daß dieser umfassende Überblick, der lange historische Perioden und die unterschiedlichsten Territorien umfaßt, nicht ausufert, sondern in festen Bahnen bleibt und daher seine präzisen Konturen bewahrt.

Als ein weiteres wichtiges Merkmal dieses Bandes hat der Autor seine Forschungen nicht auf diejenigen Rechtsordnungen beschränkt, die in den meisten Werken dieser Art behandelt werden. Infolge dessen wird das Privatrecht aller zentral- und ost-europäischen Länder (wobei auch die baltischen und kaukasischen Staaten berücksichtigt werden) dargestellt. Auf das Privatrecht anderer Staaten wird im Buch insoweit eingegangen, als es der historische Aspekt (wie z.B. die Niederlande als Teil des Heiligen Römischen Reichs) erfordert. Weiterhin wurde auch das kanonische Recht bzw. Kirchenrecht als grundlegender Bestandteil der europäischen Rechts-tradition berücksichtigt, das bei einigen Autoren, sogar bei Koschaker, beinahe vollständig vernachlässigt wird.

Mit der Aufnahme von zehn neuen Mitgliedstaaten einschließlich Ungarns zum 1. Mai 2004 schlägt die Europäische Union ein neues Kapitel in ihrer Geschichte auf. Die Trennlinien, die Europa auch im juristischen Bereich entzweiten, werden damit endgültig überwunden. Allerdings stellt die Erweiterung eine gewaltige Herausforderung für alte und neue EU-Mitglieder dar, denn der Anpassungsbedarf in wirtschaftlicher, sozialer, politischer und nicht zuletzt juristischer Hinsicht ist enorm.

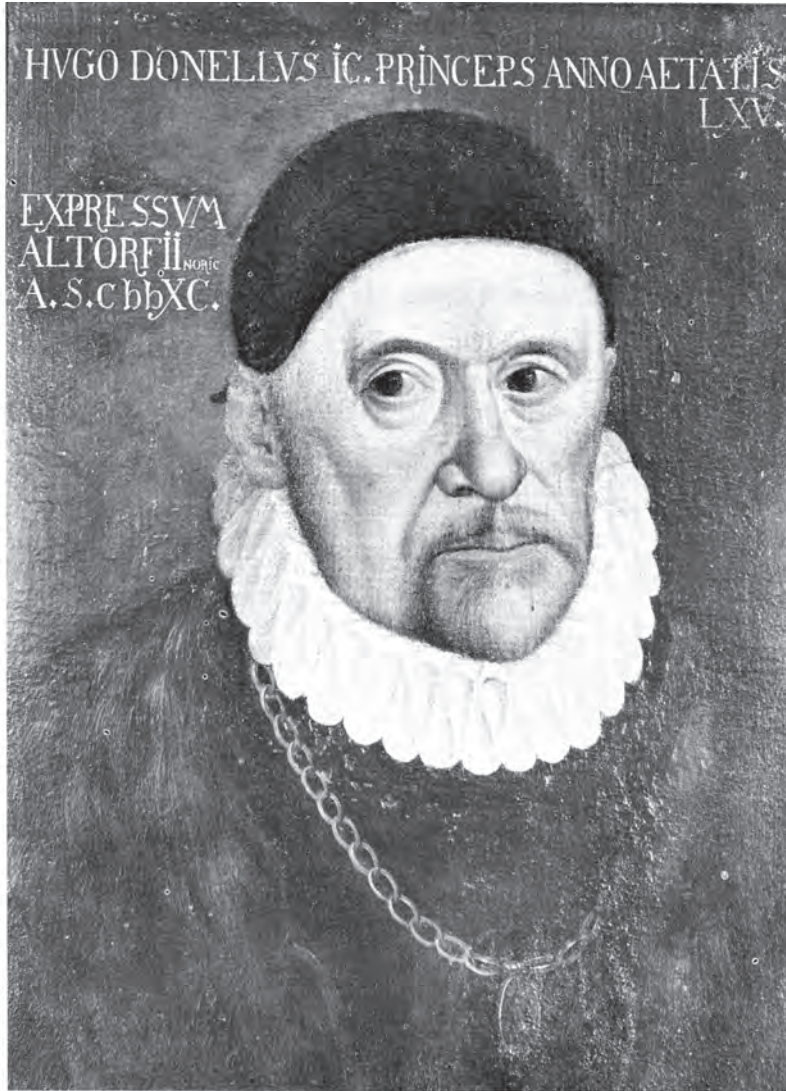
Beim Schreiben des vorliegenden Bandes war es ein äußerst schwieriges Unterfangen, die gewaltige Menge an Fachliteratur vollständig zu berücksichtigen. Aus diesem Grunde mußte der Autor auf den Anspruch auf Vollständigkeit verzichten. Immerhin war er darum bemüht, wenigstens die neueste Fachliteratur im Hinblick auf die behandelten Länder bzw. Staaten aufzuarbeiten. Sollte es dem Autor gelungen sein, in diesem Band das teils sehr schwer zugängliche Material anschaulich zusammenzufassen, so hat sich seine langjährige Arbeit gelohnt. Der Verfasser darf seiner Hoffnung Ausdruck verleihen, daß dieses Werk bei all denjenigen Juristen Beachtung findet, die sich für die Rechtsgeschichte, die Rechtsvergleichung und das Europarecht interessieren.

Es bleibt dem Verfasser noch die angenehme Pflicht, denen zu danken, ohne deren Mithilfe dieses Buch nicht hätte erscheinen können.

Die Vorstudien zu diesem Werk sind gewissermaßen das im Jahre 1996 in erster Auflage und im Jahre 2005 in bereits zehnter, verbesserter und erweiterter Ausgabe erschienene Lehr- und Handbuch *A római jog története és intézüciói (Geschichte und Institutionen des römischen Rechts)* und die im Jahre 2002 veröffentlichte Monographie *Az európai magánjog fejlödése. A modern magánjogi rendszerek kialakulása a római jog hagyományok alapján (Die Entwicklung des europäischen Privatrechts. Entstehung der modernen Privatrechtsordnungen auf römischrechtlicher Grundlage)*.

Das Lehr- und Handbuch über das römische Recht wurde vom Verfasser zusammen mit seinem Kollegen András Földi verfaßt. Der Verfasser schuldet Herrn András Földi für seine Hilfe und Mitwirkung besonderen Dank.

Das Werk wurde in sprachlicher Hinsicht gemeinsam mit Herrn Csongor Buzády erstellt.



Hugo Donellus

Einführung: Harmonisierung des Privatrechts und die römischrechtlichen Traditionen in Europa

1. Durch den Beschluß des EG-Parlaments vom 26. Mai 1989 (ABl.EG C 158/400) wurden die Mitgliedstaaten aufgefordert, ihre Privatrechtsordnungen (Zivil- und Handelsrecht) miteinander in Einklang zu bringen.¹ Die EG hat hierauf eine Kommission eingesetzt, die diesbezüglich Vorschläge ausarbeiten sollte.² Im Beschluß des EU-Parlaments vom 6. Mai 1994 (ABl.EG C 205/518) wurden die Mitgliedstaaten erneut ermahnt, bestimmte Bereiche des Privatrechts zur Förderung des Binnenmarkts zu vereinheitlichen.³ Über diese Frage ist in der Sitzung des Europäischen Rats im Jahre 1999 in Tampere wieder beraten worden. Punkt 39 der Erklärung von Tampere weist die Kommission auf die Notwendigkeit der Privatrechtsharmonisierung unter den Mitgliedstaaten hin. Am 15. November 2001 wurde erneut ein Beschluß (ABl.EG C 2001 255/1) im Europäischen Parlament über die Empfehlung zur Angleichung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten verabschiedet.⁴

Bereits im Jahre 1980 wurde die von Professor Ole Lando geleitete *Commission on European Contract Law* einberufen, die die allgemeinen Grundsätze des europäischen Vertragsrechts ausarbeiten sollte.⁵ Im Oktober 1990 wurde in Pavia die internationale *Accademia dei Giusprivatisti Europei* gegründet, deren Hauptziel erklärtermaßen die Schaffung eines einheitlichen europäischen Kodex des Vertragsrechts ist. Zahlreiche Mitglieder dieser Akademie waren bzw. sind Römischrechtler: Peter Stein, Vizepräsident der Akademie und Professor in Cambridge; der Salzburger Professor Theo Mayer-Maly; Fritz Sturm, Professor emeritus in Lausanne; der Münchener Professor Dieter Medicus und der inzwischen verstorbene Roger Vigneron, Professor von Liège. Bei der Gründung der Akademie spielte Giuseppe Gandolfi, Professor in Pavia, eine entscheidende Rolle, dessen *Œuvre* bekanntlich auch im Bereich des römischen Rechts bedeutend ist.⁶ Im Rah-

¹ Hinsichtlich der Vorgeschichte der Rechtsvereinheitlichung im Bereich des Privatrechts in der klassischen Antike siehe F. Maroi: *Tendenze antiche e recenti verso l'unificazione internazionale del diritto privato*. Roma, 1933. S. 7f. und 15. Zur Bedeutung des Werkes von Theophrastos *Peri nomón*, das im Wesentlichen ebenfalls der Rechtsvereinheitlichung diene, siehe G. Hamza: *Jogösszehasonlítás és az antik jogrendszer* (Rechtsvergleihung und die Rechtssysteme der Antike). Budapest, 1998. S. 17ff.

² B. Großfeld – K. Bilda: Europäische Rechtsangleichung. *ZfRV* 33 (1992) S. 426.

³ D. Staudenmayer: Perspektiven des Europäischen Vertragsrechts. In: *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (hrsg. von R. Schulze – H. Schulte-Nölke) Tübingen, 2001. S. 429.

⁴ H.J. Sonnenberger: Privatrecht und Internationales Privatrecht im künftigen Europa: Fragen und Perspektiven. *RIW* 48 (2002) S. 489.

⁵ O. Lando: *Principles of European Contract Law*. *RabelsZ* 56 (1992) S. 261.

men der Akademie wirkt auch die *Groupe d'étude pour le droit européen commun* (GEDEC), die an einer Kodifizierung des europäischen Vertragsrechts arbeitet (*Code Européen des Contrats*).⁷ Grundlage für diesen Kodex-Entwurf bildet in erster Linie das vierte Buch (*Libro Quarto*) des italienischen *Codice civile* über das Schuldrecht. Außerdem diente der *Contract Code*⁸, der von der vom Oxforder Professor Harvey McGregor geleiteten *English Law Commission* in den 1960er- und 1970er-Jahren ausgearbeitet worden war, als Modell.⁹ Der *Contract Code* sollte das englische *Common Law* mit dem schottischen (im kontinentaleuropäischen Recht wurzelnden) *Civil Law* im Bereich des Vertragsrechts miteinander in Einklang bringen.

Gleichwohl gibt es auch *Gegner* dieser Harmonisierungsbewegung. So hat sich z.B. der Heidelberger Professor Peter Ulmer stets skeptisch gegenüber der Privatrechtsvereinheitlichung innerhalb der EU-Mitgliedstaaten geäußert.¹⁰ Eine ähnliche Ansicht vertrat auch der im Jahre 2003 verstorbene namhafte Zivilrechtler Jean Carbonnier, der nicht nur die Dringlichkeit, sondern auch überhaupt die Notwendigkeit der Rechtsvereinheitlichung auf diesem Gebiet angezweifelt hat. Es scheint fast so, als ob sich der zwischen Anton Friedrich Justus Thibaut und Friedrich Carl von Savigny in den Jahren um 1810 ausgetragene Grundsatzstreit um die Kodifikationsbedürftigkeit wiederholen würde – freilich unter veränderten Verhältnissen.

Obwohl sich bislang keineswegs ein einheitlicher Standpunkt durchsetzen konnte,¹¹ besteht dennoch kein Zweifel daran, daß die Rechtsvereinheitlichung langfristig gesehen in irgendeiner Form vollzogen werden muß. Die europaweite Rechtsvereinheitlichung kann auf verschiedenen Wegen geschehen: einerseits mittels Verordnung bzw. Richtlinie, andererseits aber auch durch koordinierte nationale Gesetzgebung.¹² Auf die Schwierigkeit des Vereinheitlichungsprozesses deutet z.B. der Umstand

⁶ In der Redaktion von Giuseppe Gandolfi entstand der Vorentwurf des *Code Européen des Contrats* (*Avant-projet*). Siehe *Code Européen des Contrats – Avant-projet*. Ed. G. Gandolfi. Milano, 2001. Vgl. noch: G. Gandolfi: Der Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches. ZEuP 10 (2002) S. 1–4.

⁷ Eine Übersicht über die Arbeit und die Leistungen der Akademie von Pavia bietet Gandolfi. Siehe G. Gandolfi: Pour un code européen des contrats. *Revue trimestrielle de droit civil* 1992. S. 707ff. Vgl. noch P. G. Gaggero: Il progetto di un codice europeo dei contratti: l'attività del gruppo di lavoro pavese. *Rivista di diritto civile* 43 (1997) S. 113–120.

⁸ H. McGregor: *Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission*. Milano-London 1993.

⁹ Die Materialien über die Sitzungen der Akademie von Pavia wurden bisher in zwei Bänden veröffentlicht. Siehe *Incontro di studio su il futuro codice europeo dei contratti*. Pavia. 20–21 ottobre 1990. *A cura di P. Stein*, Milano, 1993. und *Atti accademici 1992–1994*, *A cura di P. Stein*, Milano, 1996.

¹⁰ P. Ulmer: Vom deutschen zum europäischen Privatrecht. JZ 47 (1992) S. 1ff.

¹¹ Dies bezieht sich auch auf die Harmonisierung des Schuldrechts. Vgl. P. Schlechtriem: „Wandlungen des Schuldrechts in Europa“ – Wozu und wohin? ZEuP 10 (2002) S. 213–221.

¹² O. Remien: Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze? *RebelsZ* 56 (1992) S. 30. und ders.: Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts. JZ 47 (1992) S. 277ff. Vgl. noch R. Herber: Deutsche Zivilrechtskodifikation und internationale Rechtsvereinheitlichung. In: *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik* (hrsg. von K. Schmidt), Berlin, 1990. S. 269.

hin, daß es im Jahre 1970 in England und Schottland nicht gelungen ist, den einheitlichen *Contract Code* zu verabschieden.¹³

Das römische Recht, Grundlage des europäischen Privatrechts, kann für diesen langen Entwicklungsprozeß zweifelsohne als Grundlage dienen.¹⁴ In dieser Hinsicht ist hierbei an die Grundprinzipien des römischen Rechts, etwa an die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit, zu denken.¹⁵ Es ist festzustellen, daß die Vertragsfreiheit auf einigen Gebieten, wie etwa im Verbraucherschutz, nur stark eingeschränkte Geltung hat und dadurch relativiert wurde. Das Gemeinschaftsrecht neigt nämlich tendenziell in gewisser Hinsicht zur Einschränkung der Vertragsfreiheit.

Das römische Recht kann unserer Ansicht nach auch für eine einheitliche privatrechtliche Rechtsanwendung bzw. für deren schrittweise Ausgestaltung dienlich sein. Zu Zeiten des *ius commune* wurde bekanntermaßen europaweit ein einheitlicher „rechtlicher Arbeitsstil“, der *stilus curiae*, angewandt. Dies wurde unter Vermittlung des römischen Rechts bewirkt, das einst die *lingua franca* der Juristen war. Der einheitliche *stilus curiae* endete mit der „Nationalisierung“ der Rechtsordnungen (*ius patrium*). Die erfreulicherweise wieder internationalere Züge annehmende Juristenausbildung, deren wichtiger Bestandteil das römische Recht ist bzw. sein könnte oder sollte, kann langfristig gesehen zur erneuten Vereinheitlichung des *stilus curiae* führen.¹⁶

2. Das römische Recht hatte für die Gesellschaft im Mittelalter eine herausragende Bedeutung, und zwar sowohl für den weltlichen als auch für den geistlichen Lebensbereich. Es bildete im 16. Jahrhundert die Grundlage sowohl für den juristischen Humanismus als auch für die rationellen Naturrechtslehren. Durch den Geist des wissenschaftlichen Positivismus umgewandelt, wurde es in der Pandektenwissenschaft bzw. Pandektistik im 19. Jahrhundert transformiert und konnte auf diese Weise eine immens hohe Stellung bei den neuzeitlichen privatrechtlichen Kodifikationen erringen.

Es wäre falsch, die „vormoderne“ Geschichte Europas als irrelevant für die Gegenwart abzuschneiden, um sich ausschließlich auf die Epoche der Verfassungen, des Rechts- und Sozialstaats sowie der Demokratie, auf die Zeit nach der Französischen Revolution zu stützen. Die Rechtstraditionen sind viel älter. Den Dualismus von lokalem oder ständischem Sonderrecht und einem übergreifenden allgemeinen Recht gab es schon im Römischen Reich (*Imperium Romanum*), und er setzte sich seit dem 12. Jahrhundert in Europa fort. Von Spanien bis Polen und Ungarn, von Sizilien bis Skandinavien (wenn auch im geringeren Maße) setzte sich das römische Recht durch – nur

¹³ W. Tilman: Kodifikation des Privatrechts in der Gemeinschaft. In: Für Recht und Staat. Festschrift für H. Helmrich zum 60. Geburtstag, München, 1994. S. 441.

¹⁴ R. Knütel: Rechtseinheit in Europa und römisches Recht. ZEuP 2 (1994) S. 244–276.

¹⁵ P. Hommelhoff: „Europarechtliche Bezüge“ im Zivilrecht, Überlegungen zur Gestaltung des akademischen Unterrichts. In: Für Recht und Staat. Festschrift für H. Helmrich zum 60. Geburtstag, München, 1994. S. 340.

¹⁶ F. Ranieri: Der europäische Jurist. Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe. IC 17 (1990) S. 10ff.

England und Irland waren Sonderfälle. Aus der gemeinsamen Anstrengung der Gelehrten bei der Kommentierung der römischrechtlichen Texte erwuchs die europäische Wissenschaft vom weltlichen Recht (*ius saeculare*). Parallel hierzu entwickelte die römische Weltkirche die ebenso umfassende Rechtsmasse des Kirchenrechts. Sie durchdrang durch den Alltag auch das weltliche Recht (auch das englische!) und bildete eine zweite starke Klammer für das „lateinische Europa“. Tragendes soziales Element war ein ständisch nicht mehr genau lokalisierbarer Juristenstand, eine universell einsetzbare Fachelite, die an allen europäischen Universitäten studierte.

Diese Juristen haben aus den Prinzipien bzw. Rechtssätzen des römischen Rechts, aus der „Politik“ des Aristoteles und aus den jeweiligen Landesgesetzen die Grundfiguren des Rechts entwickelt. Sie haben in der Diskussion um die beste Verfassung die Staatsformen- oder Staatstypenlehre entwickelt, haben den Staatszweck zur Legitimation und zur Begrenzung der Herrschaft eingesetzt, und sie haben das Konzept der Souveränität geschaffen, mit dessen Hilfe sich der moderne Staat mit seinem „Gewaltmonopol“ über die partikularen Gewalten des Mittelalters und die streitenden Religionsparteien erhob. Sie begründeten das Gesetzgebungsrecht des Herrschers einerseits, die Mitwirkungsrechte der Stände andererseits. Sie unterschieden verschiedene Staatsfunktionen und gelangten zur Theorie der (vertikalen) Gewaltenteilung.

Auch im politischen Bereich war es im 20. Jahrhundert bedeutend: Augenscheinlich wird dies in Punkt 19 des am 24. Februar 1920 angenommenen Parteiprogramms der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (NSDAP), bekräftigt auch durch die von Alfred Rosenberg stammende *interpretatio simplex*. Die Rezeption des römischen Rechts wurde in der Rechtsliteratur im NS-Staat als „nationales Unglück“ und als „Tragik“ beschrieben, indem es als dem deutschen Volk „fremd“, „individuell“, „kosmopolitisch“, „materialistisch“, „liberal“ und als rein auf „Eigennutz“ ausgerichtet stigmatisiert wurde. Erwähnung verdient, daß Carl Schmitt in seinem Aufsatz „Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes“ (Deutsches Recht 6/1936) die Zurückdrängung des rezipierten römischen Rechts unter gleichzeitiger Einführung des „deutschen Gemeinrechts“ (wie auch im Parteiprogramm der NSDAP vorgesehen) geradewegs als „verfassungsrechtliche Bestimmung ersten Ranges“ ansieht. Allerdings hat es Carl Schmitt versäumt, hierfür Argumente anzuführen.¹⁷

Die Richtung der „antiken Rechtsgeschichte“ ignoriert beinahe vollständig das Fortleben des römischen Rechts im rechtlichen und politischen Bereich. Diese von Leopold Wenger gegründete Richtung läßt den Umstand außer Acht, daß das römische Recht schon seit Jahrhunderten das Recht, in erster Linie das Privatrecht in Europa und die europäische Rechtswissenschaft entscheidend beeinflusst. Es wird hierbei das Potential des zu Recht als *ius commune Europaeum* angesehenen römischen Rechts übersehen, durch eine *interpretatio multiplex* das europäische Recht und die Rechtswissenschaft zu deuten und weiterzubilden.

¹⁷ Hinsichtlich der Idee des „Dritten Reichs“ siehe G. Hamza: Die Idee des „Dritten Reichs“ im deutschen philosophischen und politischen Denken des 20. Jahrhunderts. ZSS GA 118 (2001) S. 321–336.

Eine ähnliche Schlußfolgerung wird aus der Ansicht gezogen, daß eine Rechtsvergleichung ausschließlich zwischen wirtschaftlich und sozial ähnliche Züge aufweisenden Staaten möglich sei. Der Vorzug dieser Anschauungsweise besteht in ihrer synoptischen Betrachtungsweise. Andererseits wird hierdurch die Rechtsvergleichung dermaßen eng ausgerichtet, daß dies fast schon die Grenzen der Rationalität erreichen würde. Diese Frustration zeigt sich deutlich im *Œuvre* von Ernst Schönbauer, der die Möglichkeiten der Rechtsvergleichung ebenfalls auf ähnlichgeartete oder ethnisch verwandte Nationen beschränkt.¹⁸ In vielerlei Hinsicht knüpft sich hieran auch die Ansicht, wonach die Institute des römischen Rechts nicht mit den Instituten der modernen Rechtsordnungen verglichen werden können, da es sich im alten Rom um eine Sklavenhaltergesellschaft gehandelt hat. Gleichwohl ist zu sagen, daß die Vertreter dieser Ansicht der Kontinuität des Rechts zuwenig Beachtung schenken.

Gegen Ende des 20. Jahrhunderts polemisiert Uwe Wesel in seinem 1981 erschienenen Werk *Aufklärungen über Recht* gegen die Ansicht, nach der einzelne Strukturen und Konstruktionen des Rechts beizeiten wiederkehren – Theo Mayer-Maly nennt dies treffend „Wiederkehr von Rechtsfiguren“. Diese Ansicht leugnet keineswegs die Existenz von Rechtsfiguren, die ausschließlich in einer bestimmten Gesellschaftsform bestehen können (z.B. das Vasallensystem), infolge dessen aber die Daseinsberechtigung des römischen Rechts als *ratio scripta* erlischt. Selbstverständlich ist es ein Zeichen der *déformation professionnelle*, wenn Juristen die Tatsache überbewerten, daß ein Rechtsgeschäft¹⁹ unter Zuhilfenahme von stets denselben Rechtskonstruktionen und zeitunabhängig geregelt werden kann. Im Grunde aber ändert dies nichts an der Tatsache, daß die Gesetzgebung und Rechtspraxis der letzten Jahrzehnte nicht selten zu den bewährten Konstruktionen des römischen Rechts zurückgekehrt ist.

Gleichwohl darf das Wissen um das Fortleben der rechtlichen Traditionen nicht davon abhalten, die inhaltlichen Abweichungen und die zeitlich bedingten Unterschiede zu erforschen. Dies bezieht sich etwa auf das Kartell- und Wettbewerbsrecht: Das mit zahlreichen Elementen des *ius publicum* durchtränkte „römische Kartell- und Wettbewerbsrecht“ unterscheidet sich zwar offensichtlich immens vom modernen Kartellrecht, aber die dahinterstehenden wirtschaftlich-sozialen Bedingungen fallen in bestimmten Punkten zusammen.

3. Der im engen Zusammenhang mit dem römischen Recht stehende Begriff der Rezeption bedeutet nach richtiger Interpretation nicht eine Art von „Kultur-Okkupation“, sondern viel eher – jedenfalls in Deutschland (Heiliges Römisches Reich) – die „Verwissenschaftlichung“ des Rechts (Franz Wieacker). Die Rezeption kann unmittel-

¹⁸ Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen der Richtung „antike Rechtsgeschichte“ und Rassenideologie siehe G. Hamza: Rassenideologie und Rechtsvergleichung auf ethnischer Grundlage. Index 26 (1998) S. 421f.

¹⁹ Der Begriff *negotium* wird im Sinne von „Rechtsgeschäft“ als erstem von Johannes Althusius (1557/63–1638) verwendet. Der Begriff *negotium juridicum* wird im gleichen Sinne erst später, bei Daniel Nettelblatt (1719–1791), dem Schüler von Christian Wolff, verwendet. Das *negotium juridicum* ist bei Nettelblatt bedeutungsgleich mit dem *actus iudicis* („rechtliches Geschäft“).

bar weder an die im Jahre 1495 verabschiedete Reichskammergerichtsordnung noch an die legendenhaft übermittelte Verordnung von Kaiser Lothar III. geknüpft werden. Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland bedeutet vielmehr eine auf der Grundlage des römischen Rechts bestehende geistige Tradition, die eher nur im beschränkten Maße an das positive Recht (*ius positivum*) gebunden ist. Die in diesem (weiten) Sinne verstandene Rezeption hatte bereits Jahrhunderte früher begonnen, und zwar unter Vermittlung der an den norditalienischen Universitäten (*studia generalia*) studierenden Juristen aus deutschen Territorien.

Die auch auf das positive Recht bezogene Rezeption (d.h. die allmähliche, subsidiäre Anwendung des römischen Rechts) zeigt sich sehr früh, vom 11. Jahrhundert an. Im 13. Jahrhundert sind die römischrechtlichen Elemente auch in der Rechtsprechung der – nicht selten auch in privatrechtlichen Angelegenheiten verfahrenen – geistlichen Gerichten vorzufinden. Nach unserer Ansicht zeigt sich der Einfluß der Kommentatoren auf diesem Gebiet, während das auch als „Rechtswissenschaft“ bezeichnete römische Recht bereits mithilfe der Glossatoren in Deutschland aufgenommen wird. Die Zweiteilung der Wirkung des römischen Rechts bedeutet selbstverständlich keine Schmälerung der Bedeutung der Kommentatoren; dem Konzept Savignys, das die Kommentatoren (lediglich) als Postglossatoren ansieht, soll nicht gefolgt werden. Gleichwohl hat sich die Rezeption nicht auf die Materie des römischen Rechts beschränkt, sondern erstreckte sich auch auf das kanonische Recht und das longobardische (lombardische) Feudalrecht (*ius feudale*). Hieraus entstand der Begriff *ius commune* = gemeines Recht, die gleichermaßen auf privates und öffentliches Recht bezogene, dem Landesrecht gegenüberstehende und mit ihm konkurrierende Rechtsmaterie. Die Harmonie zwischen diesem „Mischrecht“ und den lokalen Partikularrechten (mit anderen Worten die „Angleichung“ des *ius commune* an das lokale Recht) wird von den sog. „Praktikern“ hergestellt.

Die Bereitschaft zur Rezeption des römischen Rechts unterscheidet sich – unter Berücksichtigung der objektiven Gegebenheiten – in starkem Maße innerhalb der einzelnen europäischen Staaten. Entscheidend sind hierbei das Niveau der Rechtspraxis, die wirtschaftlichen Verhältnisse und das politische System des jeweiligen Landes bzw. der Region. Auf der iberischen Halbinsel zum Beispiel entwickelten sich im 13. Jahrhundert die Verhältnisse derart, daß das römische Recht von dem Gesetzeswerk *Siete Partidas* des Königs Alfons X. (dem Weisen) rezipiert werden konnte. In der Schweiz dagegen konnte es in erster Linie aufgrund der landesspezifischen Verhältnisse nicht zur vollständigen Rezeption des römischen Rechts (*receptio in globo* bzw. *receptio in complexu*) kommen.

Zwischen dem römischen Recht und dem Kaiserrecht (*ius caesareum*) besteht eine enge Verbindung. Das römische Recht dient als Grundlage für den Gedanken bzw. die Ideologie der *renovatio imperii*, die zur Zeit der Hohenstauffer außerordentlich bedeutend war. Das römische Recht, genauer gesagt das *ius publicum Romanum*, war ein nicht zu unterschätzendes Mittel zur Legitimation des „Weltkaisertums“.

Obwohl die Richtung der Praktiker einerseits zu sehr auf die deutsche Praxis gerichtet ist – was zur Abwendung von den eigentlichen römischrechtlichen Quellen führt –, andererseits die kasuistische Betrachtungsweise charakteristisch ist, kann man dennoch bei den deutschen Kameralisten zum ersten Male von einer Art „Pandektenwissenschaft“ sprechen (die aber nicht mit der Pandektenwissenschaft bzw. Pandektistik des 19. Jahrhunderts verwechselt werden darf). Diese Richtung war aber – in erster Linie wegen der erstarkenden partikularrechtlichen Betrachtungsweise – nicht entwicklungsfähig. Allein das im 17. Jahrhundert entstehende Naturrecht wäre dazu geeignet gewesen, den *Usus modernus pandectarum* der Praktiker weiterzuentwickeln. Hier soll erwähnt werden, daß die Kameralistik in Titel und Inhalt am besten in dem Werk *Usus modernus pandectarum* von Samuel Stryk vom Anfang des 18. Jahrhundert repräsentiert wird.

Es ist zu betonen, daß das römische Recht auch maßgeblich zur Entwicklung des Naturrechts beigetragen hat. Die von Max Weber treffend als „Entzauberung der Welt“ bezeichnete Entwicklung des nicht antiken, sondern „modernen“ Naturrechts, kann nicht ohne die römischrechtliche Konzeption des *ius naturale* interpretiert werden.²⁰ Das Bestreben der römischen Rechtsgelehrten (*iurisconsulti* bzw. *iurisperiti*), das *ius civile* vom *ius naturale* abzuleiten, ist auch bei den Naturrechtlern des 16. und 17. Jahrhunderts vorzufinden. Die Wirkung des römischen Rechts ist auch in der scholastisch-christlichen Lehre vorzufinden. Der der rationellen Naturrechtsanschauung angehörige Hugo Grotius sieht die *auctoritas* des römischen Rechts im Zusammenhang mit dem *imperium rationis* des *ius Romanum*. Das römische Recht spielt eine bedeutende Rolle bei dem ebenfalls als Anhänger der säkularisierten naturrechtlichen Richtung geltenden Samuel Pufendorf, dem Verfasser des grundlegenden Werkes *De iure naturae et gentium* aus dem Jahre 1672. Allerdings kommt es nicht zur Verschmelzung der Pandektenwissenschaft und des Naturrechts: dies ist einerseits auf die öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise des Naturrechts, andererseits auf das philosophische – also nicht juristische – Interesse der Anhänger der Naturrechtswissenschaft (wie z.B. bei dem eher moralphilosophisch interessierten Christian Wolff) zurückzuführen.

4. Der grundsätzliche Unterschied zwischen dem *Usus modernus pandectarum* und dem Naturrecht konnte nur im wissenschaftlichen Œuvre der Pandektistik (die sich aus der Historischen Rechtsschule herausgebildet hat) aufgelöst werden. Für die Pandektisten, die die „Philosophie des positiven Rechts“ (Franz Wieacker) erschaffen wollten, sind die geschichtliche Betrachtungsweise, die Rückbesinnung auf die justinianischen Quellen, der Anspruch auf Systematisierung, der Drang zur Ausarbeitung der Rechtstheorie und letztendlich – als „Hoffnung“ aus all diesem – die Beseitigung des Partikularismus kennzeichnend. Das Pandektenrecht des 19. Jahrhunderts,

²⁰ Hinsichtlich des Konzepts des *ius naturale* bei den Römern siehe aus der neueren Literatur die Artikel von G. Hamza: A termszetjog értelmzésének problémái: Cicero és a *ius naturale* (Die Auslegungsprobleme des Naturrechts: Cicero und das *ius naturale*). JK 50 (1995) S. 523–529 und ders.: Bemerkungen über den Begriff des Naturrechts bei Cicero. In: Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo. Napoli, 1997. S. 349–362.

das „heutige römische Recht“, ist daher scharf zu trennen vom *Usus modernus pandectarum*, bei dem die partikularrechtlichen Elemente dominieren.

Das Pandektenrecht des 19. Jahrhunderts, das nach dem im Jahre 1838 herausgegebenen Werk „Lehrbuch der Pandekten“ von Georg Friedrich Puchta auch „Pandekten“ genannt wird, ist nach der Definition des deutschen Rechtsgelehrten die Theorie des auf dem römischen Recht beruhenden deutschen Privatrechts, dessen Funktion und Bedeutung in der Entstehung und Weiterentwicklung der Grundlagen des Privatrechtssystems liegt.

Auch trotz ihrer Entstehung in Deutschland sollte man nicht ausschließlich von einer *deutschen* Pandektistik bzw. Pandektenwissenschaft sprechen, da diese Richtung nicht nur die „Doktrin des gemeinen Rechts“ (Paul Koschaker) bedeutet, sondern auch von Beginn an über Deutschland hinaus, in Europa im allgemeinen und sogar in vielen Ländern außerhalb Europas, eine bedeutende Wirkung entfaltete.

Hierbei ist in erster Linie an die Wirkung der Pandektistik in England zu denken. John Austin, der die Rechtsphilosophie Jeremy Benthams übernommen hatte, folgte in der Analyse der juristischen Begriffe der deutschen Pandektistik. Bezeichnenderweise betrachtete er das Werk *Das Recht des Besitzes* Savignys als Meisterwerk und hielt dies für das vollkommendste aller juristischen Werke. Auch Thibauts zweibändiges *System des Pandekten-Rechts* (zum ersten Male herausgegeben im Jahre 1803) hatte bedeutenden Einfluß auf Austin. Dieses Werk, das zwischen 1803 und 1834 acht Auflagen erlebte, hatte auch sonst großen Einfluß auf die Entwicklung der englischen Rechtswissenschaft. Das im Jahre 1845 publizierte Werk Nathaniel Lindleys *Introduction to the Study of Jurisprudence* ist die Übersetzung des allgemeinen Teils von Thibauts Werk. Auch im 1861 erschienenen *Ancient Law* von Sir Henry Sumner Maine ist die Wirkung der Pandektenwissenschaft bzw. Pandektistik deutlich erkennbar.²¹

5. Die Mitglieder der Akademie zu Pavia, unter denen sich gleichermaßen ausgewiesene Experten des römischen Rechts, des *Common Law* und des modernen kodifizierten Privatrechts befinden, sehen es als ihre Aufgabe an, im Zuge der Kodifikation eines einheitlichen europäischen Vertragsrechts einen Kompromiß zwischen dem – auf dem römischen Recht basierenden – kontinentalen Recht und dem *Common Law* zu finden.

Tatsache ist, daß viele Rechtsinstitute des römischen und des englischen Rechts Ähnlichkeiten aufweisen. Gleichwohl gibt es in der Betrachtungsweise des römischen und des englischen Rechts zweifelsohne gravierende Unterschiede. Ein Wesensmerkmal des römischen Rechts ist es, daß es ein Gelehrtenrecht, ein *diritto giurisprudenziale*²² ist, welches im allgemeinen nicht auf früheren Gerichtsentscheidungen basiert. Die Auslegung des Begriffs „Gelehrtenrecht“ ist aber abhängig davon, von welcher wissenschaftlichen Richtung dies gedeutet wird. Nach Friedrich Carl von Savigny ist das entscheidende Kri-

²¹ G. Hamza: Sir Henry Maine és az összehasonlító jog (Sir Henry Maine und die Rechtsvergleichung). Jogállam 1998–1999. S. 326ff.

²² L. Lombardi: Saggio sul diritto giurisprudenziale. Milano, 1967.

terium des Juristenrechts die Systematisierung, genauer gesagt die Bestrebung danach. Diese Betrachtungsweise kommt im besonderen Maße in seinem Werk *System des heutigen römischen Rechts* zum Ausdruck. Rudolf von Jhering, ein erklärter Gegner des Rechtspositivismus, betrachtet diese Problematik von einem gänzlich anderen Blickwinkel her. Vor allem in seinem Werk *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* hat das als Gelehrtenrecht (*droit savant, learned law, diritto dotto, derecho docto*) angesehene römische Recht in methodologischer und ideologischer Hinsicht Relevanz.

Die Charakterisierung des *ius Romanum* als Gelehrtenrecht wird auch von Paul Koschaker in seinem Werk *Europa und das römische Recht* betont. Koschaker sieht im römischen Recht ein wirksames Gegenideal zu dem in „absolute Höhe gehobenen“ Rechtspositivismus. Koschaker stellt das römische Recht in diesem Sinne dem *Common Law* gegenüber. Das englische Recht ist nämlich eindeutig *judge made law*, ganz im Gegensatz zum römischen Recht. Das *ius Romanum* kann in keiner Phase seiner Entwicklung als Fallrecht (*case law*) angesehen werden. Hierauf verweisen in der Rechtsliteratur des 20. Jahrhunderts – um nur einige Autoren zu nennen – Buckland, McNair, Schiller, Dawson, van Caenegem, Pringsheim und Peter.

6. Daß das römische Recht ein Gelehrtenrecht ist, ist in jeder seiner Entwicklungsphasen erkennbar.²³ Die Ursache dafür ist nicht zuletzt der Umstand, daß es zweifelsohne eine Kontinuität zwischen dem „Pontifikalrecht“ bzw. der „Pontifikalrechtswissenschaft“ und der laizistischen Rechtswissenschaft gibt. Wenn man den Wesenszug des Richterrechts beim *Common Law* untersucht, muß auf die speziellen historischen und ideologischen Besonderheiten dieses Rechts hingewiesen werden. Im Zusammenhang mit der *stare decisis*-Doktrin kann auf einige Besonderheiten des englischen *ius consuetudinarium* hingewiesen werden. Besondere Bedeutung verdient, daß im englischen Recht (siehe z.B. leg. Henr. IX. 9.) die Auslegung der Gesetze auf außerordentlich flexible Weise vonstatten geht. Der Richter ist viel weniger an den Wortlaut der Gesetze gebunden als an die früheren Gerichtsentscheidungen. Obwohl auch bei Glanvill bereits Anzeichen für diese Betrachtungsweise vorzufinden sind, ist Bracton, Verfasser des Werkes *De legibus et consuetudinibus Angliae*, der erste, der den obligatorischen Charakter der *cases* auch theoretisch untermauert. Besonders gut zeigt sich dies in der Wendung: „... *Si tamen similia evenerint, per simile iudicentur, dum bona est occasio a similibus procedere ac similia*“ (De leg. f. 1 b).

Ein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem römischen und dem englischen Recht ist die *ars distinguendi*. Dies ist die in den *responsa* der römischen Rechtsgelehrten zum Ausdruck kommende Kunst, klar das Wesentliche, rechtlich Relevante vom Unwesentlichen, rechtlich Irrelevanten zu trennen. In der *ars distinguendi* zeigt sich das

²³ Bezüglich der Entstehung der römischen Jurisprudenz siehe A. Földi – G. Hamza: *A római jog története és intéstitúciói* (Geschichte und Institutionen des römischen Rechts). 10. überarb. und erw. Aufl. Budapest, 2005. S. 84ff.

hohe Abstraktionsvermögen der römischen *jurisperiti* (*iurisconsulti*), welches die *communis opinio* bis jetzt dem römischen Recht nicht zuerkannt hat: So spricht etwa auch Fritz Schulz merkwürdigerweise von der Abneigung der Römer vor jeglicher Abstraktion.

In den einzelnen *responsa* werden in Wirklichkeit in erster Linie die *rechtlich* bedeutenden Werte herausgekehrt, während in den Entscheidungen der englischen Gerichte vor allem auf die *faktischen* Elemente der Rechtsfälle (*cases*) Wert gelegt wird. Dies wird auch dadurch bekräftigt, daß im englischen Recht als *case law* in der Beurteilung eines Rechtsfalles wenn möglich auf eine frühere Entscheidung (Präzedenzfall) zurückgegriffen wird (*law of precedents*). In den Urteilen der englischen Gerichte, und zwar vor allem in der früheren Entwicklungsperiode des englischen Rechts, vermischen sich die (bindende) *ratio decidendi* und die (nicht bindenden) *obiter dicta* im allgemeinen miteinander. Bei den im letzten Jahrhundert der präklassischen Periode (d.h. im ersten vorchristlichen Jahrhundert) wirkenden Juristen in Rom bedeutet die *ars abstrahendi* die wahre Grenzlinie zwischen dem Rechtsdenken der Römer und der angelsächsischen juristischen Betrachtungsweise. Es muß darauf hingewiesen werden, daß in gewisser Hinsicht – insbesondere im Falle der *mutatis mutandis* auch das römische Recht kennzeichnenden *stare decisis*-Doktrin – es auch innerhalb des römischen Rechts Anzeichen für die wegweisende Kraft der das Urteil beeinflussenden Rechtsmeinung gibt.

Auf dem Terrain des römischen Rechts hat die Relevanz der richterlichen Rechtsprechung hinsichtlich des Vergleichs mit dem englischen Recht große Bedeutung. Aufgrund der juristischen und nicht-juristischen Quellen kann die Bedeutung des *case law* erforscht werden. Eine gleichsam paradigmatische Bedeutung hat hierbei – neben der Schenkung²⁴ – das Erbrecht. In diesem Bereich ist nämlich insbesondere in der *querela inofficiosi testamenti* das Gewicht der früheren Entscheidungen ersichtlich. Auf dem Gebiet des Schuldrechts wäre die *compensatio* zu erwähnen, bei der die *responsa* aus früheren Zeiten eher große Bedeutung besitzen. Diese Bedeutung kommt natürlich durch die Anerkennung der normativen Kraft von bestimmten Rechtsprinzipien zur Geltung. Wichtig ist auch die Untersuchung der Problematik des *ius singulare*. Im Falle des *ius singulare* nämlich – z.B. bei einem *privilegium* – ist die Formel *in aliis similibus* mit großer Umsicht, und unter Berücksichtigung der früheren Fälle, auszulegen.

Die *stare decisis*-Doktrin hat in der neuzeitlichen englischen Rechtsentwicklung große Bedeutung. Freilich wird die Trennlinie zwischen *ratio decidendi* und *obiter dictum* schärfer gezogen, was bisweilen eine schwerwiegende juristische Aufgabe ist – hierauf haben bereits mehrere Verfasser hingewiesen, so z.B. Montrose, Simpson, Derham, Allen, Cross und Paton. Die *stare decisis*-Doktrin ist letzten Endes darauf zurückzuführen, daß seit dem frühen Mittelalter das wichtigste Element des englischen

²⁴ J.P. Dawson: Gifts and Promises. Continental and American Law Compared. New Haven – London, 1980.

Rechts der Richter (*judge*) selbst ist, der daher nicht zu Unrecht von Dawson als „Orakel des Rechts“ bezeichnet wird.

7. In der Entwicklung des europäischen Privatrechts spielt die Konvergenz eine immer bedeutendere Rolle. Zu Recht schreiben einige Autoren der jüngeren Literatur, so z.B. James Gordley²⁵ und Paolo Gallo²⁶, von der Relativierung der Unterschiede zwischen dem *Common Law* und dem *Civil Law* und sogar in einigen Rechtsinstituten von deren gänzlichen Beseitigung. Auf dem Gebiet des Schuldrechts werden zahlreiche kontinentaleuropäische Rechtsinstitute vom englischen Recht übernommen. In terminologischer Hinsicht ist es bemerkenswert, daß einige englische Autoren bezüglich des *English private law* die Tradition des römischen Rechts eigens hervorheben.²⁷

Das Privatrecht der europäischen Länder bzw. Staaten basiert – wenn auch in unterschiedlichem Maße und aufgrund unterschiedlicher historischen Traditionen – auf dem römischen Recht. Diese Feststellung wird immer offensichtlicher in einer Zeit, da die oftmals politisch motivierten Unterschiede zwischen den „Rechtsgebieten“, „Rechtsfamilien“ verringert, ja oft aufgehoben werden. Die (im unterschiedlichen Maße stattfindende) „Annahme“, d.h. Rezeption des römischen Rechts wird auch nicht durch die unterschiedlichen kulturellen und juristischen Traditionen verhindert. Demgemäß ist es angebracht, bei der umfassenden, vergleichenden Analyse der Entwicklung des europäischen Rechts die herausragende Bedeutung des römischen Rechts zu berücksichtigen.

²⁵ J. Gordley: „*Common law*“ v. „*civil law*“ Una distinzione che va scomparendo? In: Scritti in onore di R. Sacco I. Milano, 1994. S. 559ff.

²⁶ P. Gallo: La recezione dei modelli continentali nel diritto inglese delle obbligazioni. In: Scritti in onore di R. Sacco I. Milano, 1994. S. 473–494.

²⁷ *English Private Law*. I–II. Ed. by P. Birks. Oxford, 2000.