

IUS COMMUNE

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

VII

Herausgegeben von
HELMUT COING
Direktor des Instituts



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main
1978

Das Wort Azunis paßt in doppelter Hinsicht nicht so recht in unser Geschichtsbild. Wenn es in der Vergangenheit eine Situation gab, die auf eine Art Rechtseinheit hintendierte, dann bekanntlich in der Form des rezipierten gemeinen, also römischen Rechts³. Ebenso geläufig ist jedoch, daß spätestens seit der Entstehung der absolutistischen Großstaaten, der Betonung ihrer nationalen oder territorialen Eigenständigkeit und dem Ausbau ihrer inneren Organisation das nationale Recht immer mehr an Boden gewinnt, eine Beobachtung, die man auch im Bereich des Handelsrechts machen kann⁴. Zweitens: Wenn es trotzdem eine Tendenz gab, die die Ähnlichkeit der nationalen Rechte betonte oder sogar Angleichung anstrebte, müßte auch eine Art Rechtsvergleichung geleistet worden sein. Man steht heute jedoch noch auf dem Standpunkt, daß die Anfänge einer breiteren Vergleichung — und um eine solche müßte es sich handeln, hat das Wort Azunis repräsentative Bedeutung — erst im ersten Drittel des 19. Jh. anzusiedeln sind⁵.

Man muß sich also fragen, ob dieses Geschichtsbild zu korrigieren ist, ob es über Wegbereiter wie etwa John Selden oder Montesquieu hinaus⁶ auf dem engeren Gebiet des Handelsrechts konkrete Einheitsideen gab, ob diese in die Tat umgesetzt worden sind, und wenn ja, wie. Immerhin hat bereits die ältere Forschung von einer „Verallgemeinerung des Handelsrechts“ (Rehme) im 16. und 17. Jahrhundert sprechen können, die gerade nicht auf den Einfluß des römischen Rechts zurückzuführen sei⁷.

³ So mit prägnanten Beispielen H. COING, Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte für die Rechtsvergleichung, Rabels ZS 32 (1968), S. 1 ff., 4 ff.

⁴ H. COING, Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet, Ius commune I (1967), S. 1 ff. (19 ff.); F. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 18 FN 18, 206 f.; K. LUIG, Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert, Ius commune III (1970), S. 64 ff.; K. O. SCHERNER, Anfänge einer deutschen Handelsrechtswissenschaft im 18. Jahrhundert, ZHR 136 (1972), S. 465 ff. Der ältere Forschungsstand bei P. REHME, Geschichte des Handelsrechts, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts, hrsg. v. V. Ehrenberg, 1. Bd. Leipzig 1913, S. 28 ff. (178 ff.). Veraltet L. GOLDSCHMIDT, Handbuch des Handelsrechts, Band I 2. Aufl. Stuttgart 1875, S. 33 f.

⁵ Vgl. K. ZWIEGERT/H. KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, Bd. I, Tübingen 1971, S. 51 ff.; eingehender, wenngleich etwas veraltet W. HUG, The History of Comparative Law, Harvard Law Review XLV (1931—1932) p. 1027 ss. Instrukтив L. J. CONSTANTINESCO, Rechtsvergleichung Bd. I, Köln, Berlin, Bonn, München 1973, S. 73 ff. Die sog. Differentienliteratur hat mit der hier gemeinten Vergleichung *nationalen* Rechts nichts zu tun.

⁶ Zu Vereinheitlichungstendenzen außerhalb des gemeinen Rechts die Bemerkung H. COINGS in Ius commune I (1967) FN. 4), S. 21, vgl. auch H. COING, Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte für die Rechtsvereinheitlichung, S. 6. Zu Selden und Montesquieu vgl. CONSTANTINESCO a. a. O.

⁷ REHME, S. 205 ff. Anders wohl noch GOLDSCHMIDT, S. 33. P. RAISCH, Die Abgrenzung

Untersuchungen im letzten Jahrzehnt haben den Eindruck verstärkt, daß die Koexistenz der Rechtsordnungen im alten Europa als wesentlich komplexer und vor allem flexibler zu beurteilen ist als bisher angenommen. Mit anderen Worten: Der prinzipiell brauchbare Raster: hier römisch-gemeines Recht, dort die nationalen Rechte, die sich von ihm sozusagen emanzipieren, reicht nicht aus. Die lokalen und nationalen Rechte leben nicht nebeneinander her, sondern gleichzeitig mit ihrem Entstehen entwickeln sich Formen des Zusammenlebens. Hierbei ist erst in zweiter Linie an das Kollisionsrecht zu denken — ein solches gibt es bekanntlich schon seit eh und je⁸ — primär jedoch an die politische und geistige Auseinandersetzung mit fremdem Recht, die auch die Frage der Rechtseinheit aufwerfen kann.

Gerade das Recht der Kaufleute ist hier naturgemäß ein besonders dankbares Objekt. Der Fernkaufmann ist seit jeher derjenige gewesen, der am unmittelbarsten und härtesten mit fremden Rechten in Berührung kommt. Wenn es irgendwo ein Leben mit fremdem Recht gegeben hat, dann hier. Der Kaufmann lebte zwar prinzipiell nach dem Recht seiner Heimatstadt⁹, aber schon seit dem ausgehenden Mittelalter gibt es aus rein pragmatischen Gründen Vereinheitlichungsbestrebungen abseits vom römisch-gemeinen Recht, insbesondere im Seerecht, wo man von Rechtskreisen spricht: dem mediterranen des Consolado del mar, dem nordwesteuropäischen der Rôles d'Oleron und des Seerechts von Wisby, zu dem auch das hansische Seerecht gehört¹⁰. Vor diesem Hintergrund ist also für unser Thema zunächst zu fragen: Wie sieht diese Konfrontation der Handelsrechte in der Neuzeit aus? In welche Formen der Koexistenz mündet sie ein? Dies ist primär ein Problem der Gesetzgebung.

des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jh., Stuttgart 1962, S. 3 f., plziert die Wirkungen eines „einheitlichen Denkstils“ in Westeuropa auf das Handelsrecht in das 18./19. Jh.

⁸ Zur Geschichte des IPR vgl. die Übersichten bei G. KEGEL, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. München und Berlin 1975, S. 49 ff.; L. RAAPE/F. STURM, Internationales Privatrecht, Bd. I München 1977, S. 400 ff., beide mit weiterführenden Hinweisen.

⁹ Diese personale Anknüpfung ergibt sich aus dem Charakter des berufsständischen, an die örtliche Zunft oder Gilde gebundenen Rechts. Hierzu für die Neuzeit vgl. unten, Fußnote 20.

¹⁰ Hierzu zuletzt die Zusammenfassung von POHLMANN, Die Quellen des Handelsrechts, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, hrsg. v. H. Coing, Bd. I, München 1973, S. 801 ff., 805 ff.

II. Formen der Koexistenz in der neuzeitlichen europäischen Handelsgesetzgebung

Tatsächlich liefert eine Reihe neuzeitlicher Handelsgesetze, die in ihren Präambeln ausdrücklich auf ihr Verhältnis zu fremden Rechten eingehen, einen wichtigen Einblick in eine Art Typenkatalog der Koexistenz, der sich dem Betrachter angesichts der neuesten Forschungsergebnisse geradezu aufdrängt¹¹.

1. Typenkatalog

Die beiden ersten Typen gehen von der üblichen Lage *gegensätzlicher materieller Regelungen* aus. An ein und demselben Handelsplatz konkurrieren in bestimmten Fragen verschiedene fremde Lösungsmuster, etwa, weil mehrere Handelsvertretungen auswärtiger Plätze jeweils ihr Recht anbieten. Der örtliche Gesetzgeber steht vor der — oft rein handelspolitisch motivierten — Entscheidung, welche Lösung er auch für seine Kaufleute oder sein Territorium übernehmen soll. Oder: er will gegenüber dem Widerstand der einheimischen Kaufleute eine Regelung durchsetzen, für deren Rechtfertigung er sich auf fremdrechtliche Lösungen beruft. So rekurriert die Sensalenordnung von Basel auf dem Jahr 1699, in der dem Handelsmäkler Eigengeschäfte verboten werden, auf entsprechende Regelungen in Bologna, Amsterdam und Hamburg¹². Entscheidung für bestimmte auswärtige Lösungen unter weiteren finden wir im See-, Versicherungs- und Wechselrecht. Das Seerecht von Malta aus dem Jahr 1697 beruft sich auf das von Messina und Barcelona, die Novellierung des Seerechts von Rotterdam von 1635/1655 auf das ältere von Amsterdam. Im Promulgationsedikt des schwedischen Seerechts von 1667 wird einerseits auf das alte Seerecht von Wisby verwiesen, andererseits aber auf die Gesetze derjenigen Völker, mit denen Handel getrieben wird. Das Publikationsskript für die preußische Assekuranz- und Haverei-Ordnung von 1766 will sich an den Gebräuchen der Seehandel treibenden Völker orientieren, ohne Namen zu nennen. Tatsächlich lehnt es sich, wie ein systematischer und inhaltlicher Vergleich zeigt, eng an die Hamburger Asse-

¹¹ Die Gesetzgebung des europäischen Handelsrechts vom 16. bis Ende des 18. Jahrhunderts ist jetzt grundlegend neu behandelt worden von S. LAMMEL, Die Gesetzgebung des Handelsrechts, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte hrsg. v. H. Coing, Bd. II, 2 München 1976, S. 571 ff. Die im Text folgenden Ausführungen versuchen, die im Sinn unseres Themas notwendigen Folgerungen zu ziehen. Der ältere Kenntnisstand bei REHME, S. 202 ff., 206 ff.

¹² LAMMEL, S. 579.

kuranz- und Haverei-Ordnung von 1731 an. Ein Beispiel aus dem in Europa außerordentlich zersplitterten Wechselrecht: Im portugiesischen Alvara von 1672 wird in der Frage der Verlängerung von Zahlungsfristen für Wechsel der flandrische Wechselgebrauch akzeptiert¹³.

Die Konfrontation mit fremden Rechten kann aber auch dazu führen, daß man sich von ihnen *distanziert*. Dies wäre der zweite Typ. Zwei Beispiele: Die brandenburgische Wechselordnung von 1701 wie auch die niederösterreichische von 1717 werden ausdrücklich deshalb erlassen, weil dort sonst — mangels eines einheimischen Rechts auf diesem Gebiet — die differenzierten Ordnungen fremder Wechselplätze hätten herangezogen werden müssen, wodurch der Ausgang von Wechselstreitigkeiten sehr ungewiß war¹⁴.

Eine ganz andere Lage kennzeichnet den dritten Typ. Hier muß der Gesetzgeber nicht bei einem akuten oder chronischen Widerspruch unter fremden Normen eine Entscheidung treffen, sei es in Form eben einer auswählenden Assimilierung oder in Form einer generellen Distanzierung, sondern er sucht überhaupt eine *Vorlage für eine Entscheidung*. Dies war der Fall bei notwendigen Innovationen, wie etwa Verwaltungsreformen im gewerbspolitischen Bereich, Vereinfachungen und Modernisierungen im Zahlungsverkehr und der Buchungstechnik oder im allgemeinen Interesse erwünschte Rationalisierung von Risiken, also im Versicherungswesen. Das römische Recht bot in solchen Fällen meist keine Lösungen, man war also auf die vorhandenen tatsächlichen Muster angewiesen. Es ergaben sich so innerhalb Europas wahre Kettenreaktionen. Hier sind drei bedeutende Bereiche zu nennen. Der älteste ist der des Bankwesens. Der berühmte Banco San Giorgio in Genua diente dem Banco San Ambrogio in Mailand schon im Jahre 1593 bis in die gesellschaftsrechtliche Organisation hinein als Vorbild, die Wiener Girobank aus dem Jahr 1703 orientierte sich an Venedig, Amsterdam, Hamburg und Nürnberg, Stockholm 1656 an Amsterdam und Hamburg, der bayrische Banco de Giro 1748 an Venedig, Amsterdam, Hamburg, Nürnberg und Wien usw.¹⁵. Auch die Gesetzgebung zur Errichtung von Brandversicherungsanstalten im 18. Jh. nennt ausdrücklich auswärtige Muster¹⁶. Als letztes Beispiel ist hier die Übernahme von Behördenmustern zu nennen. Das Fundationsdiplom für das Königsberger Kommerzien-Kollegium von 1718, das sowohl Rechtsprechungsbefugnisse innehatte wie auch

¹³ LAMMEL, S. 579 f.

¹⁴ LAMMEL, S. 580.

¹⁵ LAMMEL, S. 581 f. Zur Bankgesetzgebung allgemein S. 617 ff., vgl. auch REHME, S. 206 f.

¹⁶ LAMMEL, S. 581. Zur Versicherungsgesetzgebung allgemein S. 608 f., 614 ff.

Aufgaben der Gewerbeförderung wahrgenommen hatte, berief sich auf das Beispiel großer Handelsstädte, u. a. Bern und Brüssel¹⁷.

Der Gesetzgeber befaßt sich aber noch auf eine vierte Art mit fremdem Handelsrecht. So soll in der 1759 gegründeten portugiesischen Handelsschule, der *Aula do Commercio*, ihren Unterrichtsstoff an der italienischen Handelsrechtsmethode ausrichten, die in ganz Europa Anerkennung gefunden habe¹⁸. Zu dem ebenfalls portugiesischen Verwaltungs- und Rechtsprechungsorgan, der 1788 errichteten *Junta do commercio* sollen die *Deputados* sich nicht nur über nationale, sondern auch fremde Gesetze und Gewohnheiten für Handel und Seefahrt informieren¹⁹.

2. Praktische, quellentheoretische und politische Gründe

Überblickt man diesen Typenkatalog der Auseinandersetzung mit fremdem Recht im legislativen Bereich, so sind nur die Ergebnisse erkennbar, nicht aber die Prozedur oder die Erwägungen der Gesetzgeber im einzelnen. Ist man sich jedoch bewußt, daß hier in der Regel Praktiker und Kaufleute am Werk waren²⁰, so kann man davon ausgehen, daß das Für oder Wider allein von praktischen Gesichtspunkten aus beurteilt worden ist, während theoretische Erwägungen, etwa die Konkordanz mit dem römischen Recht, wohl kaum eine Rolle gespielt haben dürften²¹.

Sich mit diesem praktischen und, wie der Blick auf die mittelalterlichen Verhältnisse gezeigt hat, schon immer irgendwie befriedigten Bedürfnis zu bescheiden, wäre aber zu einseitig. Man darf nicht übersehen, daß die Bezugnahme auf fremdes Recht immer wieder in den Präambeln auftaucht. Dies ist für das zeitgenössische Gesetzesverständnis nicht ohne Bedeutung und sagt deshalb auch etwas über die Vorstellungen der an der Handelsgesetzgebung beteiligten oder sie anwendenden Juristen aus. Das Gesetz ist nämlich auch noch weit bis in die Neuzeit hinein Urkunde, und Bestandteil dieser Urkunde ist auch die Begründung²². Bezugnahme auf fremdes Recht in der

¹⁷ LAMMEL, S. 581.

¹⁸ LAMMEL, S. 579.

¹⁹ LAMMEL, S. 581.

²⁰ Zu den verschiedenen, weit über die Möglichkeiten der Gegenwart hinausgehenden Formen der Mitwirkung des Handelsstandes bei der Handelsgesetzgebung in der Neuzeit jetzt ebenfalls LAMMEL, S. 583 ff.

²¹ So bereits REHME, S. 205 ff.

²² Vgl. hierzu IMMEL, Typologie der Gesetzgebung des Privatrechts und Prozeßrechts, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte,

Gesetzesbegründung will deshalb nicht bloße Hintergrundinformation sein, sondern vielmehr Angabe des Gesetzeszwecks und Auslegungsmaxime²³.

Kann man also immerhin von praktischen Motivationen einerseits und gesetzgebungs- sowie auslegungstechnischen Folgerungen andererseits ausgehen, so bleibt gleichwohl noch die Frage offen, wieviel an bewußter, vielleicht sogar methodischer Rechtsvergleichung in jenen Entscheidungen des Handelsgesetzgebers steckt. Bevor hier die jeweiligen Materialien (falls sie noch vorhanden sind) befragt werden, ist nur das Ergebnis sichtbar. Immerhin verfügen wir über zwei Anhaltspunkte. Einmal dürfte ganz allgemein von einem größeren Interesse für fremdes Recht ausgegangen werden als man es heute kennt — in der jüngsten Zeit mag sich hier einiges geändert haben —, zum andern gibt es zeitgenössische methodische Überlegungen allgemeiner Art.

Erst vor kurzem ist man darauf aufmerksam geworden, daß bereits seit dem 17. Jh. auch die Kenntnis fremder Rechte zu den Bildungsinhalten der Juristen gezählt werden²⁴. Das ist nicht nur enzyklopädistisch und insofern zeittypisch, sondern hat darüber hinaus einen handfesten praktischen Grund: Schon die Anwendung innerstaatlichen Rechts bedeutet, so paradox es klingt, die Konfrontation mit fremdem Recht. Die häufigen Wechsel der staatlichen Zugehörigkeiten einzelner Territorien haben meist die Rechtsordnung unberührt gelassen, so daß bei der Anwendung innerstaatlichen Rechts stets auf Gesetzgeber und Adressat zu achten war. Damit wurde der Blick zwangsläufig auf das Recht von Nachbarstaaten gelenkt, das u. U. eben teilweise mit dem des eigenen Territoriums identisch war²⁵.

Man hat darüber hinaus aber — ganz aufgeklärt — versucht, dieses Wissen auch zu reflektieren und einer Gesetzgebungslehre dienstbar zu machen. Das setzt einmal voraus, daß man bereit ist, Recht nicht mehr als Tradition, sondern als mehr oder weniger brauchbares und übertragbares Regelungsmodell zu verstehen. Reflektieren soll man in der Form der *comparation*, wie

hrsg. v. H. Coing, Bd. II, 2, München 1976, S. 26 ff., Urkundentechnischer Standort: Meist Aenga oder Narratio, vgl. IMMEL, S. 26.

²³ Zum aktuellen Verhältnis Präambel-Gesetzeszweck vgl. RETHORN, Verschiedene Funktionen von Präambeln, in: Rödiger (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung (1976), S. 296 ff.

²⁴ Hierzu insbesondere H. MOHNHAUPT, Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien régime, Ius commune IV (1972), S. 188 ff., S. 234 f., 237.

²⁵ MOHNHAUPT, S. 234 mit Hinweis auf D. GERHARD, Regionalismus und ständisches Wesen als ein Grundthema europäischer Geschichte, in: Alte und neue Welt in rechtsvergleichender Geschichtsbetrachtung. Veröffentlichung des Max-Planck-Instituts für Geschichte, Göttingen 1962, S. 16 f.

uns schon 1701 Thomasius belehrt, und später erst Montesquieu und viele andere²⁶, wie überhaupt Vergleichen eine intellektuelle Strategie der Zeit zu sein scheint. Verglichen hat man ganz allgemein in der aufgeklärten Politikwissenschaft, die glaubte, mit Hilfe der Statistik das jeweilige Staatsinteresse aus dem Vergleich der Daten der einzelnen Staatswesen kalkulieren zu können²⁷: Wo unterschiedliche Verhältnisse herrschen, wird individuell entschieden, wo gleiche Verhältnisse herrschen, kann gleich entschieden werden. Dies gilt auch für die Gesetzgebung als Teil rationalen politischen Handelns.

Hat man das alles bisher für mehr oder weniger pure Theorie halten können, so belehrt uns die Handelsgesetzgebung jetzt eines besseren: es hat im 17. und 18. Jh. tatsächlich praktische legislative Rechtsvergleichung gegeben, die sich irgendwann auch als intellektuelle Manipulation, als *comparation* verstanden haben mag, von der wir freilich nicht wissen, wie sie im einzelnen aussah. Soviel ist aber sicher: wenn der Handelsgesetzgeber sich damals in Gesetzesbegründungen immer wieder zur Übernahme fremden Rechts bekennt, dann ist das nicht bloße Transparenz, nicht bloße Gesetzgebungstechnik, sondern spätestens im 18. Jh. auch ein Signal. Er will dokumentieren, wie modern, wie aufgeklärt er als Gesetzgeber ist.

III. Die Einheitsidee im europäischen Handelsrechtsschrifttum

Muß man also bei der Frage nach dem methodischen Bewußtsein des Handelsgesetzgebers vorläufig noch mit Rückschlüssen arbeiten, und tappt man im Hinblick auf das praktische *procedere* des Vergleichens noch völlig im Dunkeln, dann kann man umso mehr gespannt sein auf den Befund, der sich bei Durchsicht der handelsrechtlichen Literatur des 17. und 18. Jh. ergibt²⁸.

Auch hier sind drei Dinge auseinanderzuhalten: die Kenntnisnahme fremden Rechts, die Auseinandersetzung mit ihm und die Frage eines einheitlichen Rechts. Auch hier ist davon auszugehen, daß das Handelsrecht

²⁶ MOHNHAUPT, S. 234 f. Es sei betont, daß die Geschichte der Rechtsvergleichung von diesen Quellen allgemein noch keine Kenntnis genommen hat. Zur Empirie des sog. „relativen“ Naturrechts, die eine solche Haltung zu erklären vermag, für Thomasius WIEACKER, S. 314, vgl. weiter S. 354.

²⁷ MOHNHAUPT, S. 237 f. mit besonderer Hervorhebung der Verdienste G. Achenwalls.

²⁸ Zur handelsrechtlichen Literatur des 16. bis 18. Jh. jetzt K. O. SCHERNER, Die Wissenschaft des Handelsrechts, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, hrsg. v. H. Coing, Bd. II, 1 (1977), S. 799 ff. Die im Text folgenden Ausführungen sind der Versuch, eine Summe zu ziehen.

fast ausschließlich lokales, später nationales Recht war. Dem entsprach eine in den europäischen Staaten etwa seit der Mitte des 17. Jh. durchweg zu beobachtende nationale Eigenentwicklung der Handelsrechtsliteratur, die sich mehr oder weniger deutlich von der „klassischen Periode“ der ersten, stark gemeinrechtlichen Pionierleistungen abhebt²⁹. Man könnte also meinen, daß Hauptgegenstand des Schrifttums das einheimische nationale Handelsrecht war. Das ist auch zu einem großen Teil richtig, insbesondere bei den Kommentaren zu den neuen Gesetzen³⁰, ist aber auch bei systematischen oder monographischen Werken zu beobachten³¹.

1. Die Einbeziehung fremden Rechts in die Darstellungen

Andererseits jedoch hat das handelsrechtliche Schrifttum in einer für uns heute erstaunlichen Weise, wenn nicht im Text, so wenigstens im Apparat fremde national- oder lokalrechtliche Lösungen genannt. Oft deutet schon der Titel an, daß den Leser nicht nur einheimisches Recht erwartet. Einige Beispiele: Der Pariser Advokat Jacques Dupuy de la Serra nennt 1690 seinen bekannten Wechselrechtstraktat *„L'Art des lettres de change suivant l'usage de plus célèbres places de l'Europe“*³², der Hallenser Professor Johann Christoph Franck *„Institutiones iuris cambialis ex legibus cambialibus diversarum gentium indole negotiationis, moribus et campsorum collectae“*³³, der Frankfurter Kaufmann Johann Maximilian Raumburger versieht ein vergleichbares Unternehmen aus dem Jahre 1723 mit dem Titel *„Grund-Feste des Heiligen Römischen Reichs und anderer Europäischer Königreiche und Staaten, Rechten und Gewohnheiten in Wechsel- und Commerciens-Sa-*

²⁹ SCHERNER, Die Wissenschaft des Handelsrechts, S. 866 ff.

³⁰ Hier sind vor allem die Kommentierungen der französischen Ordonnances von 1673 und 1681 (SCHERNER, a. a. O., S. 908 ff.) zu den einzelnen, meist örtlichen Wechselordnungen in Deutschland (S. 959 ff.) und Österreich (S. 969) sowie zu den Seerechten, etwa in Hamburg (S. 958), den Niederlanden (S. 977) oder in Schweden (S. 996) zu nennen.

³¹ Besonders deutlich im spanischen (und entsprechend frühen lateinamerikanischen) Handelsrecht: J. HEVIA DE BOLAÑOS, *Curia filipica o laberinto del comercio terrestre y naval*, Lima 1603, letzte datierbare Auflage Paris 1841, vgl. im übrigen SCHERNER, S. 837 ff., 890 ff.

³² Vollständiger Titel: *L'Art des lettres de change suivant l'usage des plus célèbres places de l'Europe contenant tous les droits et toutes les obligations des Tireurs, Donneurs de valeur, Endosseurs, Porteurs, Accepteurs et Payeurs de Lettre de change*, Paris 1690. Neben den vielen französischen Ausgaben sind Übersetzungen ins Lateinische (1712) und ins Italienische (1718 und 1851) zu nennen.

³³ Halae 1721.

chen³⁴, und schließlich der Italiener Conte Pompeo Baldasseroni (1743 bis 1807) sein 1784 erschienenenes Buch „*Leggi e costumi del cambio, che si osservano nelle principali piazze de Europa*, e singolarmente in quella di Livorno“³⁵. Zwei Beispiele aus dem See- und Versicherungsrecht: Von Johann Jakob Surland erschienen 1750 die „*Grundsätze des europäischen See-Rechts*“, drei Jahre später in deutscher Sprache das Buch des Kaufmanns Nicolaus Magens „*Versuch über Versicherungen, der Natur und verschiedene Arten der Versicherung erklärt, die von den verschiedenen Staaten Europas praktiziert werden*“³⁶. Schließlich weist auch noch der Portugiese José da Silva Lisboa (1756—1835) in dem Titel seines 1798 erschienenen Werkes „*Principios de direito mercantil . . . contendo a respectiva legislação patria, e indicando as fontes originaes dos regulamentos maritimos das principaes placas da Europa*“ darauf hin, daß er die wichtigsten Quellen des europäischen Rechts benutzt habe³⁷.

Alle diese Titel versprechen nicht zuviel³⁸. An Informationen über fremdes Recht hat es das handelsrechtliche Schrifttum im 17. und 18. Jh. nicht fehlen lassen, und es ist sicherlich auch gerade diesem Umstand zu verdanken, daß die Gesetzgeber so früh in der Lage waren, fremdes Recht zu assimilieren. Daß das auch in der literarischen Diskussion selbst zu einer Verarbeitung fremder Lösungen führte, auch außerhalb einer augenfälligen europäischen Thematik, darf nicht überraschen. Die Frage ist nur, ob irgendeine Vorstellung eines einheitlichen Handelsrechts leitend war, weiter, wie bereits vorhandene Identität im Sachrecht, aber auch Nichtidentität in Verbindung mit solchen Vorstellungen bewertet wurde. Die Idee des römisch-gemeinen Rechts als Triebfeder war, jedenfalls im Handelsrecht, tot.

³⁴ Vollständiger Titel: *Justitia selecta gentium Europearum in cambiis alisque causis mercantilibus tam terrestribus quam navalibus novissima et harmonica*. Oder: Grund-Feste des Heil. Römischen Reichs und anderer Europaeischen Rechte und Gewohnheiten in Wechsel- und Commercen-Sachen — wie auch einem Appendice von Assekurantz und See-Affaires, Frankfurt/M. 1723.

³⁵ Pescia 1784, 2. Aufl. Firenze 1795, 3. Aufl. Modena 1805.

³⁶ Titel der englischen Ausgabe: *An essay on insurances, explaining the nature of the various kinds of insurance practised by the different commercial states of Europe, and shewing their consistence or inconsistency with equity and the public good*, London 1760.

³⁷ Vollständiger Titel: *Principios de direito mercantil, e leis de marinha para uso da mocidade portugueza, destinada ao commercio, divididos em oito tratados elementares, contendo a respectiva legislação patria, e indicando as fontes originaes dos regulamentos maritimos das principaes placas da Europa*, Lisboa 1798—1801, 2. Aufl. 1815—1819. Zu den besonderen gesetzlichen Voraussetzungen im damaligen Portugal vgl. auch unten S. 18.

³⁸ In seiner Anlehnung an fremdes Recht geht José da Silva Lisboa im Text sogar weiter, als es der Titel des Werks andeutet, vgl. SCHERNER, S. 897 ff.

2. Einheitsgedanke und law merchant

Merkwürdigerweise treffen wir im Zusammenhang mit dem Kaufmannsrecht einen neuen Einheitsgedanken zum ersten Mal in England an.

„*The Law-Merchant hath alwaies beene found semper eadem, that is, constant and permanent without abrogation, according to her most auncient customes, concurring with the law of nations in all countries*“, so schrieb bereits 1622 der Londoner Kaufmann Gerard Malynes (1586—1641) in seiner *Consuetudo vel lex mercatoria*³⁹. Für Malynes ist das Recht der Kaufleute nicht in das nationale Recht integriert, sondern steht, in der Terminologie des heutigen Kenntnisstandes, außerhalb der *potestas legislativa* des Staats. Es sei selbst Gesetz und beziehe seine Legitimation aus der Übereinstimmung bei allen Völkern, ist also der Auffassung des Autors nach eine Art natürliches, überpositives Recht⁴⁰. Diesen Gedankengang führt Charles Molloy (1646—1690) in seinem 1676 erschienenen Seerechtstraktat⁴¹ weiter: „I have taken care to refer *those things which pertain to the Laws of Nature into Nations* so certain, that no man, without offering of violence to him self may deny them.“ Die Beweise für diese Autorität habe er hinzugefügt, aus denen sich ergebe, daß das *Law of Nations* ein Gesetz des Willens oder *Common consent* sei.

Man wird zwar bei diesen Begründungen angesichts dessen, daß beide Autoren im wesentlichen dann doch nur das englische *law merchant*, also kaufmännisches Gewohnheitsrecht wiedergeben⁴², den Verdacht nicht los, daß es hier um ein spezifisch insulares Problem geht, nämlich die Bastion des *law merchant* gegen die Einverleibung durch das *common law* mit dem zeitgemäßen Argument eines überpositiven Naturrechts zu verteidigen, ein Versuch, der letzten Endes scheiterte⁴³. Immerhin war die Naturrechtsidee als zeitgenössisches Instrument der Infragestellung des herkömmlichen Rechtsquellengefüges mit dem Recht der Kaufleute in Verbindung gebracht worden.

³⁹ *Consuetudo vel lex Mercatoria or the ancient Law Merchant*, London 1922. Das einleitende Zitat findet sich in der Widmung an den König.

⁴⁰ Nachweise bei SCHERNER, S. 858 ff.

⁴¹ *De jure maritimo e navali, or, a Treatise of affairs maritime and of commerce*, London 1676.

⁴² Vgl. SCHERNER, S. 858 ff., 863.

⁴³ Zum historischen Verhältnis des *law merchant* zum *common law* L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts* Bd. I, 2. Aufl. Stuttgart 1875, S. 266; REHME, S. 189 f.; vgl. W. F. WALSH, *A History of Anglo-American-Law*, Indianapolis o. J., p. 362 ss.

3. Der Einheitsgedanke bei kontinentaleuropäischen Autoren

Auch auf dem Kontinent hatte die von den englischen Autoren betonte spezifische Deutung des Naturrechts als überpositives Recht keine Chance. Dies entspricht der allgemeinen Erfahrung, daß dort Naturrecht grundsätzlich nur durch Transponierung in positives Recht, also unter Wahrung des überkommenen Zuständigkeitsgefüges, durchgesetzt werden konnte⁴⁴. Trotzdem haben kontinentaleuropäische Autoren einen Weg gefunden, die Einheitsidee in einer für die damalige Zeit wohl überzeugenden Weise zu verwirklichen.

Noch unbeholfen und eher wie ein Bekenntnis wirkt die Äußerung des anonymen Autors eines 1732 in Hamburg erschienenen Seerechtswerkes⁴⁵, wonach das Seerecht nicht so sehr durch römisches Recht verkörpert werde, das seiner Meinung nach nicht mehr „applicabel“ sei, sondern durch „neuere See-Rechte und See-Coustumes“, „welche in vorkommenden See-Händeln den besten Ausschlag geben“⁴⁶, womit der Autor die Übereinstimmung dieser Quellen untereinander meint, wie sich aus dem Apparat ergibt⁴⁷.

Selbstbewußter ist schon sein Landsmann Johann Jakob Surland (1724 bis 1758), der die Aufstellung seiner „Grundsätze des Europäischen See-Rechts“⁴⁸ einmal didaktisch rechtfertigt: das gesamte Seerecht soll akademisch vortragbar sein. Der Grund ist aber auch ein substantieller. Die Grundsätze sind Surlands Ansicht nach „erste Wahrheiten“, deren Beweis oft sogar besser in einem Recht der Natur zu führen gewesen wäre! Er selbst belegt sie aber bewußt mit Zitaten aus dem gesamten europäischen Seerecht⁴⁹. Die von ihm so festgestellten Grundsätze sind, wie er am Ende seiner Vorrede betont, Realität, „keine Grillen des Verstandes, sondern bei den Völkern übliche Gebräuche“⁵⁰.

⁴⁴ Das schlagende Beispiel hierfür sind die großen vernunftrechtlichen Kodifikationen wie ALR und ABGB. H. THIEME sieht in den Kodifikationen sogar den eigentlichen Kulminationspunkt des Naturrechts, auf den die gesamte Entwicklung zustrebt. Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte, 2. Aufl. 1954, S. 13 f. Kritisch hierzu WIEACKER, S. 269, Anm. 81.

⁴⁵ Der wohl instruierte Schiffer, und zwar was derselbe vor angetretener, während und nach abgelegter Reise zu beobachten hat, Hamburg 1732, 3. Aufl. Lübeck 1773, Dän. Übers. 1776.

⁴⁶ Vorrede fol. 3 verso.

⁴⁷ SCHERNER, a. a. O., S. 952 f.

⁴⁸ Hannover 1750, holländische Übers. 1751.

⁴⁹ SCHERNER, S. 954.

⁵⁰ Vorrede fol. 5.

Ohne ausdrücklich den Naturrechtsgedanken zu bemühen, gelangt der ebenfalls schon erwähnte Italiener Conte Pompeo Baldasseroni 1784 zu ganz ähnlichen Ergebnissen. Er verwertet hier seine Erfahrungen als Schöpfer der Wechselordnung von Massa und Carrara und ist der Meinung, daß es für einen Gesetzgeber angesichts der unübersehbaren nationalen Gesetzesflut und dem angehäuften Ballast von Streitfragen nur den Ausweg gibt, sich an die „*fondamentali principi*“ dieses Instituts zu halten, „*che constanti, uniformi ed invariabili sono, e saranno mai sempre presso le più culte Nazioni*“⁵¹. In seinem Wechselrechtswerk gerinnt die Materie wie in einem Gesetz zu normförmigen Sätzen, die dann anhand des neuesten europäischen Wechselrechts und -schrifttums belegt werden, allerdings nicht ohne auf örtliche Abweichungen hinzuweisen⁵².

Aus diesen wenigen, aber repräsentativen Beispielen ergibt sich: Man geht im 18. Jh. von allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Handelsrecht aus. Es sind ganz konkrete Probleme wie Wechselfähigkeit oder Haftung des Versichers, die hier gemeint sind.

4. Die Normwirkung des Einheitsrechts

Wie die Frage nach dem dahinter stehenden Rechtsverständnis zu beantworten ist, deuten schon die Zitate an: es steht dahinter die Vorstellung einer Art konkreten Naturrechts, die jedoch meist vage bleibt. Sie ist selten methodisch so klar wie die von Johann Stefan Pütter anläßlich der Frage des Büchernachdrucks, für die es an Normen fehlte: Da „alle Europäischen Staaten nicht nur in Kriegs- und Friedens-Geschäften, sondern auch in Ansehung der Schiffahrt und Handlung (!) . . . weit häufiger, als ehemals in wechselseitigen Verhältnissen und Verbindungen stehen“, müsse bei den dort auftretenden rechtlichen Problemen gefragt werden, „was sich überhaupt entweder aus der Natur der Sache mittels Anwendung allgemeiner Grundsätze des Rechts der Natur, oder auch nach gewissen allgemeinen Gebräuchen der Europäischen Völker, als recht oder unrecht behaupten lasse“⁵³. Man geht

⁵¹ P. XIX. In diesem Zusammenhang sei auf die ausgedehnte, hier nicht näher ausgeschöpfte italienische Literatur zum vorliegenden Fragenkreis hingewiesen, vgl. L. BERLINGUER, Domenico Alberto Azuni. Giurista e politico (1749—1827) Milano 1966, bes. S. 71 u. dort Anm. 31.

⁵² Im einzelnen SCHERNER, S. 883 ff. m. weit. Nachweisen.

⁵³ Der Büchernachdruck nach achten Grundsätzen des Rechts geprüft, Göttingen 1774, § 2.

heute wohl mit Recht davon aus⁵⁴, daß es sich bei dieser Induktion um einen Weg handelt, der „*Natur der Sache*“ näherzukommen, die in der Situation des Normendefizits als subsidiäre Rechtsquelle fungiert, oder, wie Pütter vorsichtiger formuliert, als Lösungshypothese, die solange gilt „bis man in der Folge etwa eines besseren belehrt wird“⁵⁵. Die Prozedur des Induzierens nennt Pütter in anderem Zusammenhang „*Analogie*“⁵⁶. Auch andere Autoren wie etwa Pompeo Baldasseroni scheinen von der Vorstellung der Natur der Sache auszugehen⁵⁷.

Mit derlei singulären und theoretischen Beweisführungen hätte bei all ihrer Symptomatik die Anerkennung des Einheitsrechts insbesondere durch die Gerichtspraxis auf tönernen Füßen gestanden. Gab es keine zwingenden, jedenfalls für den Praktiker plausibleren Gründe für eine normative Wirkung allgemeiner Rechtsgrundsätze? Es ist wiederum Azuni, der hier einen Hinweis liefert. Anlässlich einer Streitfrage aus dem Konkursrecht, bei der die europäische Praxis der *Giurisprudenza mercantile* in Widerspruch zu einem Satz des römischen Rechts steht, bemerkt er unter Hinweis auf den im Eingangszitat geäußerten Gedanken, daß er seine Grundsätze weniger den Maximen des gemeinen (römischen) Rechts als nach den gleichbleibenden Handelsgebräuchen entnehme, die hier zum Vorteil des Handels vorzuziehen sind⁵⁸.

⁵⁴ Zur Natur der Sache bei Pütter vgl. H. MARX, Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei den Göttinger Germanisten Johann Stephan Pütter und Justus Friedrich Runde, Jur. Diss. Göttingen 1967, bes. S. 59 ff.; W. NEUSÜSS, Gesunde Vernunft und Natur der Sache, Berlin o. J., bes. S. 79, 85; W. EBEL, Der Göttinger Professor Johann Stephan Pütter aus Iserlohn, Göttingen 1975, bes. S. 77 ff.

⁵⁵ Von dem Werthe richtig bestimmter allgemeiner Grundsätze, in: Beyträge zum teutschen Staats- und Fürstenrechte Bd. I, Göttingen 1777, S. 6 f. Der Vorgriff auf den empirischen Wahrheitsbegriff K. R. POPPERS ist frappierend, vgl. Logik der Forschung, 3. Aufl. Tübingen 1969, S. 1 ff., 15 ff. usw., 254.

⁵⁶ Deutlich EBEL, S. 84 f. zum Verhältnis von „Analogie“ und „Hypothese“. Zur Analogie bei Pütter recht ausführlich MARX, S. 59 ff. Zu betonen ist allerdings, daß diese Abgrenzung rein terminologisch oft unklar bleibt. Etwas grobkörnig zur zeitgenössischen „Analogistenschule“ R. DREIER, Zum Begriff der Natur der Sache, Berlin 1956, S. 37. Die Analogie ist vor allem im zeitgenössischen Verfassungsrecht eine eigenständige Rechtsquelle, vgl. J. BÄRMANN, Mainzer Kammergerichtsvisitation und Verfassungshermeneutik im 18. Jh. in: Festschrift Ludwig Petry Teil 2 (1965), S. 176 ff. 184.

⁵⁷ Vgl. SCHERNER, S. 885. Über ähnliche interessante Gedanken bei dem Hamburger Professor JOH. GEORG BÜSCH (1728–1800) jetzt G. LANDWEHR, Johann Georg Büsch und die Entwicklung des Handelsrechts im 18. Jahrhundert, in: Gelehrte in Hamburg im 18. und 19. Jahrhundert, hrsg. v. H. D. LOOSE/Beitr. z. Gesch. Hamburgs Bd. 12 (1976), S. 59 ff., 91 ff., 94.

⁵⁸ Dizionario universale s. v. compensazione § XV a. E. Zu Azunis Werk vgl. im übrigen SCHERNER, S. 887 f. m. weit Nachweisen.

Daraus ergibt sich zweierlei. Findet sich in einer konkreten Streitfrage keine einheimische Rechtsnorm, dann greift der Richter auf die Grundsätze der *Giurisprudenza mercantile* zurück: *das europäische Handelsrecht hat den Charakter einer subsidiären Rechtsnorm*. Daß dem Richter, wie auch dem juristischen Autor des 18. Jahrhunderts, die Kompetenz zur Feststellung solcher Grundsätze zukommt, auf die er dann zurückgreifen kann, ist aber alte europäische Tradition. Wie er noch unter der Geltung des römisch-gemeinen Rechts in seiner heutigen Anwendung den konkreten *Usus fori* feststellen konnte⁵⁹, so jetzt unter der Vorstellung des Handelsrechts der Europäischen Staaten die dieses konstituierenden Sätze. An Stelle der Idee des Fortlebens des römischen Reiches war die der Gemeinschaft der, wie Pompeo Baldasseroni sich ausgedrückt hat, kultivierten Nationen getreten. Nicht mehr das römische Recht ist subsidiär, sondern das Einheitsrecht⁶⁰.

Daß diese subsidiäre Funktion des Naturrechts in Gestalt der Rechte der kultivierten Nationen zeitgerecht war, hat an einer Stelle sogar der Gesetzgeber ausdrücklich betont. Nach der portugiesischen *Lei da Boa Razão* von 1769 sind u. a. die Handels- und Seegesetze der christlichen Nationen, die als *recta ratio* gelten sollen, subsidiär anzuwenden⁶¹. Deshalb war es gesetzestreu, daß der Handelsrechtler da Silva Lisboa auf seinem Gebiet so verfuhr. Auch für ihn war Naturrecht gleichbedeutend mit dem Handelsrecht der europäischen Völker. Nur: was er tun mußte, war anderen kontinentaleuropäischen Handelsrechtlern schon längst stillschweigend erlaubt.

5. Die Methode der Rechtsvergleichung

Daß man sich diese Prozedur der Rechtsgewinnung nicht immer als einfaches Behaupten einer Gleichheit oder als mechanisches Induzieren vorzustellen hat — was für Autoren mit geringerem Anspruchsniveau auch zutrifft — wird besonders deutlich an der französischen Handelsrechtsliteratur des ausgehenden 18. Jh. Sie ist gerade für den heutigen Betrachter deshalb von hervorragender Bedeutung, weil im damaligen Frankreich die Hürde, die die Existenz nationalen Gesetzesrechts gegenüber der Idee eines übernationalen Rechts aufrichtet, besonders hoch war. Im Gegensatz zu allen anderen europäischen Ländern hatte die französische Handelsgesetzgebung Ende des

⁵⁹ Zum *Usus modernus* WIEACKER, S. 204 ff., 217 ff.

⁶⁰ Das wäre ein weiterer Fall neben den von IMMEL, S. 65, genannten.

⁶¹ Hierzu Lammell, S. 581. 895. Vgl. auch J. M. SCHOLZ, Portugal, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, hrsg. v. H. COING, Bd. II, 2, München 1976, S. 282, 303.

17. Jh. mit der Ordonnance de commerce von 1673 und der Ordonnance de la marine von 1681 Vorbildliches geschaffen⁶². Dem entspricht auch anfänglich eine außergewöhnlich strenge Bindung der französischen Kommentarliteratur an das nationale Recht⁶³. Seit den sechziger Jahren ist jedoch nicht nur eine Emanzipierung von bloßer Interpretation des einheimischen Rechts, verbunden mit einer Öffnung gegenüber dem übrigen europäischen Handelsrecht zu beobachten, sondern es war auch gelungen, unterscheidbare Strategien der Harmonisierung zu entwickeln, wobei Harmonisierung Integrierung des Fremdrechts in die Interpretationspraxis bedeutet. Die Praxis der Kommentierung der handelsrechtlichen Ordonnances hat schon von Anfang an, also seit dem Ende des 17. Jh., teleologisch gearbeitet, etwas, was außerhalb Frankreichs jedenfalls auf handelsrechtlichem Gebiet kaum zu beobachten ist, und was letztlich der französischen Literatur die führende Position in Europa verschafft hat. Der Gesetzeszweck, die „raison“, der vor allem auch ökonomisch verstanden wird und differenzierbar ist („point de vue“, „égard“), dient als Hilfe zur gesetzesgerechten Einzelfalllösung⁶⁴.

Es ist die große Leistung des Kommentators der Ordonnance de la marine, René-Josué Valin, sich 1760⁶⁵ dieser Methode bedient zu haben, um das europäische Seerecht, als dessen historisches Produkt er auch die Ordonnance de la marine ansah⁶⁶, mitheranzuziehen und damit zu integrieren. Die Kommentierung eines Artikels beginnt er regelmäßig mit dem Hinweis auf den entsprechenden Regelungsbereich und -zweck. So schreibt er zu einer Formvorschrift, in der genau angeführt ist, welche Angaben die Versicherungspolice enthalten muß (wie Bezeichnung des Versicherten, Versicherungsfall, Versicherungsobjekt, Höhe der Prämie, Unterwerfung der Parteien unter ein Schiedsgericht), daß dies alles gerecht sei, um allen Überraschungen zuvorzukommen, die den Parteien während der Vertragsabwicklung drohen⁶⁷.

⁶² Allein auf dem Gebiet des Wechselrechts, wo die Ordonnances unzureichend waren, griff man wie auch andererseits auf die europäischen Grundsätze zurück.

⁶³ SCHERNER, S. 903, 908 ff.

⁶⁴ Zur Ausprägung bei den einzelnen Autoren vgl. SCHERNER, S. 908 ff.

⁶⁵ Nouveau Commentaire sur l'ordonnance de la marine du mois d'Août 1681, où se trouve la conférence des anciennes ordonnances, des us et coutumes de la mer avec des explications prises de l'esprit du texte . . . et des notes historiques et critiques . . . , La Rochelle 1760. Die hier benutzte Ausgabe ist ebendort 1766 erschienen. Eine weitere Auflage stammt aus dem Jahre 1841 (Paris).

⁶⁶ Tome I, Préface, bes. p. VII.

⁶⁷ So z. B. die Kommentierung zu L.III T.1.VI Art. III (Tome I p. 31): „Tout ce qui est prescrit par cet article est extrêmement juste, pour prévenir les surprises qui pourroient

Damit hat Valin einen gemeinsamen Nenner gefunden, auf den er auch die außerfranzösischen Normen sowie die Literatur bringen kann, die dann im folgenden zur Detailinterpretation herangezogen werden; auf diese Weise kann er die Aussagen der Ordonnance nicht nur bestätigen, sondern auch differenzieren und ergänzen. Eine Art funktionale Rechtsvergleichung, die an den Regelungsbereich eines Gesetzes anknüpft, ist also das Einfallstor für das „*droit commun des nations*“. Da der Gesetzeszweck (*raison*) im Rahmen einer teleologischen Auslegung zugleich Teil des Gesetzes ist, hält sich das Ganze scheinbar in den Grenzen der bloßen Anwendung nationalen Rechts⁶⁸.

Noch einen Schritt weiter ging sein Landsmann Emérigon in seinem 1783 erschienenen Traktat über Versicherungsrecht⁶⁹. Wie schon Valin ist er der Meinung, daß hier das französische Recht ohne das der übrigen europäischen Nationen nicht denkbar und auch nicht verständlich sei⁷⁰. Im Gegensatz zu Valin kehrt er aber die Reihenfolge der Prozedur um und sammelt zu einer Frage zunächst Literaturmeinungen und Gesetze, um dann zum Regelungszweck zu gelangen. Besonders interessant ist, wie er das Eigenhandelsverbot des Maklers behandelt. Es war bekanntlich seit dem Spätmittelalter gang und gäbe und folgt aus der Amtsähnlichkeit der Stellung des Maklers innerhalb der städtischen Wirtschaft, die auch durch Beurkundungsbefugnisse und -pflichten unterstrichen wird⁷¹. Auch hier bringt er zunächst außerfranzösische Zeugnisse und ältere Statuten, die sich dafür aussprechen⁷². Der Schluß, den er daraus zieht, ist überraschend. Das Motiv, also der Zweck aller dieser Gesetze sei, die Mißbräuche zu vermeiden, die Makler in Ausnutzung des Vertrauens der Parteien begehen könnten⁷³. Da dem Autor die ursprünglich amtliche Funktion des Maklers nicht bekannt ist, sucht er einen plausiblen, von den typischen Parteiinteressen her bestimmten

être faites aux assureurs et les contestations qui pourroient s'élever au sujet des véritables clauses et conditions de l'assurance.“

⁶⁸ p. 31: l'Ordonnance n'a fait que donner force de loi à cette ancienne pratique, tirée des us et coutumes de la mer, qui est du droit commun des nations“ ... Zur modernen funktionalen Rechtsvergleichung etwa ZWIEGERT/KÖTZ, oben, Fußnote 5.

⁶⁹ *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, Marseille 1783. Zwei weitere Ausgaben: Paris 1827, Rennes et Paris 1827.

⁷⁰ Préface p. II ss., XV.

⁷¹ Vgl. REHME, S. 153 ff. Über die neuzeitliche Gesetzgebung auf diesem Gebiet vgl. oben zu Anm. 12.

⁷² Des Assurances Ch. 4 Sect. VII Des courtiers § 1 p. 113 f.

⁷³ § 1 p. 114; „Le motif de toutes ces Loix, est d'obvier aux fraudes que les Courtiers peuvent commettre, en abusant du secret des Parties et en saisissant pour eux les occasions favorables qui se présentent au préjudice de ceux qui leur confient leurs intérêts...“

Zweck! Aus dem Vergleich ergibt sich ein allgemeiner Rechtsgrundsatz. Anschließend variiert Valin denselben, indem er eine Reihe von Fällen abhandelt, in denen ein solcher Vertrauensmißbrauch (abus) vorliegt, die also eine Kasuistik, eine Anwendung des Grundsatzes darstellen. Belegt werden sie wieder mit diversen Quellen⁷⁴.

Es sei nur darauf hingewiesen, daß sich auch der Italiener Ascanio Baldasseroni (1743—1824) in seinem ebenfalls berühmten, 1786 erschienenen Werk über die Seeversicherung⁷⁵ einer ähnlichen Methode bedient.

IV. Theorie und Praxis

Ähnlich wie bei der Gesetzgebung gibt es also auch im Schrifttum nicht nur bedeutende Frühformen der Rechtsvergleichung, sondern es zeichnen sich auch zeittypische ideelle Vorgegebenheiten ab, die die Vorstellung eines einheitlichen europäischen Handelsrechts begünstigt haben. Ohne der künftigen Forschung vorzugreifen läßt sich schon jetzt sagen, daß es sich hier um eine eigentümliche Ausformung vernunftrechtlich orientierten, aufgeklärten Umgangs mit dem Recht handelt, der unter dem Druck praktischer Bedürfnisse, aber auch durch Anpassung an vorhandene Möglichkeiten der Rechtsfindung (Subsidiarität nichtnationaler Rechtsordnungen, teleologische Gesetzesauslegung) zu sehr viel konkreteren und vor allem realisierbareren Ergebnissen gelangt als die großen Naturrechtssysteme der Zeit⁷⁶. Hier zeigt sich ein ähnliches Verhältnis von reiner Theorie und theoriegeleiteter Praxis, wie wir es in dem engeren Bereich der nationalen deutschen Wissenschaft vom Handelsrecht im 18. Jh. bereits beobachten konnten⁷⁷.

Inwiefern sich dieses kosmopolitische Rechtsdenken einerseits und die vergleichende Methode andererseits im 19. Jahrhundert — unter völlig veränderten politischen Verhältnissen in Europa — wiederfinden, oder ob sie sich unter anderen Vorzeichen neu konstituiert haben, sind Fragen, mit denen man sich noch auseinanderzusetzen hat⁷⁸.

⁷⁴ § 2 p. 114 ss.

⁷⁵ Delle Assicurazioni marittime trattato, Firenze 1786. Eine weitere Ausgabe Firenze 1801 ff. Zu A. Baldasseroni zusammenfassend SCHERNER, S. 885.

⁷⁶ Was wir hier vor uns haben, „ist“ auch Naturrecht, nicht nur eine bloße common-sense-Variante des „richtigen“, theoretischen Naturrechts der großen Systementwürfe.

⁷⁷ SCHERNER, ZHR 136 (1972), S. 465 ff., bes. 478 ff.

⁷⁸ Zu diesem komplizierten Problemkreis einer historischen Rezeptionsforschung bereits jetzt W. WILHELM, Bemerkungen zur Rezeption ausländischen Rechts, Ius commune V (1975) p. 122—137. Vgl. auch noch die Rezension von K. LUIG zu A. Watson, Legal Transplants (Edinburgh 1974), Rabels Zeitschrift 40 (1976) p. 142 ff.