

IUS COMMUNE

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

VI

Herausgegeben von
HELMUT COING
Direktor des Instituts



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1977

Rezeption und Assimilation ausländischer Rechtsprechung,
dargestellt am Beispiel des europäischen Einflusses
der französischen Judikatur im 19. Jahrhundert*.

I. Einleitung

1. Darf der Richter in unseren kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen bei der Auslegung und Lückenfüllung der privatrechtlichen Vorschriften seines nationalen Gesetzesrechts auf Argumente zurückgreifen, die einer ausländischen Rechtspraxis entnommen sind? Diese Frage ist der rechtsvergleichenden Forschung an sich nicht fremd¹. In seiner Tübinger Antrittsvorlesung von 1949 hat Zweigert² ebenso überzeugend wie wirkungsträchtig die Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode proklamiert und begründet. Gerade in dieser Richtung wurde in den letzten Jahren untersucht, inwieweit rechtsvergleichende Argumente als Hilfsmittel der richterlichen Auslegung und Lückenfüllung im Bereich des autonom-internen Rechts bei der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts und des deutschen Bundesgerichtshofes vorkommen³. Die Ausbeute war recht bescheiden; dieses Ergebnis darf nicht überraschen. In der Tat scheint die Frage selbst, inwieweit die ausländische Rechtspraxis als Hilfsmittel bei der Anwendung und Fortbildung des eigenen nationalen Rechts herangezogen werden kann,

* Überarbeitete Fassung eines Vortrages, den der Verfasser am 1. 11. 1974 vor dem auswärtigen wissenschaftlichen Beirat des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main gehalten hat.

¹ Cf. ZWIEGERT/KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. I, Grundlagen, Tübingen 1971, p. 18; UYTERHOEVEN, Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung, Bern 1959, p. 58 ss.; DAVID, Traité élémentaire de droit civil comparé, Paris 1950, p. 125 ss.; SCHNITZER, Vergleichende Rechtslehre, Basel 1945, p. 43—44.

² Cf. ZWIEGERT, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, in *Rabels Z.* 15 (1949/50), p. 5 ss.

³ Cf. DÖLLE, Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum Deutschen Recht in Hundert Jahre deutschen Rechtslebens. Festschrift für den deutschen Juristentag, Karlsruhe 1960, p. 19—47, insbesondere p. 37; AUBIN, Die Rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung, in *Rabels Z.* 34 (1970), p. 458—459.

der heutigen europäischen Zivilrechtswissenschaft weitgehend fremd. Als Erläuterung des heute herrschenden Standpunktes kann die lapidare Ablehnung, die Anfang dieses Jahrhunderts Esmein der Rechtsvergleichung als Interpretationsmethode erteilt hat, heute noch gelten: «Le droit comparé fournit des ressources au législateur, des idées et des règles, qu'il adaptera aux besoins du pays et au génie national; il ne peut guère être utilisé par la jurisprudence ou par la doctrine qui s'attache à celle-ci. Dans chaque pays la jurisprudence et même la doctrine sont dominées par la technique du droit national⁴.» Hierin spiegelt sich eine am strengen Nationalgesetzpositivismus orientierte Vorstellung der richterlichen Tätigkeit wider. Dieser richterliche Nationalismus — um auf eine Formulierung von Lambert zurückzugreifen⁵ — ist in Wahrheit eine relativ junge Erscheinung des kontinentaleuropäischen Privatrechts. Die Ausführungen dieses Referats wollen dies erläutern.

2. Ein kurzer historischer Rückblick auf die Interpretationslehre, die die europäische Wissenschaft des römisch-gemeinen Rechts während des Ancien Régime entwickelt hatte, kann hier lehrreich sein. Es erscheint mir an dieser Stelle nicht geboten, im einzelnen auf die damals herrschende Lehre einzugehen. Es ist bekannt, daß die damalige Rechtspraxis in ihrem kasuistischen Vorgehen bei der Auslegung und Fortbildung der vorhandenen Rechtsquellen mit großer Freiheit vorgegangen ist. Wenn ein *casus legis* nicht vorlag, scheute man sich nicht, auf die Schatzkammer von Argumenten zurückzugreifen, die aus einer ganzen Reihe von *auctoritates* hergeleitet wurden. Keine Rolle spielte dabei der Umstand, daß diese *auctoritates* auch aus anderen Ländern stammten. So wurde die *lex loci vicini* ebenso als ergänzende Quelle herangezogen⁶ wie die Spruchpraxis, die bei anderen europäischen Gerichtshöfen ergangen war. Besonders die übernationale Autorität von einigen europäischen Gerichtshöfen, wie etwa der *Rota romana*, der *Rota Florentina*, des *Parlement von Paris*, des *Reichskammergerichts* usw., ist bezeichnend für die Interkommunikabilität der damaligen europäischen Rechtswissenschaft. Die Entscheidungssammlungen bestimmter Gerichtshöfe wurden über die nationalen Grenzen hinaus in ganz Europa aufgelegt und

⁴ So ESMÉIN, *La jurisprudence et la doctrine*, in *Revue trimestrielle de droit civil* 1 (1904), p. 17—18; ähnlich DESLANDES, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, p. 515.

⁵ So LAMBERT, *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé*. Première série, Paris 1903, p. 910.

⁶ Darüber cf. GORLA, *Il ricorso alla legge di un «luogo vicino» nell'ambito del diritto comune europeo*, in *Il Foro italiano* 96 (1973), parte V, col. 89—109.

als Autorität herangezogen; so war es selbstverständlich, daß französische Juristen sich auf die Spruchpraxis des piemontesischen Senats beriefen oder daß deutsche Gerichte sich auf die Autorität der portugiesischen Rechtsprechung stützten⁷. Die übereinstimmende interpretatio dieser „europäischen“ Gerichtshöfe wurde, wie Gorla in seinen Untersuchungen zuletzt gezeigt hat, als *universalis opinio* in der Rechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts als allgemein bindende Autorität angesehen⁸.

Es waren die Gesetzgebungsreformen der Aufklärungszeit, die diesem System von übernationalen europäischen Autoritäten ein Ende setzten. Einige Stichworte mögen hier genügen: Einerseits beobachtet man eine weitverbreitete Reaktion gegen die damalige Interpretationstechnik, insbesondere gegen das Zurückgreifen auf die römisch-gemeinrechtliche *communis opinio*; Zitierungsverbote wurden erlassen, wie etwa in den piemontesischen Constitutiones, in der Pombalschen Gesetzgebung in Portugal oder in den Rechtsreformen von Tanucci in Neapel⁹. Zugleich wurde das römisch-gemeine Recht als Rechtsquelle überhaupt zurückgedrängt; nationale Gesetze

⁷ Cf. z. B. SCHOLZ, Literaturgeschichtliche und vergleichende Anmerkungen zur portugiesischen Rechtsprechung im Ancien Régime, Coimbra 1973 (Separata da Revista Portuguesa de História 14 [1974]. Homenagem ao Prof. Paulo Merêa), p. 137—159.

⁸ Cf. GORLA, L'autorità dei «Grandi Tribunali» fra i secoli XVI e XIX, Bericht auf dem III Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Firenze 25.—29. 4. 1973 (im Druck); *derselbe*, L'origine e l'autorità delle raccolte di giurisprudenza, Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 44 (1970), 4—23; *derselbe*, Presentazione delle ricerche storico-comparative in corso su l'autorità delle decisioni giudiziali, Bericht auf dem I Colloquio dell'Associazione italiana di diritto comparato, Genova 31 maggio — 2 giugno 1971 (im Druck). Wir verfügen nun allerdings über die grundlegende Darstellung von COING (ed.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte I, München 1973; II, 2, München 1976, 4. Teil: Rechtsprechung mit den Länderbeiträgen von Mario Ascheri (Italien), Gerhard Walter (Frankreich), Johannes-Michael Scholz (Spanien, Portugal), Heinrich Gehrke (Deutsches Reich), Udo Wagner (Niederlande) und Klaus Luig (Schottland). Die Beiträge für Frankreich, die Niederlande und Deutschland stellen Auszüge aus folgenden, der juristischen Fakultät in Frankfurt am Main 1972 vorgelegten Dissertationen dar: WALTER, Die französische Rechtsprechung des Ancien Régime und ihre Sammlungen (abgedruckt zum Teil in Jus Commune 5 [1975], pp. 210 ss.); WAGNER, Entstehung, Bedeutung und Publikationsformen der Rechtsprechung im Ancien Régime. Das Werk der belgischen und niederländischen Arretisten (16. bis 18. Jahrhundert); GEHRKE, Die Rechtsprechung und Konsilienliteratur Deutschlands bis zum Ende des alten Reichs; erschienen auch als Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur Deutschlands vom 16. bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts (Jus Commune, Sonderheft 3), Frankfurt 1974. Zur historischen Bedeutung der Rechtsprechung cf. DAWSON, The Oracles of the Law, Ann Arbor 1968.

⁹ Darüber z. B. GORLA, Die Bedeutung der Präzedenzentscheidungen der Senate von Piemont und Savoyen im 18. Jahrhundert. Rechtsvergleichende Bemerkungen, in: Ius Privatum Gentium. Festschrift für Max Rheinstein I, Tübingen 1969, p. 103—125.

und Kodifikationen sollten als einzige Rechtsquellen an seine Stelle treten und durch Auslegungsverbote gegen mögliche Modifikationen abgesichert werden. Am Ende dieser Entwicklung standen die großen nationalen Kodifikationen, die die Nationalisierung der Rechtsquellen endgültig besiegelten.

3. Um das Ziel der folgenden Ausführungen vorwegzunehmen, möchte ich die These aufstellen, daß diese für das 19. Jahrhundert nunmehr charakteristische Nationalisierung der Rechtsquellen in Wirklichkeit die Richter in weiten Teilen Europas nicht daran gehindert hat, sich über das nationale Recht hinaus an übernationalen Autoritäten zu orientieren. In einem charakteristischen Funktionswandel ist es allerdings nicht mehr die Wissenschaft des römisch-gemeinen Rechts, sondern die anhand der napoleonischen Kodifikation sich entwickelnde französische Rechtspraxis, die als übernationale europäische Autorität hervortritt. Diese Entwicklung hat ihre Wurzel in der napoleonischen Zeit; wie bekannt, wurde der Code Napoléon teils unmittelbar, teils mittelbar in weiten Teilen Europas rezipiert; die französische Kodifikation bot somit der Rechtswissenschaft eine neue gemeinsame europäische Grundlage. Den damaligen Juristen war dies wohl bewußt, und die aufgrund der französischen Kodifikation sich entwickelnde Rechtspraxis entfaltete sich mehr und mehr zu einer gesamteuropäischen Rechtswissenschaft. „Womöglich“ — bemerkte z. B. 1807 der deutsche Jurist Seidensticker¹⁰ — „sind Maßregeln zur Unterhaltung einer Kommunikation zwischen dem deutschen und dem französischen Cassationshofe zu treffen, wenigstens durch öffentliche Bekanntmachung der hier und dort gesprochenen Urteile. Denn zur Erhaltung der Gleichförmigkeit wird es beitragen, wenn die Cassationshöfe ihre Jurisprudence gegenseitig zu benutzen, und für jenen Zweck der Gleichförmigkeit zu berücksichtigen imstande sind.“ Dies blieb keine reine Absichtserklärung; in diesen Jahren entwickelte sich unter der Federführung der französischen Cour de Cassation eine wahre gesamteuropäische Rechtsprechung. Eine ganze Reihe von Zeitschriften und Sammlungen erschien in den verschiedenen Teilen des Reichs, um die Judikatur der Cour de Cassation zu übersetzen und zu verbreiten; zugleich wurde die Rechtsprechung von französischen, italienischen, niederländischen, deutschen Appellationshöfen unterschiedslos abgedruckt; ich möchte hier etwa auf das *Giornale di giurisprudenza universale* von Romagnosi in

¹⁰ So SEIDENSTICKER, Einleitung in den Codex Napoleon handelnd von dessen Literatur-Geschichte-Plan und Methode, Verbindung mit der übrigen französischen Legislation, Quellen-Verhältnis zu den älteren Gesetzen und Rechten, zu den supplementarischen Dispositionen und zur Doktrin-Verbreitung, Tübingen 1808, p. 490 n. 3.

Italien hinweisen¹¹, auf die Zeitschrift von Birnbaum¹² in Deutschland oder auf die *Jurisprudence de l'Empire* von Laporte¹³ und auf die gleichartige Zeitschrift von Kemper in den Niederlanden¹⁴.

1814 nach dem Zusammenbruch des napoleonischen Reichs wurde der gesamteuropäischen Autorität der französischen Rechtspraxis die politische Grundlage entzogen; wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, wurde diese Entwicklung allerdings nicht unterbrochen, und die Judikatur der französischen Cour de Cassation schien während einiger Jahrzehnte für weite Teile Europas die Autorität zu übernehmen, die einst von einigen „europäischen“ Gerichtshöfen des Ancien Régime getragen worden war. Erst später, in der zweiten Hälfte des Jahrhunderts, scheint die nationale Judikatur in einer Reihe von Ländern sich von dieser Autorität zu emanzipieren.

II. Die Quellen

Der Einfluß der französischen Rechtsprechung auf die europäische Rechtspraxis des 19. Jahrhunderts spiegelt sich in einer umfangreichen Zahl von Werken wider, welche in den verschiedenen Ländern französische Judikatur übersetzen, veröffentlichen oder verarbeiten. Dies ist besonders in Italien der Fall; aber zahlreiche Werke dieser Art lassen sich auch in anderen europäischen Ländern nachweisen, so daß man hier von einer Art europäischer

¹¹ ROMAGNOSI (ed.), *Giornale di giurisprudenza universale* (da Cesare Grena nella stamperia Malatesta), Milano 1 (1811) — 8 (1813).

¹² Cf. *Jurisprudence de la Cour impériale de Trèves et des Tribunaux de son ressort, sur le nouveau droit et la nouvelle procédure, en matière civile et de commerce*; par J. Birnbaum, conseiller en ladite cour, Trèves 1 (1811) — 4 (1814).

¹³ Cf. DELAPORTE (ed.), *Bulletin de la Jurisprudence de tout l'Empire ou recueil périodique des arrêts de la cour de cassation et des autres cours de l'Empire, sur les questions qui se sont présentées jusqu'à ce jour et qui se présenteront à l'avenir dans l'application des codes Napoléon, de commerce, de procédure civile, d'instruction criminelle, pénal et autres lois qui régissent les départements de la Hollande et du Nord de l'Allemagne, rédigé par Laporte, avocat français*, Amsterdam, I—II, 1811—1812. Davon gibt es auch eine niederländische Ausgabe, cf. *Bulletin van Regtsgeleerdheid, voor de hollandsche en duitsche departementen, of periodieke verzameling der vonnissen van het hof van cassatie en der andere gereghoven van het Keizerrijk door Laporte fransch advokaat* . . . [II. 1812: *Bulletin der Regtsgeleerdheid voor het geheele rijk, ingerigt voor de nieuwlings vereenigde en bijzonder voor de hollandsche departementen of periodieke verzameling der gewijsden van het hof van cassatie en der andere gereghoven van het rijk, . . . geredigeerd door Laporte, advokaat*], Amsterdam, I—II, 1811—1812.

¹⁴ Cf. KEMPER, *Jaarboeken van het Fransche regt en de Fransche regtsgeleerdheid voor de Hollandsche Departementen*, Amsterdam 1812—1813.

Literaturgattung in der Rechtsliteratur des 19. Jahrhunderts sprechen kann. Es erscheint mir zunächst sinnvoll, diese Quellen kurz zu beschreiben und einige typologische Gruppen herauszustellen.

1. In den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts läßt sich in einigen Ländern eine direkte literarische Verbreitung zahlreicher französischer Rechtsprechungssammlungen beobachten.

a) Zunächst sind hier die zahlreichen Übersetzungen von französischen Collections de jurisprudence zu erwähnen. Bekanntlich stellt die übersetzte Rechtsliteratur in jenen Jahren eine charakteristische Literaturgattung dar¹⁵. Die übersetzten Werke sind so zahlreich, daß ich mich hier nur auf einige charakteristische Beispiele beschränken will. Einen wichtigen Platz nehmen insbesondere die Übersetzungen ins Italienische ein. In den ersten drei Jahrzehnten des Jahrhunderts wurden die drei wichtigsten französischen Rechtsprechungssammlungen — die „Jurisprudence du code civil“¹⁶, die Sammlung von Sirey¹⁷ und das „Journal des audiences“ von Dalloz — ins Italienische übersetzt¹⁸. Die letztgenannte Übersetzung fand sogar 1824 die offi-

¹⁵ Cf. darüber RANIERI, Le traduzioni e le annotazioni di opere giuridiche straniere nel sec. XIX come mezzo di penetrazione e di influenza delle dottrine, in: La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del III Congresso internazionale della società italiana di storia del diritto (Firenze, aprile 1973), Firenze 1977, p. 1487—1504.

¹⁶ Cf. Giurisprudenza del codice civile ossia Collezione completa delle Decisioni proferite da tutte le corti di appello e da quella di Cassazione dopo la promulgazione del Codice . . . Milano (tip. F. Sonzogno), 1807—1814.

¹⁷ Cf. Giurisprudenza del Tribunale di Cassazione o Compendio di tutte le sentenze di Rigetto e di Cassazione sopra de' punti importanti del diritto e della procedura in materia civile; indicante i mezzi d'introduzione e la difesa delle parti, le conclusioni de' commissari e la decisione del Tribunale, del C. Sirey, patrocinatore in Cassazione, Milano, tip. F. Sonzogno, 1—20 (1806—1812).

¹⁸ Giornale delle udienze della Corte di cassazione e delle Corti reali; ovvero, Giurisprudenza generale di Francia in materia civile, commerciale, e criminale. Nuova collezione interamente rifusa per ordine alfabetico delle materie; aumentata di molte decisioni, e contenente la giurisprudenza dall'origine della Corte di cassazione a tutto l'anno 1824. Opera del signor Dalloz . . . Versione italiana dell'avvocato Gennaro Paduano, accresciuta di note relative alla legislazione e alla giurisprudenza delle Due Sicilie . . . , Napoli, Tipografia di G. Palma, 1826—33; cf. ferner Giornale delle udienze della Corte di cassazione e delle Corti reali, ovvero, Giurisprudenza generale di Francia in materia civile, commerciale, criminale, ed amministrativa. Opera del signor Dalloz, e di altri giureconsulti francesi, nella quale la giurisprudenza è preceduta dalla storia della legislazione e dalla legislazione medesima, dall'esame della dottrina degli autori, e dalla discussione delle quistioni, più notabili non ancora risolte da' giudicati. Versione italiana dell'avvocato Gennaro Paduano corredata di note relative alla legislazione ed alla giurisprudenza delle Due Sicilie, pubblicata sotto gli auspici dell'eccellentissimo ministro di grazia e giustizia . . . , Napoli, Tip. dell'Ateneo, 1828—33.

zielle Unterstützung des Justizministeriums in Neapel¹⁹. Hauptsächlich aber — und dies bestätigt den praktischen Charakter dieser Übersetzungsliteratur — fanden die französischen Repertoires die größte Verbreitung, und dies nicht nur in Italien. So erfuhr das „Repertoire de jurisprudence“ von Merlin 1824 eine Übersetzung in Italien²⁰ und 1814 eine Überarbeitung in Polen²¹. Ebenfalls in Italien erschienen Übersetzungen der Repertoires von Sebire-Carteret²², von Devilleneuve²³, von Teilen des Repertoires von Dalloz. Die Abschnitte dieses Repertoires über das Konkursrecht erfuhren während fünfundzwanzig Jahren vier Übersetzungen und Überarbeitungen ins Italienische²⁴. Ein Teil desselben Repertoires von Dalloz wurde 1850 auch ins Spanische übersetzt²⁵. Große Beliebtheit fand auch das kleine

¹⁹ Dazu cf. GORLA, *L'origine e l'autorità* [N. 8], p. 14; PAPILLARD, *Désiré Dalloz*, Paris 1964, p. 128.

²⁰ Cf. MERLIN, *Repertorio Universale e Ragionato di Giurisprudenza e Quistioni di diritto*. Versione italiana di una Società di Avvocati eseguita nello studio dell'Avv. Filippo Carrillo . . . , *Accresciuta di Annotazioni relative à cangiamenti apportati dalle Leggi Civili e Penali del Regno delle Due Sicilie*, I—XXI, Napoli presso Marotta e Vanspandoch, 1824, dann Borel, 1828; *Dizionario Universale, ossia Repertorio ragionato di giurisprudenza e questioni di diritto*. Di Merlin, . . . , versione italiana di una società di avvocati sotto la direzione dello avvocato Filippo Carrillo. Prima edizione veneta riscontrata ed arricchita di una giunta relativa ai cangiamenti apportati dalle leggi civili e penali attualmente in vigore presso tutti i Regni e Stati italiani, Venezia, presso Giuseppe Antonelli, 1834—1844.

²¹ Cf. *O Przedawnieniu czyli Preskrypeyi według praw Franczkich z zastosowaniem prawa . . . Pruskiego oraz praw Polskich i Litewskich*, przez J. Kamińskiego, w Lomzy, 1814.

²² Cf. *Biblioteca del diritto o Repertorio ragionato di legislazione e di giurisprudenza nelle materie civili, amministrative, criminali e commerciali, contenente per ordine alfabetico la spiegazione di tutti i termini del diritto e della pratica*, . . . pubblicato sotto la direzione dei Sigg. Sébire e Carteret e collaboratori vari. Prima versione italiana corredata di note tratte dai codici vigenti in Italia per cura del Dr. Adriano Rocca, Venezia 1847—1865.

²³ Cf. DEVILLENEUVE/MASSÉ, *Dizionario del contenzioso commerciale ossia riassunto di legislazione, di dottrina e di giurisprudenza in materia di commercio*, seguito dal testo annotato del codice di commercio. Prima versione italiana, corredata del parallelo delle nostre leggi e regolamenti ed arricchita di annotazioni di P. Russo e F. Damora, Napoli 1857—1859.

²⁴ Cf. *Giurisprudenza dei Fallimenti, delle Bancherotte, e della Decozione*, o collezione completa di decisioni emanate dalle Corti di Francia e dei Paesi Bassi sopra questa materia; preceduta dall'esposizione de'principii della legislazione e della dottrina degli autori che hanno trattato dell'istesso argomento, opera di Dalloz, prima traduzione italiana, Firenze (per Vincenzo Batelli) 1833; cf. ferner *Repertorio legale di giurisprudenza relativo ai fallimenti, bancherotte e decozioni*, o sia *Indice ragionato all'opera del celebre Dalloz* . . . Bologna (presso l'editore libraio Antonio Chierici), 1840.

²⁵ Cf. *Resumen historico y teorico de la ciencia económica, y de las opiniones y doctrinas de los principales economistas*, por MM. Dalloz, redactores del *Repertorio de*

Repertoire von Sirey: Von diesem Werk habe ich vier italienische Übersetzungen finden können²⁶; eine Übersetzung ins Deutsche mit Überarbeitung wurde 1838 von Thilo in Baden veröffentlicht²⁷.

b) Nicht überall sind so zahlreiche Übersetzungen von französischen Sammlungen erschienen. Sie erfuhren wohl auch in ihrer französischen Fassung eine sehr große Verbreitung. Bezeichnend ist die große Anzahl von Auflagen von französischen Rechtsprechungssammlungen in Belgien. Die Repertoires von Merlin, von Devilleneuve, von Dalloz, von Sirey wurden alle in Belgien, zum Teil ergänzt durch Nachweise belgischer Judikatur, neu aufgelegt²⁸. Ebenso wurden in Belgien durch die großen verlegerischen Unternehmungen der „Jurisprudence du 19^e siècle“ und des ersten und zweiten Teils der „Pasicrisie“ die Zeitschriften von Dalloz und Sirey mehrmals neu aufgelegt²⁹.

2. Französische Judikatur wurde ferner regelmäßig übersetzt und veröffentlicht in der jeweiligen nationalen Rechtsliteratur. Diese Tendenz setzt verstärkt ab den dreißiger Jahren ein und löst allmählich die Tendenz, die französischen Rechtsprechungssammlungen einfach zu übersetzen, ab, so daß man hier von einer zweiten zeitlichen Phase der literarischen Verbreitung der französischen Judikatur sprechen kann.

legislación, de doctrina, y de jurisprudencia. Traducido del francés, Madrid: R. R. de Rivera, 1850.

²⁶ Cf. Repertorio delle teoriche della legislazione e giurisprudenza francese del sec. XIX in materia civile, criminale e d'amministrazione, compilato da G. B. Sirey. Unica versione italiana, Napoli (ed. tip. Tramater), 1830—1835; Codice civile annotato delle disposizioni legislative, e delle decisioni di giurisprudenza di Francia da G. B. Sirey, delle disposizioni legislative, e delle massime delle corti supreme delle due Sicilie da A. Lanzellotti, col confronto delle leggi romane di O. Taglioni, Napoli 1823; cf. ferner, Codice di commercio annotato delle disposizioni legislative, e delle decisioni di giurisprudenza di Francia da Giovanni Battista Sirey, Napoli, R. Marotta e Vanspandoch, 1823; weitere Ausgaben ³Bologna 1833 (ed. G. Francia); Firenze, Le Monnier, 1844 (... nuova compilazione per cura di un avvocato toscano).

²⁷ Cf. THILO, Das Französische Civilgesetzbuch und Handelsrecht, erläutert aus Urtheilen der französischen Gerichtshöfe, Gesetzen und anderen Quellen. Nach Code civil (et de commerce) annotés des dispositions interprétatives, modificatives et applicatives, par J. B. Sirey et C. M. de Villeneuve und bis auf die neueste Zeit fortgesetzt für das Großherzogtum Baden, mit steter Rücksicht auf Gesetze, Verordnungen und Entscheidungen der Gerichtshöfe dieses Landes, Karlsruhe 1838.

²⁸ Cf. DOPP, La contrefaçon des livres français en Belgique, 1815—1852. (Université de Louvain, Recueil des travaux publiés par les membres des Conférences d'Histoire et de Philologie. 2^e série, 26^e fascicule), Louvain 1932, insbesondere p. 41, p. 60, p. 154.

²⁹ Cf. VAN DIEVOET, Le droit civil en Belgique et en Hollande de 1800 à 1940. Les sources du droit, Bruxelles 1948, p. 90.

a) Ein erster Weg bot sich etwa an bei der Neuauflage von Rechtsprechungsrepertoires aus dem Ancien Régime; so wurden in Italien die handelsrechtlichen Werke von Azuni und Baldasseroni mehrmals neu aufgelegt, jeweils ergänzt durch umfangreiche Abschnitte über die neuere französische Judikatur³⁰.

b) Ebenso findet man eine große Zahl von Zeitschriften und Sammlungen, die ausschließlich oder überwiegend französische Judikatur zur Anwendung des Code civil übersetzt veröffentlichen. In vielen europäischen Ländern sind derartige Sammlungen anzutreffen; so erscheint z. B. in Florenz in den dreißiger Jahren des vorigen Jahrhunderts eine „Raccolta di decisioni di giurisprudenza commerciale delle primarie corti e tribunali di Francia“³¹; ebenso möchte ich für Italien auf die Sammlungen von Francia³², von Chiellini³³ und auf die „Giurisprudenza del codice civile“ von Mantelli³⁴ hinweisen. Gleichartige Sammlungen gaben in Belgien Pauwels³⁵ und

³⁰ Cf. *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile del senatore D. A. Azuni*; terza edizione nella quale è fusa la nuova *Giurisprudenza dall'avvocato Giuliano Ricci*, Livorno 1854; *Dizionario ragionato di giurisprudenza marittima e di commercio del sig. Ascanio Baldasseroni*, antico avvocato e consultore della Camera di Commercio di Livorno, I—IV, Livorno 1811—1814.

³¹ Cf. *Raccolta di decisioni di Giurisprudenza commerciale delle primarie Corti e Tribunali di Francia*, Firenze, I—V, 1832—1834.

³² Cf. *Controversie dottrine e decisioni sopra vari articoli delle leggi civili, di civil procedura e di eccezione, seguite da brevi correlative riflessioni, secondo che sembra quelli potersi riformare, nel fine di cessare ogni disputa sulla loro intelligenza ed applicazione, del giudice FRANCIA*, I—II, Napoli (:Stamperia dell'Iride) 1837.

³³ Cf. *Giurisprudenza Bisantina ossia Collezione delle sentenze pronunciate in Constantinopoli sui punti più importanti di diritto civile, commerciale e di procedura dalle commissioni giudiziarie istituite dalle rispettive legazioni delle potenze di Europa dall'anno 1844, corredato di note ed osservazioni da S. CHIellini e CAMBIASO legati italiani esercenti in detta Piazza con una appendice annua contenente la raccolta delle sentenze quivi proferite in prima istanza e decise in grado d'appello o revisione dai Tribunali di Pietroburgo, Atene, Senato di Genova, Corte d'Aix, Constantinopoli (:Tipografia de Castro) 1844—1846.*

³⁴ Cf. MANTELLI, *Giurisprudenza del codice civile e delle altre leggi dei regij Stati ossia Collezione metodica e progressiva delle decisioni e sentenze pronunciate dai Supremi Magistrati si dello Stato che Stranieri sui punti più importanti di Diritto Civile, Commerciale, di Procedura, Criminale, Amministrativo ecc. . .* Alessandria (presso Luigi Guidetti Tipografo-Libraio), 1839—1847; cf. ferner MANTELLI, *Giurisprudenza del codice di commercio e delle altre leggi relative ossia collezione metodica e progressiva delle decisioni e sentenze pronunciate dai Supremi Magistrati e dai Tribunali di commercio si dello Stato che stranieri sui punti più importanti di diritto mercantile . . .*, Alessandria, presso Luigi Guidetti tipografo-libraio, 1844—1847.

³⁵ Cf. PAUWELS, *Journal analytique de jurisprudence adoptée par les Cours de cassation et d'appel de France et des Pays-Bas, Bruxelles 1814(?)—1824.*

Arntz³⁶ heraus; in Deutschland veröffentlichte Lauckhard die „Rechtsfälle mit Entscheidungen der französischen und belgischen Gerichtshöfe zur Erläuterung des französischen Zivilrechts mit Rücksicht auf das badische Landrecht“³⁷; gleichfalls in Deutschland finden wir die Zeitschrift „Der Gerichtssaal. Revue der interessantesten Verhandlungen von den französischen Gerichtshöfen“, die in Stuttgart in den vierziger Jahren erschienen ist³⁸; eine „Zeitschrift für französisches Zivilrecht“ wurde noch Ende des Jahrhunderts von Püchelt herausgegeben³⁹. Ebenso erscheint 1834 in Barcelona eine „Collección de las causas mas célebres, los mejores modelos de alegatos, acusaciones fiscales, interrogatorios y defensas en lo civil y criminal del foro francés, inglés y español“.

c) Übersetzte französische Urteile wurden ferner häufig auch in Sammlungen nationaler Judikatur veröffentlicht; ich muß mich hier auf kursorische Hinweise beschränken; eine Durchsicht z. B. der italienischen Sammlungen etwa von Agresti⁴⁰, Armellini⁴¹, Arrò⁴², Vaselli⁴³, Tranquilli⁴⁴ zeigt, wie diese Sammlungen zum Teil auf französischem Material aufbauen.

3. Einen weiteren wichtigen Weg der Verbreitung fand die französische Judikatur in den jeweiligen nationalen Rechtszeitschriften. Die überwiegende Zahl der Rechtszeitschriften in Italien und in den anderen romanischen Ländern veröffentlichte regelmäßig auch französische Judikatur. Ich kann mich auch hier natürlich nur auf einige Beispiele beschränken; ich

³⁶ Cf. ARNTZ, *Journal du Palais. Recueil de la jurisprudence belge. Recueil des arrêts des Cours de Belgique, comprenant en outre toutes les décisions notables de la Cour d'appel de Cologne et de la Cour de Cassation de Berlin par . . .*, Bruxelles, 1837—1854.

³⁷ Bd. I—X, Mannheim, 1834—1859; Bd. XI—XII, Karlsruhe 1863—1866.

³⁸ Stuttgart 1841.

³⁹ Mannheim, 1870—1905. Zu den rheinischen Nachahmungen französischer Rechtsliteratur cf. zuletzt SCHUMACHER, *Das Rheinische Recht in der Gerichtspraxis des 19. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Auslegung rezipierter Rechtsnormen*, Stuttgart—Bruxelles 1969, p. 37—38.

⁴⁰ Cf. AGRESTI, *Decisioni delle gran Corti civili in materia di diritto, . . .*, Napoli, 1827—1840; 1841—1848. Cf. z. B. Bd. I, p. 121 und 240.

⁴¹ Cf. ARMELLINI, *Dizionario di giurisprudenza per uso del Regno delle due Sicilie*, I—VII, Napoli 1822—1827.

⁴² Cf. ARRÒ, *Giurisprudenza forense, ossia raccolta di decisioni e sentenze emanate dopo il ristabilimento dell'eccellentissimo Regio Senato di Piemonte*, I—XI, Torino 1823—1827.

⁴³ Cf. VASELLI, *Manuale del giureconsulto . . .*, Napoli 1835—1859.

⁴⁴ Cf. TRANQUILLI, *Dei privilegj ed ipoteche. Raccolta della legislazione e giurisprudenza ipotecaria francese e pontificia disposta in ordine cronologico . . . per servir di proemio alle Decisioni della Sagra Rota Romana relative all'istesso soggetto emanate dall'anno 1815 con la loro continuazione*, Roma 1827.

denke z. B. an das „Giornale del foro“⁴⁵ in Italien, an das „Regtgeleerd Bijblad“⁴⁶ in den Niederlanden, an die „Belgique judiciaire“⁴⁷ oder die „Gazette des tribunaux“⁴⁸ in Belgien, an die „Zusammenstellung der Entscheidungen der Kassationshöfe . . .“, die Gredy 1862 in Mainz herausgab⁴⁹; an die „Revista general de jurisprudencia“⁵⁰ oder den „Foro español“⁵¹ in Spanien oder an die rumänische „Gazeta tribunalelor“⁵². Im Laufe des Jahrhunderts läßt sich die Tendenz feststellen, nicht nur französische Urteile, sondern auch Judikatur aus anderen romanischen Ländern zu veröffentlichen, die zu den an den Code civil angelehnten neueren Gesetzbüchern ergangen war. So erschien während mehr als zwanzig Jahren die führende italienische Zeitschrift „Giurisprudenza italiana“ mit einer regelmäßigen „Sezione di giurisprudenza straniera“, in der französische, belgische und selbst niederländische Urteile veröffentlicht wurden⁵³; eine derartige „Sec-

⁴⁵ Roma, 1817—1874; cf. hier z. B. die Jahrgänge (1846—47) und (1847—48). Diese Tendenz läßt sich auch bei allen damaligen italienischen Rechtszeitschriften feststellen; cf. z. B. *Gazzetta dei Tribunali*, Genova, 1 (1848), p. 79 und p. 122; *L'Irnerio. Giornale di legislazione e di giurisprudenza*. Bologna, 1 (1855), p. 89; *Eco dei Tribunali. Giornale di giurisprudenza civile*. Milano, 1 (1851), p. 24 und p. 47; *Gazzetta dei Tribunali, Giornale di legislazione e pratica giurisprudenza*, . . ., Milano, 9 (1859), p. 262.

⁴⁶ Cf. z. B. 4 (1854), p. 407; 5 (1855), p. 301—304.

⁴⁷ Cf. *La Belgique Judiciaire. Gazette des Tribunaux belges et étrangers*. Publié par une réunion de jurisconsultes avec la collaboration de magistrats et de professeurs. Sous la direction de MM. Lavallée, Arntz, A. Orts, Jules Bartels, 1 (1842), Préface: «. . . A la jurisprudence française et belge nous joindrons celle des cours de cassation de Berlin et de la Haye, des cours d'appel de Cologne et de Hollande; l'utilité de ces excursions à l'étranger n'est pas contestable; les anciens de la magistrature et du barreau savent encore avec quelle faveur on citait sous l'empire les arrêts de la cour de Trèves, et la jurisprudence des provinces rhénanes, méconnue depuis 1815, sera certainement pour nos jurisconsultes un objet de méditations fructueuses.»

⁴⁸ Cf. die Bemerkungen von ACKERSDYCK, Rezension von: *Gazette des Tribunaux*, in: *Bibliothèque du Jurisconsulte et du Publiciste*, Liège, 1 (1826), p. 553 ss.

⁴⁹ Cf. GREDY, Zusammenstellung der Entscheidungen der Kassationshöfe zu Berlin, Brüssel, Darmstadt, München mit Zweibrücken, Paris und des Oberhofgerichts zu Mannheim über die Civilrechtsfragen, welche nach den in den betreffenden Landen geltenden französischen Gesetzen entschieden werden, ausgezogen und geordnet nach der Reihenfolge der einzelnen Gesetzbücher und Gesetze, Mainz 1862.

⁵⁰ Cf. *Revista general de Legislacion y Jurisprudencia*, publicada por una reunion de abogados del ilustre Colegio de esta Corte. Madrid, 1 (1859), p. 116; 125; 431.

⁵¹ Cf. z. B. die Abteilung „Tribunales Etranjeros“, 2 (1849), p. 45 ss.; 4 (1850), p. 271.

⁵² 1 (1860). Zur Veröffentlichung von französischer Judikatur, cf. GEORGESCU et SACHELARIÉ, *L'origine et l'autorité des recueils de jurisprudence dans l'ancien droit roumain*, in: *Institute de recherches juridiques de l'Académie des sciences sociales et politiques de la République socialiste de Roumanie. Etudes juridiques*, Bucarest 1970, p. 169.

⁵³ Zwischen den Jahren 1874—1880, als die Zeitschrift von Pacifici-Mazzoni heraus-

tion de jurisprudence étrangère“ findet sich in jenen Jahren auch bei der französischen Sammlung von Sirey⁵⁴, bei der belgischen „Pasicrisie⁵⁵“ oder bei dem niederländischen „Weekblad van het regt⁵⁶“. Zeitweilig entwickelte sich also ein gegenseitiger Kommunikationsprozeß der Judikatur in den romanischen Ländern. Im Laufe der letzten Jahrzehnte des Jahrhunderts nahm das Interesse für die französische und überhaupt für die ausländische Judikatur immer mehr ab; französische Urteile wurden immer seltener gedruckt. Es ist kein Zufall, daß Ende des Jahrhunderts die der ausländischen Rechtsprechung gewidmete Abteilung in allen vier obengenannten Zeitschriften fast gleichzeitig aufhörte.

So viel über die literarischen Quellen, die uns den europäischen Einfluß der französischen Rechtsprechung bezeugen. Ich möchte mich nun der zentralen Frage dieses Referats zuwenden, wie nämlich die französische Judikatur bei den Gerichten einiger europäischer Länder als Autorität herangezogen wurde.

III. Die Heranziehung der französischen Judikatur als Autorität

Die Frage, wie die Richter in vielen europäischen Ländern im Laufe des 19. Jahrhunderts auf die Autorität der französischen Judikatur zurückgegriffen haben, läßt sich nicht einheitlich beantworten. Eine Untersuchung der europäischen Judikatur unter diesem Gesichtspunkt hat zu berücksichtigen, welches gesetzliche Recht der Richter jeweils anzuwenden hatte. Gerade dieses Kriterium erlaubt es, einige Autoritätsstufen herauszustellen.

1. Zunächst ist an die Situation zu denken, daß der Richter noch französisches Recht anzuwenden hatte; dies war z. B. der Fall, wenn zur französischen Zeit entstandene Rechtsverhältnisse zur Entscheidung standen. Ferner ist daran zu erinnern, daß der französische Code civil auch nach 1814 in einer Reihe von europäischen Territorien geltendes Recht blieb, so etwa in

gegeben wurde. Darüber, und insbesondere über die Rolle Pacifici-Mazzonis, cf. GORLA, Lo stile delle sentenze. Ricerca storica comparativa, in: Il Foro italiano, Quaderni (1968), col. 391—392.

⁵⁴ Zwischen den Jahren 1881—1913. Es ist interessant festzustellen, daß die Einführung dieser Abteilung zeitlich mit der Übernahme der Direktion durch Fuzier-Herman zusammenfällt. Eine Abteilung für die „jurisprudence étrangère“ veröffentlichte in den ersten Jahrgängen auch die Revue trimestrielle de droit civil.

⁵⁵ Zwischen den Jahren 1893—1914.

⁵⁶ Bis etwa zum Ende des 19. Jahrhunderts erschien eine Abteilung „Buitenlandsche Rechtszaken“.

Belgien, in den Niederlanden bis 1838, in Rheinpreußen, in Rheinhessen, im Fürstentum Lucca bis 1865, in Ligurien bis 1837 usw. In anderen Territorien waren Teile der französischen Kodifikation als geltendes Recht erhalten geblieben, so beispielsweise das Hypothekenrecht oder Teile des Code de commerce im Großherzogtum Toskana, in Lombardei-Venetien, im Kirchenstaat.

a) In diesen Fällen lag es nahe, bei der Auslegung des anzuwendenden französischen Rechts die französische Judikatur als maßgebende Autorität heranzuziehen. In der Tat fehlte es nicht an Stimmen, die nach der politischen Trennung von 1815 der Rechtsprechung der ehemaligen Cour de cassation jeden Modellcharakter absprechen wollten; so führte 1815 z. B. der Staatsanwalt vor der Cour d'appel von Brüssel folgendes aus⁵⁷: «Cet arrêt, ne doit point l'emporter sur le vôtre par la seule force de l'autorité, puisque la cour qui l'a rendu n'est plus régulatrice pour nous, et que vos justiciables ne seront point dans le cas de recourir, pour une décision suprême, aux juges dont cet arrêt est émané»; ebenso argumentierte eine Partei in einem Fall, der 1822 dem Rheinischen Appellationsgericht zur Entscheidung vorlag⁵⁸: „Wenn in Frankreich über den Sinn des befragten Artikels gestritten wurde, wenn dort die Gerichtshöfe nach dem Geiste der Zeit, wo das Gesetz erlassen wurde, die Verfügung desselben so verstanden, ... so kann diese ... Auslegung uns nicht binden: Wir haben Frankreich den Rücken gekehrt; die Zeiten, wo wir uns nach seinen Auslegungen der Gesetze richteten, sind vorüber; wir müssen sie jetzt in dem Geiste der deutschen und preußischen Verfassung auslegen“; der Rheinische Appellationsgerichtshof schloß sich trotz dieser Darlegungen der französischen Praxis an, wobei er lediglich bemerkte, die Richtigkeit dieser Auslegung werde durch den Gerichtsgebrauch bestätigt. Auch der höchste neapolitanische Gerichtshof sprach sich in jenen Jahren gegen die Tendenz, der französischen Praxis Modellcharakter zuzuerkennen, aus⁵⁹. Man darf allerdings diese Stimmen nicht überbewerten: in Wirklichkeit griffen auch nach 1814 überall in Europa, wo das französische Recht in Geltung geblieben war, die Richter fast ausnahmslos auf die Autorität der Präzedenzentschei-

⁵⁷ Cf. App. Bruxelles, 6. 10. 1815, in Pasicrisie 1 (1814—1815), p. 463—466, insbesondere p. 465. Cf. ferner App. Bruxelles, 17. 5. 1815, in Pasicrisie 1 (1814—1815), p. 380.

⁵⁸ In Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht der Königl. Preuß. Rheinprovinzen, Bd. 5, I, p. 193—201.

⁵⁹ Cf. Suprema Corte di Giustizia di Napoli, 20. 8. 1831, in: Giurisprudenza civile, Bd. III, p. 499—500.

dungen der französischen Rechtsprechung zurück⁶⁰; so konnte noch 1856 der neapolitanische Jurist Gennaro Rocco mit Bedauern feststellen: «quante volte un'opinione di scrittore della Francia non disaminata col lume di una scienza virile ed indipendente, ha fatto imprendere un litigio ingiusto . . . , quante volte questa stessa opinione ha fatto divergere la giudicatura dal giusto e dal retto⁶¹.»

b) Es ist nicht immer leicht, genau festzustellen, ob und inwieweit ein bestimmtes Gericht in seiner Spruchpraxis auf die Autorität der französischen Judikatur zurückgegriffen hat. Direkte Zitate aus der französischen Spruchpraxis in den Urteilen sind verhältnismäßig selten zu finden; dies kommt hauptsächlich nur bei den Gerichten vor, die wie die Rota romana oder die Rota fiorentina noch im 19. Jahrhundert ihre Urteile im alten Stil mit Anführung von gelehrten Autoritäten verfaßten. Es gibt allerdings auch bei der Spruchpraxis anderer Gerichte eine Reihe von Anhaltspunkten dafür, daß man den Aussprüchen der französischen Gerichtshöfe eine erhebliche Autorität zuerkannte: Da viele Zeitschriften auch das Parteivorbringen manchmal ausführlich wiedergaben, ist leicht ersichtlich, wie häufig in Schriftsätzen auf französische Präjudizien Bezug genommen wurde; ferner kann aus der Tatsache, daß in Rechtsgutachten, die die Parteien den Gerichten vorlegten, die französische Praxis eingehend berücksichtigt wurde, geschlossen werden, daß auch die Parteien, soweit sie Rechtsausführungen brachten, sich ständig auf die französische Rechtsprechung beriefen⁶². Hinzu kommt, daß die Herausgeber der Urteilssammlungen häufig selbst in Anmerkungen auf Entscheidungen französischer Gerichte, die mit dem veröffentlichten Urteil in Widerspruch standen oder ihm entsprachen, hingewiesen haben und ein solcher Hinweis in den meisten Fällen den Hinweis auf eventuelle Zitate im Parteivorbringen erübrigt haben mag. Ich habe eine ganze Reihe von Rechtsprechungssammlungen aus der damaligen Zeit durchgesehen; aus der Fülle der Beispiele, die bezeugen, wie der französischen Spruchpraxis eine direkte Autorität zuerkannt wurde, kann ich hier nur

⁶⁰ Für einige Nachweise cf. infra N. 63 ss.

⁶¹ Cf. Rocco, *Dei rapporti fra il principio di ragione ed il principio di autorità*. Discorso di Gennaro Rocco, Procurator Regio presso il Tribunale civile di Napoli letto nella riapertura del Tribunale nel corrente anno e che porta per epigrafe: *Dei Mali che arrecano alla giustizia il Magistrato che giudica sol per ragione, ed il Magistrato che giudica sol per autorità*, in: *Annali di diritto teorico-pratico*. Opera periodica compilata da Luigi Capuano 1 (1856), p. 289 ss., insbesondere p. 304—305.

⁶² Cf. z. B. AMANN, *Rechtsfälle*. Bearbeitet nach gemeinem und badischem Recht, Freiburg 1842; es handelt sich um die von ihm verfaßten und herausgegebenen Gutachten. In der niederländischen Rechtspraxis cf. MEIJER, *Consultatien*, Amsterdam 1842.

einige exemplarische Fälle vortragen. So bekräftigte in einem Urteil von 1867 das Darmstädter Kassationsgericht⁶³ die von ihm vertretene Auslegung damit, daß „in diesem Sinne sich sämtliche Schriftsteller, welche bis heute die Materie mit Rücksicht auf den Code behandelten, und sämtliche Urteile des Kassationshofes zu Paris vom Jahre 1814 bis 1857 ohne Ausnahme ausgesprochen [haben] . . .“; ähnlich bekräftigte das Rheinbayerische Appellationsgericht in Zweibrücken in einem Urteil von 1828⁶⁴ seine Auffassung mit der Bemerkung, „daß auch die Jurisprudenz der höheren Gerichtshöfe Frankreichs mit diesen Ansichten vollkommen übereinstimmt“; in einem Urteil von 1827 beendete dasselbe Gericht⁶⁵ seine Ausführungen mit der Bemerkung: „. . . in Erwägung, daß die bisher entwickelte Ansicht auch in mehreren Entscheidungen der Gerichtshöfe Frankreichs, namentlich des Cassationshofes, angenommen wurde; daß zwar auch mehrere Urteile des Cassationshofes . . . im entgegengesetzten Sinne entschieden haben; daß aber die letzteren Entscheidungen sich auf keine genügenden Gründe stützten . . .“. Ähnliche Beispiele könnte man aus der Spruchpraxis der rheinpreußischen⁶⁶ oder der badischen⁶⁷ Gerichte anführen. Dasselbe Bild bietet auch die Judikatur der damaligen belgischen⁶⁸ und niederländischen⁶⁹ Gerichte. „Es ist natürlich“ — schrieb 1831 Birnbaum —, „daß das Ansehen

⁶³ Cf. Kassationshof zu Darmstadt, 2. 12. 1867, in: Sammlung der Entscheidungen des großh. hess. Kassationshofes in Civil- und Strafsachen vom Jahre 1852 an beginnend (1867), p. 150—157.

⁶⁴ Cf. Appellationsgericht zu Zweibrücken, 4. 8. 1828, in Annalen der Rechtspflege in Rheinbayern, oder Darstellung merkwürdiger Rechtsfälle und ihrer Entscheidungen durch die oberen Gerichtshöfe Rheinbayerns, . . ., herausgeg. von Ch. Hilgard, I, Zweibrücken 1830, p. 29—36.

⁶⁵ Cf. Appellationsgericht zu Zweibrücken, 20. 8. 1827, in Annalen . . ., I, Zweibrücken 1830, p. 93—99.

⁶⁶ Cf. Landgericht Düsseldorf, 30. 5. 1826, in: Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht der Königl. Preuß. Rheinprovinzen, Bd. 10, I, p. 139—141; die Urteilsgründe begnügen sich bei der Widerlegung der von dem Beklagten vorgetragenen Auffassung, ein Kind könnte vor der Geburt nicht anerkannt werden, allein mit der Erwägung, „. . . daß es an und für sich sowohl nach dem Grundsatz: *Nasciturus pro jam natus habetur, si de ejus commodo agitur*, als nach der französischen Jurisprudenz feststeht, daß die Anerkennung eines natürlichen Kindes, falls sie nur freiwillig und in der gesetzlichen Form geschehe, auch vor dessen Geburt erfolgen kann: *Sirey*, Tome 12, partie I, pag. 81“.

⁶⁷ Darüber ausführlich SCHUMACHER, Das Rheinische Recht [N. 39], p. 133—137.

⁶⁸ Cf. z. B. VAN BIERVLIET, L'interprétation belge du code civil, in: *Le livre du centenaire*, Paris 1904, Bd. II, p. 639 ss., insbesondere p. 664; VAN DIEVOET, *Le droit civil* [N. 29], p. 303 und 316; zuletzt HERBOTS, *Recht feit en cassatiemiddel*, in: *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 8 (1971), p. 615—616.

⁶⁹ Cf. VAN DIEVOET, *Le droit civil* [N. 29], p. 104; 404—405; VAN KUYK, *Historische wetsuitlegging*, in: TRG 2 (1920—1921), p. 1 ss.; insbesondere p. 7—9; 27—28.

des französischen Cassationshofes und seiner Entscheidungen auf gewisse Weise auch nach der Trennung Belgiens von Frankreich fort dauerte, in dem Maße, als das französische Recht selbst in Kraft blieb; so wie ja auch noch heutzutage in den amerikanischen Staaten die Entscheidungen der zwölf Richter von England von großem Ansehen sind, da die Grundlage des Rechts das englische Common Law ist⁷⁰.“ Ein ähnliches Bild bietet auch die Judikatur der italienischen preunitarischen Staaten. «I detti articoli» — führte z. B. 1832 der Supremo Consiglio di Giustizia von Modena⁷¹ aus — «hanno ricevuto nella Giurisprudenza Francese interpretazione conforme a quella adottata dal Supremo Consiglio»; «... l'ammissione della prova testimoniale» — bemerkte drei Jahre später das Handelsgericht zu Livorno⁷² — «era conforme all'autorità degli Scrittori i più reputati nella soggetta materia, ed alle Decisioni delle Corti estere e nazionali.» Unzählige gleichartige Stellungnahmen ließen sich aus der Spruchpraxis der piemontesischen Senate⁷³, der Rota romana⁷⁴, der Gerichte des Großherzogtums Toskana⁷⁵ und von Lombardei-Venetien anführen⁷⁶.

⁷⁰ So BIRNBAUM, in: Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, 3 (1831), p. 9. Cf. ferner Bibliothèque du Jurisconsulte et du Publiciste, par M. M. Ackersdyck, Birnbaum..., professeurs en droit aux Universités de Liège et de Louvain, Liège, 1 (1826), Avant-Propos, p. 7 «... La jurisprudence a aussi ses principes universels, les progrès qu'elle fait dans un État, ne doivent pas être perdus pour un autre.» Aus der Judikatur cf. z. B. App. Bruxelles, 17. 5. 1815, in: Pasiricisie, 1 (1814—1815), p. 380.

⁷¹ Cf. Supremo Consiglio di Giustizia, 17. 3. 1832, in: Collezione delle massime di diritto..., Modena 1834 ss., Bd. V, nr. 931, pp. 28 ss., insbesondere p. 31—32; cf. ferner in einer ähnlichen Richtung, Supremo Consiglio di Giustizia di Modena, 20. 1. 1835 (Almansi Eredità c. Toschi), in: Collezione delle massime, Bd. V, n. 1097, pp. 287 ss., insbesondere p. 291; Supremo Consiglio di giustizia di Modena, 29. 4. 1828, in: Collezione delle massime di diritto..., Bd. III, n. 624, pp. 47—49, insbesondere p. 49; Supremo Consiglio di giustizia di Modena, 29. 11. 1828, in: Collezione delle massime di diritto..., Bd. III, n. 672, p. 107 s., insbesondere p. 109; Supremo Consiglio di Giustizia di Modena, 20. 7. 1830, in: Collezione delle massime..., Bd. IV, n. 838, pp. 109 ss., insbesondere p. 111.

⁷² So Magistrato commerciale di Livorno, 7. 1. 1835 (Gattai e Mantellini c. Selvaggi ed altri), in: NERVINI, Giurisprudenza commerciale. Decisioni del magistrato civile e consolare di Livorno... raccolte e pubblicate..., Livorno 1841—1842, Decisione 14, p. 76.

⁷³ Cf. Senato di Piemonte, 6. 12. 1821, in: ARRÒ, Giurisprudenza forense [N. 42], Bd. VII, p. 27 ss.

⁷⁴ Cf. Romana traditionis frumenti, 11. 12. 1826, in: Decisiones... coram Isoard..., Tomo II, dec. CCCIII, p. 329; Tudertina immissionis, 26. 3. 1826, in: Decisiones... coram Isoard..., tomo III, dec., CCCLV, p. 2—3; Romana Inscriptionis Hypothecariae, 16. 12. 1835, in: TRANQUILLI, Decisiones [N. 44], XI, p. 394 ss.; Maceratensis Hypothecae, super I. Dubio, 29. 4. 1836, in: TRANQUILLI, Decisiones, XI, p. 485 ss.; Forosempronensis Litte-

Soweit die Beispiele; aus den mitgeteilten Beobachtungen lassen sich sicherlich keine statistisch gesicherten Schlüsse ziehen; unverkennbar ist allerdings die Tendenz der damaligen Spruchpraxis, bei der Anwendung des französischen Rechts den französischen Präzedenzentscheidungen Modellcharakter zuzuerkennen.

c) Welche Art von Autorität wurde der französischen Judikatur in diesen Fällen zuerkannt? Ich kann hier nur einige Ansätze zur Beantwortung dieser Frage bieten. Besonders gut läßt sich dieses Problem anhand der toskanischen Rechtsprechung untersuchen. Ich muß hier etwas weit ausholen. Es ist bekannt⁷⁷, daß sich während des Ancien Régime zum Teil der Grundsatz durchgesetzt hatte, daß drei oder vier kongruenten, auf dem gleichen Sachverhalt fußenden Urteilen eine Art bindende Autorität zuzuerkennen sei; es handelt sich dabei um eine in der damaligen europäischen gemeinrechtlichen Lehre weitverbreitete Auffassung; so z. B. der piemontesische Jurist Tesauro: Entscheidet der Senat von Turin „in classibus congregatis“ (d. h. Plenarentscheidungen über umstrittene Rechtsfragen), dann kommt seinem Spruch Gesetzeskraft zu; sonst sei eine bereits in mehreren Urteilen gefestigte Judikatur „non pro lege, sed pro stylo“ zu halten. Ähnlich argumentierte — wie Scholz gezeigt hat — die damalige portugiesische Lehre⁷⁸. Auch die

Fortsetzung Fußnoten Seite 217

rarum Cambii, 5. 7. 1816, in: *Decisiones Sacrae Romanae Rotae coram Odeschalchi, Romae 1826, Dec. XXXII, pp. 115 ss.*; aus der übrigen Judikatur im Kirchenstaat cf. z. B. Tribunale d'appello di Bologna, 25. 11. 1839, in: L'Innerio. *Giornale di legislazione e di giurisprudenza* 1 (1855), p. 240.

⁷⁵ Cf. Corte Regia, 23. 4. 1839, in: *Annali di Giurisprudenza* 1 (1839), II, col. 241 ss., insbesondere col. 244; Corte Regia, 18. 2. 1839, in: *Annali di Giurisprudenza*, 1 (1839), II, col. 80 ss., insbesondere col. 82; Tribunale di Livorno, 25. 6. 1839, in: *Annali di Giurisprudenza*, I (1839), II, c. 769 ss.; *Magistrato commerciale di Livorno*, 6. 9. 1836, in: NERVINI, *Giurisprudenza commerciale* [N. 72], *Decisione* 69 (Fenzi e C. c. Fernemberg ed al.), p. 408—411.

⁷⁶ Cf. Tribunale di I^a Istanza di Verona, 7. 7. 1843, in: *L'Eco dei Tribunali. Sezione seconda, Giornale di giurisprudenza civile*, 1 (1851), p. 52—53; Imperial Regio Tribunale mercantile, 15. 4. 1841, in: *Giurisprudenza teorico-pratica*, 26 (1843), I, pp. 1 ss., insbesondere p. 21; Supremo Tribunale. Senato del Lombardo-Veneto, Ghiringelli c. Sopranzi, 12. 9. 1820, in: *Giurisprudenza pratica secondo la legislazione austriaca* 6 (1822), I, p. 270—271; Werder c. Zamara, 5. 7. 1821, in: *Giurisprudenza pratica secondo la legislazione austriaca* 7 (1824), I, p. 214; Porro c. Airoldi, 21. 9. 1826, in: *Giurisprudenza pratica secondo la legislazione austriaca* 12 (1830), I, p. 215; Nicolai c. Doria, 28. 12. 1840, in: *Giurisprudenza teorico-pratica* 25 (1841), I, p. 65.

⁷⁷ Cf. z. B. ASCHERI, *Rechtsprechungssammlungen. Italien*, in: Coing (ed.), *Handbuch* [N. 8], Bd. II, 2, p. 1120 ss., und dort weitere Nachweise.

⁷⁸ Cf. SCHOLZ, *Literaturgeschichtliche und vergleichende Anmerkungen* [N. 7], p. 137 ss., mit weiteren Nachweisen.

Rota fiorentina — wie Ombrosi⁷⁹ und De Comitibus⁸⁰ uns bezeugen — stellte sich im Laufe des 18. Jahrhunderts auf den ähnlichen Standpunkt, daß zwei kongruente Entscheidungen ausreichend seien, um eine für die Zukunft bindende „pratica del giudicare“ festzulegen. Auch nach 1814 ging die toskanische Rechtsprechung von derselben Auffassung aus; diese fand schließlich ihre gesetzliche Anerkennung im Art. 500 des Motuproprio vom 9. 11. 1838, wo zur Motivation der Revisionsentscheidungen ausgeführt wird «[Nel caso di] mancanza assoluta di legge penale patria, e di ricorso alle disposizioni del gius commune, dovrà citarsi il disposto del gius commune, e motivarsi la sentenza referendo la pratica del giudicare⁸¹.“ Die Autorität der „pratica del giudicare“ wurde nach 1814 bei Anwendung des französischen Rechts auch auf die französischen Präzedenzentscheidungen ausgedehnt; der damalige Jurist Forti bemerkte zwar: «Si reputano del pari autorevoli le decisioni dei tribunali francesi, massime della Corte di Cassazione, per le questioni che devono da noi decidersi a norma de' Codici di Francia; nondimeno esse non legano la coscienza del giudice, che può formarsi un'opinione diversa⁸².» Eine Durchsicht der damaligen toskanischen Judikatur zeigt aber, daß in Wirklichkeit der gefestigten Rechtsprechung der Cour de cassation als „giurisprudenza interpretativa“ eine bindende Autorität zuerkannt wurde. «Un costante uniforme sistema di giudicare» — führte z. B. 1839 in einem Urteil die Corte Regia aus⁸³ — «ha stabilito e reso ormai inviolabile nella giurisprudenza il principio . . .»; ähnlich ließen sich zahlreiche weitere toskanische Entscheidungen anführen, wo als Motivation die französische „pratica del giudicare“ angegeben wurde⁸⁴. Der Rückgriff bei der Anwendung des französischen

⁷⁹ Cf. Thesaurus Ambrosi, Firenze 1779, Bd. VII, p. 431, und hier insbesondere die Decisio der Rota fiorentina, vom 15. 12. 1739, p. 437.

⁸⁰ Cf. De Comitibus, Decisiones, Lucca-Firenze 1775, Bd. II, p. 441 ss., und hier insbesondere die Decisio vom 20. 12. 1715, §§ 68—71, p. 99, und die Decisio vom 22. 2. 1717, §§ 12—16, pp. 670—671.

⁸¹ Cf. Dichiarazioni e Istruzioni 9 novembre 1838 per la esecuzione del R. Motuproprio del Granduca di Toscana, 2 agosto 1838, Firenze 1838, cap. XI, „Dei pubblici giudizi davanti alla Corte Regia“, art. 500.

⁸² Cf. FORTI, Libri due delle Istituzioni di diritto civile accomodate all'uso del foro, Firenze 1863, I, p. 583.

⁸³ Cf. Corte Regia, 17. 5. 1839, in: Annali di Giurisprudenza, 1 (1839), II, col. 285 ss., insbesondere col. 295.

⁸⁴ Cf. Corte Regia, 24. 5. 1842, in: MANTELLI, Giurisprudenza sul codice di commercio [N. 34], 1 (1844), col. 83 ss., wo unter anderem folgendes ausgeführt wird: «. . . tale essendo il voto concorde degli esteri e de' nostri Tribunali . . . considerando, che anche indipendentemente dall'autorità delle cose giudicate . . .»

Rechts auf die aus dem Ancien Régime überlieferte Interpretationslehre erlaubte somit, den Urteilen der Cour de cassation eine Autorität zu verleihen, welche sie nach dem im Art. 5 C.c. ausgesprochenen Verbot der *arrêts de règlement* selbst in Frankreich nicht hätten beanspruchen können. Außerhalb der toskanischen Judikatur habe ich diesen Standpunkt nicht so deutlich geäußert gefunden; eine Durchsicht der damaligen Rechtsprechung vermittelt allerdings den Eindruck, daß man auch anderswo bei der Anwendung des Code civil auf die französische Judikatur als auf eine fast authentische Auslegung des anzuwendenden französischen Rechts zurückgriff⁸⁵. Exemplarisch sind in diesem Zusammenhang die Darlegungen einer Entscheidung der Rota romana im Jahre 1816; die Autorität einer zitierten französischen Präzedenzentscheidung wurde dort mit der Feststellung untermauert: «bella quidem exceptio est, perinde quasi uni interpretationi Authenticae, quae fit a Legislatore esset fides praebenda, interpretationem vero doctrinalem, quae a Jurisperitis, itemque usuaem, quae a Judice fit, et praeterea ab iis Judicibus, qui prae caeteris legum spiritum ea tempestate callebant, impune aspernari, ac refutare liceret⁸⁶.»

Damit knüpften die Gerichte eindeutig an die aus dem Ancien Régime tradierte Interpretationslehre und gerade an ihr besonderes Autoritätsverständnis an. Ein Symptom dafür ist gerade die Technik, wie man französische Präzedenzentscheidungen herangezogen hat. Bekanntlich war eine Präzedenzentscheidung nach der gemeinrechtlichen Lehre nur dann als bindende Autorität anzusehen, wenn sie „in terminis“ war, d. h. wenn sie auf dem gleichen Sachverhalt fußte. Es ist auffallend, wie auch in der Rechtsprechung nach 1814 die italienischen Gerichte sich darum bemühten zu prüfen, ob die herangezogenen Präzedenzentscheidungen aus der französischen Praxis denselben Sachverhalt zu entscheiden hatten. «Attesochè la Corte Reale di Parigi» — führte z. B. 1834 das Handelsgericht zu Livorno

⁸⁵ Dies wird dadurch bestätigt, daß die Kassation eines Urteils „per violazione della giurisprudenza interpretativa“ mehrmals in der toskanischen Judikatur angenommen wurde; cf. z. B. App. Firenze, 29. 9. 1864, in *Annali di giurisprudenza*, 1864, II, col. 1260 ss., kassiert durch Cass. Firenze, 26. 9. 1865, in *Annali di Giurisprudenza*, 1865, I, col. 732 ss.; cf. ferner Cass. Firenze, 2. 8. 1866, in: *Annali di Giurisprudenza*, 1866—1867, I, col. 32 ss.

⁸⁶ Cf. *Romana uti praelato*, 18. 3. 1816, in: *Decisiones Sacrae Rotae Romanae coram Odeschalchi*, Bd. I, Romae 1826, decisio IV, p. 15. Ähnliche Beispiele könnte man auch aus der Judikatur des Lombardo-Veneto nachweisen; cf. z. B. die Entscheidung in *Giurisprudenza pratica secondo la legislazione austriaca*, 12 (1830), I, p. 153, in einem Fall, wo noch das französische Recht anwendbar war.

aus⁸⁷ — «*colla decisione . . . aveva risoluto in questo senso la questione identica . . .*»; ähnlich in einer Entscheidung der Rota romana⁸⁸: «*... in simillima facti specie pronunciarunt Gallica Tribunalia praesertim Parisiense Appellationum . . .*»; unzählige Beispiele für ähnliche Ausführungen ließen sich nicht nur der italienischen⁸⁹, sondern z. B. auch der rheinpreußischen Judikatur entnehmen. So heißt es z. B. in einem Urteil des Landgerichts Köln vom Jahre 1834⁹⁰, „die von dem Kläger angezogenen“ Urteile könnten „für unseren Fall nicht entscheiden“, da „das Sachverhältnis von dem hier vorliegenden verschieden war“, was dann in den Urteilsgründen näher ausgeführt wird.

2. In einer anderen, nur zum Teil ähnlichen Situation befanden sich die Gerichte in den Ländern, wo nach 1815 neuere an den Code civil angelehnte Gesetzbücher erlassen worden waren; ich denke hier etwa an die neapolitanischen *Leggi civili* von 1819, an den *Codice civile parmense* von 1820, an das niederländische *Burgerlijk wetboek* von 1838, an den *codice civile albertino* von 1837 usw. Durch diese nationalen Kodifikationen war hier das französische Recht nur mittelbar rezipiert worden; trotzdem wurde auch in diesen Ländern der französischen Judikatur — als einer Art „Pertinenz“ der rezipierten Gesetzbücher — eine Modellfunktion zuerkannt. «*Noi annunciamo con tanta maggior fiducia questa verità*» — argumentierte z. B. 1826 der Generalstaatsanwalt vor dem neapolitanischen Kassationsgericht⁹¹ — «*in quantochè la nostra opinione è sostenuta dall'autorità della*

⁸⁷ Cf. *Magistrato commerciale di Livorno*, 5. 9. 1834 (*Regini c. Ruth e Garland*), in: *NERVINI, Giurisprudenza commerciale* [N. 72], p. 30—31. Ähnliche Ausführungen in: *Magistrato commerciale di Livorno*, 16. 7. 1834 (*Henning c. Ricevitori*), in: *NERVINI, Giurisprudenza commerciale*, p. 11; *Magistrato commerciale di Livorno*, 25. 8. 1835, in: *NERVINI, Giurisprudenza commerciale*, p. 36; *Magistrato commerciale di Livorno*, 18. 3. 1836, in: *NERVINI, Giurisprudenza commerciale*, p. 278—281.

⁸⁸ Cf. *Urbetana hypothecae*, 15. 3. 1819, in: *TRANQUILLI, Decisiones* [N. 44], Bd. III, p. 227 ss., insbesondere p. 232; cf. ferner *Romana uti praelato*, 18. 3. 1816, cit. [N. 86], wo z. B., bei der Heranziehung von französischen Präzedenzentscheidungen, ausgeführt wird: «*... res erat de controversia huic simillima . . .*»

⁸⁹ Cf. z. B. *I. R. Tribunale d'Appello generale*, 1. 8. 1820, in: *Giurisprudenza pratica secondo la legislazione austriaca*, 6 (1822), I, p. 205 ss., insbesondere p. 227: «*... siccome poi gli appellanti avevano proposto ad esempio una consimile causa . . . decisa dal tribunal d'appello di Montpellier, . . . così fece osservare quanto diverso fosse quel caso . . .*» Exemplarisch sind in dieser Hinsicht, noch am Ende des Jahrhunderts, die Ausführungen von *App. Venezia*, 7. 3. 1899, in *Il Foro italiano*, 1899, I, col. 670.

⁹⁰ Cf. *Landgericht Köln*, 27. 5. 1834, in: *Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht der Königl. Preuß. Rheinprovinzen*, Bd. 23, I, p. 108—109.

⁹¹ Cf. die Ausführungen des Generalstaatsanwaltes in *Corte di Giustizia di Napoli*, 14. 12. 1826, in: *Giurisprudenza civile*, II, p. 553 ss., insbesondere p. 555 ss.

giurisprudenza di cassazione di Francia . . .»; «La giurisprudenza francese» — führte einige Jahre später das Tribunale di prima istanza zu Parma aus⁹² — «è certa e costante su questo punto . . . che se così si giudicava sotto il cessato codice, perchè lo stesso non dovressi giudicare sotto il codice attuale? . . .» Soweit einige Zitate. Beliebig viele weitere Beispiele ließen sich auch aus der Spruchpraxis der damaligen piemontesischen und neapolitanischen Gerichte nennen⁹³. Dasselbe gilt für die niederländische Judikatur; ich darf hier auf die Untersuchung von Van Dievoet verweisen⁹⁴.

Auf welcher Legitimationsgrundlage beruhte in diesen Fällen die Autorität der französischen Spruchpraxis? Da in diesen Ländern die Vorschriften des Code civil an sich nicht unmittelbar galten, brauchte man nicht mehr der französischen Judikatur die Funktion einer authentischen Auslegung der geltenden Gesetzgebung zuzuerkennen. Ihr wurde vielmehr eine allgemeinere Autorität eingeräumt, die auf dem Bewußtsein beruhte, daß das französische Recht zum Teil die übernationale verbindende Funktion übernommen hatte, die einst das römische gemeine Recht für die europäische

⁹² Cf. Tribunale di prima istanza (Parma), 17. 12. 1832, abgedruckt in: MELEGARI, Decisioni . . ., ²1853, Bd. IV, p. 333 ss. Cf. ferner MELEGARI, Decisioni . . ., ²1853, I, p. 218: «. . . mi limiterò solamente a riferire l'oracolo della Corte Suprema di Francia, la cui voce autorevole ammanserà anche i più accaniti protettori del sistema ipotecario . . .»

⁹³ Cf. aus der Judikatur der damaligen italienischen präunitarischen Staaten, Trib. Signaturae Justitiae (Roma), 26. 11. 1840, Romana circumscriptionis et restitutionis in integrum, coram Grossi, in: *Giornale del Foro*, 1841, I, p. 68 ss., insbesondere p. 71; Tribunale commerciale di Bologna, 26. 3. 1844, in: *Giornale forense ossia raccolta delle decisioni . . .*, compilato da Gaetano Bruschi, 1 (1847), p. 52; Tribunale commerciale di Bologna, 22. 3. 1855, in: *L'Irnerio. Giornale di legislazione e di giurisprudenza*, 1 (1855), p. 253 ss.; Suprema Corte di Giustizia di Napoli, 8. 8. 1826, in: *Giurisprudenza civile*, II, p. 479—480; Cass. Napoli, 4. 12. 1866, in: *Annali della giurisprudenza italiana*, 1866—1867, I, p. 250—251; Cass. Milano, 23. 8. 1860, in: *Giurisprudenza italiana*, 1860, I, 1, col. 525 ss. So konnte Mittermaier (in: *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique* 5 [1838], p. 885) anmerken «. . . à défaut d'ouvrages nationaux, les légistes (italiens) ne sauraient mieux faire que de recourir à la jurisprudence de la France, qui est toujours en voie de progrès . . .» Exemplarisch sind z. B. die Ausführungen von MAGLIANO/CARRILLO, *Comentarj sulla prima parte del Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, relativa alle leggi civili, Napoli 1819, Bd. I, p. 15: «. . . abbiamo procurato di far cessare il bisogno de' libri oltramontani, ritraendo da medesimi quanto potea trovarvisi di meglio, o per dritto stabilito con giudicati. . .», und von TORELLI, *Lezioni di diritto secondo l'ordine del codice per lo regno delle Due Sicilie*, Napoli 1834, p. CLXIII: «. . . è util cosa il volgere . . . lo sguardo alle raccolte degli arresti e delle decisioni delle corti di Francia per meglio entrare nello spirito della legge . . .»

⁹⁴ Cf. VAN DIEVOET, *Le droit civil* [N. 29], p. 404—405. Aus der Judikatur, cf. z. B. Arrondissement-Regtbank te Amsterdam, 12. 5. 1881, in: *Nieuw Magazijn van handels-regt*, 1882, II, p. 13 ss., insbesondere p. 18. Umfangreiche Nachweise bei VAN KUYK, *Historische wetsuitlegging*, in: TRG 2 (1920—1921), pp. 1 ss., insbesondere p. 7—9; 27—28.

Rechtswissenschaft ausgeübt hatte. Die Spruchpraxis der Cour de cassation schien dabei die Autorität zu übernehmen, die während des Ancien Régime die Judikatur einiger „europäischer“ Gerichtshöfe in der Wissenschaft des römischen gemeinen Rechts ausgeübt hatte⁹⁵. «Che bisogno c'era di premettere alle decisioni romane . . . la giurisprudenza francese?» — fragte im Vorwort seiner Entscheidungssammlung Tranquilli⁹⁶ — «molto bisogno rispondo, . . . la giurisprudenza che ha interpretata la legislazione francese, può servire di norma all'interpretazione della legge romana nel modo stesso, con cui si fanno cuore e pregio i nostri Giureconsulti . . . di allegare la giurisprudenza straniera colle decisioni Napolitane, . . . Lusitane, Catalane, Belgiche, ed altre moltissime . . .». In diesen Worten wird an die Interkommunikabilität der alten europäischen Rechtswissenschaft angeknüpft; an die Stelle der gemeinrechtlichen Autoritäten allerdings ist nun die neuere französische Rechtspraxis getreten. Diesen Wandel brachte am deutlichsten Mantelli im Vorwort zu seiner Sammlung von französischen Urteilen zum Ausdruck⁹⁷: «Nè scema il valore di un giudicato» — schrieb er — «. . . la circostanza di essere straniero . . . Allorquando il dritto Romano formava la legge comune della maggior parte d'Europa, le decisioni dei Magistrati stranieri, se non sempre valevano di autorità, generalmente servivano di guida o schiarimento . . . ciò che allora operavano i giudicati stranieri intorno a controversie di dritto comune, avviene di presente di quelli emanati sulle disposizioni di alcuni Codici, che può dirsi formare in ora la

⁹⁵ Cf. z. B. die Ausführungen der Rota Romana, *Centumcellarum pecuniaria iure commerciali, coram Bonini*, in: *Giornale del Foro*, 1845, II, p. 65 ss., insbesondere p. 70: «. . . qualunque però si fosse la natura di tale contratto, bastare che esso trasmetta il dominio della provvista, e, che lo trasmetta, oggi non essere più controverso: stato di giurisprudenza forense, che viene asserito dal sig. Nougier scrittore recente in materia cambiaria, e che dice la dottrina favorevole al portatore in Francia oramai esser transatta, il commercio essere regolato dagli usi, e le leggi degli altri popoli: leggi che in tale materia si devono osservare anche da noi, attesa la reciprocità degli interessi che hanno mai sempre formato il legame della società . . .»

⁹⁶ So TRANQUILLI, *Dei privilegi e delle ipoteche* [N. 44], aus dem Vorwort.

⁹⁷ So MANTELLI, *Giurisprudenza del codice civile* [N. 34], Bd. I, Piano e motivi dell'opera; cf. ferner die Ausführungen in *Eco dei Tribunali. Sezione seconda. Giornale di giurisprudenza civile*, 1 (1851), Introduzione, p. 2: «. . . Niuno ignora l'importanza dello studio delle legislazioni comparate, e sarebbe commettere grave mancanza il non dare a questa scienza la sua giusta parte. Quindi il Giornale si occuperà della stessa tanto sotto il punto teorico che sotto quello pratico, riportando processi civili, agitati presso altre nazioni, quando la loro natura ed il modo, con cui vengono trattati, possano riversar luce, e produrre una qualche utilità nella nostra giurisprudenza. Fortunatamente la giurisprudenza non è più condannata a vivere isolata.»

legge di molte parti d'Europa, e quelli in specie dei Magistrati Francesi fanno autorità nel foro.»

3. Eine derartige „europäische“ Autorität wurde der französischen Judikatur auch in Ländern zuerkannt, in denen die Gerichte noch das römisch-gemeine Recht und die alte Gesetzgebung aus dem Ancien Régime anzuwenden hatten. In diesen Fällen übernahm die französische Rechtspraxis die Funktion einer Art „subsidiärer Rechtsquelle“; dabei erfolgte ihr Einfluß statt als „Pertinenz“ zu den rezipierten Gesetzbüchern umgekehrt zum Teil als Wegbereiter einer Übernahme der französischen Lösungen in die jeweilige nationale Gesetzgebung.

a) Besonders deutlich zeigt sich ein solcher Einfluß der französischen Spruchpraxis in der portugiesischen Rechtsentwicklung während der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts⁹⁸. Die Entstehung des modernen portugiesischen Rechts ist bekanntlich das Ergebnis einer langsamen Entwicklung, die Mitte des 18. Jahrhunderts einsetzte. Die Ordenações Filipinas bildeten zu der damaligen Zeit die wichtigste und ranghöchste Rechtsquelle; diese Kompilation der alten portugiesischen Gesetzgebung war aber in Wirklichkeit veraltet, voll von Widersprüchen und Unklarheiten. Daraus ergab sich für die damalige portugiesische Rechtspraxis die Notwendigkeit, in großem Umfang auf die Wissenschaft des römisch-gemeinen Rechts zurückzugreifen, um die nationalen Rechtsquellen ergänzen zu können. Eine grundlegende Wende erfuhr dieses System durch das berühmte Lei da Boa Razão vom 18. August 1769⁹⁹; einige Stichworte mögen hier genügen, um den Inhalt dieses für die Rechtsreformen der Aufklärung typischen Gesetzgebungswerks kurz zu skizzieren: Um die Rechtsunsicherheit, die mit der Heranziehung der gemein-

⁹⁸ Dazu grundlegend cf. BRAGA DA CRUZ, La formation du droit civil portugais moderne et le Code Napoléon, in: Bulletin des Etudes Portugaises. Nouvelle Série 30 (1969), p. 119—137, und in: Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, 11 (1963), p. 219—236; derselbe, O direito subsidiário na história do direito português, Coimbra 1975 [Separata da Revista Portuguesa de História Tomo XIV, Homenagem ao Prof. Paulo Merêa]. Cf. ferner BARBOSA DE MAGALHAES: Le code civil et son influence en Europe. Portugal, in: Association Henri Capitant pour la culture juridique française. Travaux de la semaine internationale de droit Paris 1950. L'influence du code civil dans le monde, Paris 1954, p. 632—663.

⁹⁹ Cf. Carta de Lei para se julgar pela Ordenação do Reino, e Leis Patrias (18 de Agosto), genannt auch Lei da Boa Razão, abgedruckt in: Collecção das Leys, Decretos, e Alvarás, que comprehende o feliz reinado del rey fidelissimo D. Jozeo I. nosso senhor desde o anno de 1766 até o de 1772. Tomo III (Lisboa, na Officina de Miguel Rodrigues, 1770) (sic); abgedruckt auch bei: TELLES, José Homem Corrêa: Commentario critico à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769 por . . ., Lisboa: na tipografia de N. P. de Lacerda anno de 1824.

rechtlichen Praxis verbunden war, zu beenden, wurde es grundsätzlich verboten, auf die Autoritäten der gemeinrechtlichen *communis opinio doctorum* zurückzugreifen; der Rückgriff auf das römisch-gemeine Recht als subsidiäre Rechtsquelle wurde erheblich eingeschränkt und nur für die römisch-rechtliche Regel erlaubt, die der naturrechtlichen Vernunft (*boa razão*) entsprachen; im Handels- und Seerecht wurde sogar statt auf das römische Recht als subsidiäre Rechtsquelle auf die Gesetze der zivilisierten Nationen als Ausdruck der naturrechtlichen *recta ratio* verwiesen. Durch eine Reform der Universitätsstatuten von Coimbra drei Jahre später fand diese Umwälzung der Rechtsquellenlehre ihren Niederschlag auch in dem Inhalt des juristischen Unterrichts.

Die gesetzliche Verweisung auf die *boa razão* wurde zunächst im Geiste der naturrechtlichen Inspiration dieser Reform verstanden. Eine Durchsicht der portugiesischen Rechtsliteratur vom Ausgang des 18. Jahrhunderts, der Werke z. B. von Lobão, zeigt, wie durch den Rückgriff auf die *boa razão* als subsidiäre Rechtsquelle die Lehren des damaligen systematischen Vernunftrechts Eingang in die portugiesische Rechtspraxis fanden¹⁰⁰. Einige Jahrzehnte später allerdings sah man die *boa razão* nicht mehr im Naturrecht, sondern in den Bestimmungen der modernen Kodifikationen, insbesondere der napoleonischen, konkretisiert. Eine Durchsicht der Werke von Correã Telles, Manuel de Almeida e Sousa und anderen Juristen aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zeigt, wie die Reform von 1769 in einem wirkungsträchtigen Funktionswandel die gesetzliche Legitimationsgrundlage bot, um auf das französische Recht als subsidiäre Rechtsquelle zurückzugreifen¹⁰¹. «*Nas materias de puro direito civil*» — schrieb in seinem Dicionario

¹⁰⁰ Dazu ausführlich BRAGA DA CRUZ, O direito subsidiário [N. 98], p. 302 ss., mit weiteren Nachweisen.

¹⁰¹ Cf. z. B. PINTO, Tratado regular e pratico de testamentos, e successões ou compendio methodico das principaes regras, e principios que se podem deduzir das leis testamentarias tanto patrias como subsidiarias, illustrados e aclarados com as competentes notas, Lisboa 1820, Advertencia sobre a 2ª Edição, p. IX; TEIXEIRA, Antonio Ribeiro de Liz: Curso de direito civil portuguez ou commentario ás Instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito, Parte primeira, Coimbra 1856, Prefazione, p. 28; CORRÊA TELLES, Digesto portuguez ou Tratado dos direitos e obrigações civis, accomodato as leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil, segunda edição, Coimbra 1840, I, Vorwort, p. 4—5; BORGES, Instituições de direito cambial portuguez com referencias às Leis, Ordenações, e Costumes das principaes praças da Europa acerca de Letras de cambio, Londres 1825, Prefacio p. 2—3; derselbe, Jurisprudencia do contracto mercantil, de Sociedade segundo a legislação, e arestos dos codigos e tribunaes das nações mais cultas da Europa, Londres (Bingham, Mount Street), 1830. Für weitere Nachweise cf. zuletzt BRAGA DA CRUZ, O direito subsidiário [N. 98], p. 311.

José Ferreira Borges¹⁰² — «e em falta de lei patria expressa preferimos as determinações do Codigo civil de França, a mais sabia e precisa collecção de direito civil, . . . que podia ser . . . o Codigo geral das nações . . . e nas discussões de jurisprudencia em geral tivemos o mais das vezes recurso ao Repertorio, e Collecção de questões de Merlin . . .»

Es ließen sich hier beliebig viele Beispiele anführen, wie das französische Recht — vermittelt durch die Repertoires von Merlin, Sirey und Dalloz — in jenen Jahren eine immer breitere Aufnahme in die portugiesische Rechtspraxis fand¹⁰³. So wurden alte Prinzipien des portugiesischen *jus patrium*, wie etwa der Satz „*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*“, in Anlehnung an das französische Recht endgültig verworfen¹⁰⁴; umgekehrt wurden neue Regelungen, die der Code civil im Gegensatz zu dem römisch-gemeinen Recht eingeführt hatte, wie etwa das Prinzip der Nichtigkeit eines Kaufvertrages über eine fremde Sache, einfach übernommen¹⁰⁵. Im einzelnen brauche ich auf diesen Assimilationsprozeß der französischen Rechtspraxis hier nicht einzugehen; Braga da Cruz hat diesen

¹⁰² So BORGES, *Diccionario Juridico-Commercial*, Lisboa 1839, Prefacio, p. IV—V; ähnlich sind die Ausführungen von COELHO DA ROCHA: *Instituições de direito civil portuquez*, Coimbra 1867, Bd. I, p. VI—VII, die eine endgültige theoretische Begründung für die praktische Rezeption der französischen Rechtspraxis bieten.

¹⁰³ Cf., um nur ein Beispiel anzuführen, CARNEIRO, *Direitos dos filhos illegitimos nas principaes nações da Europa e principalmente em Portugal* . . . , Coimbra 1867, p. 137; über die Frage der *legitimatío per subsequens matrimonium* wird ausgeführt: «. . . Nem obsta o argumento que contra a nossa opinião se quizesse deduzir dos artt. 201 e 202 do cod. civ. franc.; porque, não só não somos obrigados neste caso a recorrer a elle, regulando esta materia por direito canonico; mas tambem o argumento seria pouco seguro, visto que a intelligencia d'aquelles artigos não está fixada nem pelos commentadores, nem pelas decisões dos tribunaes; e mesmo porque em França só se legitimam por subsequente matrimonio os filhos naturaes. . .» Aus der damaligen Judikatur, cf. z. B. *Relação do Porto*, 13. 11. 1868, in: *Revista de legislação e de jurisprudencia* 1868, p. 505 ss.; *Relação do Porto*, 30. 7. 1851, 1^a Tenção, abgedruckt in: CARNEIRO, *Direitos dos filhos illegitimos*, p. 83; die Entscheidung vom 15. 7. 1865, abgedruckt in *Jornal de Jurisprudencia* 1 (1865), p. 441.

¹⁰⁴ Cf. dazu z. B. PINTO, *Tratado* [N. 101], p. 92—93; CORRÊA TELLES, *Digesto portuquez* [N. 101], Bd. III, p. 248—249; ROCHA, *Instituições* [N. 102], Bd. II, p. 546—548; CORRÊA TELLES, *Commentario critico* [N. 99], p. 38—39, sub § 9 des Gesetzes.

¹⁰⁵ Cf. dazu BORGES, *Diccionario Juridico-commercial* [N. 102], p. 111 sub „*Compra-venta*“; über die gesamte Problematik cf. zuletzt CABRAL, *Venda de coisa alheia*, in: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra, Suplemento XII*, Coimbra 1960, p. 1—173, insbesondere p. 80—82. In ähnlicher Form wurde auch das Konsensualprinzip bei der Eigentumsübertragung rezipiert; cf. darüber CORRÊA TELLES, *Digesto portuquez* [N. 101], Bd. III, p. 63—64; ROCHA, *Instituições* [N. 102], Bd. II, p. 324—326.

Rezeptionsvorgang unlängst in hervorragender Weise dargestellt¹⁰⁶. Hier sei nur das Ergebnis dieser Entwicklung festgehalten: Als 1833 der *Código commercial* und 1867 der *Código civil* in Portugal erlassen wurden, brachten sie keine Rechtserneuerung, sondern kodifizierten nunmehr eine in der Praxis bereits stattgefundene Rezeption des französischen Rechts.

Ein fast identischer Vorgang läßt sich auch in der rumänischen Rechtsentwicklung beobachten. Bekanntlich wurde 1817 in Rumänien der *Code Callimaque* erlassen, eine Gesetzeskompilation in Anlehnung an das österreichische ABGB¹⁰⁷. Bei der Auslegung und Anwendung dieser Gesetzgebung war es allerdings nicht die österreichische, sondern die französische Rechtspraxis, welche die Modelle lieferte. So griff bereits Flechtenmacher — wie Radulescu in seinen Archivuntersuchungen gezeigt hat¹⁰⁸ — auf die Autorität der französischen Judikatur zurück¹⁰⁹; in den darauffolgenden Jahren wurde dem französischen Recht, vermittelt durch die bekannten *Repertoires*, eine immer breitere Autorität eingeräumt, so daß, als 1867 ein Zivilgesetzbuch in Anlehnung an den *Code civil* erlassen wurde, der Boden für seine Aufnahme schon vorbereitet war¹¹⁰.

¹⁰⁶ Cf. BRAGA DA CRUZ, *La formation du droit civil portugais* [N. 98], p. 131, allerdings ohne Quellennachweise.

¹⁰⁷ Cf. dazu allgemein ZAMFIRESCU, *Les origines du droit privé roumain*, Paris 1923; zuletzt cf. GEORGESCU, *Le droit romain de Justinien dans les principautés danubiennes au XVIII^e siècle. III. Le rôle de l'Hexabible d'Harménopule*, in: *Studii clasice (Societatea de studii clasice din Republica socialista Romania)* 13 (1971), p. 207 ss.; insbesondere p. 230, über die Tätigkeit von Flechtenmacher.

¹⁰⁸ Cf. RADULESCU, *L'influence française sur le droit roumain jusqu'en 1864*, in: *Académie Roumaine. Bulletin de la Section Historique* 27 (1946) (Bucarest 1946), p. 18 ss.

¹⁰⁹ Cf. dazu GEORGESCU/SACHELARIÉ, *Les contacts entre le droit moldave et le droit autrichien au début du XIX^e siècle*, in: *Festschrift für Ernst Carl Hellbling zum 70. Geburtstag* (ed. Hans Lentze und Peter Putzer), Salzburg 1971, p. 159—163, insbesondere p. 161, n. 5; GEORGESCU, *Revue roumaine de sciences sociales. Série de sciences juridiques* 10 (1966), p. 303, n. 8.

¹¹⁰ Cf. dazu DISSESCU, *L'influence du Code civil français en Roumanie*, in: *Le Code civil. 1804—1904. Livre du Centenaire II*, Paris 1904, p. 847 ss.; RADULESCU, *L'influence belge sur le droit roumain. Communication faite en séance publique de l'Académie roumaine le 13 février 1932*, in: *Journal des Tribunaux*, nr. 3289 du 15 mai 1932, erschienen auch als *Influenta belgiana asupra Dreptului român*, in: *Acad. Rom. Mem. Sect. Istorice. Serie III, tomo XII*; RADULESCU, *Influenta italiana asupra dreptului român*, in: *Academia Romana. Memoriile Sectiunii Istorice. Serie III, tomo XXII, mem. 27* (Bucarest 1940); VENIAMIN, *La méthode depuis le code civil de 1804 au point de vue de l'interprétation judiciaire. Roumanie*, in: *Association Henri Capitant pour la culture juridique française. Travaux de la semaine internationale de droit Paris 1950. L'influence du code civil dans le monde* (Paris 1954), p. 476—499; CONSTANTINESCU, *Le code civil français et son influence en Europe. Roumanie*, in: *Association Henri Capitant pour la culture juridique*

b) Außerhalb Portugals und Rumäniens läßt sich eine derartig massierte Berücksichtigung der französischen Rechtspraxis als eine Art subsidiäre Rechtsquelle zur Ergänzung der alten nationalen Gesetzgebung nicht nachweisen. Allerdings sind zum Teil Ansätze zu einer vergleichbaren Tendenz auch in anderen Ländern nicht unbekannt. Dies gilt insbesondere für die Lösung bestimmter handelsrechtlicher Rechtsprobleme, wo systematisch auf die Ergebnisse der französischen Spruchpraxis zurückgegriffen wurde, auch in Ländern, wo der Code de commerce nicht rezipiert worden war. Eine Durchsicht der deutschen handelsrechtlichen Literatur aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zeigt z. B., daß bestimmte Fragen bei der Fortbildung des Versicherungsrechts in den deutschen Staaten in der Zeit vor dem AHGB, wie etwa das Problem der Modalitäten der Prämienzahlung, fast ausschließlich anhand der Ergebnisse der französischen Judikatur behandelt wurden¹¹¹. Noch im Jahre 1887 setzte sich ein Urteil des Reichsgerichts zu dieser Materie mit dem Standpunkt der französischen Rechtsprechung auseinander¹¹². Ähnlich entwickelte der dänische Jurist Ørstedt in seinem „Handbog over den danske og norske Lovkyndighed“ weite Teile des dänischen Gesellschaftsrechts anhand von französischen Urteilen¹¹³.

Nicht immer findet man Beispiele für eine derartig systematische Berücksichtigung der Spruchpraxis der französischen Gerichte. Ich habe allerdings bei der Durchsicht der damaligen Entscheidungssammlungen eine ganze Reihe von symptomatischen Fällen gefunden, in denen das Gericht oder die Parteien, obwohl das alte Recht noch galt, auf die Autorität der französischen Judikatur zurückgriffen. So argumentierte z. B. der Senat von Pie-

française. Travaux de la semaine internationale de droit. Paris 1950. L'influence du code civil dans le monde (Paris 1954), p. 664—688, insbesondere p. 680 ss.

¹¹¹ Cf. z. B. MALS, Studien über Versicherungsrecht, insbesondere über Feuer- und Lebensversicherung, in: Zeit. für gesam. Handelsrecht, 6 (1863), pp. 361 ss; LEWIS, Lehrbuch des Versicherungsrechts, Stuttgart 1889, p. 186—187; EHRlich, Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893 [Nachdruck, Aalen 1970], p. 84 ss. Aus der damaligen Judikatur, cf. Oberappellationsgericht zu Nürnberg, 30. 10. 1867, in: Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts, herausgeg. von Busch, Bd. 15, p. 149; Oberappellationsgericht zu Nürnberg, 4. 2. 1870, ebendort, Bd. 24, p. 370 ss., insbesondere p. 373.

¹¹² Cf. Reichsgericht, 26. 11. 1887, in: RGZ 22, p. 51 ss., insbesondere p. 55—56.

¹¹³ Cf. ØRSTEDT, Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, Kjsbenhavn 1822—1835, insbesondere Band I, p. 466—468, wo eine theoretische Begründung geliefert wird, über die Frage ob zulässig sei, ausländisches Recht als Autorität heranzuziehen; Bd. VII, p. 672—647, wo französische Judikatur und Doktrin zum Gesellschaftsrecht herangezogen wird.

mont in einem Urteil von 1824¹¹⁴: «... neppur si vuole tralasciar d'osservare, che la massima testè enunciata ... fu ed è ricevuta pur anche dalla giurisprudenza francese, ed inviolabilmente osservata ...»; hierzu ließen sich unzählige weitere Beispiele aus der damaligen italienischen Judikatur anführen¹¹⁵. Diese Tendenz wird dadurch bestätigt, daß manchmal Gerichte, die das römische gemeine Recht noch anzuwenden hatten, sich mit Präjudizien auseinandersetzen mußten, die eine Partei aus der französischen Spruchpraxis als einer Art subsidiärer Rechtsquelle herangezogen hatte. So mußte das römische Tribunale dell'Auditore di Camera 1846 eine Partei ausdrücklich belehren¹¹⁶: «... non essere di ostacolo le francesi decisioni allegate in contrario; giacchè i francesi hanno un articolo 1132 cod. civ. ... derogatorio delle antiche loro costumanze, le quali diceano in antico quello che dice il diritto romano.» Ähnlich mußte 1866 das Kassationsgericht zu Florenz in einem Fall, in dem noch das römisch-gemeine Recht anzuwenden war, daran erinnern: «Che non varrebbe il raffronto colla francese giurisprudenza, giacchè basata questa sul diverso principio stabilito col disposto dell'art. 1384 del codice napoleonico¹¹⁷ ...»

IV. Die Emanzipation der nationalen Judikatur von den französischen Modellen

Die französische Judikatur stellte also während der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts für weite Teile der kontinentaleuropäischen Rechtswissenschaft eine führende überationale Autorität dar. Es drängt sich nun zum Schluß die Frage auf, wie die Spruchpraxis in den einzelnen Ländern sich von diesem Modell emanzipiert und zu einer nationalen Judikatur entwickelt hat. Ich muß mich hier auf einige Ansätze zur Beantwortung dieser Frage beschränken:

¹¹⁴ Cf. Senato del Piemonte, 1. 6. 1824, in: ARRÒ, Giurisprudenza forense [N. 42], Bd. VII, p. 265 ss., insbesondere p. 298.

¹¹⁵ Cf. z. B. Supremo Consiglio di Giustizia di Modena, 13. 5. 1828, in: Collezione delle massime di diritto [N. 71], Bd. III, p. 51 ss., insbesondere p. 53, wo ausgeführt wird: «... tale massima è accolta dai più dotti interpreti e commentatori e dai tribunali ... la medesima è sanzionata dalla Corte di Cassazione di Parigi ...»

¹¹⁶ Cf. Congregazione civile dell'Auditore di Camera, 21. 9. 1846 (Fumaroli c. Biancani), in: Giornale del Foro (1846—1847), II, p. 17—22.

¹¹⁷ Cf. Cass. Firenze, 21. 5. 1866, in: Annali della giurisprudenza italiana, 1866—1867, I, p. 8.

1. Ein deutlicher Beweis für die zunehmende Emanzipation der nationalen Judikatur in den jeweiligen Ländern ist aus dem Umstand zu entnehmen, daß die damaligen Zeitschriften statt französischer Urteile in immer breiterem Umfang die eigene nationale Spruchpraxis veröffentlichten. Dies läßt sich besonders gut anhand der italienischen Rechtsprechungssammlungen zeigen. Ich habe bereits oben erwähnt, daß sie zunächst überwiegend auf französischem Material aufbauten. Seit den vierziger Jahren setzte allerdings die Tendenz ein, neben den französischen Urteilen eine immer größere Anzahl von Urteilen italienischer Gerichtshöfe abzudrucken. Eine Durchsicht der damaligen Sammlungen — wie etwa der *Giornale del Foro*, die *Gazzetta dei Giuristi*, die *Temi* und viele andere — zeigt, daß man unterschiedslos Judikatur aus den verschiedenen italienischen Staaten abdruckte. Die Rezeption der französischen Gesetzgebung in fast ganz Italien bot die vordergründige Erklärung für dieses Interesse an der Judikatur aus den anderen italienischen Staaten; mitentscheidend war aber zugleich das wachsende Bewußtsein, daß eine gemeinsame nationale italienische Judikatur anzustreben sei¹¹⁸. Es ist in dieser Hinsicht bezeichnend, wie die Herausgeber der „*Giurisprudenza degli stati sardi*“ 1848 die neue Zeitschrift vorstellten¹¹⁹: «si odono citare innanzi i tribunali le decisioni di Francia, quasi che un popolo italiano dovesse essere ligio anche in questo a quella nazione oltremontana, e ciò segue perchè non si conoscono le decisioni nostre; ora è tempo di cancellare quest'onta . . . [noi] crediamo di far opera nazionale nel mettere le basi di una giurisprudenza italiana . . .» Ähnlich schrieb ein Rezensent zu der Florentiner Zeitschrift „*Temi*“¹²⁰: «Le but éminentement

¹¹⁸ Exemplarisch sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen im Vorwort der Entscheidungssammlung *Cause italiane civili, criminali e commerciali dal 1800 fino ai giorni nostri avanti i primi Tribunali, Pistoia, 1 (1843)*: «... è divisamento nostro raccogliere le decisioni . . . di tutti i primari tribunali d'Italia, sebbene governate le varie nazioni che abitano in questa penisola, da varii codici, poichè tutte le legislazioni, se si prescindano dall'espressione, e si eccettua la parte direttiva ed arbitraria, son tutte basate sugli stessi principi che emanano dalla natura.»

¹¹⁹ 1. (1848) aus dem Vorwort.

¹²⁰ So BONNEVILLE, *Revue critique de législation et de jurisprudence* 6 (1855), p. 467 ss., insbesondere p. 468—469. Cf. ferner *Estratto di decisioni dei tribunali italiani*, in: *La Temi. Giornale di legislazione e di giurisprudenza* 1 (1848—1849), p. 181, wo ausgeführt wird: «... Le corrispondenze . . . ci hanno condotti . . . a poter pubblicare, come ci eravamo prefisso, un estratto delle Decisioni di quasi tutti i Tribunali superiori della nostra penisola. Così potranno i nostri Collaboratori, ed Associati, formare studi comparativi, e soccorrere nello scopo cui fino dal principio mirammo, di ravvicinare e porre in armonia la giurisprudenza vigente nella patria comune, non tanto conforme, quanto lo esigerebbe il comodo e gli'interessi della Gente italiana.»

civilisateur de cette revue est de reconstituer dans . . . la science du droit, cette unité italienne vainement rêvée jusqu'à ce jour au point de vue national.» Die systematische Veröffentlichung von Judikatur aus anderen italienischen Staaten wurde in der Tat durch das Bestreben begleitet, aus einer „giurisprudenza italiana“ die Grundlage für ein italienisches jus patrium zu gewinnen. Eine wichtige Funktion erfüllten in diesem Rahmen bei einer Reihe von Zeitschriften Repertorien und regelmäßige Urteilsanmerkungen unter Einbeziehung der „giurisprudenza dei vari stati d'Italia“, so daß 1855 der Modeneser Anwalt Bosellini in der Kritischen Zeitschrift von Mittermaier mitteilen konnte: „die italiänischen Gerichte und Gelehrten [sammelten] durch Urtheile und Gutachten brauchbaren Stoff, aus welchem einst ein wahrhaft nationales Gesetzbuch geschaffen werden kann¹²¹ . . .“ Es war im Rahmen dieser Entwicklung natürlich, daß die Zeitschrift „Giurisprudenza degli stati sardi“ bereits 1859, noch vor der politischen Einheit Italiens, ihren Titel in „Giurisprudenza italiana“ änderte¹²².

Ähnliche Tendenzen lassen sich auch in anderen europäischen Ländern beobachten. In einem symptomatischen zeitlichen Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der jeweiligen nationalen Kodifikationen erscheinen in verschiedenen Ländern Entscheidungssammlungen, die zum ersten Mal regelmäßig die nationale Judikatur veröffentlichen. So erschienen z. B. 1839, ein Jahr nach dem Inkrafttreten des Burgerlijk wetboek, in den Niederlanden das „Weekblad van het regt“ und die „Nederlandsche Regtspraak“; ein Jahr später kam in Belgien die „Pasicrisie“ heraus. Ebenso entstanden ein Jahr nach Inkrafttreten des portugiesischen Codice civil von 1867 die beiden heute noch führenden juristischen Zeitschriften, die „Revista de Legislação et de jurisprudencia“ und „O Direito“. Zugleich wurde das Interesse für die

¹²¹ Cf. BOSELLINI, Ueber die Entwicklung der Gesetzgebung und der Rechtswissenschaft in Italien, in: Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, 27 (1855), p. 113 ss., insbesondere p. 147. Ähnlich die Ausführungen von CALGARINI, Raccolta di giudicati. Loro importanza nella scienza del diritto. Metodo da tenersi nel Giornale L'Irnerio, in: L'Irnerio. Giornale di legislazione e di giurisprudenza, 1 (1855), p. 29—32, insbesondere p. 30—31: «. . . Perciò la Giurisprudenza in Italia non potrebbe avere la sua Pasicrisie come in Francia? Si obbjetterà che con tante legislazioni diverse si corre rischio di aggirarsi in un labirinto; ma se è vero che gli studj comparativi servono a perfezionare il diritto dei singoli stati, una Raccolta universale dei giudicati Italici non può non condurre mirabilmente a questo scopo.»

¹²² Cf. GIURIATI, Vorwort im Jahrgang 1864. Ähnlich sind die Ausführungen von MANCINI, Vorwort im Jahrgang 1866—1867 der Annali della giurisprudenza italiana, p. XII, «. . . e tutto ciò, proponendo sempre a nostri studii un campo non municipale, come fecero nelle anteriori condizioni del paese altre raccolte e giornali, ma nazionale, ed ognora intenti alla difesa de' grandi principii di giustizia e di libertà . . .»

Veröffentlichung französischer Judikatur immer geringer. „Die Anlehnung an das Ausland ist immer ein beklagenswerther Zustand“, stellte Ende des Jahrhunderts Puchelt im Vorwort zu der „Zeitschrift für französisches Civilrecht“ fest¹²³. Es war kein Zufall, daß gerade in jenen Jahren in der Einleitung der „Pandectes belges“ Edmond Picard das Programm verkündete: «Lois, jurisprudence, doctrine, tout y est belge et rien que belge¹²⁴.»

2. Weit komplizierter ist die gestellte Frage, wenn man sie unter einem anderen Gesichtspunkt auffaßt, ob nämlich die Entwicklung einer nationalen Judikatur in den verschiedenen Ländern bei der Anwendung der aus Frankreich rezipierten Gesetzbücher zu unterschiedlichen Auslegungen geführt hat. In diesem Rahmen kann eine solche Frage natürlich nicht abschließend erörtert werden. Einige Ansätze mögen hier genügen. Unlängst hat Schumacher die Anwendung des rheinischen Rechts in der deutschen Gerichtspraxis im 19. Jahrhundert untersucht¹²⁵. Er hat sich dabei auf die Analyse einiger typischer Problemkreise beschränkt, wie etwa der Frage, inwieweit natürliche Verbindlichkeiten rechtlich wirksam seien, oder der Frage, ob ein Anspruch auf Schadenersatz wegen Verführung mit Art. 340 Code civil vereinbar sei. Es scheint, daß die deutschen Gerichte während der ersten Hälfte des Jahrhunderts in diesen Fragen dem Standpunkt der französischen Rechtsprechung gefolgt sind; erst später, in der zweiten Hälfte des Jahrhunderts, verließ die deutsche Spruchpraxis mehr und mehr die von der französischen Cour de cassation vertretenen Auffassungen. Dies scheint insbesondere bei der Judikatur des zweiten Senats des Reichsgerichts der Fall gewesen zu sein. So folgte das Reichsgericht der französischen Cour de cassation bei vielen Rechtsfortbildungen nicht, so z. B. nicht bei der Heranziehung der Generalklausel von Art. 1182 Code civil im Wettbewerbsrecht. Schumacher führt die unterschiedliche Entwicklung auf die verschiedene Technik der französischen und der deutschen Gerichte zurück¹²⁶; der französischen Technik, die mit begrifflichen Mitteln arbeitet, stünde die rheinische gegenüber, die sich eng an die gemeinrechtliche Auslegungsmethode anschließt. Kennzeichen der rheinischen Methode sei, daß sie nicht am Wortlaut der einzelnen Bestimmung des Code civil haftet, sondern jeden Artikel in einen größeren Zusammenhang zu stellen und von dorthier zu verstehen

¹²³ So PUCHELT, Zeitschrift für französisches Civilrecht, 1(1869), Vorwort.

¹²⁴ So PICARD, Einleitung der Les Pandectes belges. Répertoire général de législation, de doctrine et de jurisprudence belges, Bruxelles, 1 (1878).

¹²⁵ SCHUMACHER, Das Rheinische Recht [N. 39], p. 44 ss.

¹²⁶ Cf. SCHUMACHER, Das Rheinische Recht [N. 39], p. 152 ss.

versucht. Ich möchte hier keine Antwort auf eine solche Frage wagen. In jedem Falle handelt es sich um ein beachtenswertes Zeugnis der allmählichen Verselbständigung der nationalen Judikatur. Und dies gilt nicht nur für Deutschland. Es scheint mir in der Tat symptomatisch, daß ähnliche Tendenzen in jenen Jahren auch in anderen romanischen Ländern sich abzeichneten. So haben z. B. Meijers und Van Dievoet¹²⁷ die niederländische und die belgische Praxis unter diesem Gesichtspunkt untersucht und gezeigt, daß insbesondere in der zweiten Hälfte des Jahrhunderts auch dort die Gerichte in vielen Fällen der Auffassung der französischen Judikatur nicht mehr gefolgt sind. Es scheint mir kein Zufall zu sein, daß gerade in jenen Jahren die niederländische Rechtswissenschaft sich statt an französischen Modellen an neuen, insbesondere an der deutschen Pandektistik, orientiert¹²⁸. Auch in Italien läßt sich Ende des Jahrhunderts eine ähnliche Entwicklung feststellen; nicht zufällig veröffentlicht gerade in jenen Jahren eine italienische Zeitschrift, das *Archivio giuridico* von Filippo Serafini, zum ersten Mal in Italien nicht französische, sondern deutsche Judikatur zum römisch-gemeinen Recht¹²⁹.

¹²⁷ Cf. VAN DIEVOET, *Le droit civil* [N. 29], p. 372—436; grundlegend darüber und mit umfangreichen Nachweisen MEIJERS, *Uitlegging en toepassing in Nederland van aan den code civil ontleende wetsvoorschriften*, in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, Leiden 1954, I, p. 45—61.

¹²⁸ Cf. VAN DIEVOET, *Le droit civil* [N. 29], p. 527.

¹²⁹ Cf. SERAFINI, *Il diritto romano nella giurisprudenza*, in: *Archivio giuridico*, vol. 34 (1885), pp. 312 ss. «... Con questo fascicolo inauguriamo una rubrica, della quale non può agli studiosi sfuggire l'importanza... Lo studio del diritto romano ha da mirare essenzialmente a dar base ad una seria scuola di diritto civile italiano. Non già, naturalmente, nel senso di restaurare il sistema positivo romano, ma per riannodare anzitutto il nostro diritto colle sue legittime tradizioni...»