

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

I

Herausgegeben von
HELMUT COING
Direktor des Instituts



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1967

HELMUT COING

Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit
als einheitliches Forschungsgebiet

Probleme und Aufbau *

I

Die moderne rechtshistorische Forschung hat als nationale Geschichtsschreibung begonnen. Dieses Verfahren hat seine innere Begründung aus der Grundhypothese der historischen Rechtsschule erhalten, daß das Recht als Ausdruck des nationalen Volksgeistes zu betrachten sei. Dieser Gedanke entsprach dem Kulturbewußtsein des 19. Jahrhunderts, in welchem die kritische Geschichtsschreibung aufblühte, so sehr, daß er überall, auch außerhalb Deutschlands, befolgt wurde. Auch in Frankreich und England sind viele rechtshistorische Arbeiten unter diesem Gesichtspunkt geschrieben worden. Dieses Verfahren hat dazu geführt, daß die Ergebnisse der rechtshistorischen Forschung heute in erster Linie in Darstellungen vorliegen, welche die Rechtsgeschichte der einzelnen Nationen behandeln. Wer sich über die Rechtsentwicklung im Europa der neueren Zeit unterrichten will, sieht sich daher gezwungen, eine Reihe von auf nationaler Basis erarbeiteten Rechtsgeschichten sozusagen parallel zu lesen. Die Zahl der vergleichenden Studien tritt demgegenüber zurück. Ich erwähne etwa die Arbeiten von Heinrich Mitteis über das mittelalterliche Lehnrecht und Staatsrecht und Rabels so aufschlußreichen Aufsatz über die Zusammenhänge der französischen Gesetzgebung zum Beweis von Verträgen mit dem *Statute of frauds*¹.

* Der folgende Aufsatz gibt in nur wenig veränderter Fassung den Vortrag wieder, den der Verfasser am 19. November 1965 vor dem auswärtigen wissenschaftlichen Beirat des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte gehalten hat.

¹ ERNST RABEL, The statute of frauds and comparative legal history, in: The Law Quarterly Review 63 (1947) 174—187.

Diese Bindung auch der neueren Rechtsgeschichte an die nationalen Entwicklungen ist jedoch je länger je mehr fraglich geworden. Ein erster Grund liegt in der Diskrepanz zwischen den Grenzen der heutigen Nationalstaaten und derjenigen Rechtsgebiete, in denen sich frühere Rechtsentwicklungen vollzogen haben. Staatsgebilde, die von großer Bedeutung für die Rechtsentwicklung waren, sind ganz verschwunden; ich erwähne etwa Burgund, das für die Geschichte der Verwaltungsorganisationen von so großer Bedeutung gewesen ist. Heute einheitliche Gebiete teilten sich in der Vergangenheit in verschiedene Rechtsgebiete; ich nenne Spanien mit der getrennten Entwicklung in Kastilien einerseits und Aragon und Katalonien andererseits, vor allem aber natürlich Italien und Deutschland, die gerade in der neueren Rechtsgeschichte lange Zeit staatlich geteilt gewesen sind². Selbst für ein heute so einheitlich gestaltetes Staatswesen wie Frankreich gilt doch, daß es lange Zeit rechtlich, insbesondere privatrechtlich, keine Einheit gebildet hat.

Zu diesem vielleicht mehr äußeren Gesichtspunkt tritt die Einsicht, daß die Theorie von der Verwurzelung des Rechts im Volksgeist — so unbestreitbar es ist, daß sie einen richtigen Kern hat — in der Ausschließlichkeit, mit der sie oft vorgetragen worden ist, mit den wirklichen historischen Vorgängen schwer in Übereinstimmung zu bringen ist. Ein Gegenbeispiel, vielleicht dasjenige, das am meisten in die Augen springt, bietet naturgemäß das kanonische Recht. Auf welchen Nationalgeist soll es bezogen werden? Ähnliches läßt sich auch von der Wiedererweckung des römischen Rechts und seiner Ausbreitung in Europa sagen. So unbestritten in beiden Bereichen der Vorrang der italienischen Rechtswissenschaft des Mittelalters gewesen ist; als die kulturelle Einheit, der diese rechtlichen Entwicklungen zugeordnet werden können, bietet sich doch viel eher das „Lateinische Mittelalter“ im Sinne von Ernst Robert Curtius an als eine einzelne europäische Nation³. Es gibt aber auch andere Erscheinungen, die ebenfalls nicht ohne weiteres mit jener Theorie in Übereinstimmung zu bringen sind. Die Rechtsgeschichte in Europa weist ein vielfältiges Geben und Nehmen zwischen den einzelnen Rechtsgebieten auf, das sich teils auf einzelne Institutionen oder wissenschaftliche Lehren, teils auch auf ganze Rechtssysteme bezieht. Ich erwähne in diesem Zusammenhang die Bildung des französischen Rechtskreises im 19. Jahrhundert oder die Beeinflussung des schottischen Vertragsrechts durch das hollän-

² Vergleiche zu Italien die interessante Diskussion über die Einheit der *politischen* italienischen Geschichte der Renaissancezeit bei DENIS HAY, Geschichte Italiens in der Renaissance, Stuttgart 1962, Kap. III.

³ Europäische Literatur und Lateinisches Mittelalter, 4. Aufl. Bern/München 1963.

disch-römische Recht des 17. und 18. Jahrhunderts, schließlich Einzelübernahmen wie die Einführung der GmbH als Institution in vielen europäischen Ländern nach dem Vorbild des deutschen GmbH-Gesetzes von 1894.

Macht man sich diese Zusammenhänge klar, so wird man nicht umhinkönnen, auch auf die nationale Rechtsgeschichte den Satz anzuwenden, den Toynbee für die nationale Geschichte im politischen Sinne geprägt hat: „*No single nation or national state of Europe can show a history which is in itself selfexplanatory*“⁴.

Nun wäre es freilich falsch, einfach an Stelle der Nation als Bezugseinheit der rechtsgeschichtlichen Forschung den Begriff „Europa“ zu setzen. Es gilt vielmehr, zunächst Erwägungen darüber anzustellen, ob und in welchem Sinn die Rechtsentwicklung der neueren Zeit in Europa überhaupt als Einheit betrachtet werden kann. Dazu bedarf es einiger grundsätzlicher Überlegungen darüber, was im Bereich der Rechtsgeschichte ein einheitliches Forschungsgebiet sein kann.

II

Die Frage, welche Bereiche für die historische Forschung als eine sinnvolle Einheit angesehen werden können, ist vor allem von Toynbee untersucht worden. Toynbee hat dabei, indem er die allgemeine Kulturgeschichte ins Auge faßte, Kriterien herausgearbeitet, bei deren Vorliegen man in sinnvoller Weise von einer einheitlichen Kulturentwicklung und infolgedessen auch von einem einheitlichen Forschungsgebiet in den historischen Wissenschaften sprechen könnte. Es sind die Folgenden. Kulturentwicklungen in verschiedenen Gebieten und Gruppen können dann als einheitlich angesehen werden und stellen sich damit als ein „*intelligible field of study*“ dar, wenn in ihnen gemeinsame geistige Grundlagen wirksam werden, wenn in den verschiedenen ins Auge gefaßten Gebieten eine intensive gegenseitige Beeinflussung der vorhandenen Einzelgruppen stattfindet und wenn schließlich in diesen Einzelgruppen parallele, zeitlich gleichlaufende Entwicklungen stattfinden. Er erwähnt, was die Geschichte West- und Mitteleuropas angeht, als einheitliche Grundlage das Christentum, er erläutert die Frage der gegenseitigen Beeinflussung an der Bedeutung, welche das Vorhandensein der anderen europäischen Staaten jeweils für die politische Orientierung und Entwicklung eines europäischen Staates gehabt hat, und weist als Parallelentwicklung etwa auf

⁴ ARNOLD JOSEPH TOYNBEE, *A Study of History. Abridgement. I*, New York 1947, p. 1.

diejenige des absoluten Fürstenstaates im Europa des 16. und 17. Jahrhunderts hin. Umgekehrt sieht Toynbee die Geschichte einer Einzelgruppe oder eines Einzelgebietes als abgeschlossenes Kulturgebiet an, wenn eine Geschichte voll oder doch im wesentlichen aus sich selbst verständlich ist, ohne daß die Entwicklung der geographisch benachbarten Gebiete berücksichtigt zu werden braucht. Gerade dieses verneint er für die einzelnen europäischen Völker und Staaten.

Überträgt man diese Gedanken auf die Rechtsgeschichte, so wird man sich hinsichtlich der gemeinsamen Grundlagen zu fragen haben, wie weit in einem Kulturbereich einmal eine Rechtseinheit vorhanden gewesen ist, und das heißt im strengen Sinne, ob sich die Rechtsbildung in diesem Bereich einmal einheitlich vollzogen hat. Dabei muß man freilich bedenken, daß einheitliche Rechtsbildung nicht notwendig einheitliche Gesetzgebung bedeutet. Natürlich ist die einheitliche Gesetzgebung die wichtigste Form einheitlicher Rechtsbildung; aber auch eine einheitliche Rechtslehre, die zu einer *Communis opinio doctorum* wird, kann die Grundlage einer Rechtseinheit sein. Die gegenseitige Beeinflussung der einzelnen Rechtsgebiete oder Rechtskreise tritt am deutlichsten natürlich in den sogenannten Rezeptionen in Erscheinung, d. h. dann, wenn ein Rechtsgebiet die gesamten Normen oder die Normen für ein bestimmtes Lebensgebiet aus einem anderen Rechtskreise übernimmt. Einfluß von Nation zu Nation zeigt sich aber naturgemäß auch in der Übernahme einzelner Institutionen oder Lösungen. Was schließlich die Parallelentwicklungen angeht, so finden wir sie in der Rechtsgeschichte da, wo in zeitlich vergleichbarem Ablauf ähnliche oder doch vergleichbare Probleme aus verwandten Grundideen gelöst werden und daher die erzielten Lösungen miteinander verwandt erscheinen, ohne doch unmittelbar auf gemeinsame Grundlagen zurückzuführen.

Der Zweck der folgenden Ausführungen soll sein, anhand dieser Gesichtspunkte zu prüfen, in welchem Umfange diese Kriterien auf die Gegebenheiten der Rechtsgeschichte der neueren Zeit in Europa zutreffen, und damit zur Klärung der Frage beizutragen, in welchem Umfange und in welchem Sinn diese Entwicklung als Einheit angesehen werden kann.

In der allgemeinen Geschichte läßt man die ‚Neuzeit‘ üblicherweise mit Renaissance und Reformation beginnen. Für die Rechtsgeschichte empfiehlt sich m. E. eine etwas andere Periodisierung. Man muß weiter zurückgreifen. Denn die Kräfte, welche die Rechtsentwicklung in den Jahrhunderten der Neuzeit recht eigentlich bestimmen: die Herausbildung des Fürstenstaates im Politischen und die Entstehung eines ‚gelehrten‘ Rechtes im Geistigen, liegen

schon im Spätmittelalter. Dementsprechend sollen die folgenden Zeitabschnitte unterschieden werden: Spätmittelalter als Zeitraum der Ausbreitung der ‚gelehrten‘ Rechte (vgl. III), Zeitalter des Fürstenstaates und des ‚*Usus modernus*‘ (16. und 17. Jahrhundert; vgl. IV), Aufklärung (18. Jahrhundert; vgl. V) und neueste Zeit (19. und 20. Jahrhundert; vgl. VI).

III

1. Wendet man sich mit unserer Fragestellung zunächst der Rechtsgeschichte des Spätmittelalters zu, also einer Periode, deren eines wichtiges Charakteristikum sicher die Ausbreitung der gelehrten Rechte ist, so muß man sich zunächst mit einem Begriff auseinandersetzen, der bisher der unbefangenen Würdigung der Tatsachen gerade bei vergleichender Betrachtung im Wege gestanden hat. Es ist der Begriff der *Totalrezeption* des römischen Rechts in Deutschland. Dieser Begriff hat zu der Meinung geführt, daß die Ausbreitung der gelehrten Rechte in Italien und vor allem in Deutschland in völlig anderer Weise verlaufen sei als in den übrigen europäischen Ländern. In Deutschland sei das römische Recht als das kaiserliche Recht in seiner Totalität aufgenommen worden und sei vollkommen an die Stelle der früher im Bereich des deutschen Reiches geltenden rechtlichen Regelungen getreten. Demgegenüber sei in den übrigen europäischen Ländern das römische Recht bestenfalls als *ratio scripta* neben oder in Ergänzung der vorhandenen Rechtssätze aufgenommen worden. Bei dieser Betrachtungsweise wird übersehen, daß der Begriff der *Totalrezeption* ursprünglich überhaupt kein Begriff der Geschichtswissenschaft gewesen, sondern vielmehr als Begriff der allgemeinen Rechtslehre im 17. Jahrhundert aufgenommen ist. Nachdem die Vorstellung, das römische Recht sei durch bestimmte Kaiser des Mittelalters eingeführt worden, der beginnenden historischen Kritik zum Opfer gefallen war, stand die deutsche Gerichtspraxis vor der Frage, wie die Geltung des römischen Rechts in Deutschland zu erklären sei. Auf diese Frage liefert die Theorie, daß das römische Recht, und zwar im ganzen, soweit es von der Glosse kommentiert worden sei, ‚*usu receptum*‘ sei, die Antwort. Dieser Begriff sollte also, soweit er überhaupt historisch gemeint war, nur das *Resultat* einer langen Entwicklung bezeichnen; er hatte damit seine Hauptbedeutung in der Rechtsquellenlehre der deutschen Rechtswissenschaft des 17. und 18. Jahrhunderts. Dadurch, daß dieser Begriff der *Totalrezeption* nun aber zur Kennzeichnung des historischen Vorgangs im ganzen verwendet wurde, führte er zu der

Ansicht, daß die Ausbreitung der gelehrten Rechte in Deutschland von Anfang an völlig anders verlaufen sei als in den übrigen europäischen Ländern, daß also von Anfang an ein entscheidender Unterschied in der Rechtsentwicklung der europäischen Länder bestanden hätte.

Diese Auffassung hält jedoch einer näheren Betrachtung der tatsächlichen Vorgänge nicht stand. Es wird zunächst übersehen, daß auch in Deutschland das römische Recht immer nur subsidiär, als *'ius commune'* gegolten hat, daß also im Prinzip lokale Rechtsgewohnheiten ihm vorgingen. Tatsächlich hat es auch in Deutschland, genauso wie in den meisten anderen europäischen Ländern, vom Spätmittelalter an laufend Aufzeichnungen des lokalen Gewohnheitsrechtes gerade auch in den Punkten, in denen es vom römischen Recht abwich, gegeben. Die deutschen Stadtrechte und Reformationen des 15., 16. und beginnenden 17. Jahrhunderts sind im grundsätzlichen nichts anderes als die Aufzeichnung der Coutumes in Flandern oder in Frankreich. Würde man untersuchen, in welchen Einzelmaterien das römische Recht sich wirklich durchgesetzt hat und in welchen es durch die Aufrechterhaltung alter Rechtsgewohnheiten in seiner Bedeutung zum mindesten stark zurückgedrängt worden ist, so würde sich vielleicht für Westeuropa und Deutschland gar kein so entscheidender Unterschied ergeben⁵.

Vor allem aber wird durch die Einführung dieses Begriffes der Totalrezeption als einer historischen Kategorie speziell der deutschen Rechtsgeschichte der Blick dafür getrübt, daß die *Entwicklung* bei der ersten Aufnahme der gelehrten Rechte — also bei dem, was man sich gewöhnt hat, die Frührezeption zu nennen — in Westeuropa und in Deutschland sehr ähnlich verlaufen sein kann und tatsächlich sehr ähnlich verlaufen ist. Wie störend dieser Begriff wirken kann, zeigt sich, wenn man die Untersuchungen von Lévy über die Frührezeption in Anjou und in der Bretagne heranzieht^{5a}. Sehr viele Einzelheiten erinnern durchaus an Entwicklungen in Deutschland. Trotzdem betont der Verfasser am Anfang ausdrücklich, daß die Entwicklung in Frankreich ganz anders verlaufen sei als in Deutschland, weil es eben in Frankreich keine Totalrezeption gegeben hätte. Ich erwähne dies als Beispiel, weil es besonders frappant ist, eine derartige

⁵ Was OLIVIER-MARTIN über die geschichtliche Wirkung der Coutume de Paris hinsichtlich der von diesem beeinflussten *Rechtsmaterien* ausgeführt hat, läßt sich recht genau auf das Statutarrecht in Deutschland übertragen; vgl. seine Schrift: *La Coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Paris 1925.

^{5a} Tijdschrift 25 (1957) 1.

Bemerkung am Anfang einer Analyse zu sehen, bei deren Einzelheiten man sich ständig an die deutsche Rechtsentwicklung des 14. und 15. Jahrhunderts erinnert fühlt. Der Begriff der Totalrezeption kann als historischer Begriff vielleicht zur Kennzeichnung der Rechtslage im 16. und 17. Jahrhundert verwendet werden, für die Betrachtung des Spätmittelalters erweist er sich als außerordentlich störend.

2. Die Entstehung und Ausbreitung der gelehrten Rechte selbst macht eine doppelte Betrachtung erforderlich.

Soweit es sich um das kanonische Recht handelt, liegt dem ganzen Vorgang eine einheitliche Rechtsbildung, nämlich die einheitliche Gesetzgebung und Spruchpraxis der römisch-katholischen Gesamtkirche seit dem 12. Jahrhundert, zugrunde. Hier gibt es angesichts der Einheit der Kirche im Prinzip keine nationalen Differenzierungen. Das kanonische Recht beansprucht in dem Bereich, den ihm die Kirche zuweist, in allen katholischen Ländern Europas Geltung; auch England und die skandinavischen Länder machen hier keine Ausnahme.

Soweit die Ausbreitung des römischen Rechts in Betracht kommt, wird man dem Vorgang am besten gerecht werden, wenn man ihn als einen Vorgang im Bereich der wissenschaftlichen Bildung betrachtet. Wenn auch, besonders im 12. und 13. Jahrhundert, zahlreiche und zum Teil enge Beziehungen zwischen den Schulen der Legisten und dem mittelalterlichen Kaisertum bestanden haben, so vollzieht sich die Ausbreitung des römischen Rechts doch nicht in erster Linie auf der Grundlage kaiserlicher Gesetzgebung, sondern aufgrund der Tatsache, daß das römische Recht in Bologna Grundlage des wissenschaftlichen Rechtsunterrichtes wird, und daß nach dem Vorbild von Bologna im Prinzip der Rechtsunterricht an allen Rechtsfakultäten Europas organisiert wird⁶, d. h. überall, wo es überhaupt im Rahmen der mittelalterlichen Universität zu einem juristischen Unterricht kommt. Das römische Recht kommt wieder zur Wirksamkeit, weil es Lehrgegenstand wird.

Bekanntlich ist dann sehr früh neben das römische das kanonische Recht als Gegenstand des Universitätsunterrichts getreten. Es entfaltet damit sozusagen eine zweite, rein bildungsmäßige Wirksamkeit, und die mittelalterliche Universität dient nun den *beiden* gelehrten Rechten. Gewiß hat

⁶ Maßgebend dafür war teils die päpstliche Gesetzgebung — vgl. die Bullen Clemens' V. von 1318 für Rom und Perugia —, teils kommunale Statuten, teils die Universitätsstatuten wie z. B. von Lerida (1300).

es Schwankungen und individuelle Sonderformen gegeben; aber typischerweise war die mittelalterliche Rechtsfakultät oder Rechtsuniversität eine Anstalt, in der sowohl römisches wie kanonisches Recht gelehrt wurde. Für Studienprogramm, Studiengang und Organisation des Examens war das Muster von Bologna im Grundsätzlichen maßgebend, mag es auch in Einzelheiten zwischen Bologna und den französischen und deutschen Fakultäten Unterschiede gegeben haben.

Damit war eine einheitliche Bildung und Ausbildung der gelehrten Juristen an der mittelalterlichen Universität gesichert, und die Ausbreitung der Rechtsschulen ist ein Indiz für die Ausbreitung des Juristenstandes selber und damit auch der Kenntnis und der Möglichkeit der Anwendung der gelehrten Rechte. Um den Vorgang zu verdeutlichen, möchte ich hier einige Daten einschalten. In Bologna gibt es um 1100 bereits die Anfänge der Legistenschule. In Paris entwickelt sich im Laufe des 12. Jahrhunderts die ältere französische Dekretistenschule. 1222 wird Padua gegründet, etwa 1230 die Rechtsschule von Orléans. Um dieselbe Zeit, 1227/1228, entsteht Salamanca, das in der Mitte des Jahrhunderts unter Alfons X. über zwei legistische, eine dekretistische und zwei Dekretalenprofessoren verfügt. Mitte des 12. Jahrhunderts lehrt Vacarius in Oxford, und wir finden den Einfluß der legistischen Rechtswissenschaft noch bei Bracton um 1260. Ende des 14. Jahrhunderts folgen die Universitäten im Bereich des mittelalterlichen deutschen Reiches: Prag 1356, Wien 1365, Heidelberg 1388, Köln 1389, Erfurt 1392. Weitere Gründungen folgen das ganze 15. Jahrhundert hindurch. 1478 wird Kopenhagen eröffnet, 1477 Uppsala. Krakau war schon 1367 vorangegangen, Fünfkirchen 1367.

Zu diesen eindrucksvollen Daten kommt der Umstand, daß gerade die ältesten Rechtsfakultäten Ausbildungszentren für ganz Europa darstellen. Ich erwähne als Beispiele die Existenz deutscher Nationen in Bologna, Padua und Orléans, diejenige einer englischen in Paris. Im ganzen Spätmittelalter wie noch im 16. Jahrhundert bilden die italienischen Universitäten, vor allem Bologna, Padua, Perugia und Pavia, ebenso wie in Frankreich Paris und Orléans, den Treffpunkt einer internationalen Studentenschaft. Auch die Engländer fehlen nicht⁷.

Diese Entwicklung im Bereich des Bildungswesens führt *soziologische Veränderungen* mit sich. In den Ländern, welche an ihnen teilnehmen, entsteh-

⁷ Vgl. etwa für Padua die Angaben bei BRAGIO BRUGI, L'università dei Giuristi in Padova nel Cinquecento, Archivio Veneto-Tridentino Vol I (1922) p. 23—40 für das 16. Jh.

hen die Juristen als besondere soziale Gruppe, die alsbald bestimmte Funktionen im Leben des Landes übernimmt. Wichtig ist in diesem Zusammenhang vor allem die Organisation einer gelehrten Gerichtsbarkeit im Rahmen der Kirche, welche mit der Entwicklung des Offizialats seit dem Ende des 12. Jahrhunderts zu beobachten ist. Ich werde darauf noch im einzelnen zurückkommen. In Italien sehen wir schon im 12. Jahrhundert den Juristenstand sich entwickeln, und zwar in diesem Lande überlieferter Laienkultur offenbar von vornherein mit einem starken Laienelement. Am Hofe Friedrichs II. spielt die Gruppe der Juristen eine bedeutende Rolle⁸; ich erwähne nur die Namen Roffredus und Petrus de Vinea. In Frankreich finden wir gelehrte Juristen seit der Mitte des 13. Jahrhunderts im Dienste der Könige. 1268 ist das Parlament von Paris schon in seiner Mehrheit mit gelehrten Richtern besetzt, seit 1319 ausschließlich⁹. In Spanien finden wir gelehrte Juristen um die Mitte des 13. Jahrhunderts am Hofe Alfons X., und seitdem reißt die Reihe der Kleriker im Consejo de Castilla nicht ab. In den Niederlanden treten uns Legisten im Rate der Grafen von Flandern seit 1279 entgegen¹⁰. In Deutschland begegnet uns in der Literatur das deutsche Wort Jurist zum ersten Mal am Ende des 13. Jahrhunderts in Hugo von Trimbergs „Renner“¹¹. Der Occultus Erfordensis schreibt 1282 eine Satire auf den Stadtjuristen von Erfurt. Seit Rudolf von Habsburg sind ununterbrochen gelehrte Juristen im Rate des Königs¹². Von England wissen wir, daß die königlichen Richter im 12. und 13. Jahrhundert überwiegend Kleriker und damit doch wohl mindestens zum Teil rechtsgelehrte Kanonisten gewesen sind. Der Kanzler, der die Gesetzgebung Eduards I. inspiriert hat, war Robert Burnell, Bischof von Bath (gestorben 1290)¹³. Erst Ende des 13. Jahrhunderts tritt ein Umschwung ein. 1292 verfügt Eduard I., daß Juristen aus den Grafschaften an den Gerichtshöfen in Westminster selbst ausgebildet werden

⁸ FRANCESCO DE STEFANO, *La cultura alla corte di Federico II imperatore*, p. 135 ss.

⁹ LEVIN GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts* I, 3. Aufl. Stuttgart 1891, p. 213 N. 74; FRANCOIS OLIVIER-MARTIN, *Histoire du Droit français des origines à la Révolution*, 2. Aufl. Paris 1951, p. 229.

¹⁰ JOHN GILISSEN, *Introduction historique au droit civil*, 2. Aufl. Brüssel 1965, p. 102.

¹¹ Vgl. ERICH GENZMER, *L'Europa e il Diritto Romano*, Studi Koschaker I, Mailand 1954, p. 291 ss (p. 308 ss, 320 ss).

¹² WINFRIED TRUSEN, *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland*, Wiesbaden 1962, p. 198.

¹³ Vgl. STEN GAGNER, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm 1960, p. 325 ss; THEODORE F. T. PLUCKNETT, *Legislation of Edward I*, 1947, Reprint Oxford 1962, p. 160 s.

sollen¹⁴, und im 14. Jahrhundert konstituieren sich die Inns of court, die dann auch den juristischen Unterricht übernehmen und für England den Einfluß der Rechtsfakultäten zurückdrängen. Es entsteht zwar auch in England in der gleichen Zeit wie in den Ländern des Kontinents ein Juristenstand, aber die Grundlagen seiner Ausbildung sind nicht die gelehrten Rechte.

3. Sehen wir auf die Hauptergebnisse dieser Entwicklung, so finden wir zunächst eine einheitliche Rechtswissenschaft im ganzen kontinentalen Europa, soweit es zur lateinischen Kultur gehört. Grundlage dieser Rechtswissenschaft sind zunächst die gleichen Texte, die Gesetzgebung Justinians, das Dekret und die Dekretalen. Gemeinsam ist aber auch die wissenschaftliche Literatur, die diese Gesetzestexte erschließt. Eine einheitliche *communis opinio doctorum* entwickelt sich, die für ihre Auslegung maßgebend wird. Praktische Bedeutung gewinnt diese Rechtswissenschaft durch die Bildung des Juristenstandes, der vor allem in der Kirche, aber auch (wenn auch mit verschiedenen Wirkungsgraden) in den werdenden Staaten seine Tätigkeit entfaltet. Die Anwendung des kanonischen Rechts ist durch die Organisation der Kirche sichergestellt. Die Anwendung des römischen Rechts wird durch die Ausbildung der Theorie vom *ius commune* als dem einheitlichen, aber grundsätzlich nur subsidiär geltenden Rechte ermöglicht — eine Theorie, deren Entstehung vor allem durch die Forschung von Calasso aufgeklärt worden ist, und die es ermöglicht, daß legistisches Denken überall eindringt, wo gelehrte Juristen am Werk sind.

Die neue rechtswissenschaftliche Bildung ist eines der Elemente, die im Laufe der Zeit zu einer grundsätzlich neuen Auffassung von Recht und Staat geführt haben. Der Historiker Ernst Kantorowicz hat eindringlich geschildert, wie im juristischen Denken allmählich die Vorstellung vom Staat und vom Herrscheramt sich bildet oder sich wiederbelebt und eine Auffassung überwindet, die nur die Person des einzelnen Herrschers und die zwischen ihr und ihren Gefolgsleuten bestehende Bindung kennt¹⁵. Gaines Post ist dem Einfluß des römisch-kanonischen Rechts, seiner Regeln und Begriffe auf die staatsrechtlichen Anschauungen des Mittelalters nachgegangen¹⁶. Der Gedanke, daß der Herrscher das Recht hat

¹⁴ PLUCKNETT, A concise history of the common law, 5. Aufl. London 1956, p. 212, p. 195 ss.

¹⁵ Vgl. insbes. sein Werk: The king's two bodies, 1957.

¹⁶ Vgl. jetzt den Sammelband: Studies in medieval legal thought, Princeton N. J. 1964.

iura condere ac interpretari, führt zu einer grundsätzlich neuen Auffassung vom positiven Recht, bei der sowohl das römische Recht wie das kanonische Recht eine entscheidende Rolle spielt. Sie ist neben der aristotelischen Staatstheorie, auf deren Bedeutung neuerdings Gagnèr in seinen „Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung“¹⁷ hingewiesen hat, Grundlage und Vorbild für die zahlreichen Gesetzgebungswerke, welche das Spätmittelalter auszeichnen und auf die weiter unten noch kurz eingegangen werden soll. Diese Vorstellung schlägt sich aber auch in dem Typ von Rechtsbüchern nieder, welche sich ausdrücklich als Rechtssätze geben, die vom Herrscher ausgegangen sind. Ich erwähne als Beispiele die *Etablissements de Saint Louis* (1270) in Frankreich und das kleine Kaiserrecht (zwischen 1328 und 1338) in Deutschland, möchte aber auch hervorheben, daß die deutschen Juristen des Spätmittelalters den Sachsenspiegel als ein den Sachsen von bestimmten Kaisern in historischer Zeit verliehenes Privileg verstehen.

Schließlich ist eine der Wirkungen der gelehrten Jurisprudenz und der Entstehung des *gelehrten Juristenstandes* die Bildung gelehrter Gerichte. Voran geht die Kirche mit den Offizialaten, die seit 1200 entstehen und deren Ausbreitung in Deutschland wir bis in die erste Hälfte des 14. Jahrhunderts, von West nach Ost fortschreitend, verfolgen können. Aber die Staaten folgen bald; voran gehen die Stadtstaaten und Territorialstaaten Italiens¹⁸ und von den größeren Ländern vor allem Frankreich. Gleichzeitig beginnt die Bildung von Verwaltungsbehörden, die mit gelehrten Juristen besetzt sind. Wir finden gelehrte Räte in den letzten Jahrhunderten des Mittelalters in den Räten wohl aller bedeutenden Herrscher.

4. Ist damit die wichtigste gemeinsame Entwicklung im Spätmittelalter in ihren Grundlagen und Ergebnissen gekennzeichnet, so soll nun noch auf eine Reihe von Einzelphänomenen hingewiesen werden, die auf analoge Verhältnisse oder Entwicklungen in den einzelnen europäischen Ländern hinweisen.

¹⁷ Vgl. N. 13.

¹⁸ Ein Statut von Modena legt fest, daß niemand *iudex* werden kann, der nicht nachweist, daß er mindestens 5 Jahre ununterbrochen die *leges* studiert hat; vgl. CARLO GUIDO MOR, Storia della Università di Modena, 2. Aufl. Modena 1963, p. 27. — Zu der Führung rechtsgelehrter Beisitzer in Italien allgemein WOLDEMAR ENGELMANN, Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre, Leipzig 1938, p. 60 ss.

- a) Ein erstes Phänomen, das man in den verschiedensten Rechtsbereichen beobachten kann, bildet die Auseinandersetzung mit dem vorhandenen lokalen Recht, das sich im Mittelalter gebildet hatte. Es entspricht der Theorie des *ius commune*, wenn wir sehen, daß die gelehrten Juristen dieses Recht mit den Vorstellungen des gelehrten Rechts zu verstehen versuchen, es *stricte* auslegen und in die *termini* der gelehrten Rechte zu bringen versuchen. Solche Erscheinungen hat Lévy in Anjou im 13. Jahrhundert beobachtet. Wir finden sie aber auch in Deutschland, und zwar auch schon gegen Ende des 13. Jahrhunderts; es sei an das bekannte Landshuter Privileg von 1279¹⁹ erinnert. Was die Füllung von Lücken des vorhandenen Rechtes mit Hilfe des gemeinen Rechtes angeht, so sehen wir etwa, daß das römische Vormundschaftsrecht sowohl im Lübecker Stadtrecht, welches zwischen 1263 und 1348 entstanden ist (Artikel 206/207 in der Ausgabe von Korlén), wie in Anjou vorkommt. Ebenfalls gehört es hierhin, wenn Jordan von Boitzenburg 1259 in einer Rechtsweisung von Hamburg nach Lübeck see-rechtliche Regeln des Corpus iuris verwendet²⁰.

Was die subsidiäre Geltung des Römischen Rechtes als *ius commune* angeht, so möchte ich zwei städtische Rechtsquellen aus weit auseinanderliegenden Gebieten anführen.

Die „*Consuetudines Ilerdenses*“, das Stadtrecht von Lérida, aus dem 13. Jh. bestimmten:

„*Consistit ius nostrum in donationibus et concessionibus sive privilegii principum, et in moribus scriptis, et non scriptis et in usativis (= Usajes de Barcelona nach Villanueva) et legibus goticis et romanis . . .*“

„*Goticis vero legibus paucissimis utimur, ut illis quae loquuntur de testamentis post mortem scribendis et aliis forte quibusdam.*“

„*Legibus quidem Romanis pluribus utimur, pluribus non, ut cotidianis tractatibus causarum liquere potest.*“

In his autem omnibus iste ordo servatur: quod consuetudines nostras scriptas et non scriptas, cortos et bannos praeferimus omnibus, et primo utimur illis. Post hoc vero servamus cortos nostros et privilegia principum, postea usaticos, consequenter leges gotos, ultimo vero loco leges romanas.“

¹⁹ Vgl. dazu jetzt HELMUT COING, Römische Recht in Deutschland, IRMAE V/6, Mailand 1964, p. 104 s.

²⁰ Vgl. COING l. c. p. 106/107.

Und ein Lüneburger Ratsschluß von 1401 besagt:

„Wes me in dessem boke edder in den privilegien nicht en vind, dar willet de Rad und borghere in allen saken . . . na desser tyd sik mer richten an mene *sassech lantrecht*. Und wes me dar nicht ane vind, dar schal me sik denne in den stukken richten und holden an dat keyserrecht. Und wes me dar vort nicht ane vind, dar schal me sik holden an dat gheistliche recht.“

Man darf nach neueren Forschungen auch annehmen, daß die Fixierung lokalen Gewohnheitsrechtes in nicht seltenen Fällen durch gelehrte Juristen erfolgt ist²¹. Offenbar steht dies im Zusammenhang mit dem Umstand, daß das gemeine Recht vernünftige Gewohnheiten grundsätzlich anerkennt. In der Tat können wir seit dem 13. Jahrhundert in verstärktem Umfange Aufzeichnung und Festlegung des lokalen Gewohnheitsrechtes auf dem Kontinent beobachten. England bildet auch hier eine wichtige Ausnahme. Hier verschwinden im Laufe des Mittelalters die örtlichen Gewohnheitsrechte zugunsten des von den zentralen königlichen Gerichten gehandhabten Rechtes.

In den gleichen Zusammenhang gehört die Bearbeitung des heimischen Rechtes durch gelehrte Juristen. Aus England sei an Glanville (1187), vor allem aber an Bracton (1260) erinnert. In Frankreich hat Beaumanoir sein Werk über die Rechtsgewohnheiten des Beauvaisis um 1280 geschrieben, Pierre Fontaine in seinem *Conseil d'un ami* 1220/1230 über diejenigen des Vermandais und von Péronne, unter erheblicher Zufügung legistischer Bestandteile. Aus der deutschen Rechtsgeschichte ist diesen Werken etwa der Richtsteig Landrechts des Johann von Buch von ca. 1335 zur Seite zu stellen und aus Flandern die *Somme rural* aus dem 14. Jahrhundert zu erwähnen.

Der Darstellung mit Mitteln des Gelehrtenrechts folgt die Kommentierung. In Spanien ist beispielsweise der *Fuero real*, ein unter Alfons X. 1274 ausgearbeitetes Modellstadtrecht, im 14. Jahrhundert mit romanistischen Glossen versehen worden; ebenso die *Usajes* von Katalonien. In Frankreich erfährt die *Très ancienne coutume* der Bretagne (ausgearbeitet ca. 1312 bis 1325) im 15. Jahrhundert eine ähnliche Kommentierung. Im 16. Jahrhundert wird sie Gegenstand des berühmten Kommentars von Argentré. In Deutschland ist die Sach-

²¹ Vgl. etwa die Abfassung des Hamburger „Ordeelbooks“ durch Jordan v. Boitzenburg, die Hinweise bei SVEN ET SUZANNE STELLING-MICHAUD, *Les juristes suisses à Bologne* (1255–1330), Genf 1960, p. 53 u. 140, sowie GAGNER, *Studien* p. 305 ss.

senspiegelglosse des Johann von Buch (ca. 1330) das hervorragendste Beispiel. Des weiteren sei Nicolaus Wurm's Kommentar zum Mainzer Landfrieden (1386) und die Langenbeck'sche Glosse zum Hamburger Stadtrecht von 1497 erwähnt. In eine spätere Epoche gehört Mevius' Werk *Ad Ius Lubecense*. In Österreich erscheinen — freilich auch erst in der folgenden Epoche — die von den Innsbrucker Professoren um 1700 ausgearbeiteten Kommentare zur Tiroler Landesordnung. Dagegen gehören wieder in den hier betrachteten Zeitraum die Glossen des Marino de Caramanico zum *Liber Augustalis* (1265) und der dem gleichen Gesetzeswerk gewidmete Kommentar des Andrea d'Isernia aus dem 14. Jh.

Endlich gehört in den Bereich der Auseinandersetzung der gelehrten Jurisprudenz mit dem lokalen Recht die reiche Gruppe der Differenzienliteratur, die wir ebenfalls in allen kontinentalen Ländern auftauchen sehen.

- b. Unter dem Einfluß der gelehrten Juristen beginnt nun aber auch eine größere Gesetzgebung im kirchlichen und weltlichen Bereich²². Voran geht die Kirche mit der Dekretalengesetzgebung. Aber das 13. Jahrhundert zeigt, wie die Untersuchung von Gagnèr deutlich gemacht hat, auch eine vielfältige Gesetzgebung im weltlichen Bereich. Friedrich II. von Hohenstaufen erläßt 1231 den *Liber Augustalis*. Wenig später erfolgt in Spanien das Gesetzgebungswerk Alfons X., der *Fuero real* (1250—1260) und die *Siete partidas* (1265). In Dänemark wird 1241 das *Jytske Low* erlassen, und in England erfolgt in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts das großartige Gesetzgebungswerk Eduards I.; daß bei seiner Ausarbeitung der Bischof Robert Burnell beteiligt war, ist schon erwähnt. In Böhmen sind die bergrechtlichen Gesetze Wenzels II. zu erwähnen²³.

Zusammenfassend läßt sich folgendes sagen: in der Zeit von 1200 — 1500 entsteht durch die Bildung und Ausbreitung der gelehrten Rechte in Europa eine einheitliche Grundlage des wissenschaftlichen juristischen Denkens. Dabei gibt es freilich Randzonen, in denen der Einfluß dieser gelehrten Jurisprudenz entweder geringer ist oder sich später erst entfaltet. Dazu gehören etwa England und Skandinavien. Durch diesen Vorgang werden in den europäischen Ländern Entwicklungen ausgelöst, die, ohne unmittelbar voneinan-

²² Dazu GAGNER, Studien.

²³ Die sog. *Constitutiones iuris metallici*. Vgl. ADOLF ZYCHA, Das böhmische Bergrecht des Mittelalters, II (Quellen des Iglauer Bergrechts), Berlin 1900 p. 40—297.

der beeinflußt zu sein, doch verwandte Züge zeigen. Beide Phänomene sind sicher stark genug, um uns zu einer einheitlichen Betrachtung der historischen Entwicklungen zu veranlassen und die Einzelercheinungen miteinander vergleichend zu studieren.

IV

1. Die folgende Epoche ist politisch durch die Konsolidierung des Fürstentums charakterisiert. In allen Ländern des Kontinents finden wir jetzt den Beamtenapparat ausgebildet, auf den die absolute Monarchie sich stützt. Freilich darf nicht übersehen werden, daß diese Entwicklung in manchen europäischen Ländern, etwa in Frankreich und einigen italienischen Territorialstaaten, schon wesentlich früher abgeschlossen war. Im Zusammenhang damit steht die Bildung gelehrter Gerichte im Bereich des Staates, auch wo solche bisher nicht vorhanden waren. Vielfach tritt dabei eine Verbindung von Verwaltungs- und Justizfunktionen ein. Der Rechtsfriede im Innern wird endlich hergestellt, das Fehdewesen unterdrückt. Innenpolitisch gelingt dem Fürstentum, die politische Macht des Hochadels zu brechen; freilich nicht ohne ihm seine gesellschaftliche Vorzugstellung und seine Steuer- und sozialrechtlichen Privilegien zu belassen. Das Vorbild für diese Entwicklung haben zunächst wohl Frankreich und einzelne italienische Territorialstaaten wie Mailand geliefert, aber Spanien und der englische Tudor-Staat sind schnell gefolgt, während die deutschen und skandinavischen Staaten in der Entwicklung zurückbleiben.
2. Es ist verständlich, daß die neue politische Organisation Parallelentwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung hervorruft.
 - a) In dieser Epoche werden die lokalen Rechte auf Veranlassung der Territorialfürsten, in Deutschland auch der Städte, endgültig fixiert. In Frankreich erfolgt die Redaktion der Coutumes aufgrund königlicher Ordonnanzen. In den Niederlanden vollzieht sich das gleiche aufgrund der Gesetzgebung Karls V. (1531), in Belgien folgt später das *Édit perpétuel* von 1611. In den südlichen Niederlanden allein werden 700 lokale Rechtsbräuche aufgezeichnet²⁴. In Deutschland ist dem die Entstehung der Reformationen und der Landrechte an die Seite zu stellen. Wieweit die Aufzeichnung zugleich eine Angleichung an das

²⁴ Vgl. GILISSEN, Introduction, p. 130 ff.

römisch-kanonische Recht bedeutet, bedurfte im einzelnen vergleichender Untersuchungen²⁵. Meines Erachtens ist die Bewahrung des alten Rechts in Frankreich und den Niederlanden überschätzt, in Deutschland eher unterschätzt worden.

Die zahlreichen Kontroversen innerhalb des gemeinen Rechtes selbst, aber auch Zweifel, die aus dem Zusammenstoß der gelehrten Rechte mit lokalem Recht entstehen, rufen einen Typ von Gesetzen hervor, welche derartige Einzelfragen autoritativ entscheiden — hierin manchen Konstitutionen Justinians vergleichbar. Beispiele bilden die spanischen *Leyes de Toro* von 1503 und die kursächsischen Konstitutionen von 1572.

Im übrigen ist der Inhalt der frühabsolutistischen Gesetzgebung durch den Gedanken der guten Polizei bestimmt. Dem entspricht eine Gesetzgebung, die die verschiedensten Materien im Sinne beginnender staatlicher Fürsorge regelt, um Einzelmisstände zu beseitigen, wie sie namentlich von den Ständen geltend gemacht werden. Ein Vergleich der *Ordonnances* der französischen Könige, der Gesetzgebung der Tudors in England und der deutschen Reichspolizeiordnungen sowie der von den Landesfürsten erlassenen entsprechenden Gesetze würde wohl zeigen, daß hier mancherlei Gemeinsamkeiten gegeben sind.

Die gesetzgeberische Aktivität des Fürstenstaates macht der Natur der Sache nach nach einer gewissen Zeit die Sammlung der Einzelgesetze erforderlich, damit man das ‚*ius modernum*‘ in übersichtlicher Form benutzen kann. So entstehen teils amtlich, teils privat Sammlungen der neueren Gesetzgebung; etwa in Spanien die *Nueva Recopilación* von 1567 und in Italien in einem späteren Zeitraum die *Reali Costituzioni* in Piemont von 1723 und 1770. Beispiele für private Sammlungen sind Suttingers *Consuetudines austriacae* von 1720 und Weingartens *Codex ferdinandeo-leopoldinus* für Böhmen 1701.

Dazu treten nun aber auch Gesetze, die einzelne Materien umfassend ordnen, also die frühen „Kodifikationen“. Ich erwähne aus Deutschland die *Carolina* sowie die Reichskammergerichtsordnungen, aus Frankreich die Gesetzgebung Ludwigs XIV. (*Ordonnance de la procédure civile* 1667, *Ordonnance du commerce* 1673, *Ordonnance de la procédure criminelle* 1670 und *Ordonnance de la marine* 1681),

²⁵ Auch in Frankreich hat der Präsident de Thou bei der Aufzeichnung der Coutumes im 16. Jh. in gewissem Umfange romanisiert: vgl. OLIVIER-MARTIN: *Histoire*, p. 421 ss.

aus Belgien die Ordnung des Strafprozesses und Strafrechtes von 1570, des Seerechts sowie der Seeversicherung 1563, 1569, 1570 und 1571 sowie das *Édit perpétuel* von 1611. Aus Italien sind die Regelungen des Strafrechts in Piemont von 1571, aus Österreich die Regelung des Erbrechtes von 1720 zu erwähnen.

- b) Die Konstituierung permanenter gelehrter Gerichtshöfe führt dazu, die wichtigen Entscheidungen dieser Instanzen zu sammeln. Vorangegangen sind hier schon in der vorigen Periode Entscheidungssammlungen der Rota romana und des Pariser Parlaments. Im Zeitalter des Absolutismus finden wir derartige Sammlungen wohl in allen Ländern. Ich erwähne aus Belgien die Arrêtisten, aus Italien die Entscheidungssammlungen der Rota und der Gerichte der Einzelstaaten, aus Savoyen durch Anton Faber und aus Deutschland die Werke von Mynsinger und Gail, welche die Entscheidungen des Reichskammergerichts wiedergeben.

3. Auf dem Kontinent bildet im 16. und 17. Jahrhundert das gelehrte römisch-kanonische Recht überall die wissenschaftliche Grundlage von Rechtslehre und Rechtsprechung. Was wir in Deutschland als *Usus modernus Pandectarum* zu bezeichnen gewohnt sind, hat auch in den anderen Ländern weitgehende Entsprechungen. Das Buch des Engländers Duck *De usu ac auctoritate Juris Civilis Romanorum in dominiis principum Christianorum* gibt davon einen lebhaften Begriff und zeigt, daß sich die Zeit selbst dieses verbindenden Elementes bewußt war.

Eine Ausnahme bildete freilich in vieler Hinsicht England, in dem nach der Reformation nun auch der Einfluß des kanonischen Rechts im Zusammenhang mit den kirchlichen Veränderungen zurückgeht. Ich weise nur auf die Tatsache hin, daß die englischen Kanzler nunmehr keine Kleriker mehr sind.

- a) Grundlage der einheitlichen Rechtswissenschaft ist neben den Gesetzestexten eine legistische und kanonistische Literatur, die in unmittelbarem Anschluß an die italienischen Kommentatoren sich entwickelt hat. Daß die italienische Rechtswissenschaft die gemeinsame Grundlage bildet, läßt sich an den Zitaten verfolgen, welche auch nichtitalienische Autoren bringen. Das Vorbild der italienischen Rechtswissenschaft zeigt sich aber auch in den Formen, in denen diese rechtswissenschaftliche Literatur auftritt und die noch weitgehend durch die Arbeitsweise der Kommentatoren bestimmt wird. Es bleibt beispielsweise in den

Traktaten die Behandlung der Materien nach einzelnen *quaestiones*, und es bleibt zunächst auch noch die Literaturgattung der großen Kommentare oder *lecturae* zu den Quellen erhalten.

Bemerkenswert ist, daß auch in den Werken, welche dem lokalen oder nationalen Recht gewidmet sind, die italienische Rechtswissenschaft überall als Grundlage hervortritt.

Diese Literatur ist durchaus international. Nicht nur die italienischen Autoren werden von allen Juristen auf dem Kontinent zitiert, auch spanische, französische, niederländische und einzelne deutsche Werke erlangen internationale Geltung. Daß der *Labyrinthus creditorum* des Salgado de Samoja (1653), das Werk eines spanischen Richters über das Konkursverfahren, in Deutschland großen Einfluß gewinnen, ja für die Entwicklung des Konkursrechts grundlegend werden konnte²⁶, ist für die Epoche charakteristisch.

- b) Innerhalb der gelehrten Rechte tritt allmählich eine Sonderung in die einzelnen Fachgebiete ein. War der Prozeß schon von Anfang an Gegenstand einer besonderen Literatur gewesen, so lösen sich nun allmählich auch Strafrecht und öffentliches Recht aus der allgemeinen Lehre des römischen Rechts heraus. Das Handelsrecht erfährt in den Werken italienischer Juristen wie Stracca, Scaccia (beide 16. Jahrhundert) zusammenfassende wissenschaftliche Bearbeitung und gewinnt in dieser Form auch in den übrigen Ländern Einfluß²⁷, interessanterweise auch in England, wo 1629 Malynes' *Lex mercatoria* erscheint, ein Werk, das u. a. auch auf der Arbeit der Italiener beruht.
- c) Der Einfluß des kanonischen Rechts tritt in den protestantischen Ländern infolge der religiösen Umwälzung zurück. Es bleibt freilich eine offene Frage, wieweit Grundsätze des kanonischen Rechts, wie etwa die kanonische Vertragslehre, in den protestantischen Ländern fortgegolten haben, aber nun einfach als Gewohnheitsrecht deklariert worden sind.

4. Der Einheit der gelehrten Rechtswissenschaft in der Zeit des *Usus modernus* stehen freilich auch zentrifugale Kräfte gegenüber. Sie haben ihre

²⁶ Vgl. WILHELM ENDEMANN, Das Deutsche Konkursverfahren, Leipzig 1889, p. 10/11.

²⁷ Über den Einfluß in den Niederlanden vgl. WILHELM FRANZ LICHTENAUER, Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland tot 1809, Amsterdam 1956 p. 16, p. 100. Auch die ital. Rechtsprechung, z. B. die genuesische, fand in den Niederlanden Beachtung.

mächtigen Wurzeln in der Einordnung von Rechtsprechung und Verwaltung in die Einzelstaaten, ein Faktum, dessen Bedeutung durch die praktische Richtung von Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur, welche die Zeit beherrscht, verstärkt wird.

- a) Die politische Entwicklung bringt es mit sich, daß selbstverständlich die Rechtsprechung, aber auch die Rechtswissenschaft, die Gesetzgebung der Zeit in den einzelnen Fürstenstaaten nicht übergehen kann. Das ‚*ius novissimum*‘ verlangt Beachtung. Goudeling läßt 1620 in Belgien sein Buch *De iure novissimo* erscheinen. Die Rechtswissenschaft muß sich bequemen, dieses Recht auch im Unterricht zu berücksichtigen. In Löwen wird dies 1617 angeordnet²⁸, in Straßburg 1634 festgelegt, daß es in den Vorlesungen über römisches Recht, insbesondere beim Prozeß, zu berücksichtigen sei.

In Frankreich führt die Reform Ludwig XIV. 1679 einen zusätzlichen Jahreskurs im ‚*Droit francais*‘ ein, der sich neben dem *Droit coutumier* im wesentlichen auf die königliche Gesetzgebung bezieht²⁹. An der Universität Dôle wird seit 1653 das *Droit bourguignon* gelehrt³⁰, und in Italien fordert Maffei 1713 die Einführung eines Kurses über ‚*Gius veneto*‘ in Padua³¹.

- b) Ein weiterer Einfluß im Sinne einer Differenzierung geht von der Rechtsprechung aus, die in den einzelnen Ländern auch von der Wissenschaft in steigendem Umfang berücksichtigt wird. In Deutschland spielen die Werke von Mynsinger und Gail, in Belgien diejenigen der Arrêtisten und Damhouders Werke (geschrieben auf der Grundlage der Werke von Wielant [gest. 1570] *Practycke civile*) entscheidende Bedeutung³². Letztere gewinnen auch im Reich erheblichen Einfluß.
- c) Der Einfluß des lokalen Rechts mittelalterlich-germanischer Herkunft steigt, soweit seine Rechtssätze durch die Aufzeichnung der Coutumes, Landrechte usw. festgestellt waren. Dieses Recht wird jetzt mit den Mitteln der gelehrten Rechtswissenschaft bearbeitet. In Frankreich entstehen die Werke von Dumoulin zum Coutume von Paris, von Argentré zum Coutume der Bretagne, in Deutschland ein Werk wie Me-

²⁸ Vgl. GILISSEN, Introduction, p. 154.

²⁹ ALFRED DE CURZON, L'enseignement du droit français dans les universités de France aux XVIIe et XVIIIe siècles, Paris 1920.

³⁰ Curzon, p. 24.

³¹ Vgl. BIAGIO BRUGI, Per la Storia della Giurisprudenza e delle Università Italiane, 1915, I, 193 ss.

³² Vgl. GILISSEN l. c. p. 151, 164.

vius' Kommentar zum lübischen Recht. Darüber hinaus entstehen — wohl im Zusammenhang mit den systematischen Tendenzen der Zeit — Bestrebungen, aus dem lokalen oder nationalen Recht allgemeine Rechtssätze abzuleiten und damit ein Rechtssystem zu schaffen, das, vom römischen Recht unabhängig, diesem gegenübergestellt werden kann. Es handelt sich zunächst in Frankreich um das *Droit Francais*. Loisel, ein Schüler von Cujaz, veröffentlicht 1607 in Frankreich seine *Institutes coutumières*, die diesem Zwecke dienen sollen. In Deutschland entsteht wenig später seit dem Ende des 17. Jahrhunderts die Theorie des deutschen Privatrechts, des „*Ius germanicum*“³³.

- d) Es liegt außerdem in der Natur der Sache, daß mit der fortschreitenden Ausbildung der gelehrten Rechtswissenschaft in den einzelnen Ländern in der Literatur die heimischen Autoren allmählich das Übergewicht über die ausländischen bekommen. Vergleicht man in Deutschland etwa gemeinrechtliche Werke aus dem 16. mit solchen aus dem 17. Jahrhundert, so wird man finden, daß bei diesen die Zitate aus deutschen Werken gegenüber den ausländischen stark in der Überzahl sind. Die großen Autoren des italienischen Mittelalters, etwa Bartolus und Baldus, die im 16. Jahrhundert noch laufend zitiert werden, verlieren in Deutschland — anders als in Italien — im 17. allmählich an unmittelbarem Einfluß, bis Zitate aus ihren Werken zu den Ausnahmen gehören. So bildet sich innerhalb der gelehrten Jurisprudenz selbst allmählich ein „nationales“ gemeines Recht. Es stützt sich — ohne ausländische auszuschließen — doch primär auf die Werke nationaler Autoren und sucht, das gemeine römisch-kanonische Recht mit der Gesetzgebung des eigenen Landes und aufrechterhaltenen Rechtsgewohnheiten des nationalen Rechts zusammenzufassen. Ein erstes und zugleich äußerst bedeutendes Werk dieser Richtung ist des Grotius *Inleidinge tot de hollandsche Rechtsgeleertheit*. Aus Belgien ist Dammhouders (gest. 1581) *Praxis rerum criminalium* und *Praxis rerum civilium* zu nennen, in Deutschland etwa Carpczows Werke.

5. Gemeinsam dagegen ist in den europäischen Ländern wieder die systematisch-antiquarische Richtung in der Jurisprudenz, welche aus den wissenschaftlichen Methoden und Anliegen der Renaissance erwächst. Sie hat freilich zunächst nicht die volle Herrschaft in der Rechtswissenschaft, ins-

³³ Vgl. dazu den Beitrag von KLAUS LUIG in diesem Band; die beiden Entwicklungen hat schon OLIVIER-MARTIN, *Coutume de Paris* (s. N. 5), p. 22 s., in Parallele gesetzt.

besondere im Unterricht — geschweige denn in der Praxis — erlangt. Ihr Einfluß beschränkt sich vielmehr auf gewisse Zentren und auf einen verhältnismäßig fest abgegrenzten Kreis von Gelehrten. So gewinnt sie zunächst Einfluß in Frankreich (ohne jedoch auch dort endgültig sich im Unterrichtssystem durchzusetzen), dann in Deutschland und vor allem in Holland. Hier gelingt es ihr, bleibenden Einfluß auch auf die mehr praktisch ausgerichtete Jurisprudenz zu gewinnen. Diese holländische Jurisprudenz strahlt dann wiederum stark nach Deutschland im 18. Jahrhundert und nach Schottland (Ende 17.—18. Jahrhundert) aus, wo mit den holländisch gebildeten „*Institutionalists*“ eine neue Epoche des schottischen Rechtslebens beginnt. Stairs „*Institutions*“ erscheinen 1681.

6. Zusammenfassend lassen sich die folgenden Züge herausheben:

- a) Im großen wird das Rechtsleben der Zeit in den kontinentalen Ländern durch das Ergebnis der Ausbreitung der gelehrten Rechte bestimmt. Das römisch-kanonische Recht bildet noch weithin die gemeinsame Grundlage der Rechtswissenschaft und der Praxis der gelehrten Gerichte. Die ‚*communis opinio doctorum*‘, gebildet in einer internationalen Rechtswissenschaft, besitzt Autorität über die Schranken der Länder hinweg. Die andauernde Benutzung der lateinischen Sprache für juristische Werke ermöglicht eine internationale Wirkung.
- b) Weggefallen ist freilich mit der Kirchenspaltung die einheitliche Gesetzgebung der Kirche. Die gleichmäßige Tendenz der Entwicklung der Staaten — es sind die Jahrhunderte des Aufstiegs der Monarchie — ruft aber eine Reihe von parallelen Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Staatsorganisation hervor. Gleichzeitig zeigt sich freilich die zentrifugale Wirkung der Verfestigung der Einzelstaaten. Die Gesetzgebung der Zeit, die Berücksichtigung des heimischen Rechts und die Bedeutung der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe der Einzelstaaten bilden zentrifugale Kräfte, die die Einheit der Rechtswissenschaft in Europa zu bedrohen und aufzulösen beginnen.
- c) Dieses beginnende Auseinanderleben wird auch nicht dadurch aufgehoben, daß in Einzelfällen wohl Beeinflussungen von Staat zu Staat gegeben sind, wie etwa Rabel sie zwischen der französischen Gesetzgebung über den Beweis der Verträge (zuerst Ordonnance von Moulins 1566) und das englische *Statute of frauds* von 1672 festgestellt hat⁸⁴.

⁸⁴ Vgl. RABEL, I. c. (s. N. 1).

England entfernt sich in dieser Epoche sowohl im Bereich des Verfassungsrechts wie im Bereich des Privatrechts stärker vom Kontinent, verfassungsrechtlich durch den Sieg des Parlaments über die Stuarts, privatrechtlich durch das Aufhören des Einflusses des kanonischen Rechts und die Zurückdrängung der Legisten oder *civilians* im Zusammenhang mit der Überwindung der absolutistischen Bestrebungen des Königtums. Andererseits werden im 17. Jahrhundert die Grundlagen für die Rezeption des italienisch-kontinentalen Handels- und Seerechts in England gelegt, die dann im 18. Jahrhundert durch Lord Mansfield zum Abschluß gebracht wird³⁵. Schottland wird durch das Wirken der Institutionalists enger mit dem kontinentalen Recht verbunden.

V.

Ich wende mich der Aufklärungszeit, dem 18. Jahrhundert, zu.

1. Versucht man die Epoche der Aufklärung in der Rechtsgeschichte nach Daten zu bestimmen, so zeigt sich in besonderem Maße, wie schwierig es ist, geistesgeschichtliche Epochen mit festen Daten abzugrenzen, weil sich die Wirkungen der verschiedenen Epochen und Strömungen überschneiden. Der Einfluß der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, wie ihn der *Usus modernus* in den vorangehenden Jahrhunderten entwickelt hatte, bleibt auch während der Aufklärungszeit, auch im 18. Jahrhundert, noch wirksam, freilich in den einzelnen Ländern Europas in verschiedener Stärke und in verschiedener zeitlicher Ausdehnung. In Italien zeigt dies das Werk des Kardinals De Luca, in Deutschland die Arbeiten Leysers. Auch in Spanien hat man wohl — und hier sogar bis gegen Ende des Jahrhunderts — noch mit dem gemeinen Recht alter Prägung zu rechnen.

Im Stil der Gesetzgebung zeigt sich die gleiche Erscheinung. Die *Novísima Recopilación* von 1803 in Spanien ist nach der gleichen Methode angelegt wie die *Nueva Recopilación* aus dem 16. Jahrhundert. In Frankreich unterscheiden sich die Ordonnanzen des Kanzlers Daguesseau aus den 30iger Jahren des 18. Jahrhunderts nicht entscheidend von dem Gesetzgebungswerk Ludwig XIV., und der *Codex maximilianeus* in Bayern, ebenso wie die ersten Entwürfe zum österreichischen und zum preußischen Recht, stehen den alten Landrechtskodifikationen und den Werken des *Usus moder-*

³⁵ Vgl. L. STUART SUTHERLAND, *The law merchant in England in the seventeenth and eighteenth centuries*, Transactions of the Royal Historical Society, 1934, p. 149 ss.

nus näher als den Kodifikationen, die schließlich am Ende der Reformarbeiten stehen.

2. Aber gegenüber diesen Kräften des Beharrenden zeigen sich neue Tendenzen, und zwar Tendenzen, die nun wiederum ganz Europa gemeinsam sind. Die Grundlage ist die *Naturrechtslehre* der Aufklärung. Sie schafft als internationale Bewegung neue gemeineuropäische Ideen über die Ordnung der Gesellschaft und des Rechts. Der große Gedanke einer Gesellschaft freier und gleicher Menschen, der gegenüber der bestehenden, ständisch gegliederten, feudalen Gesellschaftsordnung entwickelt wird, hat nicht nur für das öffentliche Recht seine umstürzende Bedeutung. Aus ihm wird zugleich das Modell eines Privatrechts entwickelt, welches auf dem Gedanken von Freiheit und Eigentum und damit vom Rechtsgeschäft und Eigentum als privatrechtlichen Grundinstitutionen beruht. An diesem Modell wird kritisch, unbefangen und unbelastet durch Traditionen das überkommene Recht, also insbesondere das römische Recht, wie es aus der mittelalterlichen Rechtsentwicklung hervorgegangen und durch den *Usus modernus* gestaltet war, geprüft. Damit wird, in dieser Form zum ersten Mal in der europäischen Rechtsgeschichte, eine *rechtspolitische* Debatte über den Wert der einzelnen privatrechtlichen Regelungen eingeleitet.

Dem gemeinsamen Inhalt der neuen Ideen entspricht eine neue Form der Darstellung rechtlicher Gedanken, die ebenfalls im 18. Jahrhundert gemeineuropäisch ist. Die alten Literaturformen verschwinden zugunsten einer systematisch deduktiven Behandlung der einzelnen rechtlichen Materien. Klare und einfache Prinzipien werden zugrunde gelegt, die einzelnen Rechtssätze durchsichtig und deutlich formuliert. Das Anliegen der systematischen Richtung in der Jurisprudenz, wie sie sich zunächst aus den Bestrebungen der Renaissance entwickelt hatte, wird nun endlich allgemein anerkannt und verwirklicht.

Schließlich ist der neuen naturrechtlich gerichteten Rechtswissenschaft die Tendenz zur Kodifikation gemeinsam. Sie beruht auf dem Bestreben nach Rechtssicherheit und Schutz vor Richterwillkür ebenso wie auf dem pädagogischen und gesellschaftserzieherischen Gedanken, daß der einzelne Bürger seine Gesetze kennen soll.

Der internationale, besser gesagt der europäische Charakter der Rechtswissenschaft des 17. und 18. Jahrhunderts ist von Thieme in seinem schönen Werk über das Naturrecht und europäische Privatrechtsgeschichte glänzend herausgearbeitet worden. Ich nenne hier nur einzelne Namen,

um deutlich zu machen, wie alle Nationen in dieser Bewegung vertreten sind. Die Grundlage ist — das ist jedenfalls die feste Überzeugung der Zeit — Grotius Werk über das Recht von Krieg und Frieden (1625). Deutschland und Österreich gehören Pufendorf und Thomasius, Suarez, Martini und Zeiller an. Aus der Schweiz kommen Barbeyrac und Vattel, aus Frankreich Voltaire und die Enzyklopädisten, aus Italien Filangieri und Beccaria. Diesmal ist auch England in vollem Umfang beteiligt. Ich nenne die Namen Locke und Cumberland, Blackstone und Bentham.

3. Im einzelnen ruft die neue Bewegung zahlreiche analoge Erscheinungen in der Rechtswissenschaft der einzelnen europäischen Länder hervor.

a) Bereits erwähnt ist der Aufschwung der Systematik. Die Quellengrundlage bleibt, aber die schwerfällige Form des Kommentars als Literaturform verschwindet. Der Inhalt der Quellen wird in einfacher Sprache dargelegt, die neue Schule nimmt die Tendenzen der eleganten Jurisprudenz auf. Typisch für diese Zeit sind die Werke von Heineccius, der 1727 Professor in Franeker, also Holland, war und dort den vollen Einfluß der niederländischen eleganten Schule erfuhr und später im Zentrum der preußischen Aufklärung in Halle gelehrt hat. Es ist für die Einheit der Zeit charakteristisch, daß eines seiner Lehrbücher in Italien und in Spanien als Textbuch im Unterricht in den Fakultäten verwendet wurde³⁶. Für Frankreich verweise ich etwa auf Pothier, der, ein jüngerer Zeitgenosse des Heineccius, in Orléans gelehrt hat und in ähnlicher Form das römische wie das französische Recht dargestellt hat. Eine englische Parallele sind die *Commentaries* (1765) von Blackstone.

b) Die gleichzeitig kritische und spekulative Tendenz der Zeit ruft freigebildete Privatrechtssysteme auf der Grundlage des natürlichen Rechtes hervor. Sie sind vor allem in Deutschland in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts entwickelt worden und historisch die Grundlage der systematischen Bestrebungen des späteren Pandektenrechts und der Entwicklung des „Allgemeinen Teils“³⁷. Hervorzuheben sind hier vor allem die Werke der juristischen Schüler von Christian Wolff.

³⁶ U. z. in Alcalá nach der Reform von 1771. Vgl. LA FUENTE, Historia de las Universidades IV, 97; ferner in Bologna nach dem Studiensystem unter der Cisalpinischen Republik, vgl. ALBANE SORBELLI E LUIGI SIMEONI, Storia della Università di Bologna, vol. II, 1947, p. 162.

³⁷ Vgl. A. B. SCHWARZ, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, SZRom 42

- c) Der Gesamthaltung der Wissenschaft des 18. Jahrhunderts entspricht ein neues Verhältnis zu den Quellen. Es hat seinen charakteristischen Ausdruck im Werk eines französischen Juristen gefunden, der noch dem 17. Jahrhundert angehört und der seinen philosophischen Überzeugungen nach allerdings noch nicht der Aufklärung zugerechnet werden darf. Ich denke an Domats Werk „*Les lois romaines dans leur ordre naturel*“ (1697 erschienen). Domat entwickelt bewußt — er setzt uns in der Vorrede seine Arbeitsweise genau auseinander — zunächst ein eigenes System des Privatrechts. In diesem Rahmen stellt er das römische Recht in eigener Sprache dar und verweist die Quellen als Belegstellen in die Fußnoten. Die Tradition des *Usus modernus* tritt zurück. Niemand, der dieses Werk liest, kann die Parallele zu den Werken der deutschen Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts übersehen. Das aus der Natur der Sache entwickelte System, die eigene Auffassung von der privatrechtlichen Regel tritt in den Vordergrund. Auch da, wo man das traditionelle Recht darstellen will, hat es sich in den Rahmen des eigenen modernen Systems und damit der eigenen modernen Gedanken zu fügen.
4. In allen Ländern endlich beginnt eine Debatte um die Kodifikation des Rechtes. Das Wort selbst ist von dem Engländer Bentham geprägt worden. Treibende Kräfte sind charakteristischerweise oft private Gesellschaften und die darin sich manifestierende, allmählich sich bildende öffentliche Meinung der europäischen Länder, sowie Akademien. Der aufgeklärte Absolutismus greift den Gedanken auf. Seit der Jahrhundertmitte wird in Preußen und Österreich an der Kodifikation des gesamten Rechtes gearbeitet, Arbeiten, die im Bereich des Privatrechts zum „Allgemeinen Landrecht“ von 1794 und zum ABGB von 1811 führen. In Italien ragt die Gesetzgebung des Großherzogtums Toskana (unter dem österreichischen Erzherzog Leopold, dem späteren Kaiser Leopold II.) hervor (Strafgesetzbuch von 1786) sowie der sogenannte *Codice Estense* von 1773³⁸. Auch in der Lombardei wird 1787 ein neues Strafgesetzbuch erlassen. Die Gewerbefreiheit wird eingeführt, die Ablösung der feudalen Lasten beginnt. In Frankreich führt die Französische Revolution im schnellen Zuge zur Kodifikation, deren Kernstück Napoleons 1804 erlas-
- (1921) 578 ss.; SCHLOSSMANN, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, Kritisches und Dogmengeschichtliches, Kieler Festgabe f. A. Hänel, 1907.
- ³⁸ Dazu MOR, Storia della Università di Modena, p. 87 ff.

sener Code civil ist. In England entfaltet Bentham eine eifrige Tätigkeit zugunsten der Kodifikation, zunächst ohne Erfolg, wenn auch nicht übersehen werden kann, daß dann das spätere 19. und das beginnende 20. Jahrhundert auch in England zu weitausgedehnten Gesetzgebungswerken führt.

5. Versuchen wir auch hier zusammenzufassen, so muß man zunächst hervorheben, daß die Aufklärung — das hat vor allem Thieme richtig hervorgehoben — den europäischen Ländern einen neuen Schatz gemeinsamer Rechtsideen gegeben hat. Man kann ihn durchaus gleichberechtigt neben die alten gemeinsamen Traditionen aus kanonischem und römischem Recht stellen. Trotz der starken politischen Zersplitterung Europas, trotz der Verfestigung der Einzelstaaten sind durch diese Impulse zahlreiche neue Parallelentwicklungen hervorgerufen worden.

Der Einfluß der juristischen Aufklärung erstreckt sich über ganz Europa. Weder England noch Skandinavien schließen sich aus, und das nun enger in die politische Welt Mittel- und Westeuropas eintretende Rußland bleibt von ihnen nicht unberührt.

VI

1. Im 19. Jahrhundert dominiert überall in Europa der Gedanke des Nationalstaates. Gleichzeitig gehen unter dem fortwirkenden Einfluß der Ideen der Aufklärung die meisten europäischen Staaten zum System des kodifizierten Rechtes über. Preußen, Frankreich und Österreich sind schon erwähnt worden. Italien folgt, nachdem einzelstaatliche Gesetze vorangegangen sind, mit der Kodifikation des *Risorgimento*. In der Schweiz kodifizieren zunächst einzelne Kantone, die Eidgenossenschaft selbst 1881 das Obligationenrecht, 1907 das gesamte bürgerliche Recht. In Deutschland führt Sachsen 1863 ein bürgerliches Gesetzbuch ein, und nach der politischen Einigung folgt die Kodifizierung durch das Reich.

Es ist verständlich, daß die nationalen Staaten das neue kodifizierte Recht nun auch zur Grundlage des Rechtsunterrichtes machen³⁹. Diese Maßnahme ist nicht nur juristischer Nationalismus. Sie hängt auch damit zusammen, daß im 19. Jahrhundert langsam gleichmäßige Voraussetzungen

³⁹ Voran geht Frankreich. Vgl. Instruction pour les Écoles de Droit, vom 19. 3. 1807, Chapitre V, Art. 41 ss in: Recueil des Lois et Règlements sur l'enseignement supérieur, par A. DE BEAUCHAMP, tom. I 1789—1847, Paris 1880, p. 165.

für die Beamtenlaufbahn geschaffen werden und die juristischen Fakultäten Pflanzstätten des Staatsbeamtentums werden. Das Ergebnis dieser Gegebenheiten und dieser einzelnen Maßnahmen in ihrem Zusammenwirken ist, daß in Europa nicht nur die Rechtsbildung selbst nationalstaatlichen Charakter annimmt, also ihre Einheit verliert, sondern — was vielleicht noch schwerwiegender gewesen ist — auch die Einheit der Rechtswissenschaft zerstört wird. Die Rechtswissenschaft orientiert sich im allgemeinen an den Kodifikationen. Die *École de l'exégèse*, die die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts in Frankreich beherrscht, bietet das Beispiel, das vielleicht am charakteristischsten ist. Bekannt ist der Ausspruch des Belgiers Laurent: „Man spricht vom Privatrecht, ich kenne kein Privatrecht, ich kenne nur den Code civil.“ Diese Aufspaltung der Rechtswissenschaft ist in ihren zerstörenden Wirkungen auch durchaus empfunden worden. Erst seit Ende des Jahrhunderts beginnt die Rechtswissenschaft sich auf ihre übernationalen Aufgaben zu besinnen und versucht, sie im Rahmen der neu aufblühenden Rechtsvergleichung wieder zu erreichen.

2. Eine Sonderstellung gegenüber dieser Entwicklung nimmt in vieler Hinsicht die deutsche Rechtswissenschaft, die deutsche Pandektistik ein. Grundlegend ist, daß hier die historische Rechtsschule zu einer neuen quellenorientierten und intensiven Beschäftigung mit dem römischen Recht führt. Einzelmaßnahme von weithinreichender Wichtigkeit ist der Beschluß, an der Berliner Fakultät den Rechtsunterricht nach wie vor primär auf dem römischen Recht aufzubauen und seine Orientierung an der preußischen Kodifikation abzulehnen⁴⁰. Infolgedessen ist die deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts Pandektistik und Germanistik. Sie ist aber nicht Auslegung der vorhandenen Kodifikationen. Es ist bekannt, daß nach der Jahrhundertmitte unter dem Einfluß von Unger sich auch die österreichische Wissenschaft diesen Tendenzen angeschlossen hat. Die Folge ist, daß in Deutschland die Tendenzen, die in der Romanistik und Germanistik des 18. Jahrhunderts begründet waren, fortgeführt werden, d. h. die Versuche, ein allgemeines System, das seinen Zusammenhang mit den Naturrechtsmodellen der Aufklärung nicht verleugnen kann, mit der Auslegung historisch gegebener Rechtsquellen — des Corpus juris bei den Pandektisten, mit den deutschen Rechtsquellen bei den Germanisten

⁴⁰ Diese Maßnahme hat übrigens eine historische Parallele in der Haltung der Republik Venedig, die Padua zum Zentrum der Lehre des Ius commune machte, obwohl Venedig eigene Gesetze hatte. Vgl. BRUGI, I. c., p. 25.

— zu kombinieren. Auf dieser Grundlage wird an einer allgemeinen Privatrechtswissenschaft festgehalten. Es ist wohl dieser Zug, der der deutschen Pandektenwissenschaft auch über die Grenzen des Landes hinaus, insbesondere in der Schweiz, in Italien und Skandinavien Einfluß verschafft hat.

3. Gegenüber der nationalen Zersplitterung fehlt es aber auch im 19. Jahrhundert nicht an Gemeinsamkeiten.

a) Im 19. Jahrhundert beginnt die Umgestaltung der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse durch die Industriegesellschaft. Damit werden, wenn auch nicht alle zur gleichen Zeit, so doch alle europäischen Staaten in gewissem Umfang und zu verschiedenen Zeitpunkten mit ähnlichen Problemen konfrontiert. Die Industriegesellschaft in einer freien Gesellschaft ruft eine Fülle von Problemen hervor, für welche die überkommenen Rechtsnormen keine Lösung bieten. Neue Institutionen, neue Regeln müssen geschaffen werden. Ich erinnere nur an die stürmische Entwicklung des Gesellschaftsrechts, welche zur Schaffung der Aktiengesellschaft und der GmbH. führte, ferner des Wechsel- und Scheckrechts, des Patent- und Markenrechts, des Wettbewerbsrechts, des Hypothekenrechts und in seinem Gefolge des Grundbuchrechts, des Versicherungsrechts, des Arbeitsrechts und der Sozialversicherung. Große Rechtsgebiete, die heute einen festen Bestandteil unserer Privatrechtsordnung bilden, sind erst im 19. Jahrhundert wirklich ausgebildet worden.

b) Sind diese Entwicklungen auch zunächst durch die tatsächliche Umgestaltung der Lebensverhältnisse hervorgerufen worden, so darf doch auch nicht übersehen werden, daß es sich bei der Rechtsgestaltung in den Einzelstaaten auswirkt, daß in den europäischen Ländern gemeinsame oder doch gleichgerichtete politische Bewegungen und Ideen wirksam werden. Aus Aufklärung und französischer Revolution ist der politische Liberalismus hervorgegangen. In der zweiten Hälfte des Jahrhunderts tritt ihm der Sozialismus an die Seite, wie er sich aus den Ideen der französischen Sozialisten, aus denjenigen von Marx und Engels und schließlich unter dem Einfluß des englischen Sozialismus, etwa der Fabian-Society, gestaltet.

c) Es kommt hinzu, daß das Bewußtsein der europäischen Völker sich auch in ihrer nationalen Trennung doch in einem Rhythmus entfaltet und wandelt, der ihnen gemeinsam ist. Dieses Phänomen spiegelt sich

in der Rechtswissenschaft getreulich wieder. Die *École de l'exégèse*, die analytische Jurisprudenz in England, die Begriffsjurisprudenz in Deutschland weisen charakteristische Gemeinsamkeiten auf, ebenso die historischen Rechtsschulen der verschiedenen Länder und am Ende des Jahrhunderts die soziologische Rechtswissenschaft, die unter dem Einfluß des englischen Utilitarismus steht. Man braucht, was die letzte Bewegung angeht, nur die Namen Bentham, Ihering, Heck, Géný, Pound, Cardozo und Holmes nebeneinander zu stellen, um sich der Gemeinsamkeiten bewußt zu werden.

4. Charakteristisch ist für die Rechtsentwicklung im Europa des 19. Jahrhunderts, daß sich unter den nationalen Rechten neue Gemeinsamkeiten und Verwandtschaften herausbilden. Es entsteht unter dem Einfluß des französischen Rechtes der französische Rechtskreis (Spanien, Italien), es entsteht der deutsche Rechtskreis (Deutschland, Schweiz, Österreich-Ungarn/westliche Reichshälfte).

Den damit geschaffenen Gemeinsamkeiten steht freilich in unserem Jahrhundert die Absonderung der Länder mit kommunistischen Rechtsordnungen gegenüber (Rußland seit 1917, Polen, Tschechoslowakei, Ungarn, Rumänien und Jugoslawien seit 1944/45).

5. Die *Rechtsvereinheitlichung* im strengen Sinne trägt zunächst meist über-europäischen Charakter. Ich erinnere an die Wechsel und Scheckrechtskonventionen von 1930, an die verschiedenen Haager Abkommen und an die Bestrebungen der letzten Jahre, zu einem einheitlichen Recht des Warenkaufes zu kommen. Erst mit der Gründung der EWG kann, wenn auch in einem kleineren Rahmen, echtes gemeineuropäisches Recht entstehen. Es ist nicht notwendig, hier Einzelbeispiele zu geben, es mag genügen, das Faktum als solches zu erwähnen.

6. So zeigt eine nähere Analyse, daß auch dem 19. und 20. Jahrhundert, obwohl diese Zeit gewiß einen Höhepunkt der Trennung der europäischen Nationen dargestellt hat, verbindende Züge nicht fehlen, und daß vor allem parallele Entwicklungen sich in breitem Umfang vollzogen haben. Gerade sie bilden den Gegenstand der Wissenschaft der Rechtsvergleichung, wie sie sich in unserem Jahrhundert in allen europäischen Ländern kräftig entwickelt hat.

VII

1. Es scheint mir, daß auch ein kursorischer Überblick über die Phänomene, welche die Rechtsgeschichte der europäischen Nationen seit den Tagen von Bologna konstituieren, zeigt, daß es berechtigt ist, in der Rechtsentwicklung dieser Völker in der neueren Zeit eine einheitliche Kulturentwicklung zu sehen und damit auch ein Gebiet einheitlicher Forschung, um noch einmal eine Toynbee'sche Wendung aufzugreifen: ein „*intelligible field of study*“.
- a) Man kann zunächst, was die gemeinsamen Grundlagen angeht, feststellen, daß die neuere Privatrechtsgeschichte in Europa von folgenden Faktoren gemeinsam beeinflusst worden ist⁴¹:
 Das römische Recht in der Form, in der das Mittelalter es verstanden und weiterentwickelt hat, und zwar sowohl als Bildungselement wie als Rechtsquelle in der Form der ‚*communis opinio doctorum*‘;
 Das kanonische Recht als einheitliches Gesetzgebungswerk wie als Faktor der rechtswissenschaftlichen Erziehung und Ausbildung;
 Das Naturrecht der Aufklärung in seinem Einfluß sowohl auf die Rechtsentwicklung wie auf die Bildung der rechtspolitischen Ansichten;
 Liberalismus und Sozialismus als politische und sozialpolitische Ideensysteme.
- b) Es gibt ferner zahlreiche Entwicklungen, deren Auffassung als Parallelentwicklungen naheliegt, und die deshalb zum vergleichenden Studium auffordern. Wir finden, daß die einzelnen europäischen Rechtsgemeinschaften in den verschiedenen Epochen ihrer Entwicklung vor analoge Probleme gestellt worden sind und vergleichbare Lösungen entwickelt haben, und wir finden auch, daß in der Abfolge, in der sich diese Probleme den einzelnen Rechtsgemeinschaften stellten, eine gewisse Gleichmäßigkeit der Entwicklung auftritt, ohne daß dieser gleichartige Rhythmus Gleichzeitigkeit im strengen Sinne bedeuten muß.
- c) Wir finden schließlich, daß die Rechtsentwicklung der einzelnen europäischen Rechtsgemeinschaften nicht in dem Sinne isoliert verlaufen

⁴¹ Damit soll nicht notwendig gesagt sein, daß diese allein als gemeinsame Faktoren in Betracht kommen.

ist, daß nicht immer wieder die eine Rechtsgemeinschaft sich mit den Lösungen der anderen auseinandergesetzt und in bestimmten Einzelfällen auch Einzellösungen oder auch ganze Kodifikationen mit ihren Lösungen übernommen hätte.

Damit sind alle jene Kriterien verwirklicht, die wir eingangs als konstituierend für eine zusammenhängende Kulturentwicklung angesehen haben.

2. Natürlich darf dabei das Problem der „Randgebiete“ nicht übersehen werden. Die Grenzen einer Kulturentwicklung entziehen sich ihrem Wesen nach einer Festlegung durch feste geographische Linien im Raum. Immer wird es, wenn wir versuchen, die räumliche Entfaltung bestimmter Kulturentwicklungen zu verfolgen, Randzonen geben, die in gewisser Hinsicht oder zu gewissen Zeiten durchaus der gemeinsamen, in ihrer Einheit verfolgten Kultur zuzurechnen sind, in denen aber auch andere autonome oder von anderen Bereichen her eindringende Einflüsse sich geltend machen und die deswegen gegenüber der untersuchten Kulturentwicklung eine gewisse Selbständigkeit behaupten. Es entspricht nur dieser allgemein gültigen Erwartung, wenn wir auch bei der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte solche Gebiete finden. Zu diesen Gebieten gehört insbesondere England. Es versteht sich von selbst, daß der Ausdruck „Randzone“ hier in keinem Sinne als Wertung verstanden werden darf. Geht es doch nur um die Frage, inwieweit England als Rechtsgebiet in die Entwicklung der kontinental-europäischen Rechtskultur miteinbezogen worden ist und inwieweit nicht. Hier hat der kurze Überblick über die Tatsachen uns gezeigt, daß die Frage der Stellung Englands zu der kontinental-europäischen Rechtstradition, deren Einheit hier zur Debatte steht, sich nicht durch eine einfache Formel beantworten läßt. Es hat Epochen gegeben, in denen England der kontinentalen Rechtsentwicklung näherstand und Epochen, in denen die verbindenden Elemente stärker zurücktraten. Hinsichtlich der verbindenden Elemente möchte ich noch einmal folgendes hervorheben. Bis in die Zeit Eduards I., also bis in die zweite Hälfte des 13. Jahrhunderts, sind die königlichen Richter offenbar zum guten Teil Kleriker gewesen, während sie später aus dem spezifisch englischen Juristenstande entnommen werden. Die Kanzler in der Zeit vor der Reformation sind regelmäßig Geistliche gewesen und haben damit den Einflüssen des kanonischen Rechtes offengestanden, während dies nach der Reformation nicht mehr der Fall war. Dafür spielen unter den Tudors und

den ersten Stuarts die *Civilians* in der Verwaltung und in Handelsgerichten eine nicht unbedeutende Rolle. Im 17. und 18. Jahrhundert erfolgt die Übernahme des italienischen Handelsrechts. Schließlich sei an die Teilnahme Englands an der Naturrechtsbewegung des 18. Jahrhunderts und an den englischen Liberalismus und Sozialismus erinnert, welche beide die britische Rechtsentwicklung mit der kontinentalen verbinden. Natürlich bildet England nicht die einzige derartige „Randzone“ im oben definierten Sinne. Auch Schottland, Skandinavien und die osteuropäischen Länder werden in dieser Form einzuordnen sein, aber meine Kenntnisse reichen nicht aus, um diese Hypothesen im Augenblick zu belegen. Hier kommt es nur darauf an, daß auch die neuere europäische Privatrechtsgeschichte wie alle Kulturgeschichte mit solchen „Randzonen“ rechnen und ihnen besondere Aufmerksamkeit und Einzeluntersuchungen widmen muß.

3. Damit komme ich zu den Aufgaben, die der vergleichenden europäischen Privatrechtsgeschichte gestellt sind.

a) Vor uns liegt zunächst die Aufgabe, die gemeinsamen Faktoren, welche die Einheit dieser Rechtsentwicklung eigentlich ausmachen, in ihrem Inhalt und in ihrer Wirkung auf die Entwicklung der einzelnen Rechtsgemeinschaften zu untersuchen. Wir müssen wissen, wie diese Traditionen beschaffen waren und wie sie gewirkt haben. Daraus entstehen Themen wie etwa „Kanonisches Recht und Privatrechtsentwicklung in den einzelnen europäischen Ländern“; „Der Einfluß der Ideen der Aufklärung und die Gestaltung der Privatrechte in Europa“; „Die Debatte um das Kodifikationsprinzip in den europäischen Hauptländern mit ihren Auswirkungen auf die Rechtsgeschichte“; „Die Auswirkungen der soziologischen Rechtsbetrachtung auf die Rechtsprechung in den verschiedenen europäischen Ländern“; „Die Bedeutung der sozialpolitischen Ideen des englischen Sozialismus für die Entwicklung des westlichen Sozialismus und des sich unter seiner Einwirkung entwickelnden Privatrechts“.

Dies alles sind Fragestellungen, die von der Existenz jener gemeinsamen Ideen ausgehen, sie in ihrem Inhalt analysieren und ihre Wirkungen in den einzelnen europäischen Rechtsgemeinschaften festzustellen versuchen.

b) Eine zweite Aufgabe ist, die einzelnen Phänomene der neueren europäischen Rechtsgeschichte nicht isoliert, sondern jeweils vergleichend zu behandeln. Es wird sich dabei möglicherweise zeigen, daß diese Phä-

nomene sich, auch wenn sie verschiedenen Rechtsentwicklungen zugehören, doch weitgehend unter einheitliche Typen ordnen lassen. Ich erwähne etwa bestimmte Typen der Gesetzgebung im Frühabsolutismus oder bestimmte Literaturgattungen, die entstanden sind in der Auseinandersetzung der gelehrten Juristen mit dem Lokalrecht. Was Institutionen und einzelne Dogmen angeht, so erwähne ich etwa die Entwicklung des Vertragsrechts nach Anerkennung des Prinzips der Form- und Typenfreiheit, in Frankreich und England also die Entwicklung der *causa*-Lehre und der Einschränkung des Zeugenbeweises. Eine Einzelstudie in dieser Richtung ist die früher schon erwähnte Untersuchung von Rabel über das *Statute of frauds*. Ich nenne als zweites Einzelproblem etwa das Auftauchen des Gedankens des „gutgläubigen Erwerbs“ um die Mitte des 18. Jahrhunderts einerseits in Österreich im Codex Theresianus und andererseits in der französischen Rechtsprechung und der Darstellung von Bourjon⁴².

Sind die Phänomene einmal vergleichend behandelt, so stellt sich natürlich die weitere Frage, ob *eventuell* eine gemeinsame Grundlage vorhanden ist. Dies ist möglich, aber natürlich keineswegs notwendig. Es muß stets auch die Möglichkeit einer unabhängigen Parallelentwicklung in Betracht gezogen werden.

- c) Ein dritter Fragenkreis entsteht aus der Untersuchung der Rechtsübernahmen oder Rezeptionen, die in der neueren europäischen Rechtsgeschichte zweifellos festgestellt werden können, also etwa der Übernahme des französischen Code civil in Spanien und Italien oder dem Einfluß des italienischen Handels- und Seerechts in Holland und in England im 17. und 18. Jahrhundert.

Damit ergibt sich eine Fülle von Einzelthemen der Forschung. Sie alle konstituieren in der Einheit ihrer Problemstellung das Forschungsfeld der vergleichenden neueren Privatrechtsgeschichte in Europa.

⁴² Vgl. dazu HEINZ HÜBNER, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, Erlangen 1955; HANS KIEFNER, Qui possidet dominus esse praesumitur, SZRom 79 (1962) 239 ss.