

IUS COMMUNE

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

IV

Herausgegeben von
HELMUT COING
Direktor des Instituts



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1972

WALTER WILHELM

Quellen und Literatur der europäischen Privatrechtsgeschichte im 19. Jahrhundert – ein Arbeitsplan*

ÜBERSICHT

Allgemeine Erläuterung

I. Zielsetzung

II. Zeitlicher Bereich

III. Geographischer Bereich

IV. Inhaltsübersicht

V. Vorbemerkung zur Gliederung

Gliederung

Erläuterung der Gliederung

ALLGEMEINE ERLÄUTERUNG

I. Zielsetzung

Wie die vorausgehenden Bände I (Mittelalter) und II (Neuere Zeit) soll dieser abschließende Band III des Handbuchs eine durch einleitende Texte vermittelte Einführung in die Quellen und Literatur geben. Das heißt, auch dieser Band wird keine Rechtsgeschichte liefern, weder äußere noch Dogmengeschichte, sondern eine methodisch geordnete und erläuterte Quellendarstellung, der die Sekundärliteratur sich anschließt. Dabei ist primär eine Wiedergabe des heutigen Kenntnisstandes beabsichtigt, die Erzielung neuer Forschungsergebnisse grundsätzlich nicht vorgesehen.

* Es handelt sich um Band III des „Handbuchs der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte“, das vom Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte veröffentlicht wird.

Dennoch kommt diesem Band eine weitergehende Funktion zu, die sich einerseits aus dem zu behandelnden Zeitabschnitt selbst ergibt, zum anderen aus einer Aufschließung der Quellen nach materiell-rechtlichen Kriterien.

Die Quellen, die im zeitlichen Rahmen dieses Bandes zu behandeln sind, bilden unmittelbar oder mittelbar die Grundlagen der heutigen Privatrechtsordnungen in Europa und stehen insofern im Zusammenhang mit der modernen Privatrechtsdogmatik der einzelnen Länder und, in übernationaler Sicht, der heutigen Rechtsvergleichung. Dieser Bezug des historischen Stoffs zur Moderne wirkt sich zugleich als verbindender Rückblick von heute aus, der Auswahl und Anordnung des Stoffs mitbestimmt. Hedemann schrieb vor etwa sechzig Jahren: „Es muß der Versuch gewagt werden, von der Gegenwart aus zurückzubauen. Das erscheint als der einzige Weg, dem jungen Recht des 20. Jahrhunderts einen glaubhaften historischen Boden zu sichern.“

Die Darstellung der Quellen ist aus Gründen der Praktikabilität an sich problemneutral angelegt; die Auswahl und Charakterisierung der Quellen folgt dagegen besonderen Kriterien. Es sind, im ganzen genommen, die leitenden Ideen, Prinzipien und grundlegenden Institutionen des sich im 19. Jahrhundert entfaltenden Privatrechts, ebenso wie die prinzipiellen Widerstände und Gegenbewegungen, die jene Privatrechtsentwicklung von Beginn an, beziehungsweise seit den letzten Jahrzehnten des Jahrhunderts erfahren hat. Damit aber sind Ansätze und Übergänge zur Institutionen- und Dogmengeschichte des Privatrechts gegeben. Sie zeigen sich beispielsweise in der Darstellung der Einzelgesetzgebung, die auf die „wichtigsten“, d. h. entwicklungstypischen Rechtsbereiche zu konzentrieren ist, wie dies auch für die Wiedergabe der Rechtsliteratur vorgesehen ist. Auf diese Weise wird einerseits einer problemgeschichtlichen Betrachtung der Institute des modernen Privatrechts vorgearbeitet und zum anderen das vergleichende Studium „typischer Lösungen“ historisch vorbereitet, wie es heute im Plan der *International Encyclopedia of Comparative Law* liegt.

II. Zeitlicher Bereich

Die Daten 1815 und 1914 symbolisieren die europäische Entwicklung von der Restauration bis zum Ersten Weltkrieg und bezeichnen eine in der allgemeinen Historie anerkannte Periodisierung. Für eine Geschichte des Privatrechts des 19. Jahrhunderts vermag diese Periodisierung allenfalls den End-

punkt zu markieren. Was dagegen den „Übergang“ vom 18. zum 19. Jahrhundert betrifft, so erweist sich bei näherer Betrachtung, daß für die einzelnen Sachgebiete und wiederum für die einzelnen Länder jeweils nur individuell eine zeitliche Grenze zu ziehen ist.

Im Bereich der Gesetzgebung wird man beispielsweise in Preußen, Frankreich und Österreich an die gegebenen Privatrechtskodifikationen von 1794, 1804 und 1811 anknüpfen, in den italienischen Einzelstaaten von der ursprünglichen Einführung des Code civil ausgehen. Anders in den Niederlanden: hier arbeitet man seit 1795, parallel zu den französischen Projekten, an einer Zivilrechtskodifikation. Im Jahre 1809 wird dieses Gesetzbuch in Kraft gesetzt, nunmehr jedoch als „Code Napoléon arrangé pour le Royaume de Hollande“. Man wird dieses Gesetzbuch erst im „19. Jahrhundert“ zu behandeln haben, da es in seiner endgültigen Gestalt weitgehend den Code civil zum Vorbild hat, während die Vorarbeiten seit 1795 in Band II ihre Darstellung finden. In Spanien dagegen ist Kastiliens Novissima Recopilación von 1805 als typisches Gesetzgebungswerk des Ancien régime noch dem 18. Jahrhundert zuzuweisen und erst mit der reformerischen Einzelgesetzgebung unter der napoleonischen Herrschaft seit 1808 zu beginnen.

Im Gebiet der Wissenschaft ist in Frankreich, Belgien und den Niederlanden von der Literatur auszugehen, die auf den Code civil folgt. Anders im deutschen Bereich: im Hinblick auf die Entstehung der Historischen Rechtsschule und die Ausbildung einer systematischen positiven Rechtswissenschaft ist hier auf das 18. Jahrhundert zurückzugreifen, ähnlich in Dänemark (Ørsted). Der Rückgriff auf das 18. Jahrhundert ist im übrigen vor allem im Einleitungsabschnitt über die politischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Privatrechts geboten.

Die Grenze, die das Ende des Zeitabschnitts bezeichnet, ist nicht minder fließend. Hier sind Vorgriffe geboten. Beispielsweise sind in der Gesetzgebung die Novellen zum ABGB von 1914–1916 und die skandinavischen Vertragsgesetze von 1915–1918 einzubeziehen. Im Bereich der Wissenschaft wird in Deutschland neben der exegetischen Literatur zum BGB die Entstehung und Ausbildung der Freirechtsschule und Interessenjurisprudenz insgesamt aufzunehmen sein; in den Ländern des romanischen Rechtskreises zunächst die Entstehung einer systematischen, an der Pandektenwissenschaft ursprünglich orientierten Privatrechtswissenschaft und – als Gegenentwicklung und Parallele zu Deutschland – die Theorie einer systemfreien, an den konkreten Sozialverhältnissen orientierten Jurisprudenz – insgesamt Entwicklungen, die mit dem Jahr 1914 nicht abzugrenzen sind.

Im ganzen aber erscheint es gerechtfertigt, den Ersten Weltkrieg auch in rechtshistorischer Sicht als das Ende einer Epoche zu wählen. Zu den Ergebnissen des Ersten Weltkrieges zählt allenthalben in Europa die Erschütterung der im Laufe des 19. Jahrhunderts etablierten bürgerlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung. Damit zugleich ist deren höchstgeignete Lebensform erstmals seit ihrer Ausbildung ernsthaft bedroht: Idee und Institutionen eines individualistischen Privatrechts. Die gesellschaftspolitische Alternative einer systemerhaltenden oder systemsprengenden Lösung der „sozialen Frage“ findet ihre genaue rechtspolitische Entsprechung in der Alternative einer sozial modifizierten Erhaltung oder sozialistischen Aufhebung dieses Privatrechts.

III. Geographischer Bereich

Der geographische Bereich deckt sich im ganzen mit dem der vorausgehenden Bände des Handbuchs. Dagegen ergibt sich eine neue Reihenfolge der Territorien aus der veränderten politischen Geographie, insbesondere aus der fortschreitenden Entwicklung der Nationalstaaten, wie aus der Einteilung in Rechtskreise, welche für die Bearbeitung und Darstellung maßgebend sein soll. Hiernach ist folgende Gliederung im geographischen Bereich vorgesehen:

Romanischer Rechtskreis: Frankreich, französische Schweiz, Niederlande, Belgien, Italien, Spanien, Portugal;

Deutscher Rechtskreis: deutsche Einzelstaaten und Deutsches Reich, Schweiz, Österreich, Baltische Länder;

Nordischer Rechtskreis: Dänemark, Norwegen, Schweden, Finnland, Island;

Großbritannien

Rußland

Polen

Ungarn

Rumänien

Jugoslawien

Bulgarien

Griechenland

Katholisches Kirchenrecht soll, soweit es unter dem Aspekt des Privatrechts zu berücksichtigen ist, in der selbständigen Form der Länderberichte dargestellt werden.

IV. Inhaltsübersicht

Erster Teil: Einführung

Zweiter Teil: Gesetzgebung

Einleitung

Länderberichte

Dritter Teil: Rechtswissenschaft

Einleitung

Länderberichte

Vierter Teil: Rechtsprechung

Einleitung

Länderberichte

Fünfter Teil: Internationale Rechtsvereinheitlichung

V. Vorbemerkung zur Gliederung

1. Die Gliederung ist im einzelnen keine bindende Anordnung der Materien im Sinne ihrer späteren Darstellung; sie soll zunächst einen möglichst vollständigen Überblick der aufzunehmenden Sachgebiete geben und insofern vor allem ein Leitfaden zur Bearbeitung sein.

2. Die Gliederung beruht ihrem ersten Anlageprinzip nach auf der Erwägung, daß die Entwicklung des Privatrechts in den europäischen Ländern im 19. Jahrhundert trotz des ursprünglichen Verlusts der universalen Rechts-tradition gemeinsame oder zum mindesten vergleichbare Züge aufweist. Sie resultieren in hohem Maße zunächst aus Vorgängen der Rezeption und Assimilation und münden gegen Ende des Jahrhunderts in die verbreitete Tendenz, unter den Bedingungen eines nationalstaatlich differenzierten Privatrechts jene verloren gegangene Universalität annähernd wieder herzustellen. Da in Rezeption und Assimilation im Grunde die Indizien für gleiche Interessenrichtungen zu sehen sind, ist die oberste Einteilung auch dieses Bandes nach Sachgebieten angelegt, die Gliederung nach Ländern ihr nachgeordnet.

3. Im Zentrum der Haupteinteilung stehen wiederum die Abschnitte Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, allerdings in veränderter Reihenfolge. Gegenüber der Gliederung der vorausgehenden Bände ist nunmehr die Gesetzgebung an die erste Stelle gerückt. Dies entspricht ihrer Funktion und ihrem Rang als Rechtsquelle im 19. Jh., sowohl nach der allgemeinen Überzeugung der Zeit wie aus der Sicht des heutigen Betrachters.

Nach moderner Ansicht hätte die Rechtsprechung die Stelle nach der Gesetzgebung – vor der Wissenschaft – einzunehmen. Die vorherrschende Auffassung im 19. Jahrhundert jedoch, soweit sie in dieser Frage heute erkennbar ist, scheint die Rangfolge im umgekehrten Sinn zu sehen. Die Funktion der Rechtsprechung als eines Organs der Rechtsfortbildung findet erst in der zweiten Hälfte des Jahrhunderts allmähliche Anerkennung; die Frage, ob der Rechtsprechung auch formell die Qualität einer Rechtsquelle zukomme, bleibt indessen weiterhin umstritten. Jedenfalls aber hat man der Rechtswissenschaft gegenüber der Rechtsprechung nach überwiegender Ansicht den Vorrang eingeräumt, sowohl in der an sich etatistisch gesinnten *Ecole de l'exégèse* wie vor allem in der rechtschöpferisch orientierten Pandektenwissenschaft.

Den Hauptteilen Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung ist ein Einführungsteil vorangestellt und ein abschließender über internationale Rechtsvereinheitlichung angefügt.

Im Teil „Einführung“ tritt die Darstellung der Einwirkung der politischen Ideen und Verfassungsnormen auf das Privatrecht an die Stelle der „Staatlichen Institutionen“ in den vorausgehenden Bänden. Angesichts der umfangreichen Quellen und Literatur zur staats- und verfassungsrechtlichen Entwicklung der europäischen Staaten im 19. Jahrhundert und einer weitgehenden Parallelität oder Vergleichbarkeit dieser Nationalentwicklungen soll auf einen national gegliederten Überblick insoweit verzichtet werden.

Der abschließende Teil ist entwicklungsgerecht der zunehmenden theoretischen und praktischen Bewegung in Richtung auf ein internationales und universales Recht gewidmet, einer Bewegung im Interesse des internationalen Wirtschaftsverkehrs und im Geist des bürgerlichen Kosmopolitismus, die am Ersten Weltkrieg zunächst gescheitert ist.

4. Das Anlageprinzip der Gesamtgliederung kehrt bei den Hauptteilen Gesetzgebung, Wissenschaft und Rechtsprechung wieder. Den Länderberichten ist jeweils eine „Einleitung“ vorangestellt, in der die Summe aus der Bearbeitung und dem Vergleich der Nationalentwicklungen zu ziehen ist: das Gemeinsame in den Entwicklungen oder die jeweils vorherrschenden Zielrichtungen, die wesentlichen Parallelen oder Abweichungen.

Diese einleitenden Abschnitte sind in der vorliegenden Gliederung nur skizzenhaft angelegt; ihrer Ausführung im einzelnen hat zunächst die Erforschung der Nationalentwicklungen vorauszugehen. Daher bleiben diese Einleitungen auch in der Erläuterung der Gliederung unberücksichtigt.

GLIEDERUNG

Erster Teil: Einführung

1. Abschnitt: Privatrecht und Gesellschaft im 19. Jahrhundert
2. Abschnitt: Der Einfluß der politischen Ideen und Verfassungsnormen auf das Privatrecht
3. Abschnitt: Die Theorie des abstrakten Privatrechts

Zweiter Teil: Gesetzgebung

Einleitung

1. Abschnitt: Die Formen der Zivilgesetzgebung: Kodifikation und Einzelgesetzgebung
2. Abschnitt: Die Kodifikationsbewegung
3. Abschnitt: Die Einzelgesetzgebung

Länderberichte

Einführung: Politisch-geographischer Grundriß der Staatenbildung

1. Abschnitt: Die Formen der Zivilgesetzgebung: Kodifikation und Einzelgesetzgebung
2. Abschnitt: Die Kodifikationsbewegung
3. Abschnitt: Die Gesetzgebung

A Privatrecht

- 1 Bürgerliches Recht
 - a) Geltendes Recht
 - b) Kodifikationen und Projekte
 - c) Einzelgesetzgebung
 - Personenrecht
 - Familienrecht
 - Privates Organisationsrecht
 - Sachenrecht
 - Obligationenrecht
 - Erbrecht
- 2 Handelsrecht
 - a) Geltendes Recht
 - b) Kodifikationen und Projekte
 - c) Einzelgesetzgebung
- 3 Wertpapierrecht
- 4 Privatversicherungsrecht
- 5 Gesellschaftsrecht

- Personen- und Kapitalgesellschaften
- Genossenschaften
- Konzernrecht
- 6 Urheber- und Verlagsrecht
- 7 Gewerblicher Rechtsschutz
 - Patentrecht
 - Gebrauchsmusterrecht
 - Warenzeichenrecht
 - Wettbewerbsrecht
 - Kartellrecht
- 8 Gewerberecht
- 9 Arbeits- und Sozialrecht
 - Arbeitsvertragsrecht
 - Kollektives Arbeitsrecht
 - Arbeitsschutz
 - Sozialversicherungsrecht
- 10 Internationales Privatrecht
- B Verfahrensrecht
 - 1 Zivilprozeßrecht
 - a) Geltendes Recht
 - b) Kodifikationen und Projekte
 - c) Einzelgesetzgebung
 - 2 Handelsprozeßrecht
 - 3 Vollstreckungsrecht
 - 4 Insolvenzrecht
 - 5 Freiwillige Gerichtsbarkeit
 - 6 Schiedsverfahren

Dritter Teil: Rechtswissenschaft

Einleitung

- 1. Abschnitt: Grundrichtungen der Privatrechtswissenschaft
 - 1 Einführung: der Verlust der universalen Rechtstradition
 - 2 Historische Rechtswissenschaft
 - 3 Exegetische Rechtswissenschaft
 - 4 Systematische Rechtswissenschaft
 - 5 Vergleichende Rechtswissenschaft
 - 6 Allgemeine Rechtslehre
 - 7 Teleologische Rechtswissenschaft
 - 8 Theorie der internationalen Rechtsvereinheitlichung

9 Zusammenfassung: die Tendenz zur überpositiven und übernationalen Auffassung und Darstellung des geltenden Rechts

2. Abschnitt: Die wissenschaftliche Ausbildung besonderer Rechtsgebiete aus und neben dem allgemeinen Privatrecht

1 Einführung: die wirtschaftliche Ordnungsfunktion des Privatrechts

2 Handelsrecht

3 Wertpapierrecht

4 Gesellschaftsrecht

5 Urheber- und Verlagsrecht

6 Gewerblicher Rechtsschutz

7 Arbeitsrecht

8 Internationales Privatrecht

3. Abschnitt: Die Ausbildung der Prozeßrechtswissenschaft

4. Abschnitt: Universitäten und Rechtsunterricht

Länderberichte

1. Abschnitt: Wissenschaft und Literatur des positiven Rechts

A Privatrecht

1 Bürgerliches Recht

Rechtsquellen

Geltung und Anwendung

Wissenschaftliche Behandlung

a) Methodologie

b) Geschichte

äußere Rechtsgeschichte

innere Rechtsgeschichte (Dogmengeschichte)

c) Dogmatik

Kommentare

Systematische Darstellungen (insbes. Lehrbücher)

Monographien

Allgemeine Lehren

Personenrecht

Familienrecht

Privates Organisationsrecht

Sachenrecht

Obligationenrecht

Erbrecht

d) Rechtsvergleichung (einschl. Darstellungen ausländischen Rechts)

- e) Rechtstatsachenforschung
- f) Rechtskritik und Rechtspolitik

Zeitschriften

Bibliographien und Nachschlagewerke

2 Handelsrecht

3 Wertpapierrecht

4 Privatversicherungsrecht

5 Gesellschaftsrecht

Personen- und Kapitalgesellschaften

Genossenschaften

Konzernrecht

6 Urheber- und Verlagsrecht

7 Gewerblicher Rechtsschutz

Patentrecht

Gebrauchsmusterrecht

Warenzeichenrecht

Wettbewerbsrecht

Kartellrecht

8 Gewerberecht

9 Arbeits- und Sozialrecht

Arbeitsvertragsrecht

Kollektives Arbeitsrecht

Arbeitsschutz

Sozialversicherungsrecht

10 Internationales Privatrecht

B Lehnrecht und Fürstenprivatrecht

C Verfahrensrecht

1 Zivilprozeßrecht

2 Handelsprozeßrecht

3 Vollstreckungsrecht

4 Insolvenzrecht

5 Freiwillige Gerichtsbarkeit

6 Schiedsverfahren

2. Abschnitt: Universitäten und Rechtsunterricht

Vierter Teil: Rechtsprechung

Einleitung

1. Abschnitt: Die Zivilgerichtsbarkeit

2. Abschnitt: Die Sammlung und Publikation von Urteilen
3. Abschnitt: Rechtsprechung und Rechtswissenschaft
4. Abschnitt: Ausländische Doktrin und Judikatur in der Rechtsprechung

Länderberichte

1. Abschnitt: Die Zivilgerichtsbarkeit
 - 1 Die Verfassung der Zivilgerichtsbarkeit in Grundzügen (einschl. Handelsgerichtsbarkeit)
 - 2 Das Zivilurteil
 - 3 Die präjudizielle Wirkung des Urteils
2. Abschnitt: Die Sammlung und Publikation von Zivilurteilen
 - 1 Offizielle Publikationen
 - a) Art der Sammlungen
 - b) Auswahl und Darstellung der Urteile
 - c) Zweck der Publikationen
 - 2 Private Publikationen
 - a) Art der Sammlungen (einschl. Zeitschriften)
 - b) Auswahl und Darstellung der Urteile
 - c) Zweck der Publikationen
 - 3 Bibliographie der Publikationen
3. Abschnitt: Rechtsprechung und Rechtswissenschaft
 - 1 Theorie und Praxis aus der Sicht der Doktrin
 - 2 Die Berücksichtigung der Rechtsprechung in der Literatur
 - 3 Die tatsächliche Funktion der Rechtsprechung
4. Abschnitt: Ausländische Doktrin und Judikatur in der Rechtsprechung
 - 1 „Pertinenz“ rezipierten materiellen Rechts
 - 2 Ergänzung und Fortbildung des inländischen Rechts

Fünfter Teil: Internationale Rechtsvereinheitlichung

1. Abschnitt: Kollisionsrecht
 - 1 Theorie der Vereinheitlichung
 - 2 Vereinheitlichungen (einschl. Projekte)
2. Abschnitt: Sachrecht
 - 1 Theorie der Vereinheitlichung
 - 2 Vereinheitlichungen (einschl. Projekte) und ihre Formen
 - a) Gesamtvereinheitlichung
 - b) Vereinheitlichung der „internationalen Sachverhalte“
 - c) Modellgesetze
 - d) „Private Rechtsvereinheitlichung“

ERLAUTERUNG DER GLIEDERUNG

Erster Teil: Einführung

Die Abschnitte 1 bis 3 sind dem Werk vorangestellt und in einem Einführungsteil zusammengefaßt, da sie in Gegenstand und Methode sich von den folgenden Sachgebieten unterscheiden und für deren Darstellung von vorbereitender Natur sind. Sie sollen die Bedeutung und Funktion des Privatrechts im 19. Jahrhundert jeweils aus wirtschaftlicher, politisch-verfassungsrechtlicher und rechtstheoretischer Sicht in einer ideengeschichtlichen Perspektive vermitteln, die sich auf ausgewählte repräsentative Materien und Quellen stützt.

Im 1. Abschnitt wird insbesondere die Konzeption zu erläutern sein, die dem Werk zugrunde gelegt ist.

Der 2. Abschnitt soll die politische und verfassungsrechtliche Grundlegung des Privatrechts behandeln und sich auf folgende Aspekte konzentrieren: 1) die wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Postulate der bürgerlichen Aufklärung; 2) die Anerkennung dieser Postulate und ihre Garantie als bürgerliche Grundfreiheiten in den Verfassungen seit der Französischen Revolution; 3) die legislative Durchsetzung dieser Grundfreiheiten, insbesondere durch die Auflösung der ständisch-feudalen Wirtschafts- und Lebensordnung und die Herstellung freier Produktions- und Verkehrsverhältnisse; 4) die Reservate der alten Gesellschafts- und Rechtsordnung und die einsetzenden Gegenbewegungen zum liberalistischen Privatrecht.

Der Methode des Einführungsteils entsprechend sollen diese Aspekte vor allem für richtungsweisende und typische Entwicklungen ihre Darstellung finden, beispielsweise in Frankreich von der Verfassung vom September 1791 bis zur Pariser Kommune und der anschließenden Restauration, in Deutschland (insbesondere in Preußen) vom Zusammenbruch des Reichs (1806) und den Stein-Hardenbergschen Reformen bis zur Reichsgründung von 1871 und der folgenden „Gründerzeit“.

Für den Aspekt 2) kommt es darauf an, die Entwicklung der verfassungsrechtlichen Sanktion der bürgerlichen Grundfreiheiten im persönlichen und wirtschaftlichen Bereich im einzelnen und chronologisch zu dokumentieren. Hierfür empfiehlt sich wiederum die Aufzeichnung der Entwicklung vor allem in Frankreich, an der sich von 1791 bis Louis Bonaparte, abgesehen von den Folgen der Pariser Kommune, die stufenweise Durchsetzung der groß- und mittelbürgerlichen Interessen besonders deutlich exemplifizieren läßt.

Der Inbegriff der nicht-politischen Grundfreiheiten des Bürgertums nach Ansicht der Zeit ist das Privatrecht als Entfaltungsraum persönlich freier und frei wirtschaftender Individuen. Es wird vom Beginn der Französischen Revolution an als ein Verfassungsauftrag an den Gesetzgeber formuliert – nicht nur in Frankreich 1791 und in Deutschland 1848, sondern beispielsweise auch in Spanien 1812, in der Freien Stadt Krakau 1815, in Ungarn 1848 –, und zwar im Sinne der Herstellung eines „verfassungsmäßigen“ Privatrechts („approprié à la constitution“).

Dieser Verfassungsauftrag wird durch Einzelgesetzgebung in der Regel erfüllt, wenngleich mit häufigen, aus der wechselnden Machtlage resultierenden Novellierungen. Hier 3) erscheint es geboten, solche „Eingriffsgesetzgebung“ an einer Reihe typischer, der Expansion bürgerlicher Wirtschafts- und Rechtsinteressen im Wege stehender Institutionen zu dokumentieren, beispielsweise an der Immobiliarkredit-Gesetzgebung in den deutschen Einzelstaaten, in Bayern 1822, in Preußen 1872 (Gönnert 1823: „als die Bedingung zur Entfesselung des Realkredits und zur Wiederherstellung des freien Umlaufs der Kapitalien“), oder an der Kontroverse um die Abschaffung der Fideikomisse in Preußen nach 1848. Es kommt hierbei darauf an, solche Gesetzgebung als Realisierung der verfassungsrechtlich garantierten Eigentums- und Vertragsfreiheit im einzelnen vorzuführen. Daneben sind allerdings auch solche gesetzgeberischen Maßnahmen zu verzeichnen, die Rechts- und Reformvorstellungen verwirklichen, ohne damit zugleich verfassungsrechtliche Normen einzulösen, z. B. die frühe Ablösungsgesetzgebung in Preußen.

Unter dem zuletzt genannten Aspekt sind die Bereiche zu behandeln, die von der Expansion des liberalistischen Privatrechts ganz oder lange Zeit ausgenommen geblieben sind, beispielsweise das Familien- und Vormundschaftsrecht, das auch in der wissenschaftlichen Literatur noch längere Zeit im Rahmen des „Regierungsrechts“ abgehandelt worden ist; ferner die sogenannten Gegenbewegungen. Hierbei handelt es sich im wesentlichen um legislative Maßnahmen oder private Organisationsformen zum Zweck der Eingrenzung oder Zurückdrängung der Auswirkungen des ökonomischen Liberalismus, auf Grund zumal der Erfahrung, daß „bei dem Übermaße des Reichthums die bürgerliche Gesellschaft nicht reich genug ist, d. h. an dem ihr eigenthümlichen Vermögen nicht genug besitzt, dem Übermaße der Armuth und der Erzeugung des Pöbels zu steuern“. In diesem Zusammenhang wären die beginnende soziale Gesetzgebung, insbesondere die Fabrikgesetzgebung, das Genossenschaftswesen und ähnliche vom Staat und sozialpolitischen

Verbänden unternommene Schutzmaßnahmen zugunsten der Lohnarbeiter und Kleinbürger zu erwähnen, nicht zuletzt die Spiegelung dieser Entwicklung in der wissenschaftlichen Theorie eines „sozialen Privatrechts“.

Im 3. Abschnitt ist die Theorie des abstrakten Privatrechts nach ihren verschiedenen Aspekten zu skizzieren. Von Rudolph von Jhering ausführlich entwickelt, gibt sie eine Vorstellung vom „modernen Privatrecht“ wieder, die während des gesamten 19. Jahrhunderts, und nicht nur in Deutschland, vorherrscht. Sie impliziert unter anderem: die „Verselbständigung“ des Rechts, formell in der objektiven Formulierung des Rechts in der aller Subjektivität enthobenen Form des Gesetzes, materiell in der Trennung von Religion und Sittlichkeit einerseits, von allen „staatswirtschaftlichen“ Zwecken andererseits, und in der Reduktion des Rechts auf die Entfaltung individueller Willensmacht als seinem spezifischen Inhalt und Zweck; die Herstellung der Gleichheit des citoyen als bourgeois in Gestalt eines Privatrechts, das gleiche Rechtsmöglichkeiten für Alle gewährt und als das Recht der Privaten das Ordnungsinstrument der Gesellschaft gegenüber dem Staat darstellt, der „Zivilrechtsgesellschaft“ (Franz Böhm); in rechtsdogmatischer Hinsicht die Aufhebung der „natürlichen Verschiedenheiten“ im Begriff, etwa der Person, der Sache, des Eigentums; in rechtssystematischer Hinsicht die Zurückführung der positiven Normen auf ein System von rechtlichen Möglichkeiten des freien Willens, das dieser seiner Natur nach überpositiv und damit übernational ist und insofern die Theorie eines allgemeinen Privatrechts darstellt, des Privatrechts.

Zweiter Teil: Gesetzgebung (Länderberichte)

Einführung: Politisch-geographischer Grundriß

Der politisch-geographische Grundriß der Staatenbildung dient einem leichteren Verständnis der Rechtsentwicklung im Zeitalter des national oder territorial differenzierten Rechts. Insbesondere für das Gesetzesrecht steckt der Grundriß die politisch-geographisch bedingten Geltungsbereiche ab und erklärt Einflüsse, Rezeptionen und verordnete Einführungen ausländischen Rechts, beispielsweise die Geltung des französischen Code civil in Belgien sogleich seit 1804, die Reformgesetzgebung in Spanien nach französischem Vorbild seit 1808, die Einführung des österreichischen ABGB in Lombardo-Venetien im Jahre 1816.

1. Abschnitt: Die Formen der Zivilgesetzgebung

Man hat das 19. Jahrhundert häufig als das Zeitalter der Kodifikationen bezeichnet. In noch höherem Maße erscheint es auf dem Gebiet des Privatrechts indessen als ein Zeitalter der Einzelgesetzgebung. Die beiden Formen der Gesetzgebung unterscheiden sich wesentlich in materialer und funktionaler Hinsicht: die Einzelgesetzgebung hat im Gegensatz zur Kodifikation ausgewählte Materien oder einzelne Institute des Rechts zum Gegenstand und erweist sich damit vorzüglich als ein Instrument der Rechtsreform, sei es als dauernde Einzelregelung, sei es im Vorgriff auf eine Gesamtgesetzgebung (Kodifikation) oder zum Zweck der Novellierung eines geltenden Gesetzbuches. Diese Funktion hatte die Einzelgesetzgebung zwar zum Teil schon im 18. Jahrhundert, spätestens seit dem Beginn der Französischen Revolution. Darin unterschied sich die Einzelgesetzgebung jedoch nicht von der Kodifikation, die in jenem Jahrhundert zumeist selbst als ein Werk der Rechtsreform, sogar im Sinne einer „refonte totale“, verstanden wurde. Demgegenüber aber tritt im 19. Jahrhundert, in gewissem Sinn schon mit dem Code civil, die Reformfunktion der Kodifikation im Vergleich zur Einzelgesetzgebung zurück. Man beginnt, der Kodifikation mehr die technische Aufgabe einer formalen Neufassung im Sinne eines „restatement“ zuzumessen, die das geltende Recht in sich aufnimmt und deren verbleibende rechtspolitische Funktion zumeist die Herstellung der nationalen oder territorialen Rechtseinheit ist, neben solchen Vorteilen wie Erleichterung des Rechtsverkehrs und Rechtssicherheit. Im einzelnen verläuft jedoch die Rechtsentwicklung und damit auch ein Funktionswandel der Kodifikation verschieden. So dienen z. B. die Zivilgesetzbücher, die seit den zwanziger Jahren in den italienischen Einzelstaaten erlassen werden, offensichtlich der Wiedereinführung der bürgerlichen Privatrechtsordnung, die durch die französischen Codes während der napoleonischen Zeit zunächst hergestellt, durch die Restauration aber wieder abgeschafft worden war. In dem Maße jedoch, wie die bürgerlichen Grundfreiheiten verfassungsrechtlich sanktioniert werden und die Herrschaft des Bürgertums jedenfalls im wirtschaftlichen Bereich uneingeschränkt erreicht wird, scheinen die Zivilgesetzbücher ihren sozusagen konstitutiven Charakter zu verlieren und sich im wesentlichen auf die Feststellung des bestehenden Privatrechts zu beschränken.

Dieser Abschnitt hat für jedes Land ebenso summarischen Charakter wie die „Einleitungen“ vor den Länderberichten. Man wird prüfen müssen, welche Form der Gesetzgebung in der Gesamtentwicklung jeweils vorherrscht und in welchem Funk-

tionsverhältnis Kodifikation und Einzelgesetzgebung zueinander stehen. Dann erst wird eine Übersicht der „Formen der Gesetzgebung“ für jedes Land zu schreiben sein.

2. Abschnitt: Die Kodifikationsbewegung

Ihr liegt eine rechtspolitische und rechtstechnische Theorie zugrunde, die, vom Naturrecht der Aufklärung methodisch vorbereitet und vom Dritten Stand in Dienst gestellt, aus dem 18. Jahrhundert in das 19. hineingetragen wird und fortan wirksam bleibt, trotz des Verlusts des ursprünglichen revolutionären Impulses und trotz der ursprünglichen Abneigung der restaurativen Mächte gegen „bürgerliche Gesetzbücher“. Kodifikation ist und bleibt nach dieser Theorie jedenfalls in rechtstechnischer Hinsicht die systematische, d. h. in prinzipieller Vermittlung vollständige und abschließende Regelung eines rechtlichen Gesamtbereichs eigener Art in einem geschlossenen Gesetzestext, der alleinverbindlich alle bisherigen entsprechenden Rechtsquellen ersetzt.

Der Abschnitt „Kodifikationsbewegung“ dient daher insbesondere der Darstellung der rechtspolitischen Motive und Ziele, die man mit der Forderung nach einer Kodifikation des Privatrechts verbunden hat. Hierfür kommen folgende „Quellen“ in Betracht: politische und rechtswissenschaftliche Literatur, Privatgutachten und Privatentwürfe, Ergebnisse von Fachkongressen und Verbandstagungen, Verfassungsaufträge, Motivationen in behördlich eingesetzten Vorbereitungsausschüssen und Redaktionskommissionen sowie in Debatten gesetzgebender Organe. Beispielsweise sind im deutschen Bereich, dem Zentrum der Kodifikationsdiskussion im 19. Jahrhundert, folgende „Quellen“ im wesentlichen zu berücksichtigen: die vom 18. Jahrhundert noch inspirierte Literatur zur „Theorie der Gesetzgebung“ bis Thibauts Schrift von 1814; die Kontroverse zwischen Savigny und Thibaut sowie die folgende Ausweitung dieses Streits (Gönner, Feuerbach, Hegel, Gans); die romanistische und germanistische Literatur; die Germanisten-Tagungen in Frankfurt und Lübeck sowie die erste Zusammenkunft des Deutschen Juristentages im Jahre 1861; die Motivationen in den Kodifikations- und Revisionsprojekten seit den ersten Jahrzehnten des Jahrhunderts in Bayern, Preußen, Hessen und Sachsen; der Auftrag der Paulskirchenverfassung; die Lex Lasker von 1873; das Gutachten der Vorkommission zur Ausarbeitung eines BGB von 1874; die Stellungnahmen in den Redaktionskommissionen sowie im Reichstag und Bundesrat.

Die Grenze zwischen „Kodifikationsbewegung“ und „Kodifikationsprojekten“ läßt sich in der Sache kaum bestimmen. Zur Unterscheidung erscheint jedoch ein formaler Aspekt geeignet: jeweils dort, wo auf staatliche Initiative eine Kodifikation als Plan verkündet oder vorbereitet wird, „beginnen“ die Kodifikationsprojekte. Hiernach ist beispielsweise der Kodifikationsentwurf, den Laurent im Auftrag der belgischen Regierung unter dem Titel „Avant-projet de révision du code civil“ von 1879 bis 1885 ausgearbeitet hat, den „Kodifikationsprojekten“ zuzurechnen, wengleich der Entwurf infolge eines Regierungswechsels nicht angenommen wurde.

3. Abschnitt: Die Gesetzgebung

Als Methode der Darstellung empfiehlt sich die chronologische Ordnung, auch für die weiter aufgegliederten Sachgebiete der privatrechtlichen Einzelgesetzgebung. Soweit und solange Nationalbereiche aus Einzelstaaten bestehen, wie Deutschland, Italien und Spanien, ist zunächst nach diesen Einzelstaaten zu gliedern, und zwar nach der im einleitenden politisch-geographischen Grundriß entwickelten Reihenfolge. Ein Beispiel: Deutschland – Preußen – Einzelgesetzgebung – Familienrecht – persönliches Eherecht – Eheschließung: Einzelgesetze in chronologischer Folge.

A Privatrecht

1. Bürgerliches Recht

a) Geltendes Recht

Für das Bürgerliche Recht wie für die folgenden Sachgebiete ist zunächst eine Übersicht der Quellen des jeweils geltenden Rechts zu geben, in das Kodifikationen oder Einzelgesetzgebung in der Folgezeit eingreifen. Für Länder, die mit kodifiziertem Privatrecht das Jahrhundert beginnen, genügt ein Hinweis auf das Inkrafttreten der Kodifikation, wie in Preußen, Frankreich, Belgien. Näherer Angaben bedarf es für Länder mit gewohnheitsrechtlich überlieferten Quellen: für die deutschen Territorien sind die Quellen des gemeinen Rechts anzugeben, Bayern eingeschlossen, wo der Codex Maximilianeus das römische Recht in subsidiärer Geltung gelassen hat; für Aragon, Katalonien und Navarra die Foralrechtsquellen, für Ungarn das Tripartitum.

Schwierig gestaltet sich diese Übersicht teilweise für das Handelsrecht, in den Ländern nämlich, die nicht über den Code de commerce verfügen, schwieriger noch für die folgenden Sachgebiete. Der erste Versuch einer Kodifikation des Handelsrechts in Deutschland wird erst in den dreißiger

Jahren in Württemberg unternommen: „Entwurf eines HGB für das Königreich Württemberg“, 1839. Daher ist jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt für Württemberg und die übrigen deutschen Staaten (mit Ausnahme Preußens und der Territorien unter französischem Recht) auf das gemeine und partikulare Handelsrecht zu verweisen, einen disparaten Quellenbestand, den man zur Zeit kaum anders als durch einen Hinweis auf die Übersicht in Goldschmidts Handbuch wird angeben können (I², p. 45–48).

Für die folgenden Sachgebiete wird man die Quellenlage zu Beginn der zu verzeichnenden Gesetzgebung aus den entsprechenden Darstellungen der Zeit zu ermitteln haben, für das Wertpapier- und Gesellschaftsrecht z. B. aus den Arbeiten von v. Martens, Heise, Mittermaier, Thöl und Goldschmidt.

b) Kodifikationen und Projekte

Eine nähere Bestimmung der „Kodifikation“ und „Kodifikationsprojekte“ ist bereits oben gegeben worden. Projekte grenzen sich von Kodifikationen durch den Mangel der Gesetzeskraft ab.

Für den Zweck der geplanten Darstellung sollte man indessen an dem Kriterium der Regelung eines „Gesamtbereichs“ im Sinne etwa des gesamten Bürgerlichen Rechts nicht streng festhalten. Auch wesentliche Teilbereiche wie das Obligationenrecht in der Form des „Dresdner Entwurfs“ von 1863–66 sind den Kodifikationsprojekten zuzurechnen. Unter diesem Aspekt sollte man erwägen, auch vereinheitlichende und abschließende Gesetzeswerke wie die Allgemeine Deutsche Wechselordnung und die spätere reichsgesetzliche Konkursordnung im Rahmen der Kodifikationen zu behandeln, wengleich sie Materien regeln, die in früheren Kodifikationen – im ALR, Code de commerce, Wetboek van koophandel – Gegenstand einzelner Abschnitte sind.

Auf der Grenze zwischen Kodifikation und Einzelgesetzgebung steht die Revision eines Gesetzbuches. Eine Gesamtrevision ist im Abschnitt „Kodifikationen“ zu vermerken. Handelt es sich um eine partielle Novellierung, so bietet sich folgende Differenzierung an: Novellen, die formell selbständige Gesetze neben dem insoweit geänderten Gesetzbuch bleiben, sind in den Abschnitt „Einzelgesetzgebung“ aufzunehmen, mit einem Hinweis auf ihre Novellierungswirkung; Novellen, die in ein Gesetzbuch eingearbeitet werden, sind in den Abschnitt „Kodifikationen“ aufzunehmen, mit einer entsprechenden Verweisung im Abschnitt „Einzelgesetzgebung“. Ein Beispiel aus Belgien: seit der Mitte des 19. Jahrhunderts werden handelsrechtliche Einzelgesetze erlassen, die den seit 1808 geltenden Code de commerce in

einzelnen Materien jeweils ändern. Die Novellen dienen der Vorbereitung einer Gesamtrevision des Code, die schließlich Anfang der siebziger Jahre in der Gestalt des „Code de commerce belge révisé“ unter Einbeziehung jener Novellen erfolgt. Hier sollte man die Novellen im Abschnitt „Einzelgesetzgebung“ zwar chronologisch vermerken, die Dokumentation im einzelnen auf Grund einer entsprechenden Verweisung jedoch im Abschnitt „Kodifikationen“ liefern. Ebenso wäre zu verfahren mit den drei Novellen zum ABGB von 1914–1916, die in das Gesetzbuch eingearbeitet worden sind.

Diesem Vorschlag liegt auch ein ideengeschichtlicher Aspekt zugrunde: die Methode der Novellierung eines Gesetzbuches – durch Neufassung des Gesetzestextes oder externe gesetzliche Feststellung der Änderungen – ist ein Indiz für die bleibende oder schwindende Bedeutung des Kodifikationsprinzips bis auf die heutige Zeit.

Die Kodifikationen und Projekte sind jeweils ihrer Entstehung, ihrem Inhalt und ihrer Bedeutung nach zu beschreiben. Im einzelnen empfiehlt sich folgendes Schema der Darstellung:

Initiativen zur Kodifikation und Widerstände

Motive und Ziele

Organe der Vorbereitung und Ausarbeitung

Quellen und Vorbild

Stufen der Ausarbeitung

Endgültige Anlage nach Inhalt und Methode

Verfahren der Gesetzgebung

Aufnahme in der Öffentlichkeit, insbesondere in Rechtspraxis und Rechtswissenschaft

Novellierung

Unter dem Aspekt „Initiativen und Widerstände“ soll eine Ermittlung des sozialen Standorts der Freunde und Gegner der Kodifikation versucht werden. „Motive und Ziele“ dienen vor allem der Frage, ob die erwähnte Tendenz, in der Kodifikation vorwiegend ein Instrument zur Rechtsfeststellung und Rechtsvereinheitlichung zu sehen, sich im Einzelfall bestätigt. Der Aspekt „Quellen und Vorbild“ gilt unter anderem der Frage, inwieweit man rechtsvergleichend gearbeitet hat. Es besteht die begründete Vermutung, daß man während des gesamten 19. Jahrhunderts in hohem Maße ausländische Gesetzestexte und Literatur sowohl in der Einzelgesetzgebung wie in den Kodifikationen jeweils verwertet hat. Beispielsweise haben nach Goldschmidt die Redaktoren des bereits erwähnten württembergischen Entwurfs eines HGB außer dem Code de commerce zugleich die „neueste“ hollän-

dische, spanische und portugiesische Handelsgesetzgebung berücksichtigt. Als Zeuge für diese gesetzgeberische Methode sei Georg Cohn zitiert (1879): „Der Gedanke der Reception ist uns so alltäglich geworden, daß mit den Motiven eines jeden neuen Gesetzentwurfes eine Übersicht über die bezüglichen Bestimmungen der fremden Rechte vorgelegt zu werden pflegt. Der moderne Gesetzgeber fragt – und mit Recht – weit weniger nach dem nationalen Ursprung eines Institutes, als nach der praktischen Brauchbarkeit desselben!“

c) Einzelgesetzgebung

Die Darstellung der Einzelgesetzgebung im Bereich des herkömmlichen bürgerlichen Rechts ist nach einer problemorientierten Auswahl anzulegen. Die Absicht ist, diejenige Einzelgesetzgebung vor allem anzuführen und zu erläutern, die das überlieferte Privatrecht im Interesse der bürgerlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung umgestaltet. Diese Einzelgesetzgebung stellt einen Teil der rechtlichen Entwicklung dar, die aus dem ständisch gebundenen Privatrecht des Ancien régime ein Ordnungsinstrument der bürgerlichen Wirtschaftsgesellschaft insgesamt macht. Den übrigen Teil leistet die Gesetzgebung auf den privatrechtlichen Sondergebieten; sie ist in den folgenden Abschnitten zu behandeln.

Diesem Plan steht die problemneutral angelegte Gliederung nach herkömmlichen Sachgebieten nicht entgegen. Sie empfiehlt sich einerseits aus praktischen Gründen: um im Interesse der Übersichtlichkeit der Darstellung an herkömmliche Kategorien anzuknüpfen und zudem eine vorzeitige Festlegung auf eine methodisch problemgeschichtliche Darstellungsweise zu vermeiden. Andererseits gibt die vorgesehene Gliederung nur die Form der Darstellung wieder. Die Methode der Bearbeitung dagegen, d. h. die Auswahl des Stoffes und die Ausfüllung der Gliederung, wird sich im wesentlichen nach den folgenden Sachproblemen richten:

Personenrecht

Personenstand

Persönlichkeitsschutz (mit Ausnahme der gewerblichen Schutzrechte)

Familienrecht

Persönliches Eherecht: Zivilehe und kirchliche Ehe, Eheschließung, Ehescheidung, Rechtsstellung der Ehefrau

Eheliches Güterrecht: Gütertrennung, Dotalrecht, Gütergemeinschaft

Väterliche Gewalt, Verhältnis von Eltern und Kindern

Status des unehelichen Kindes

Privates Organisationsrecht

Sachenrecht

Eigentum: Freiheit des Erwerbs, der Nutzung, der Veräußerung (d. h. Abbau der privaten und öffentlichen Beschränkungen); neue Beschränkungen; Enteignung

Kreditrecht: Mobiliar- und Immobiliarpfandrecht, Sicherungsübereignung
Materielles und formelles Grundbuchrecht

Obligationenrecht

Vertragsfreiheit

Haftungsrecht, insbes. Betriebs- und Gefährdungshaftung

Schadensersatzrecht

Erbrecht

Testierrecht, Pflichtteil

Erbvertrag

Intestaterbfolge

Fideikommiß, Stammgüter- und Anerbenrecht

Die Auswahl dieser Einzelgesetzgebung nach ihrer erwähnten rechtspolitischen Funktion legt es nahe, den wesentlichen Inhalt der Gesetze kurz anzugeben und hervorzuheben, worin die Neuerung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand besteht. Dabei sollte man wiederum auf rechtsvergleichende Vorbereitung des Gesetzes achten sowie auf seinen eventuellen Einfluß auf entsprechende ausländische Gesetzgebung. Diese Anregungen beziehen sich auch auf die Einzelgesetzgebung in den folgenden Sonderrechtsgebieten.

2. Handelsrecht

Der Abschnitt ist dem Handelsrecht in folgendem Umfang gewidmet: dem Recht des Handelsstandes, der Handelsgeschäfte und des Seehandels. Materien wie Wertpapiere, Versicherungen und Konkurs, die in den Handelsgesetzbüchern der Zeit, insbesondere im romanischen Rechtskreis, zugleich geregelt worden sind, werden als Auszüge dieser Kodifikationen in den jeweils entsprechenden Abschnitten der Gliederung dargestellt werden.

Diese im Sinne eines „engeren Handelsrechts“ angeführten Sachgebiete finden sich in verschiedenen Quellen geregelt: a) überwiegend in Handelsgesetzbüchern, die in den meisten europäischen Ländern sukzessiv eingeführt und in der Folgezeit durch Novellen häufig geändert werden (Frankreich, Belgien, Niederlande); b) ausschließlich in handelsrechtlichen Einzelgesetzen wie in den skandinavischen Ländern, wobei allerdings zu beachten ist, daß in diesen Ländern noch immer die alten Rechtsquellen des Danske

Lov (1683), des Norske Lov (1687) und des Sveriges Rikes Lag (1734) die Grundlage des Privatrechts bilden; c) in Zivilgesetzbüchern wie im ALR, im Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch, im späteren schweizerischen Obligationenrecht und im Liv-, Est- und Kurländischen Privatrecht von 1864, wengleich später, wie im Falle des ALR, besondere handelsrechtliche Regelungen an die Stelle dieser Quellen treten.

In diesem Zusammenhang sollte man den Prozeß der Verselbständigung des Handelsrechts gegenüber dem „eigentlichen“ Bürgerlichen Recht beachten, deren erster Ausdruck die besondere handelsrechtliche Gesetzgebung der Neuzeit ist. Bentham hat diese Verselbständigung – wie auch für andere Rechtsgebiete – erstmals theoretisch begründet und ein besonderes Gesetzbuch für Kaufleute aus praktischen Gründen gefordert. Der Prozeß der Verselbständigung ist jedoch nicht gleichmäßig verlaufen. So hat das ALR seiner ständischen Anlage entsprechend von Kaufleuten und Handelssachen im Titel „Vom Bürgerstande“ gehandelt. Die erste ständelose Gesellschaft führte hingegen den Code de commerce ein, angeregt und vorbereitet allerdings durch die Ordonnance du commerce von 1673. In der Schweiz wiederum hat man von dem Erlaß eines Handelsgesetzbuches – ein vollständig ausgeführter Entwurf lag 1864 vor – bewußt Abstand genommen, um die gesetzliche Anerkennung eines Standesrechts zu vermeiden.

3. Wertpapierrecht

Hier handelt es sich insbesondere um die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Wechsel-, Scheck- und Anweisungsrechts. Für den deutschen Bereich wird man sie bis zum Erlaß der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung nur in einer Auswahl anführen können. In Preußen gelten bis zu diesem Zeitpunkt die ausführlichen wechselrechtlichen Bestimmungen des ALR, in den übrigen deutschen Territorien (nach Georg Cohn) 56 Wechselordnungen aus verschiedenen Zeiten. In den anderen europäischen Ländern ist weitgehend das Wechselrecht des französischen Code de commerce aufgenommen oder nachgebildet worden. Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Scheckrechts beginnt vergleichsweise spät, zuerst in Frankreich (1865), am spätesten in Österreich (1906) und Deutschland (1908).

4. Privatversicherungsrecht

Die für den darzustellenden Zeitraum ersten gesetzlichen Regelungen finden sich in Kodifikationen um die Jahrhundertwende: im ALR und Code de

commerce, später im Wetboek van koophandel. Einzelgesetzgebung im Sinne von Versicherungsvertragsgesetzen setzt im allgemeinen erst mit dem Ende des 19. Jahrhunderts ein. Diese Gesetzgebung wird weitgehend vorbereitet durch die in der Praxis entwickelten allgemeinen Versicherungsbedingungen, eine der frühen Formen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

5. Gesellschaftsrecht

Im Rahmen des Gesellschaftsrechts werden die Rechtsformen entwickelt, welche die künftige Struktur der bürgerlichen Wirtschaftsordnung bestimmen. Es handelt sich vor allem um das Recht der Kapitalgesellschaften: der Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Organisationsform der KGaA geht aus dem Bestreben hervor, das Aktienprinzip unabhängig von staatlicher Genehmigung zu praktizieren. Die wohl erste gesetzliche Regelung erfolgt 1856 in Frankreich, der sich das deutsche HGB anschließt. Die Gesellschaftsform der GmbH wird zuerst in Deutschland (1898) gesetzlich eingeführt und im Ausland nachgebildet, in Österreich 1906, in Frankreich 1925.

Das Genossenschaftsrecht gehört schon zur „Gegenbewegung“. Es wird durch die deutsche Gesetzgebung geschaffen und sanktioniert die aus der sogenannten Genossenschaftsbewegung hervorgegangenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften zum Schutz kleinerer Unternehmen gegenüber dem freien Wettbewerb. Die ersten Gesetze werden in Preußen und im Norddeutschen Bund (1867/68) erlassen. In der Entwicklung der Genossenschaftsgesetzgebung ist auf den Übergang von der unbeschränkten zur beschränkten Haftung der Genossenschaftsmitglieder zu achten.

6. Urheber- und Verlagsrecht

Der leitende Gedanke der modernen Gesetzgebung auf diesem Gebiet liegt im Übergang von einem durch Privileg oder Verlagsvertrag begründeten Schutz des Verlegers gegen Nachdrucke zu einem unmittelbaren Recht des Urhebers an seinem Werk. Während das ALR (I 11 § 996–1032) noch die erste Lösung vorsieht, bringen französische Gesetze von 1791 und 1793 die erste gesetzliche Anerkennung einer „*propriété littéraire et artistique*“. Ein entsprechendes Gesetz im deutschen Bereich wird erstmals 1837 in Preußen erlassen.

7. Gewerblicher Rechtsschutz

Die Einführung der allgemeinen Gewerbefreiheit hat sich in den Ländern Europas einigermaßen hingezogen: sie beginnt in Frankreich 1791 und setzt sich beispielsweise in den deutschen Einzelstaaten allgemein erst bis 1860 durch (in Preußen bereits 1810 und 1845). Mit ihrer Verkündung wird jedoch eine gesetzliche Ausgestaltung der Gewerbefreiheit nicht verbunden. Dies entspricht der Vorstellung vom wirtschaftlichen Freiraum der bürgerlichen Gesellschaft gegenüber dem Staat. Jhering findet die treffende Formulierung: „Die ganze privatrechtliche Sphäre liegt außerhalb des Bereiches des Staats, so wie die persönlichen Verhältnisse eines Gesellschafters außerhalb des der Societät.“

So treten das Bedürfnis und die Forderung nach allgemein verbindlichen Regeln der freien Gewerbeausübung verhältnismäßig spät auf, erst nachdem die allenthalben starke Zunahme des Handels und der Industrie seit der Mitte des Jahrhunderts die Gefahren des *laissez faire* hat erkennen lassen. Zudem steht solchen gesetzlichen Regelungen lange Zeit die herrschende Freihandelslehre entgegen.

Die Gefahren der unbeschränkten Gewerbefreiheit waren im Grunde zweifacher Natur. Sie bedeuteten zunächst eine Bedrohung der Existenz des einzelnen Teilnehmers am Wettbewerb. Dies mochte im Einzelfall und im Kreis der Großkaufleute und Fabrikanten nach dem Prinzip des „*survival of the fittest*“ noch vertretbar sein; einerseits aber blieb es bei einem strikten „*Manchestertum*“ nicht bei Einzelfällen, andererseits lebten unter dem Gesetz der freien Konkurrenz auch die kleinen Kaufleute und Gewerbetreibenden, nicht zuletzt die Lohnarbeiter in Landwirtschaft und Industrie. Eine weitere Gefahr drohte daher der Institution des Wettbewerbs als solcher, dem Lebensmechanismus der bürgerlichen Gesellschaft, und, im Falle einer zunehmenden Bedürftigkeit weiter Bevölkerungsschichten, schließlich dem Staat selbst (der gegenüber dem freien Wettbewerb nach liberalistischer Ansicht sich auf ein Zusehen und im übrigen auf die Unterhaltung von Armenhäusern beschränken sollte). So gehen die Initiativen zu den kommenden wettbewerbsrechtlichen Regelungen im allgemeinen sowohl von den interessierten Wirtschaftskreisen wie von den Regierungen aus. Die Regelungen dienen dem Interesse des einzelnen, als „Bestandsschutz“, im typischen Sinne beispielsweise als „Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs“ (Reichsgericht), sowie dem institutionellen Schutz im Interesse der Gesellschaft und des Staates. Der privatrechtliche Aspekt zeigt

sich darin, daß einige Länder den unlauteren Wettbewerb mit den Vorschriften des allgemeinen Privatrechts bekämpfen (Frankreich, Niederlande, Italien); in Frankreich z. B. bedient man sich der durch die Rechtsprechung ausgestalteten Generalklausel des Art. 1382 Code civil. Charakteristisch für den „publizistischen“ Aspekt sind besondere Einzelgesetze, zumal wenn sie zugleich Strafbestimmungen enthalten, wie z. B. in Deutschland. Wie sehr aber auch hier eine unlautere Wettbewerbshandlung im Sinne einer Privatrechtsverletzung verstanden und geregelt wird, zeigt sich darin, daß die Strafverfolgung regelmäßig auf Antrag eintritt, nur in Ausnahmefällen von Amts wegen.

8. Gewerberecht

Es ist nicht das eigentliche Gewerberecht, d. h. die Regelung der Ausübung des Gewerbebetriebs, darzustellen. Teilbereiche im Sinne der Systematik der Zeit, wie der gewerbliche Arbeitsvertrag und der Arbeiterschutz, werden zudem im folgenden Abschnitt behandelt. Vielmehr ist hier die Gesetzgebung zur Einführung der Gewerbefreiheit in den einzelnen Ländern gemeint, das Zustandekommen der Gesetzgebung und ihr wesentlicher Inhalt, wobei auf ursprüngliche wie auf spätere Beschränkungen der Gewerbefreiheit zu achten ist.

9. Arbeits- und Sozialrecht

Anstelle einer Erläuterung sei ein Zitat gegeben, das die Problematik zeitgemäß umreißt: „Der Arbeitsvertrag, durch den der eine Vertragschließende seine Arbeitskräfte dem anderen zeitweise zur Verfügung stellt, um das hierfür empfangene Entgelt nach eigenem Ermessen zu verwenden – nicht das Privateigentum an den Produktionsmitteln, wie dies fälschlich im sozialdemokratischen Programm gelehrt wird – ist die Grundlage des modernen Staats; denn nicht der Besitz von Privatvermögen, sondern nur die Möglichkeit des Eingehens von Arbeitsverträgen schafft die Mittel zur Aufrechterhaltung der persönlichen Freiheit des Einzelnen wie des Wohls der Gesamtheit. Freilich kann der Arbeitsvertrag auch zugleich das Mittel sein, um eben diese persönliche Freiheit des Einzelnen und damit indirekt das Gedeihen des Staats aufs schlimmste zu gefährden: wenn nämlich derjenige, der über die Arbeitsgelegenheit verfügt, stark – „vermögend“ – genug ist, um die Anderen, Schwächeren, weniger „Vermögenden“ zu ungünstigen, mit dem Genuß der persönlichen Freiheit unvereinbaren Arbeitsbedingungen

zu nötigen. Die Aufgaben des Arbeitsrechts sind durch diese einfache Betrachtung gekennzeichnet. Es darf denjenigen nicht behindern, der die Kräfte anderer in erlaubter Weise für seine Zwecke nutzbar machen will; und es muß dafür sorgen, daß nicht aus jener, mit dem Arbeitsverhältnis notwendig verbundenen Unterordnung des einen Vertragschließenden sich eine unbegrenzte Beherrschung desselben durch den anderen Vertragschließenden entwickelt . . . Richtig ist freilich, daß alle diese aus der Machtverschiedenheit der Parteien erwachsenden Abhängigkeiten vom Recht nicht gewollt sind; unser Arbeitsrecht weilt eben bisher noch im juristischen Begriffshimmel, wo all diese, auf der armen Erde so fühlbaren Dinge nicht gefühlt und deshalb weder verhindert noch geregelt werden“ (Flesch/Hiller, Gewerberecht, in Holtzendorffs Enzyklopädie⁷ IV, 1914).

10. Internationales Privatrecht

Es handelt sich um das innerstaatliche internationale Privatrecht oder nationale Kollisionsrecht. Die gesetzliche Regelung ist in den meisten Ländern im Zusammenhang der Privatrechtskodifikationen erfolgt, zumeist wiederum in den einleitenden Bestimmungen der Gesetzbücher und in Form verhältnismäßig weniger Vorschriften – in Frankreich, Belgien, Italien, Österreich, in Deutschland im Einführungsgesetz zum BGB. Eine „Kodifikation“ des deutschen internationalen Privatrechts war im Vorentwurf zum BGB vorgesehen.

In der Aufzeichnung dieser Gesetzgebung sollten die jeweils gewählten kollisionsrechtlichen Grundsätze hervorgehoben werden (z. B. Statutenlehre, Nationalitätsprinzip, private Selbstbestimmung).

B Verfahrensrecht

1. Zivilprozeßrecht

Die Quellen, die im Bereich der Kodifikation und Einzelgesetzgebung des Zivilprozeßrechts aufzunehmen wären, sind insgesamt sehr zahlreich, zumal in den Nationalbereichen, die in selbständige Territorien gegliedert sind: vor allem in Deutschland, in Italien und in der Schweiz. Bis zur Herstellung der nationalen Rechtseinheit werden in nahezu allen solchen Territorien Kodifikationen des Zivilprozeßrechts vorgenommen oder projektiert. In den schweizerischen Kantonen werden bis 1914 mehr als 50 Kodifikationen und Revisionen unternommen. Eine vollständige Aufnahme solcher Gesetzgebung kommt im Rahmen des geplanten Werkes nicht in Betracht. Als

Aushilfe können zwar Verweisungen auf bisherige Darstellungen dienen. Beispielsweise gibt es für die Schweiz eine offenbar vollständige Darstellung der kantonalen Zivilprozeßgesetzgebung (Kodifikationen und Revisionen) für die Zeit von 1819 bis 1930 (Schurter/Fritsche, Das Zivilprozeßrecht der Schweiz, 1931–1933).

Andererseits aber wird man die wichtigste Gesetzgebung konkret anführen müssen und sollte auf folgende Weise verfahren. Die nationalstaatlichen Kodifikationen werden vollständig aufgenommen und nach dem oben bezeichneten Schema kurz charakterisiert, ferner die Revisionen, jeweils nach Bedeutung auch die selbständigen Novellen. Von der einzelstaatlichen Gesetzgebung werden die Zivilprozeßgesetze der größeren Territorien stets aufgenommen; aus den übrigen wird eine Auswahl getroffen. Man könnte solche Kodifikationen vorzugsweise darstellen, die Modellwirkung haben oder einen Typus am vollständigsten repräsentieren. Die übrigen könnte man nach ihrem Verhältnis zu Modell und Typus jeweils gliedern und kurz verzeichnen, gegebenenfalls mit entsprechenden Verweisungen auf detaillierte andere Darstellungen. Solche Modellwirkung beispielsweise hat unter den partikularen Zivilprozeßkodifikationen in Deutschland die hannoversche Prozeßordnung von 1850. Sie bildet eine Synthese überwiegend des französischen und des gemeinen Prozesses und wird allen künftigen Projekten einer nationalen Prozeßrechtskodifikation zugrunde gelegt.

2. Handelsprozeßrecht

Die Handelsgerichtsbarkeit und das Verfahren in Handelssachen werden in sehr verschiedenen Quellen geregelt. Die preußische Allgemeine Gerichtsordnung von 1793 handelt „vom Verfahren in Merkantil- oder Meß- und Handelssachen“; das Gerichtsverfassungsgesetz des Deutschen Reiches regelt die Institution der Handelsgerichtsbarkeit, für das Verfahren gelten die Vorschriften der ZPO. Der Code de commerce bestimmt im wesentlichen nur Organisation und Kompetenz der Handelsgerichte; das Verfahren ist im Code de procédure civile in einem besonderen Titel geregelt. Hingegen hat man in Spanien in unmittelbarem Anschluß an das Handelsgesetzbuch von 1830 eine vollständige Handelsprozeßordnung erlassen (Ley de enjuiciamiento en los negocios y causas de comercio).

Angesichts dieser Quellenlage empfiehlt sich für die Handelsgerichtsbarkeit und das Verfahren in Handelssachen eine getrennte Darstellung in den Abschnitten „Zivilgerichtsbarkeit“ und „Verfahrensrecht“.

Dritter Teil: Rechtswissenschaft (Länderberichte)

Wie man das 19. Jahrhundert als das Zeitalter der Kodifikationen bezeichnet hat, könnte man es auch ein Zeitalter der Rechtswissenschaft nennen. Eine der Quellen dieses Wissenschaftsbegriffs ist die Wissenschaftslehre der deutschen idealistischen Philosophie. Wissenschaft des Rechts, wie alle Wissenschaft, ist hiernach die Erkenntnis und Darstellung des empirisch Gegebenen im Ganzen eines Systems. Rechtswissenschaft ist Rechtssystem. Es findet seine Ausbildung in der Systematik der deutschen Pandektenwissenschaft und seinen vollkommensten Ausdruck im „Allgemeinen Teil“, mit dem Rückgrat allerdings der Rechtssystematik des späten 18. Jahrhunderts.

Im Gegensatz zur systematisch-konstruktiven Methode steht in den Augen der Zeit die exegetisch-interpretative, die theoretisch und praktisch in Frankreich zur Schule entwickelt wird. Ihr methodologisches Grundprinzip ist die Bindung der Doktrin an Form und Inhalt des positiven Rechts in der Gestalt des Gesetzes, insbesondere der Kodifikation. „Gesetzeskunde“ haben ihre Kritiker sie genannt, später „niedere Jurisprudenz“, im Gegensatz zur methodischen Aufhebung der positiven Rechtssätze in der „höheren“ Einheit der Begriffe und des Systems.

Diese beiden Methoden stehen in den meisten Ländern während des 19. Jahrhunderts in Widerstreit, bis gegen Ende des Jahrhunderts die systematische Methode auch im romanischen Rechtskreis als „*méthode scientifique*“ die Vorherrschaft erlangt. Für das Verständnis dieses historischen Methoden Gegensatzes ist wesentlich, daß man in ihm einen qualitativen Unterschied gesehen hat: in Frankreich und Belgien wie in Deutschland und Österreich. Kohler spricht in diesem Sinne von der Kommentarliteratur, „die notwendig ist, aber eine niedrigere Stufe der wissenschaftlichen Behandlung kennzeichnet“. Inwieweit in der methodisch systematischen Distanzierung vom Gesetzesrecht auch eine rechtspolitische zu sehen ist, wird noch zu untersuchen sein.

A Privatrecht

1. Bürgerliches Recht

Die Gliederung, die unter diesem Titel entwickelt ist, dient als Richtlinie zur Bearbeitung auch der übrigen unter A–C aufgeführten Rechtsgebiete. Es versteht sich, daß diese aus dem Bürgerlichen Recht abgeleitete Gliederung für die folgenden Rechtsgebiete nicht in gleicher Weise ausgefüllt werden kann. Sie empfiehlt sich für alle diese Gebiete aber als ein Untersuchungsschema, das auf die wichtigsten Aspekte und Methoden der wissenschaftlichen Behandlung des Privatrechts Rücksicht zu nehmen sucht.

Wissenschaftliche Behandlung

a) Methodologie

Eine Geschichte der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre des 19. Jahrhunderts kann hier nicht gegeben werden. Es handelt sich jedoch um ein Zeitalter, das an Methodenlehre und Methodenstreit sehr reich ist, welche wiederum die rechtswissenschaftliche Literatur geprägt haben. Insofern gehört die Kenntnis der Theorie zum Vorverständnis der Literatur. Zudem ist das Interesse der Zeit an Theorie und Methode nicht nur von theoretischer Relevanz, sondern zugleich von praktischem Bezug, wie die Frage nach der „Natur“ des Rechts, seiner Gestaltbarkeit und konkreten Gestaltung durch Gesetzgebung, Wissenschaft und Rechtsprechung. Man wird daher nicht umhin können, die Hauptströmungen im rechtswissenschaftlichen Denken und Verfahren wenigstens zu skizzieren.

Eine leitende Funktion kommt dabei der Darstellung der Methodenlehren in Deutschland und Frankreich zu, da diese Lehren weithin rezipiert werden, sei es als Theorie, sei es in Gestalt der aus ihr hervorgegangenen Literatur.

In Deutschland sollte man folgende Entwicklungen unterscheiden und skizzieren:

die Theorie einer positiven Rechtswissenschaft, die dem Stoff nach empirisch, ihrer Anlage nach systematisch vorgefaßt ist und nach der Abkehr vom materialen Vernunftrecht Positivität und Rationalität zeitgemäß zu vereinbaren sucht (Hugo, Savigny, Feuerbach);

die Wendung des wissenschaftlichen Interesses zu einer puristisch-antiquarischen Erforschung des römischen und germanischen Rechts im Gefolge der Restauration, im Namen der Historischen Rechtsschule und der Volksgeistlehre;

die Theorie und Dogmatik des „heutigen“ römischen und deutschen Rechts seit den vierziger Jahren in Gestalt vor allem der Konstruktionsjurisprudenz, die bis zum Ende des Jahrhunderts weithin herrschend bleibt;

die Lehre einer im Prinzip von Gesetz und System gleichermaßen freien Jurisprudenz, in Gestalt der teleologischen Rechtsauffassung und ihrer Fortentwicklung in der Interessenjurisprudenz, der Freirechtsschule und der Theorie der Rechtstatsachenforschung.

In Frankreich könnte man folgende Entwicklungsstufen vermerken:

die sogenannte *école historique*, d. h. die frühe historisch-vergleichende Literatur zum Code civil;

die Theorie und Literatur der sich bis in die vierziger Jahre entfaltenden

exegetischen Schule (Touiller, Proudhon, Duranton) und der Übergang zur „méthode dogmatique“ um 1850 in Gestalt von „Titelsummen“ (Demolombe);

der Ansatz einer systematischen Methode seit 1840 in dem nach Zachariae angelegten Werk von Aubry und Rau;

die Entwicklung eines Systems des Privatrechts einerseits (Capitant 1897), die Methode einer teleologisch und vergleichend orientierten „freien Rechtsforschung“ andererseits (Geny 1899).

Als eine weitere übernational wirkende Wissenschaftslehre der Zeit ist die englische Jurisprudence zu erläutern, wenngleich sie sich, jedenfalls seit Austin, unter dem Einfluß der Pandektistik entfaltet hat.

In der Behandlung der Methodologie in den einzelnen Ländern sollte man auf eigenständige Ansätze und Entwicklungen zunächst achten (in England Bentham, in Dänemark Ørsted, in Frankreich Jourdan), um nicht von vornherein den Gang der Theorie- und Methodengeschichte auf den Aspekt der Rezeption zu begrenzen, zum anderen wegen der durchaus verschiedenen Auswirkung, welche die Verbreitung ausländischer Lehren in den einzelnen Ländern hat. Beispielsweise wird die Volksgeistlehre zwar nahezu überall referiert, aber nicht allenthalben akzeptiert, nicht in der französischen „Themis“ und nicht von Austin. Bluntschli, Schüler von Savigny, verschreibt sich zwar dem Programm der historischen Rechtsforschung, arbeitet aber andererseits das Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch aus.

Soweit man auf die Verbreitung oder gar Annahme ausländischer Rechts- und Methodenlehre trifft, sollte man den Gang und die Modalitäten dieses Einflusses berücksichtigen. In Italien während der ersten Hälfte des Jahrhunderts ist die Einführung der französischen Literatur und Rechtsprechungs-sammlungen eine Folge der Übernahme oder späteren Nachbildung der französischen Codes, ebenso in Rumänien nach 1865. Anders im Falle der Verbreitung der Methode und Lehren der Pandektistik: in Österreich wird sie durch unmittelbar politische Motive bewußt eingeleitet (Thun-Hohenstein'sche Universitätsreform); in den Ländern des romanischen Rechtskreises wird sie gegen Ende des Jahrhunderts inspiriert von der Einsicht in die rechtspolitischen und rechtsdogmatischen Unzulänglichkeiten der überlieferten Kodifikationen („par le Code civil, mais au-delà du Code civil“). Besonderes Interesse verdienen die Vermittler solcher Theorie-Rezeption, zumeist Gelehrte, die, der Entwicklung im eigenen Lande oft vorausgreifend, ausländische Werke übersetzen oder in eigenen verarbeiten; im Falle der Verbreitung der Pandektistik etwa Austin und Lightwood in England; Borne-

mann, Hagerup in Skandinavien; Capitant, Geny, Saleilles in Frankreich; Bensa und Fadda in Italien; Unger in Österreich; Großschmidt und Schwarz in Ungarn.

b) Geschichte

Unter historischer Rechtsliteratur ist hier grundsätzlich Historie des geltenden Rechts oder zum Zweck der Neugestaltung des geltenden Rechts zu verstehen. Alle Literatur, die dieses Bezuges zur Gegenwart entbehrt, „anti-quarische Historie“, ist nicht zu berücksichtigen.

„Äußere Rechtsgeschichte“ ist Quellenhistorie, d. h. die Darstellung vor allem der Gesetzgebung, der Rechtsprechung (einschließlich des Gewohnheitsrechts) und der Literatur. Sie ist aufzunehmen, soweit sie entwicklungsgeschichtlich angelegt ist und bis zur Gegenwart führt, wie beispielsweise Bluntschlis „Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich“, oder, mangels einer solchen Kontinuität, jedenfalls einen unmittelbaren Bezug zur Gegenwart hat, wie Savignys „Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter“.

„Innere Rechtsgeschichte“ ist die entwicklungsgeschichtliche Untersuchung einzelner Rechtsinstitute und Rechtslehren. Sie ist ihrer Natur nach bereits auf die Gegenwart ausgerichtet, in besonderem Maße aber im 19. Jahrhundert. Hiermit hat es jedoch, jedenfalls in den deutschen Territorien, eine eigene Bewandnis. In der Wissenschaft herrscht hier die Traditionsmasse des römischen, kanonischen und deutschen Rechts vor, teils neben bestehenden Kodifikationen, teils gegen sie. Im Rückgriff auf diesen „Stoff“, entsprechend der Ansicht von der empirisch-geschichtlichen Natur des positiven Rechts, sieht man das Mittel zur Klärung und vor allem zur Neugestaltung des geltenden Rechts. Gerber hat diese Vorstellung charakterisiert: „Sie besteht darin zu versuchen, ob sich nicht auch in der Fülle jener gebundenen Zustände des Mittelalters ein juristischer Gedanke von allgemeiner Konstruierbarkeit entdecken läßt, der eine homogene Gestaltung im Verhältnis zu den übrigen Bestandteilen des Privatrechts gestattet . . .“ Ein großer Teil solcher Untersuchungen in Deutschland ist so angelegt, wie Windscheids Schrift „Über die Actio des römischen Civilrechts“ im weiteren Titel erkennen läßt: „vom Standpunkte des heutigen Rechts“ – ein Widerspruch, der jedoch Methode hat. Er charakterisiert eine Historie, deren Motiv und Interesse modern-dogmatisch ist, indem sie einen Beitrag zum g e l t e n d e n Recht zu leisten sucht und aus dieser Sicht den geschichtlichen Stoff auswählt und gestaltet. Man wird daher solche „historisch-dogmatischen“ Untersuchungen den dogmatischen Mono-

graphien zuzurechnen und dort darzustellen haben.

Allerdings wird dieser Untersuchungsstandpunkt zumeist nicht am Titel zu erkennen sein. Es kommt hinzu, daß zuweilen Rechtsinstitute oder Rechtslehren scheinbar rein antiquarisch untersucht werden, während die Untersuchung als Korrektur geltender Ansichten gedacht war oder sich ausgewirkt hat: so im Falle Johann Chr. Hasses Arbeit über „Die Culpa des Römischen Rechts“, die für die zivilrechtliche Verschuldenslehre von besonderer Bedeutung gewesen ist. Ein weiteres Beispiel ist Mühlenbruchs „Lehre von der Zession der Forderungsrechte nach den Grundsätzen des römischen Rechts“.

c) Dogmatik

Kommentare

Kommentare sind Gesamt- oder Teildarstellungen des positiven Rechts nach der Legalordnung: z. B. Christian Friedrich Kochs „Kommentar in Anmerkungen“ zum ALR, Duranton's „Cours de droit français suivant le code civil“, Gönners „Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Bayern“. Sie haben nicht notwendig Gesetzesrecht zum Gegenstand, wie Glücks Pandektenkommentar zeigt. Soweit sie Teilgebiete behandeln, wie Gönners Kommentar, sollte man sie nach der im Abschnitt „Monographien“ aufgezeichneten Gliederung darstellen.

Systematische Darstellungen

Systematik im Gegensatz zum Kommentar ist die von der Legalordnung im ganzen abweichende Gesamt- oder Teildarstellung des positiven Rechts. Der Gegensatz zeigt sich treffend in Zeillers Kommentar zum ABGB und Ungers „System des österreichischen allgemeinen Privatrechts“. Zwar liegt jeder Legalordnung auch ein System zugrunde – man denke an die bedeutungsvolle Dreigliederung des Code civil –, indessen hat man im 19. Jahrhundert im wissenschaftlichen Systembegriff die methodische Gegenposition zum Gesetzssystem und geradezu das Prinzip der Unbeachtlichkeit der Legalordnung für die „wissenschaftliche Behandlung“ des Rechts gesehen, im wesentlichen allerdings inspiriert vom Wissenschaftsbegriff und Systembild der Pandektistik.

Im Rahmen dieses Abschnitts sind drei Typen der Systematik zu behandeln: die Enzyklopädie, der Allgemeine Teil und das System des positiven Rechts, wobei die Grenzen im einzelnen fließend sind.

Der Typus der Enzyklopädie ist in Deutschland entwickelt worden, nach Leibnizens „Nova methodus“ vor allem durch die Werke von Hugo und Falck, die zahlreiche entsprechende Arbeiten in Deutschland angeregt haben.

Die führenden deutschen Enzyklopädien finden im Ausland Verbreitung und Nachahmung, in Frankreich, Belgien, Holland, Italien. Warnkönig (Schletters Jahrb. I) und Buonamici (Introduzione allo studio del diritto o enciclopedia giuridica, 1869) geben eine Übersicht der Entwicklung.

Der Allgemeine Teil, wie er hier als Typus verstanden wird, verhält sich zum System des positiven Rechts wie die *iurisprudentia generalis* zur *iurisprudentia specialis* des 18. Jahrhunderts. Er gibt nicht die allgemeinen Lehren eines besonderen positiven Rechts, sondern die Lehren eines allgemeinen Rechts, „des“ Rechts. Das bekannteste Werk dieses Typus ist Savignys „System des heutigen Römischen Rechts“. Ferner sind hier die Werke der *General Jurisprudence* anzuführen, deren Autoren zuweilen ausdrücklich den Traditionszusammenhang mit der *iurisprudentia generalis* und die Verwandtschaft mit dem Allgemeinen Teil hervorgehoben haben (Markby, Pollock, Salmond).

Der Allgemeine Teil ist dagegen als Bestandteil des Systems des positiven Rechts zu behandeln, wenn er vorzüglich eine Zusammenfassung der Grundsätze geben soll, welche die folgenden besonderen Teile des Rechtssystems beherrschen.

Im Rahmen dieser Darstellung sollte man zugleich die Unterrichtsfunktion der jeweiligen Literaturformen hervorheben.

Monographien

Das Leitbild der dogmatischen Monographie im 19. Jahrhundert in Deutschland wie in anderen Ländern ist Savignys „Das Recht des Besitzes“ von 1803 geworden, auch in der formalen Anlage: Quellenkunde, Literaturgeschichte, dogmatische Analyse und Konstruktion. Im Herrschafts- und Einflußbereich der Pandektenwissenschaft kommt der monographischen Bearbeitung zudem die besondere Bedeutung zu, die „Bausteine“ zum System zu liefern. Unger meinte später, daß die deutsche Rechtswissenschaft einer „fortgesetzten Reihe solcher Monographien“ ihre Blüte verdanke.

Der Aufnahme der Monographien dient dieselbe problemneutrale Gliederung in Sachgebiete, wie sie bereits für die Anordnung der Einzelgesetzgebung vorgesehen ist; innerhalb dieser Gliederung ist chronologisch zu verfahren. Da sie nicht allenthalben gebräuchlich ist, sollte man auf eine abweichende Systematik in den einzelnen Ländern eingangs hinweisen.

Wie die Einzelgesetzgebung kann und soll auch die monographische Literatur nicht vollständig aufgenommen werden. Als Kriterien der Auswahl empfehlen sich: angesichts der Tendenz dieses Werkes zunächst die beson-

deren Problemkreise, nach denen bereits die Einzelgesetzgebung auszuwählen ist, denn sie werden sich in der Literatur widerspiegeln; sodann das Urteil der Zeit, wie es in Literaturübersichten der führenden Werke zum Ausdruck kommt, beispielsweise bei Windscheid, Bensa und Planiol; schließlich das Urteil über die Bedeutung monographischer Arbeiten aus heutiger Sicht. Zudem bietet sich ein formales Kriterium der Auswahl an: die selbständige Publikationsform. Abhandlungen in Zeitschriften und Sammelbänden sind grundsätzlich nicht aufzunehmen. Indessen fordert die Tendenz des geplanten Werks, die Vorbereitung einer Dogmengeschichte, hier eine entschiedene Ausnahme. Abhandlungen, die richtunggebende Bedeutung für die Zivilistik im 19. Jahrhundert gehabt haben, sind ohne Rücksicht auf ihre Publikationsform aufzunehmen: beispielsweise Jherings Aufsatz über die culpa in contrahendo, Friedrich Mommsens Abhandlung zur Lehre vom Interesse, Regelsbergers Untersuchung über das fiduziarische Rechtsgeschäft, Labands Aufsatz über die Stellvertretung.

Hieran knüpft sich die weitere Frage, wie mit Aufsatzsammlungen einzelner Autoren überhaupt zu verfahren sei. Man wird gesammelte Schriften von Savigny, Jhering, Goldschmidt u. a. nicht unerwähnt lassen können. Soweit es sich um sachlich begrenzte Sammelbände wie Mommsens „Beiträge zum Obligationenrecht“ handelt, wird man sie dem entsprechenden Gliederungstitel zuweisen können; die meisten „gesammelten Schriften“ aber enthalten Arbeiten über die verschiedensten Gegenstände. Daher erscheint es zweckmäßig, der Gliederung nach Sachgebieten einen Titel „Gesammelte Schriften“ anzufügen, unter dem die Sammelwerke der führenden Juristen zu verzeichnen sind.

d) Rechtsvergleichung

Der Abschnitt „Bürgerliches Recht“ eignet sich für eine Skizze der allgemeinen Entstehung und Ausbildung der Disziplin der Rechtsvergleichung in den einzelnen Ländern. Hierbei wird wiederum auf die Vorentwicklung im 18. Jahrhundert einzugehen sein, die in Band II des Handbuchs keine Darstellung findet. Rechtsvergleichung auf den Sonderrechtsgebieten „Handelsrecht“ bis „Internationales Privatrecht“ sowie im „Verfahrensrecht“ ist in diesen Abschnitten darzustellen.

Die methodische Ausbildung der Rechtsvergleichung verdient besondere Aufmerksamkeit, da sie in diesem Zeitalter des Nationalstaats und Nationalrechts gleichsam als eine wissenschaftliche Gegenbewegung wirkt: teils zur Ermittlung der vergleichsweise „besten Lösung“ annähernd gleicher Sachprobleme und insoweit zum Nutzen innerstaatlichen Rechts; teils – und

schon von früh an – zur Relativierung der nationalrechtlichen Partikularitäten und insoweit zum Nutzen einer übernationalen Rechtsangleichung.

Vorstufe der Rechtsvergleichung ist das Interesse am ausländischen Recht und an seiner Vermittlung. Es ist in den meisten Ländern auffallend verbreitet. Die Medien seiner Realisierung sind in erster Linie Zeitschriften wie die von Foelix 1835 gegründete „Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique“ sowie Mittermaiers und Zachariäs „Kritische Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft des Auslands“ (1829); die synoptische Publikation nationaler Gesetzgebungen (z. B. Saint-Joseph, „Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon“, 1840; entsprechende Publikationen vor allem für das Handelsrecht); monographische Darstellungen ausländischen Rechts und ausländischer Rechtslehre und nicht zuletzt Übersetzungen ausländischer Gesetzgebung und Rechtsliteratur, die sehr zahlreich sind: beispielsweise die Übersetzung des *Wetboek van koophandel* in der Fassung von 1826 ins Deutsche (1827), des *Codice civile* ins Französische (1866), des deutschen BGB ins Französische und die Publikation deutscher Pandektenlehrbücher in den verschiedensten Sprachen.

Was die Rechtsvergleichung selbst angeht, so sollte man auf ihren Methoden- und Funktionswandel besonders achten, der in Frankreich und in Deutschland Gegenstand ausführlicher wissenschaftlicher Debatten gewesen ist, vor allem auf ihre lange Zeit vorherrschende Funktion der Vorbereitung von Gesetzgebung oder deren Revision (Gabba, *Studi di legislazione civile comparata in servizio della nuova codificazione italiana*, 1862; Saleilles' Darstellung des BGB).

e) Rechtstatsachenforschung

Unter diesem Titel soll nicht die Entwicklung der teleologischen Rechtsauffassung behandelt werden; sie gehört ohnehin zum Bereich des Abschnitts „Methodologie“; vielmehr sollte man hier die Rechtsliteratur verzeichnen und kurz charakterisieren, die, teilweise statistisch, das „wirkliche Recht“, d. h. das tatsächlich im Privatrechtsverkehr praktizierte Recht zum Gegenstand hat: seien es die vorzugsweise praktizierten gesetzlichen Rechtsformen, sei es vor allem die *praeter* oder *contra legem* entwickelte Privatrechtspraxis. Unter dem ersten Aspekt steht z. B. die Frage, zu welchen wirtschaftlichen Zwecken welche Gesellschaftsform, welche Kreditform eingesetzt wird; der zweite Aspekt gilt insbesondere den Handelsbräuchen, in der weiteren Entwicklung den Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

f) Rechtskritik und Rechtspolitik

Gemeint sind Kritik und Politik in Bezug auf das materielle Recht unter vorwiegend wirtschaftlich-sozialen Aspekten, nicht dagegen Auseinandersetzungen im Rahmen wissenschaftlichen Methodenstreits.

Rechtskritik und Rechtspolitik haben sowohl literarische wie institutionelle Äußerungsformen. In der Literatur beziehen sich Rechtskritik und -politik einerseits auf Gesamtrechtsgebiete, insbesondere auf deren Struktur und Grundpositionen; sie haben folglich zumeist einen allgemein rechtspolitischen und weniger dogmatisch orientierten Charakter: z. B. Bentham's Kritik am Common Law, Savignys Kritik am Code civil, die germanistische Kritik am „Individualismus“ des römischen Privatrechts, Gierkes Forderung nach einer sozialen Aufgabe des Privatrechts, die Kritik an der Konzeption des Code civil in Frankreich (z. B. Acolas, „Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon au point de vue de l'idée démocratique“). Andererseits beziehen sie sich auf einzelne Rechtsgebiete wie etwa das Pfandrechtssystem oder bestimmte Institute wie Fideikommiß und freier Arbeitsvertrag. Bereits in den dreißiger Jahren setzt z. B. in Frankreich eine Literatur ein, die einzelne Institute des Code civil konkret kritisiert und Revisionsvorschläge macht.

Eine bedeutende Funktion kommt wissenschaftlicher Rechtskritik und Rechtspolitik bei der Vorbereitung von Kodifikationen zu. Ein eindrucksvolles Beispiel sind die zahlreichen Stellungnahmen zu den Entwürfen des BGB. Solche Literatur wird insgesamt in diesen Abschnitt aufzunehmen sein. Allerdings wird man Literatur, die kritisch zur endgültigen Gestaltung einer Kodifikation erheblich beigetragen hat (Gierke), zugleich im Abschnitt „Kodifikationen“ erwähnen müssen.

Zu den literarischen Formen der wissenschaftlichen Rechtskritik gehören ferner Anmerkungen zu Gerichtsentscheidungen, wie sie sich in Gestalt der „notes“ insbesondere in Frankreich entwickelt haben.

Institutionelle Äußerungsformen der Rechtskritik und Rechtspolitik sind wirtschaftspolitische Koalitionen wie die Gewerkschaftsbewegung (in England bereits die Chartisten) und die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Schulze/Delitzsch, Raiffeisen); Interessenverbände wie der deutsche Verein für Socialpolitik und die französische Société d'économie politique; juristische Fachvereinigungen wie der Deutsche Juristentag (1860), die Niederlandse Juristen-Vereeniging (1871) und die Versammlung skandinavischer Juristen seit 1872.

Zeitschriften

Die Zahl der juristischen Zeitschriften in den einzelnen Ländern und Territorien ist beträchtlich. Sie ist einerseits Ausdruck des nationalrechtlichen Partikularisierungsprozesses und damit zugleich eines entsprechend gesteigerten Bedürfnisses nach wissenschaftlicher Kommunikation, andererseits eine Folge der zunehmenden Differenzierung und Spezialisierung privatrechtlicher Materien. Es kommt hinzu, daß in diesem an Rechtstheorie und Methodenlehre so reichen Jahrhundert viele Zeitschriften zur Förderung einer wissenschaftlichen Richtung gegründet werden. Es erscheint hier daher zweckmäßig, eine möglichst vollständige Zusammenstellung der Zeitschriften zu versuchen, um eine Übersicht der leitenden Tendenzen der Zeitschriftengründungen nach ihrem Zweck und Inhalt zu gewinnen.

Bibliographien und Nachschlagewerke

Hier sind die entsprechenden Werke der Zeit zu verzeichnen, z. B. Weiskes Rechtslexikon und Schletters Handbuch der juristischen Literatur; ferner sei an die ausführlichen Bibliographien erinnert, die den führenden Lehrbüchern zumeist vorangestellt sind.

Mit diesem Titel schließt das Untersuchungs- und Darstellungsschema, das zwar nur für den Abschnitt „Bürgerliches Recht“ im einzelnen ausgeführt ist, zugleich aber für die Behandlung der folgenden Sonderrechtsgebiete 2 bis 10 und das Verfahrensrecht maßgebend sein sollte, von sachbedingten Abweichungen und Auslassungen abgesehen.

Bei der Behandlung der Sonderrechtsgebiete sollte man zudem auf den Aspekt der Ausbildung selbständiger systematischer Disziplinen achten, insbesondere für das Handelsrecht, Arbeitsrecht, internationale Privatrecht und das Zivilprozeßrecht. Die Entstehung einer „wahren Prozeßrechtswissenschaft“ beispielsweise datiert Kohler auf die achtziger Jahre: „Eine Wissenschaft des Prozesses hat sich nur in Deutschland, Österreich und Ungarn entwickelt; Frankreich und England stehen noch auf dem Boden der empirischen Kommentarliteratur. Nur in Italien zeigt sich seit neuerer Zeit ein frischer Zug, und man sucht hier im Anschluß an Deutschland eine jahrhundertelange Versäumnis wieder gutzumachen . . .“

B Lehnrecht und Fürstenprivatrecht

Der Grundgedanke der Darstellung ist, inwieweit Rechtsinstitute der vorbürgerlichen Gesellschaft während des 19. Jahrhunderts neben der Aus-

bildung des modernen Privatrechts ihren Fortbestand haben. Während in Frankreich das Régime féodal 1789 grundsätzlich abgeschafft wird, nimmt andererseits im deutschen Rechtsbereich, ebenfalls in Österreich, die Beseitigung des Lehnwesens in der Gestalt der Allodifikationsgesetzgebung einen langsamen und unterschiedlichen Verlauf. K. W. Paetz, Lehrbuch des Lehnrechts, 1808: „Überdies ist das ganze Lehnsinstitut gegenwärtig seiner politischen Auflösung nahe. Die Welt wird an diesem Wüste elender Formen, welche dem Geiste der Zeit und der jetzigen politischen Verfassung der Staaten widersprechen, nichts verlieren. Dies ist lange und drückend genug gefühlt worden; aber bey vielen ganz unhaltbaren Theilen des Staatsgebäudes scheut man die Arbeit und die Kosten sie abzutragen, und pflegt es lieber in bequemer Ruhe abzuwarten, daß die Decken einstürzen und die Mauern auseinanderfallen.“ In diesem Sinne etwa heißt es noch in den Grundrechten der Paulskirchenverfassung (Art. 3), daß aller Lehnsverband aufzulösen sei. Art. 59 EGBGB läßt die landesrechtlichen Vorschriften zum Lehnwesen bestehen; in den Motiven heißt es hierzu: „Die Lehen sind ein im Absterben begriffenes Institut, mit dessen Resten sich abzufinden der Landesgesetzgebung überlassen bleiben muß.“

Vierter Teil: R e c h t s p r e c h u n g (Länderberichte)

In Band III des Handbuchs ist die Darstellung der Rechtsprechung vornehmlich auf die Institution der Rechtsprechung gerichtet, insbesondere auf ihre Ausbildung zur gleichsam dritten Gewalt neben Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (abgesehen von England). Es ist der Weg vom Interpretationsverbot und *référé législatif* des 18. Jahrhunderts zum Art. 1 ZGB, der den Richter anweist, mangels einer Gesetzesvorschrift und eines entsprechenden Gewohnheitsrechts nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, wobei er bewährter Lehre und Überlieferung zu folgen habe.

Die Stufen dieser Entwicklung sind: 1) die Entlassung der Rechtsprechung aus der in den meisten Staaten bis zum Ende des 18. Jahrhunderts bestehenden Rekurspflicht gegenüber dem Gesetzgeber; 2) die Erkenntnis, daß die Funktion der Judikatur nicht buchstabengetreue *Gesetzesanwendung* (Zeiller: „rechtsprechende Maschine“), sondern schon im Hinblick auf die Struktur des kodifizierten Rechts (gesetzmäßige) *Rechtsanwendung* notwendig ist; 3) die hieraus folgende Einsicht, daß richterliche Rechtsanwendung zur Ergänzung und – weitergehend – zur Fortbildung des geltenden

Rechts führt („la jurisprudence progressive“ in Belgien); 4) schließlich das Anerkenntnis, daß Rechtsprechungspraxis unter bestimmten Voraussetzungen den Rang einer Rechtsquelle zu gewinnen vermag, wie schon Portalis, wenn gleich fürs erste ohne Nachwirkung, gesagt hat: „... une suite non interrompue de décisions semblables . . . tiennent lieu de loi“.

1. Abschnitt: Die Zivilgerichtsbarkeit

In diesem Abschnitt sind die Verfassung der Zivilgerichtsbarkeit in ihren Grundzügen, einschließlich der Handelsgerichtsbarkeit, das Zivilurteil und die Frage seiner präjudiziellen Wirkung nach den jeweiligen gesetzlichen Normen (Gerichtsverfassungs- und Prozeßrecht) in chronologischer Folge aufzuzeichnen. In Nationalbereichen ohne Rechtseinheit sollte man versuchen, sich an typischen Regelungen der Partikulargesetzgebung zu orientieren.

Als Grundzüge der Gerichtsverfassung sind im wesentlichen zu berücksichtigen: Instanzenzug, örtliche und sachliche Zuständigkeit der Instanzen, Rechtsmittelsystem, Modus der höchstrichterlichen Entscheidung.

Besondere Beachtung kommt in diesem Zusammenhang der Einrichtung höchstrichterlicher Instanzen zu, insbesondere in den einzelstaatlich gegliederten Nationalbereichen, wo sie im Dienst der Rechtseinheit zumeist steht. Die Einsetzung des Bundesoberhandelsgerichts in Deutschland z. B. hat zum Zweck, den obersten territorialen Gerichten die höchstrichterliche Rechtsprechung auf dem Gebiet des vereinheitlichten Handels- und Wechselrechts im Interesse einer entsprechend einheitlichen Rechtsanwendung zu entziehen. Andererseits führt die nationale Rechtsvereinheitlichung nicht allenthalben zur Bildung einer nationalen höchstrichterlichen Instanz, wie die Entwicklung in Italien zeigt. Unter dem Aspekt einheitlicher Rechtsprechung, wenn gleich nicht in territorialer Hinsicht, ist in England die Entwicklung zur Vereinigung der Rechtsprechung nach Common Law und Equity darzustellen, eine Entwicklung, die im Judicature Act von 1873 zunächst ihren Abschluß findet.

Für das Zivilurteil sind jeweils die gesetzlichen Bestimmungen über Form, Inhalt und Verkündung zu skizzieren. Die Frage nach seiner präjudiziellen Wirkung gilt der Bindung der Gerichte sowohl an eigene Entscheidungen wie an Urteile der Obergerichte und höchsten Gerichte.

2. Abschnitt: Sammlung und Publikation von Zivilurteilen

Die Grundlage dieses Abschnitts und damit der erste Arbeitsgang ist die bibliographische Zusammenstellung der Rechtsprechungssammlungen. Sie sollte, um einen sicheren vergleichenden Überblick zu ermöglichen, weitgehend vollständig sein und nach folgender Rang- und Reihenfolge angelegt werden:

Länder

Territorien, soweit und solange Nationalbereiche einzelstaatlich gegliedert sind
mehrere oder alle Territorien betreffend
einzelne Territorien

Rechtsgebiete

mehrere Gebiete betreffend
einzelne Gebiete

Offizielle Sammlungen

Obergerichte
Instanzgerichte

Private Sammlungen

Zeitpunkt des Erscheinens

In der endgültigen Darstellung wird dieser Bibliographie eine Auswertung vorgeangestellt, die folgende Aspekte berücksichtigt wird.

a) Art der Sammlungen

Bei den „offiziellen Publikationen“, die von den Gerichten oder anderen staatlichen Behörden ausgehen, wäre darzulegen, inwieweit überwiegend die Urteile der Obergerichte und höchsten Instanzen und in welchem Umfang auch die der unteren Gerichte veröffentlicht werden.

Für „private“, d. h. von Praktikern und Gelehrten veranstaltete Publikationen, gilt es zu unterscheiden zwischen selbständigen Sammlungen (Répertoire alphabétique von Dalloz, Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile von Azuni) und beispielsweise Zeitschriften, die unter anderem Urteile veröffentlichen, sowie Urteilssammlungen in der Literatur.

b) Auswahl und Darstellung

Für beide Hauptarten von Sammlungen kommen zunächst folgende Unterscheidungsmerkmale in Betracht: chronologische Anordnung der Urteile oder nach Materien, vollständige Wiedergabe oder als Auszug, in originaler oder vom Herausgeber redigierter Fassung; hinzu kommt der Aspekt der kommentierten Wiedergabe.

c) Zweck der Sammlungen

Er ist zumeist in den Einleitungen der Publikationen zum Ausdruck gebracht und für die Auswertung besonders aufschlußreich. Seufferts Archiv

hat z. B. den erklärten Zweck, Entscheidungen der obersten Gerichte „nach gemeinem Rechte (deutschen und fremden Ursprungs)“ zu verbreiten, insbesondere mit den Entscheidungen nach partikularrechtlichen Normen die Idee eines gemeinen deutschen Rechts (*ius gentium germanicum*) zu fördern und damit „particularem Codicismus“ vorzubeugen; ferner solche Entscheidungen auszuwählen, die „die neueren, durch die großartige Entwicklung der Industrie und die Bedürfnisse des Crediten hervorgerufenen Erscheinungen des Rechtslebens betreffen“; schließlich einen günstigen Einfluß auf die Judikatur selbst und die Doktrin sowie einen „Vorschub für die Gesetzgebung“ zu bewirken.

3. Abschnitt: Rechtsprechung und Rechtswissenschaft

Es bleibt offen, ob der folgende Themenkreis als selbständiger Gliederungstitel bestehen bleiben wird. Er ist bis heute weitgehend unerforscht und wird sich auch und gerade im Rahmen der Handbucharbeit kaum erforschen lassen. Er soll aber jedenfalls als „Problemittel“ bestehen bleiben und das Interesse bei der Quellsicht lenken.

1. Theorie und Praxis aus der Sicht der Doktrin

Hier wären die theoretischen Grundpositionen zu skizzieren, die das Verhältnis von Theorie und Praxis bestimmen. Es ist bemerkenswert, daß unter der Vorherrschaft sowohl der exegetischen wie der systematischen Schule die Doktrin lange Zeit der Rechtsprechung gleichgültig oder gar abweisend gegenübersteht und sodann nur sehr zögernd ihr Aufmerksamkeit widmet und eine Mitwirkung in der Rechtsfortbildung zugesteht; auch diese neuere Entwicklung setzt in Frankreich wie in Deutschland etwa um die Mitte des Jahrhunderts ein. So scheinen Gesetz und System in ähnlicher Weise die Rechtsprechungspraxis für die Doktrin zunächst entbehrlich zu machen, wiewohl die unmittelbaren Gründe verschieden sind. Dort die Exklusivität des Gesetzes: alles Recht ist im Gesetz; hier der Primat der Wissenschaft: das Gesetz ist nur ein Teil des Rechts. Dennoch gilt in gewissem Sinne auch für Frankreich, was Gönner 1823 von Deutschland sagt: „Wir sind in Deutschland zulange an die Trennung der Stände des Richters und des Gelehrten gewöhnt, gegen die große Hülfe, welche Legislation und Doctrin von den Gerichten erhalten kann, zu gleichgültig, erwarten Alles von der Doctrin, und fordern, daß der Commentar gleichsam die Erfahrung anticipire.“

Wiederum gibt es in beiden Ländern auch ein frühes Interesse an der Judikatur, in Deutschland konsequenterweise den „praktisch“ orientierten Kreis von Seuffert, Holzschuher, Sintenis – in Frankreich den „wissenschaftlich“ orientierten Kreis um Jourdan und die „Thémis“; beide indessen bleiben zunächst ohne Wirkung auf die jeweils herrschende Doktrin.

2. Die Berücksichtigung der Rechtsprechung in der Literatur

In Anknüpfung an die vorhergehende Darstellung sollte man hier einen Überblick der tatsächlichen Berücksichtigung gerichtlicher Entscheidungen in der Literatur zu geben versuchen, der chronologisch anzulegen, allerdings auf die führenden Richtungen und Autoren der Zeit zu begrenzen wäre. Um dies wiederum an Frankreich und Deutschland zu exemplifizieren: in Frankreich wird man einerseits die Autoren der exegetischen Schule hervorheben, die Rechtsprechung anführen: zunächst Touillier mit seinem frühen Versuch (1811), „de réunir la théorie à la pratique“, ferner etwa Duranton, Demolombe, Valette und Marcadé; andererseits die Literatur, die Ansätze und Stufen „wissenschaftlicher“ Behandlung des Rechts darstellt und Rechtsprechung berücksichtigt, z. B. die „Thémis“ und vor allem das spätere Werk von Aubry und Rau in seinen verschiedenen Auflagen.

Besondere Beachtung dürften in Frankreich die „notes“ verdienen, wissenschaftliche Anmerkungen zu bedeutenderen Gerichtsentscheidungen. Sie entwickeln sich seit den fünfziger Jahren zu einer eigenen Literaturform, und ihre Veröffentlichung in den Rechtsprechungssammlungen zeigt zugleich die zunehmende wissenschaftliche Anerkennung und Berücksichtigung dieser Sammlungen selbst. Hier wäre vor allem Labbé hervorzuheben, der seit dem Ende der fünfziger Jahre zahlreiche notes geschrieben und zur Ausbildung dieser Literaturform in hohem Maße beigetragen hat.

In Deutschland wäre einerseits auf die bereits erwähnten Autoren des „praktischen“ Pandekten- oder gemeinen Civilrechts einzugehen, andererseits auf die allmählich zunehmende Berücksichtigung der Gerichtspraxis in den führenden Systemwerken und insbesondere in der an Rechtsfortbildung orientierten monographischen Literatur (Bähr, Delbrück, Jhering).

Im ganzen wird man wahrscheinlich die Tendenz feststellen können, daß in dem Maße, wie die tatsächliche gesellschaftliche Entwicklung nach Anpassung und Fortbildung des geltenden Rechts verlangt, auch das Interesse der Wissenschaft an der Rechtsprechung wächst, die gerade jenen Prozeß zur ständigen Aufgabe hat.

3. Die tatsächliche Funktion der Rechtsprechung

Dieser Titel ist vor allem im Hinblick auf die Rechtsprechung der französischen Cour de cassation aufgestellt worden, die (nach E. Gaudemet) bereits in der Zeit von 1818 bis 1834 bedeutende rechtsfortbildende Entscheidungen erlassen hat, zu einer Zeit demnach, da die Autorität der Rechtsprechung in der Sicht der herrschenden Doktrin noch gering war. Die Praxis der Handbucharbeit wird erweisen, ob es möglich ist, die weitere Entwicklung in Frankreich und entsprechende Entwicklungen in den anderen Ländern zu verfolgen.

4. Abschnitt: Ausländische Doktrin und Judikatur in der Rechtsprechung

Dieser Abschnitt sollte versuchsweise zeigen, daß auch in der jeweiligen nationalen Rechtsprechung der Vorgang der „Rezeption und Assimilation“ wirksam ist, zum mindesten das Interesse an Kenntnis und Berücksichtigung ausländischer Rechtsprechung und Lehre.

In der Einleitung der „Pandectes belges“ schreibt Edmond Picard: „Lois, jurisprudence, doctrine, tout y est belge et rien que belge.“ Andererseits enthält die „Pasicrisie belge“ (Recueil général de la jurisprudence des cours et tribunaux de Belgique) einen vierten Teil, welcher der jurisprudence étrangère gewidmet ist. Hier werden im wesentlichen Urteile der französischen Obergerichte und der Cour de cassation de France wiedergegeben, sowie einzelne Urteile niederländischer und luxemburgischer Gerichte; darüber hinaus aber enthält beispielsweise der Jahrgang 1899 Urteile der Cour d'appel de Florence, der Cour de cassation d'Italie, des Tribunal régional supérieur de Hambourg, der Cour de cassation de Bavière und der Cour suprême de l'empire allemand.

1. Als „Pertinenz“ rezipierter oder sonst eingeführter Zivilgesetzbücher kommt vor allem die Berücksichtigung französischer Rechtsprechung und Doktrin in Italien und in den entsprechenden deutschen Gebieten in Betracht, der österreichischen in Lombardo-Venetien, wo zwischen 1815 und 1836 die Kommentare von Zeiller, Winiwarter und Nippel zum ABGB in italienischer Übersetzung veröffentlicht werden.

Was privatrechtliche Teilgebiete betrifft, so ist beispielsweise an die Rechtsprechung zum schweizerischen Obligationenrecht von 1881 zu denken. Seine wesentlichen Bestimmungen sind dem „Dresdner Entwurf“ eines Obligationenrechts und dem ADHGB entnommen; das schweizerische Bundesgericht stützt sich daher in seinen frühen Entscheidungen auf dem Gebiet des

Obligationenrechts auf Windscheid, Regelsberger und Dernburg, sowie auf die Kommentatoren des ADHGB.

2. Die Berücksichtigung ausländischer Doktrin und Judikatur zur Ergänzung und Fortbildung des inländischen Rechts kann ebenfalls nur den Charakter eines „Problemzitels“ haben, da diese Frage bereits unmittelbar in die Dogmengeschichte eingreift. Ein Ansatzpunkt wäre z. B. die Übernahme des holographischen Testaments in das deutsche BGB nach dem Vorbild des Art. 970 Code civil (vgl. RGZ 51, 166).

Fünfter Teil: Internationale Rechtsvereinheitlichung

Im Laufe des 19. Jahrhunderts wiederholt sich innerhalb der europäischen Staatenwelt im ganzen eine Entwicklung, die sich bereits einmal seit dem 18. Jahrhundert in den einzelnen Staaten selbst vollzogen hat. Der rasch wachsende zwischenstaatliche Handel und Verkehr stößt sich an der Verschiedenheit der Nationalrechte wie zuvor der innerstaatliche am Partikularrecht. Abermals verbreitet sich die alte Klage über den Zustand der Rechtszersplitterung und die aus ihm folgende Rechtsunsicherheit, mit jener wiederum der Ruf nach dem erprobten Mittel der Rechtsvereinheitlichung. Zu diesem praktischen Bedürfnis gesellt sich ein ebenso verbreiteter kosmopolitischer Optimismus im Hinblick auf das Heranwachsen und die bewußte Herstellung eines universalen Rechts.

Die Bestrebungen zur Rechtsvereinheitlichung sind sowohl auf das materielle wie auf das Kollisionsrecht gerichtet. Letzterem gilt hierbei, vom Handelsrecht abgesehen, zunächst das überwiegende Interesse: teils seiner ohnehin gegebenen Ausgleichsfunktion wegen, teils auf Grund der Annahme einer leichteren Realisierbarkeit seiner Vereinheitlichung.

1. Abschnitt: Kollisionsrecht

1. Theorie der Vereinheitlichung

Während in den früheren Abschnitten „Internationales Privatrecht“ das jeweils nationale Kollisionsrecht zu behandeln ist, werden hier die Literatur und tatsächlichen Unternehmungen darzustellen sein, die eine Angleichung oder Vereinheitlichung der nationalen Kollisionsrechtssysteme anstreben und damit ein allgemeines, sei es ein räumlich begrenztes, sei es ein allen Nationen gemeinsames Internationalprivatrecht.

Auf der Grenze zu diesen Bestrebungen steht die seit dem Werk des Amerikaners Story (1834) einsetzende Literatur, die den Charakter der

Internationalität insofern bereits hat, als sie internationalprivatrechtliche Theorien mit dem Anspruch vorträgt, für die verschiedenen Rechtsordnungen in gleicher Weise gelten zu können. In der Tat haben diese Theorien teilweise erheblichen Einfluß auf durchaus verschiedene Rechtsgebiete gewonnen, insbesondere die Lehren von Savigny und Mancini. Mit dieser Literatur setzt ein internationales Gespräch und Zusammenwirken in der Doktrin, in besonderen Institutionen und auf Kongressen ein, das der Erarbeitung eines zur Allgemeingeltung am besten geeigneten internationalprivatrechtlichen Prinzips gilt; die Wissenschaft des IPR entwickelt sich damit selbst zu einer internationalen Disziplin.

Diese internationale Diskussion gründet sich weitgehend auf die Überzeugung, daß das IPR bereits seiner Natur nach zu Formen der überstaatlichen Geltung bestimmt sei. Zum Teil aber sieht man bereits in der Rechtsvereinheitlichung primär ein Methodenproblem. Foelix beispielsweise wählt bereits 1843 die induktiv-vergleichende Methode. Er wendet sich gegen „philosophisch oder ideal erdachte“ Systeme des IPR: „nous nous bornons à réunir, dans un cadre méthodique, les règles ou principes qu'un usage assez général des nations paraît avoir consacré“. Die Gegenmethode wählt später Zitelmann; er sucht ein überstaatliches völkerrechtliches Prinzip, das verbindliche Anforderungen an die innerstaatlichen Normen zu stellen vermöchte.

Als Ziel der doktrinellen Bemühungen wird zumeist die Kodifikation eines überstaatlichen IPR angesehen. Berühmtheit erlangt zu jener Zeit eine Denkschrift Mancinis von 1874: „De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les états sous forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles.“ Diesem Ziel dienen in der Folgezeit vor allem die Veröffentlichungen, die ihrem Titel nach von der „Kodifikation des internationalen Privatrechts“ handeln und eine planmäßige Zusammenstellung der verschiedenen nationalen Kollisionsnormen liefern (z. B. das Werk von Friedrich Meili, 1891).

In diesem Zusammenhang wäre auch auf Einrichtungen wie das Institut de droit international public et privé zu verweisen, das 1873 in Gent gegründet wird und zu dessen Programmsätzen gehört: „donner son concours à toute tentative de codification graduelle et progressive du droit international“.

2. Vereinheitlichungen

Für räumlich begrenzte Vereinheitlichungen und entsprechende Projekte im Bereich sowohl des Kollisionsrechts wie des Sachrechts kommt im wesentlichen nur Skandinavien in Betracht. Abkommen über Fragen des Kollisionsrechts sind hier jedoch erst nach dem zu behandelnden Zeitraum geschlossen worden, z. B. die Konvention von 1931 auf dem Gebiet des Ehe-, Adoptions- und Vormundschaftsrechts.

Im gesamteuropäischen Bereich beginnt die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts mit den Haager Konferenzen seit 1893. Im Jahre 1904 z. B. werden Abkommen über Eheschließung, Ehescheidung und Vormundschaft geschlossen.

2. Abschnitt: Sachrecht

1. Theorie der Vereinheitlichung

Gegen Ende des Jahrhunderts mehren sich die Stimmen, die sich für ein „Weltprivatrecht“ und eine „Weltrechtswissenschaft“ aussprechen, beispielsweise Zitelmann und Ehrlich in Deutschland, Saleilles in Frankreich; Munroe Smith (Jurisprudence, 1908) schreibt: „The great problem of the future – that of establishing a world order.“

Diese Stimmen gehören jener allgemeinen Bewegung an, die seit den letzten Jahrzehnten des Jahrhunderts dem nationalstaatlichen Denken entgegen einen administrativen und juristischen Internationalismus in Gestalt von überstaatlichen Einrichtungen und zwischenstaatlichen Vereinbarungen anstrebt, vornehmlich unter dem Aspekt internationaler Kooperation und Friedenssicherung. Es sei hier auch auf Lorenz von Steins Plan eines internationalen Verwaltungsrechts hingewiesen.

Im Bereich des Bürgerlichen Rechts sind vor allem zwei Ansätze „kosmopolitischen“ Rechtsdenkens festzustellen, die, so verschieden sie sind, jedenfalls dies gemeinsam haben, daß sie weniger auf die Erarbeitung eines künftigen, als vielmehr auf die weitere Verbreitung eines bereits vorhandenen, zur universalen Geltung berufenen Privatrechts gerichtet sind. Es sind dies das römische Recht, insbesondere in der Gestalt des „heutigen römischen Rechts“, die ihm die Pandektenwissenschaft gegeben hat, und das Recht des Code civil.

Im Falle des römischen Rechts handelt es sich nicht nur darum, daß beispielsweise Savigny sein „System“ nicht als eine Darstellung des nur in Deutschland geltenden römischen Rechts, sondern des „heutigen römischen

Rechts“ schlechthin und mit entsprechend weltweiter Wirkung angelegt hat; ebenso bezeichnend ist, daß man das römische Recht im einzelnen auf seine Allgemeingültigkeit untersucht und zu dem Ergebnis kommt, daß bestimmte Sätze und Begriffe, im wesentlichen im Vermögensrecht, für alle Zeiten geprägt und damit weltrechtlicher Natur seien: etwa die Grundbegriffe des Vertragsrechts (Zoepfl, Wächter), *ius in re* und *ius ad rem* (Th. Mommsen), *causa* und Verfügung sowie die *condictio sine causa* (Zitelmann).

Der Code civil erlangt Weltruf einerseits als erstes Gesetzbuch der frühen bürgerlichen Gesellschaft, andererseits infolge seiner verbreiteten Rezeption und Nachbildung. Selbst in Deutschland, nachdem über die frühen Versuche, den Code in weiteren Territorien einzuführen oder nachzubilden, längst die Zeit hinweggegangen war, findet man um die Jahrhundertwende die Feststellung, daß die „halbe gebildete Welt“ den Code civil „gewissermaßen als ein neues Corpus iuris“ eingeführt und dadurch zu „einer Art Weltrecht“ erhoben habe (Crome 1908).

Früher und wirksamer entwickelt sich die Idee eines universalen Rechts im Bereich des Handelsrechts, offenbar zunächst in Frankreich, hier allerdings im Sinne eines nationalen Vorhabens. Die Beratungen des Code de commerce sind von dem erklärten Bestreben geleitet, ein Handelsgesetzbuch zu schaffen, das „le droit commun de l'Europe“ zu werden vermöchte.

Trotz der Verbreitung des Code de commerce und seines weitergehenden Einflusses wendet sich die Theorie der Folgezeit der Rechtsvergleichung zu, um die Grundsätze eines einheitlichen Handelsrechts zu ermitteln. So gibt der Engländer Leone Levi 1850 – nach dem Vorbild des Franzosen Saint-Joseph (1844) – einen Überblick des Handelsrechts in nahezu 60 Staaten und formuliert erstmals die Idee und den Plan eines rechtsvergleichend zu gewinnenden international einheitlichen Handelsrechts.

Anders als im Bereich des differenzierteren Bürgerlichen Rechts stützt man hier die Theorie der Vereinheitlichung auf die Überzeugung, daß das Handelsrecht schon der Natur seiner Materie nach ein hohes Maß an Gleichförmigkeit in allen Staaten besitze, weniger „national gefärbt“ sei. In diesem Sinne hat Goldschmidt dem Handelsrecht einen „anationalen“ Charakter zugeschrieben.

Ferner wäre auf Initiativen wie des Congrès international du commerce et de l'industrie in Paris 1877 hinzuweisen, der ein internationales Handelsgesetzbuch projiziert hat.

2. Vereinheitlichungen

a) Die vollkommenste Form der Sachrechtsvereinheitlichung ist die sogenannte Gesamtvereinheitlichung: sie bewirkt kraft zwischenstaatlicher Vereinbarung, daß internationale Sachnormen an die Stelle der entsprechenden nationalen materiell-rechtlichen Bestimmungen treten.

Ein Projekt räumlich begrenzter Gesamtvereinheitlichung ist das „Projet franco-italien des obligations et des contrats“ von 1927, dessen Anfänge auf die Zeit des Weltkrieges zurückgehen (Scialoja).

Sachrechtsvereinheitlichungen dieser Art im gesamteuropäischen Bereich sind in dem gegebenen Zeitraum nicht erfolgt, allerdings später und zwar in Gestalt des Genfer Wechselgesetzes von 1930 und des Scheckgesetzes von 1931.

b) Eine nachgeordnete Form ist die Vereinheitlichung der „internationalen Sachverhalte“: hier werden einheitliche Sachnormen nur für Rechtssachverhalte mit Auslandsbeziehung vereinbart.

Vereinheitlichungen dieser Methode kommen vor allem im gewerblichen Rechtsschutz (Pariser Verbandsübereinkunft von 1883), im Urheberrecht (Berliner Übereinkunft von 1886) und im Beförderungsrecht vor (Berliner Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr von 1890).

c) Eine weitere Methode ist die Rechtsvereinheitlichung auf Grund von Musterentwürfen oder Mustergesetzen. In diesem Fall wird zumeist von gemeinsamen Kommissionen interessierter Staaten ein Einheitsrechtsmodell ausgearbeitet, das den beteiligten Staaten ohne völkerrechtliche Verpflichtung zur Annahme und mit dem Recht der Abänderung vorgelegt wird.

Beispiele im „nationalen“ Bereich sind die Allgemeine Deutsche Wechselordnung und das ADHGB. Im internationalen – wenngleich räumlich begrenzten – Bereich ist insbesondere die skandinavische Gesetzgebung zu erwähnen. So liegt den einheitlich eingeführten Kaufgesetzen Schwedens (1905), Dänemarks (1906) und Norwegens (1907) ein gemeinsam erarbeiteter Entwurf zugrunde, ebenso wie dem früheren einheitlichen Wechselgesetz von 1880, das deutschem Wechselrecht weitgehend folgt.

d) Schließlich ist die „private Rechtsvereinheitlichung“ zu berücksichtigen. Es handelt sich um das „selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft“ in der Gestalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf internationaler Ebene.

Frühe Formen sind beispielsweise die Formularverträge des Vereins der Getreidehändler der Hamburger Börse (1868) und der London Corn Trade Association (1877). Entsprechende Geschäftsbedingungen hat man dann im Frachtverkehr, Versicherungswesen und Bankgeschäft entwickelt.