

# IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

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

XXI

Herausgegeben von DIETER SIMON  
und MICHAEL STOLLEIS



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main  
1994

TOMASZ GIARO

## Europäische Privatrechtsgeschichte: Werkzeug der Rechtsvereinheitlichung und Produkt der Kategorienvermischung\*

### 1. „Ursprüngliche Einheit europäischer Rechtswissenschaft“ und die Vermischung von Rechtsdogmatik und Rechtswissenschaft

Dogmatik, auch die Rechtsdogmatik, verlangt Glauben. Daher wütet die Diskussion über die europäische Privatrechtsdogmatik, deren Einheit die gleichnamige Rechtsgeschichte zu stiften gedenkt, wie ein Glaubenskrieg. Hier also mein Glaubensbekenntnis: Die nachstehenden Bedenken gegen die europäische Privatrechtsgeschichte als Vorstufe der Rechtsvereinheitlichung sind von der Sorge um die Rechtsgeschichte als wissenschaftliche Grundlagendisziplin<sup>1</sup> getragen. Denn diese wird durch die neueste Ausrichtung der europäischen Privatrechtsgeschichte gefährdet, welche ohne Hehl „ihren Rückzug auf eine ‚kontemplative‘ Haltung... zugunsten der Teilhabe an ‚applikativer‘ juristischer Arbeit“ revidiert.<sup>2</sup>

\* Erweiterte Fassung eines Referats, das ich im November 1993 auf einer von K. Luig in der Villa Vigoni organisierten Tagung („Grundfragen von Rechtsgeschichte und Rechtswissenschaft“) gehalten habe. Nach dem Manuskriptabschluß erschienen zu demselben Thema noch P. CARONI, Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit, in: ZNR 16 (1994), p. 85–100; K. W. NÖRR, Das römische Recht zwischen Technik und Substanz, in: ZEuP 2 (1994), p. 67–79; R. KNÜTEL, Rechtseinheit in Europa und römisches Recht, ebd. p. 244–276 und der Sammelband: *Vers un droit privé européen commun?*, hg. von B. SCHMIDLIN, 1994.

<sup>1</sup> Dazu D. SIMON, Rechtsgeschichte, in: *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, hg. von A. GÖRLITZ, 1974, p. 315 ff.; DERS., Vom Segen historischer Betrachtung für die Rechtsanwendung, in: RJ 4 (1985), p. 274 f.

<sup>2</sup> So R. SCHULZE, Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht, in: ZEuP 1 (1993), p. 466; ähnlich DERS., Gemeineuropäisches Privatrecht und Rechtsgeschichte, in: *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, hg. von P.-CH. MÜLLER-GRAFF, 1993, p. 72.

Daß Gadamers These über die hermeneutische „Horizontenverschmelzung“ von Gegenwart und Vergangenheit<sup>3</sup> jede Geschichte, auch jede Rechtsgeschichte, zu einer applikativen mache,<sup>4</sup> ist ein vorschneller Schluß.<sup>5</sup> Die Horizontenverschmelzung bewährt sich nur insoweit, als das historische Bewußtsein immer Produkt der Gegenwart ist, weshalb auch die Rechtsgeschichte hinter dem aktuellen Rechtsbewußtsein herhinkt: Erst die Krise des zivilistischen Systembegriffes führte zur geschichtlichen Erkenntnis der fallartigen Struktur des römischen Rechts, erst nachdem sich die moderne Wertungsjurisprudenz durchgesetzt hatte, kam die Einsicht in die axiologische Befangenheit der römischen Juristenargumentation.<sup>6</sup> Aus einer derartigen Verschmelzung von Vergangenheit und Gegenwart heraus die Aufgabe der Rechtsgeschichte als Dienstleistung an die nationale oder europäische Rechtsdogmatik zu definieren, kommt der Haltung eines Naturwissenschaftlers gleich, der – unter Bezugnahme auf Heisenbergs Unbestimmtheitsrelation – Experimente manipuliert. Eher muß der Rechtshistoriker versuchen, sein Vorverständnis an Hand der Quellen abzubauen.

Die applikative europäische Privatrechtsgeschichte verspricht dies nicht, wenn sie ihre Absicht erklärt, in Anlehnung an die ähnliche Tendenz der Rechtsvergleichung nicht mehr die Unterschiede, sondern von nun an die Gemeinsamkeiten europäischer Privatrechte zu betonen.<sup>7</sup> Allerdings erscheint ihre Hoffnung, mit dem Europa-Boom seien für die anwendungsbezogene Rechtsgeschichte „bessere Zeiten“ gekommen, als hyperoptimistisch: Das Scheitern aller derartigen Programme,

<sup>3</sup> Dazu P. LÜBCKE, H.-G. Gadamer, in: Philosophie im 20. Jahrhundert I, hg. von A. HÜGLI und P. LÜBCKE, 1992, p. 206–211.

<sup>4</sup> So M. SENN, Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel, 1982, p. 97–99 (zu Gadamer), p. 100–102 (zu Kroeschell) und, mit Einschränkung, E. PICKER, Zum Gegenwartswert des römischen Rechts, in: Das antike Rom in Europa, hg. von H. BUNBERT, 1986, p. 305.

<sup>5</sup> Zur Kritik von rechtshistorischer wie von juristischer Seite P. LANDAU, Bemerkungen zur Methode der Rechtsgeschichte, in: ZNR 2 (1980), p. 126–128; M. FROMMEL, Die Rezeption der Hermeneutik bei K. Larenz und J. Esser, 1981, p. 98 ff. (zu Wieacker), p. 102 ff. (zu Larenz).

<sup>6</sup> Früher fand man, gleichfalls moderner Vorstellung folgend, daß die Römer bloß deduzierten: T. GIARO, Von der Genealogie der Begriffe zur Genealogie der Juristen, in: RJ 11 (1992), p. 515 f.

<sup>7</sup> R. ZIMMERMANN, Usus Hodiernus Pandectarum, in: Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, hg. von R. SCHULZE, 1991, p. 73 f., 79; R. SCHULZE, Rechtsgrundsätze (Anm. 2), p. 443 f., 464 f., 468 f.

von Jherings „productiver Rechtsgeschichte“<sup>8</sup> bis zu Koschakers Romanistik „als dogmatischer Darstellung der Hauptlehren der europäischen Privatrechtswissenschaft“,<sup>9</sup> ist eine harte Tatsache. Eben auf diese desaktualisierte Aktualisierungsidee greift insbesondere Zimmermann zurück,<sup>10</sup> wobei er die Privatrechtsgeschichte nicht nur mit der didaktischen Europäisierungsaufgabe, sondern auch mit der Verantwortung für die Gestalt des künftigen europäischen Privatrechts befrachtet. Nachdem er die Romanistik in das koschakersche Dilemma ‚entweder kontemplative Neohumanistik oder applikative Neopandektistik‘ gezwungen hat, erklärt Zimmermann die von Koschaker bemängelte neohumanistische Historisierung für nur „scheinbar endgültig“.<sup>11</sup> Als Ausweg aus dem auf die Texthermeneutik zugeschnittenen<sup>12</sup> und inzwischen durch die Konzeption der Rechtsgeschichte als Sozialgeschichte des Rechts<sup>13</sup> überholten Dilemma bietet er wie selbstverständlich die neopandektistische<sup>14</sup> „Anknüpfung“ an den *usus modernus* an. Damit wird aber die Rechtsgeschichte nicht nur inhaltlich,<sup>15</sup> sondern auch methodologisch in das Vorgestern versetzt.

Angesichts dieser Neigung der Rechtshistoriker, in die Vergangenheit zurückzustolpern,<sup>16</sup> muß man nochmals an die Gefahren einer

<sup>8</sup> R. v. JHERING, Unsere Aufgabe, in: Jherings Jahrbücher 1, 1857, neu in: Gesammelte Aufsätze I, 1881, p. 3–5.

<sup>9</sup> P. KOSCHAKER, Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft, 1938, p. III, VI.

<sup>10</sup> R. ZIMMERMANN, Das römische-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit, in: JZ 47 (1992), p. 19.

<sup>11</sup> R. ZIMMERMANN, Das römisch-holländische Recht und seine Bedeutung für Europa, in: JZ 45 (1990), p. 837; vgl. DERS., Grundlage (Anm. 10), p. 8, 19.

<sup>12</sup> Siehe hingegen zur Handlungshermeneutik H. ALWART, Recht und Handlung, 1987, p. 103–105, 110–112, passim.

<sup>13</sup> *Storia sociale e dimensione giuridica*, a cura di P. GROSSI, 1986; P. CARONI, „Privatrecht“: Eine sozialhistorische Einführung, 1988, p. 19–21; J.-M. SCHOLZ, Rechtshistorie als historische Kultursociologie, in: Rechtsgeschichte und theoretische Dimension, hg. von C. PETERSON, 1990, p. 131 ff.; M. BRETONE, Geschichte des römischen Rechts, 1992, p. 29–33.

<sup>14</sup> So schätzt sie P. CARONI, *Storia del diritto: esperienze transalpine*, in: *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*, a cura di P. GROSSI, 1993, p. 326 ein.

<sup>15</sup> R. ZIMMERMANN, „Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter“, in: AcP 193 (1993), p. 173: „am Vorgestern ... anzuknüpfen“. Zu den Vorläufern dieses Programms P. CARONI, Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte, in: *Juristenausbildung als Denkmalpflege?*, hg. von G. ARZT et al., 1993, p. 53.

<sup>16</sup> Nach U. WOLTER, La réception du droit romain dans les pays germaniques, in: *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 13 (1992), p. 112, ist das heutige Europa „dans la même situation que l'Allemagne fragmentée du début du XIX<sup>e</sup> siècle“.

applikativ ausgerichteten Rechtsgeschichte erinnern. Sie pflegt sich auf zwei Irrwege zu begeben: auf den der selektiven Behandlung der Vergangenheit als *exempla*-Fundgrube und auf den der Rückprojektion. Eher früher als später treffen beide zusammen, denn hat die Vergangenheit keine Muster anzubieten, muß sie sich ihre Rückprojektion gefallen lassen. Mit Rückprojektionen arbeitet auch die europäische Privatrechtsgeschichte, obwohl sie nicht – wie die kleinkalibrige Dogmengeschichte – gegenwärtige Zustände, sondern glanzvolle Zukunftsvisionen bemüht. Gleich bleibt allerdings das für die Dogmatik typische Wunschdenken.<sup>17</sup> Das Wunschbild ist die über die Einheit europäischer Privatrechtswissenschaft zu erreichende Rechtseinheit. Die Rechtsgeschichte als *res gestae* wird so zum „paradise lost“, das die Rechtsgeschichte als *historia rerum gestarum* ins „paradise regained“ zu verwandeln trachtet.

Dabei mißachtet sie aber manche Unterscheidungen, deren Ausblendung die Wissenschaftlichkeit des Unternehmens kompromittiert. Denn seitdem die Wissenschaft zur Einsicht kam, daß es nicht das Geschäft der Mathematik ist, sich um die Gesundheit der Primzahlen zu kümmern, und daß selbst ein perfektes Thermometer keine Geschwindigkeitsmessung ermöglicht, lebt sie von Unterscheidungen. Und gerade diejenigen, die die aktuelle Rechtskultur Europas mitkonstituieren, werden von der europäischen Privatrechtsgeschichte vernachlässigt. Mit gutem Grund bezeichnet sie sich daher als „ein erneuerter *usus modernus pandectarum*“ oder als „eine erneuerte Historische Rechtsschule“,<sup>18</sup> weil auch diese eine Fortsetzung vormoderner Praxis der Gemeinrechtler mit „historischen“ Mitteln war.<sup>19</sup>

Vor allem vermißt man an diesem Erneuerungsversuch die Unterscheidung zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik. Im Einzelnen zwar strittig, steht sie doch insgesamt auf festen Fü-

<sup>17</sup> Zum „wishful thinking“ der Rechtsdogmatik T. GIARO, *L'argumentation dogmatique et l'argumentation scientifique*, in: RfJ 13 (1994), p. 293 ff.

<sup>18</sup> Die erstere Bezeichnung bei R. ZIMMERMANN, *Grundlage* (Anm. 10), p. 20; die letztere bei R. ZIMMERMANN, *Der europäische Charakter des englischen Rechts*, in: ZEuP 1 (1993), p. 4.

<sup>19</sup> Zu dieser Einschätzung T. GIARO, *Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts*, in: ZRG RA 111 (1994), p. 90. Vorbehalte anderer Art gegen die „erneuerte Historische Rechtsschule“ bei R. SCHULZE, *Rechtsgrundsätze* (Anm. 2), p. 466 f.; DERS., *Privatrecht* (Anm. 2), p. 81–84, 86 f. Zu den früheren Erneuerungsversuchen D. SIMON, *Segen* (Anm. 1), p. 272 f.

ßen:<sup>20</sup> Einerseits ist die Rechtswissenschaft etwas mehr als die Rechtsdogmatik, weil sie sich nicht auf ein Wissen vom *hic et nunc* geltenden Recht beschränkt, andererseits ist die Dogmatik etwas mehr als die Wissenschaft, weil sie das Recht verändert, was in der kryptischen Juristensprache „Fortbildung“ heißt. Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik sind also keinesfalls identisch. Trotzdem betonen Coing und ihm folgend Zimmermann, mit der Nationalisierung des Privatrechts durch die Kodifikationen des 19. Jahrhunderts ginge nicht nur die vormalige Rechtseinheit Europas, sondern auch die gemeinsame Rechtswissenschaft zugrunde.<sup>21</sup> Dies erscheint insoweit revisionsbedürftig,<sup>22</sup> als die „Rechtswissenschaft“ des Gemeinen Rechts ein Gemisch aus Rechtsdogmatik, Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtspolitik war, dessen übrige Teile der Rechtsdogmatik gegenüber eine sekundäre Rolle spielten. Mit den Kodifikationen endete also bloß die rechtsdogmatische Einheit Europas.

Daß diese nur sehr relativ war und daß die Kodifikationen keine Zerstörung des europäischen Rechtsgartens, sondern dessen Weiterpflege darstellten, wird noch später darzulegen sein. Vorerst ist die für die applikative Richtung der europäischen Privatrechtsgeschichte paradox anmutende These zu begründen, daß die Kodifikation – damit ist die ganze aus der Aufklärungsideologie erwachsene Bewegung gemeint – kein Ende der europäischen Rechtswissenschaft oder deren Abspaltung in kleinnationale Tochterwissenschaften, sondern umgekehrt den Anfang der Rechtswissenschaft herbeiführte. Dadurch wird klar werden, daß das, worauf die europäische Privatrechtsgeschichte zielt, keine europäische Rechtswissenschaft ist, sondern eine europäische, dogmengeschichtlich legitimierte Rechtsdogmatik.

Die postkodifikatorische Rechtswissenschaft, wozu die undogmatische Rechtsgeschichte, die undogmatische Rechtsvergleichung, die Rechtssoziologie und die Rechtstheorie zählen, ist nicht weniger

<sup>20</sup> Dazu T. GIARO, *L'argumentation* (Anm. 17), p. 271 ff., passim.

<sup>21</sup> H. COING, Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft, 1968, in: *Gesammelte Aufsätze II*, 1982, p. 154; DERS., *Ius commune, nationale Kodifikation und internationale Abkommen*, in: *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione I*, 1979, p. 193; DERS., *Die Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert in Europa*, 1991, p. 7; R. ZIMMERMANN, *Grundlage* (Anm. 10), p. 9 f., 18 f.; DERS., *Römisch-holländisches Recht* (Anm. 11), p. 837 f.

<sup>22</sup> Daß diese „Nationalisierung“ eher eine „Ettisierung“ des Privatrechts war – so W. BRAUNEDER, *Europäisches Privatrecht – aber was ist es?*, in: *ZNR* 15 (1993), p. 229, 235 –, liegt auf der Hand, interessiert jedoch hier nicht weiter.

„gemeinsam“ und „international“ als die Dogmatik des Gemeinen Rechts. Die postkodifikatorische Rechtsdogmatik schlug hingegen eindeutig den Weg ein, den sie in der Hauptsache schon immer ging, nämlich den der Anpassung der Rechtstexte an deren Sozialkontexte. Dies ermöglichte eine Entdogmatisierung und damit eine Verwissenschaftlichung der bislang von ihr bevormundeten Disziplinen, die der für die modernen Wissenschaften typischen Tendenz funktionaler Ausdifferenzierung und Spezialisierung folgten. Dieser Emanzipationsprozeß wird bis heute nur dadurch verdeckt, daß man die Rechtsdogmatik an den juristischen Fakultäten weiterhin als „das Kernstück der Rechtswissenschaft“ ansieht.<sup>23</sup> Der Grund hierfür liegt in der Praxisorientierung der Juristenausbildung, wissenschaftstheoretisch macht dies aber so wenig Sinn wie die Proklamierung der Tierzucht zum Kernstück der Zoologie oder der Kochkunst zum Kernstück der Botanik.<sup>24</sup> Weil die Juristen trotzdem nicht davor zurückscheuen, die „Grundlagenfächer“ im Curriculum als „Wahlfächer“ und in den Lehrstuhldefinitionen als „Nebenfächer“ zu erfassen, empfiehlt es sich, dem Vorgang der Konstituierung des modernen Systems der Rechtswissenschaften ein wenig Aufmerksamkeit zu widmen.

Die kodifikatorische Rechtspositivierung löste auch im Privatrecht – wo sie später eintrat als in den anderen Rechtszweigen – die alte Einheit von Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik auf. Eine simple Arbeitsteilung wurde möglich: Die Rechtsdogmatik befaßt sich mit dem geltenden, die Rechtsgeschichte mit dem nicht mehr geltenden Recht. Charakteristischerweise wurde dies während der ersten nachkodifikatorischen Zeit in extremer Form deutlich. Die Rechtsdogmatik nahm eine Konsumtionswirkung der Kodifikation gegenüber dem früheren Rechtszustand an und weigerte sich deziert, auf diesen zurückzublicken.

So entstanden am Anfang des 19. Jahrhunderts in Frankreich und in Österreich sowie in denjenigen italienischen Staaten und Schweizer Kantonen, die diesen Modellen folgten, exegetische Schulen, die

<sup>23</sup> Belege bei T. GIARO, *L'argumentation* (Anm. 17), p. 271, Anm. 1; sonst noch F. WIEACKER, Über „Aktualisierung“ der Ausbildung im römischen Recht, in: *Studi in memoria di P. Koschaker I*, 1954, p. 525 und R. DREIER, *Rechtstheorie und Rechtsgeschichte*, in: *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft*, hg. von O. BEHRENDTS et al., 1990, p. 21.

<sup>24</sup> Kritisch zu dieser Vorstellung T. GIARO, *Die Illusion der Wissenschaftlichkeit*, in: *Index 22* (1994), p. 110.

ihre Aufgabe als Gesetzeskommentierung definierten.<sup>25</sup> Allerdings führte dies nicht zwangsläufig zur Herausbildung einer methodisch und organisatorisch autonomen Rechtsgeschichte. In Österreich wurde sie zunächst einmal durch die Herrschaft der Naturrechtsideologie verhindert.<sup>26</sup> Und auch als die Thun-Hohensteinsche Studienreform von 1855 das Naturrecht durch die Rechtsgeschichte ersetzte, importierte man diese aus Deutschland in einem vom System überwältigten Zustand. Ihre Historisierung fand daher in Österreich genauso wenig wie im Exportland statt. Es blieb bei der Ablösung der exegetischen Schule durch die Pandektistik.<sup>27</sup> Erst seit der Mitte der 70er Jahre, nachdem Deutschland mit der Historisierung begonnen hatte, wurde in Österreich einerseits die Rückkehr der Dogmatik zum Gesetz und andererseits die Herausbildung der Rechtsgeschichte möglich.<sup>28</sup>

Auch in Deutschland war die Trennung zwischen Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte langwierig. Sie setzt mit der Jheringschen Kritik der Rechtsgeschichte als „Reproduction des Dogmas“ im ersten Bande des „Geistes“ an<sup>29</sup> und kommt spätestens mit dem Erlaß des BGB zum Abschluß.<sup>30</sup> In der Tat weigert man sich seitdem auch hier, „das heute geltende Recht aus dem alten Recht geschichtlich zu ‚entwickeln‘“, denn dies laufe „auf eine Fälschung des alten oder des neuen Rechts heraus“.<sup>31</sup> Hinsichtlich der postkodifikatori-

<sup>25</sup> Dazu H. COING, *Einheit* (Anm. 21), p. 153; H. LENTZE, *Die Eingliederung der österreichischen Zivilrechtswissenschaft in die deutsche Pandektenwissenschaft*, in: *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa*, hg. von A. CSIZMADIA und K. KOVÁCS, 1970, p. 60 f., 65; M. SCHWIMANN, *Zur Entwicklung einer europäischen Rechtswissenschaft*, in: *Festschrift E. C. Hellbling*, 1971, p. 653–655; P. LIVER, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 80.2 (1961), p. 198, 225 f.

<sup>26</sup> W. OGRIS, *Die historische Schule der österreichischen Zivilistik*, in: *Festschrift Lentze*, 1969, p. 451 f.; U. FLOSSMANN, *Österreichische Privatrechtsgeschichte als Teildisziplin der Rechtsgeschichte Österreichs*, in: *Die österreichische Rechtsgeschichte*, hg. von H. C. FAUSSNER et al., 1991, p. 95–97.

<sup>27</sup> W. OGRIS (Anm. 26), p. 492; H. LENTZE (Anm. 25), p. 66 f.

<sup>28</sup> Vgl. W. OGRIS (Anm. 26), p. 493 f.; U. FLOSSMANN, *Privatrechtsgeschichte* (Anm. 26), p. 102–107.

<sup>29</sup> R. v. JHERING, *Geist des römischen Rechts* I, 1852, p. 38 f., 47 ff. (I, 3. Aufl. 1873, p. 47 f., 55 ff.).

<sup>30</sup> Vgl. M. SENN (Anm. 4), p. 28, 36–39, 46, 51; M. KRIECHBAUM, *Dogmatik und Rechtsgeschichte* bei E. I. Bekker, 1984, p. 30–45, 277–283; D. KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte*, 1985, p. 6 f.; J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, 1988, p. 72 ff.; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I, 1988, p. 46.

<sup>31</sup> K. COSACK, in: *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen* I, hg. von H. PLANITZ, 1924, p. 16. Ähnlich R. STAMMLER, *Die Behandlung des römischen Rechts in dem juristischen Studium*, 1885, p. 11 f.; andere bei Th. HONSELL, *Historische Argumente im Zivilrecht*, 1982, p. 64 f. und D. KLIPPEL (Anm. 30), p. 19 f.

schen Zeit wird also auch für Deutschland die „einseitige Historisierung“ der Romanistik einerseits und die Distanzierung der Zivilistik von ihren pandektistischen Wurzeln andererseits bemängelt.<sup>32</sup> Allerdings beweist die immer noch bestehende universitäre Koppelung beider Disziplinen, daß man von ihrer „unglücklichen Ehe“, für deren Trennung bereits Kantorowicz plädierte,<sup>33</sup> weiterhin Nachkommenschaft erwartet.

Die Kodifikation ermöglichte auch eine deutlichere Unterscheidung zwischen der Rechtsdogmatik und denjenigen Disziplinen, die sich mit der ideellen Rechtssphäre befassen, wie die dank Hegel vom Naturrecht emanzipierte Rechtsphilosophie<sup>34</sup> und die von Petrazycki als autonome Wissenschaft postulierte Rechtspolitik.<sup>35</sup> Es ist ferner die auf die Kodifikation zusteuernde Pandektistik, die die Abstraktionen des subjektiven Rechts, der juristischen Person, des Rechtsgeschäfts, etc. und damit die Voraussetzungen für die „metadogmatische“ Rechtstheorie schuf.<sup>36</sup> Die Begründung der Rechtssoziologie fand im Kampf gegen den „etatistischen Positivismus der Rechtswissenschaft“ statt,<sup>37</sup> der auf dem Gebiet des Privatrechts eben Produkt der Kodifikationen war. Und daß gerade diese die Rechtsvergleichung als Forschungsbereich und -methode ermöglichten und erzwingen, ist eine Trivialität.<sup>38</sup>

Von den weniger etablierten Disziplinen, etwa der Rechtslogik und Rechtssemiotik sowie der Rechtsanthropologie und Rechtsethnologie, die man einerseits der Rechtstheorie und andererseits der Rechtssoziologie zuordnet, wird hier abgesehen. Es erübrigt sich auch nach

<sup>32</sup> P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 4. Aufl. 1966, p. 292 f.; R. ZIMMERMANN, *Römisch-holländisches Recht* (Anm. 11), p. 837 f.

<sup>33</sup> H. U. KANTOROWICZ, *Probleme der Strafrechtsvergleichung*, in: *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* 4 (1907–8), p. 108; dagegen O. FISCHER, *Ziel und Methode des rechtsgeschichtlichen Unterrichts*, 1908, p. 8, aber auch ebd. p. 38.

<sup>34</sup> P. PIOVANI, *La philosophie du droit dans la pluralité des expériences juridiques*, in: *Archives de Philosophie du Droit* 7 (1962), p. 17 f.; Th. VIEHWEG, *Positivismus und Jurisprudenz*, in: *Positivismus im 19. Jh.*, hg. von J. BLÜHDORN und J. RITTER, 1971, p. 107 f., 114 f.

<sup>35</sup> Dazu T. GIARO, *La „Civilpolitik“ di Petrazycki*, in: *Index* (im Druck).

<sup>36</sup> F. WIEACKER, *Die Ausbildung einer allgemeinen Theorie des positiven Rechts in Deutschland im 19. Jh.*, in: *Festschrift K. Michaelis*, 1972, p. 354 ff.

<sup>37</sup> M. REHBINDER, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, 2. Aufl. 1986, p. 18; auch Th. RAISER, *Rechtssoziologie*, 1987, p. 60 f.

<sup>38</sup> H. COING, *Einheit* (Anm. 21), p. 154 f.; DERS., *Privatrechtswissenschaft* (Anm. 21), p. 19 f.; K. A. ZIEGERT, *Juristische und soziologische Empirie des Rechts*, in: *RabelsZ* 45 (1981), p. 58 ff., 64; L.-J. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung I*, 1971, p. 89, 138 f.

allem, auf die Lieblingsfragen der Romanistik einzugehen, wieviel „Sinn für“ die Rechtsgeschichte, die Rechtsvergleichung, die Rechtslehre, etc. bereits die römische Jurisprudenz aufwies. Welche „Ansätze“ dafür es auch immer, damals oder später, gegeben haben mag,<sup>39</sup> als selbständige, selbstbewußte Wissenschaften sind sie erst Produkte der kodifikatorischen Rechtspositivierung. Im vorkodifikatorischen Zeitalter sind Otto Lenel, Eugen Ehrlich, Ernst Rabel und Hans Kelsen unvorstellbar.

Nachdem die Rechtsdogmatik, einst die Rechtswissenschaft *tout court*, ihre imperialistischen Tendenzen aufgab, wurde offenbar, daß sie früher mit fremder Wissenschaftlichkeit gegläntzt hatte. Als Mischdisziplin ist sie nur soweit wissenschaftlich, wie sie die geschichtlichen, soziologischen und theoretischen Hintergründe von Rechtsnormen berücksichtigt. Ihr Endziel, die Vorformung einer juristischen Entscheidung, ist jedoch heillos unwissenschaftlich. Der Rechtsdogmatiker steht zum Historiker, zum Soziologen, zum Theoretiker – mögen diese Funktionen auch in Personalunion ausgeübt werden – wie der Politiker zu den Experten, die ihm seine Entscheidung nicht abnehmen können. „Unwissenschaftlicher“ ist auch die normative Basis der Rechtsdogmatik geworden: An die Stelle des justinianischen Buches der Weisheit, mit dem „ein selbständiger Kopf“ so unbefangen „schalten konnte“,<sup>40</sup> traten die von den Volksabgeordneten verabschiedeten Gesetzbücher. Angesichts des Gebrauchs der Rechtswissenschaften durch die moderne Rechtsdogmatik ist man jedoch kaum bereit, das dahingeschwundene „Schalten“ der Gemeinrechtler mit den Pandekten zu betrauern. Die Rechtsdogmatik ist keine Wissenschaft und wird, da es keine „wissenschaftliche Entscheidung“ gibt,<sup>41</sup> niemals eine werden. Weil sie aber über die Resultate ihrer Grundlagendisziplinen verfügt, ist

<sup>39</sup> Siehe zur Rechtsgeschichte T. GIARO, Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz, in: *Bulletino dell'Istituto di diritto romano* 90 (1987), p. 37 ff.; zur Rechtsvergleichung DERS., Fremde in der Rechtsgeschichte Roms, in: *Fremde der Gesellschaft*, hg. von M.-Th. FÖGEN, 1991, p. 50; zur Rechtslehre DERS., Geltung (Anm. 19), p. 70. Vgl. auch DERS., Das Mehrzweckmodell einer wahrheitsfähigen Rechtsdogmatik, in: *RJ* 11 (1992), p. 324 f.

<sup>40</sup> F. WIEACKER, *Gründer und Bewahrer*, 1959, p. 185. Laut J. OFNER, *Studien sozialer Jurisprudenz*, 1894, p. 19, vermag er dort sogar „die Grundlage unserer Arbeiterfürsorge ... zu finden“. So heute noch M. BALZARINI, *L'Europa e il diritto*, in: *L'Europa e il diritto*, a cura di D. CASTELLANO, 1989, p. 48: „pozzo inesauribile, ove, volendo, si può trovare di tutto“.

<sup>41</sup> Dazu T. GIARO, *Illusion* (Anm. 24), p. 123.

sie weitaus wissenschaftlicher,<sup>42</sup> als es die *ius commune*-Jurisprudenz jemals war.

## 2. „Ursprüngliche Einheit des europäischen Rechts“ und die Vermengung von Rechtstexten und Rechtsnormen

Eine weitere von der europäischen Privatrechtsgeschichte allzu wenig beachtete, wengleich triviale Unterscheidung ist die zwischen Rechtstexten und Rechtsnormen. Mit deren Vermengung erklärt sich auch eine weitere Rückprojektion eines nie Wirklichkeit gewordenen Wunsches, nämlich die der seit dem Mittelalter bestehenden Rechtseinheit Europas. Dieser Wunsch ist nur das Spiegelbild des vorhin erwähnten, denn einerseits erhofft man sich die künftige Einheit des europäischen Rechts von der gleichnamigen Rechtsdogmatik, andererseits erblickt man bereits die alte Einheit des *ius commune* allein in der gemeinsamen Jurisprudenz.<sup>43</sup>

Die europäische Privatrechtsgeschichte macht sich hier die post-positivistische Auffassung nicht nur der Rechtsdogmatik, sondern auch des Rechts selbst als Tradition<sup>44</sup> zu eigen, die sie freilich als gemeineuropäische Tradition begreift. In dieser Optik und im Hinblick auf die bevorstehende Vereinheitlichung sind die nationalen Privatrechtstraditionen Erscheinungen neuen Datums und von kurzer Dauer.<sup>45</sup> Wenn nicht Aberrationen der Nationalismusepoche, so sind sie doch höchstens „Episoden“ in der Geschichte des Gemeinen Rechts;<sup>46</sup> die gesamteuropäische Tradition war älter, ist stärker und wird die Zukunft beherrschen. Dies sei ihr gegönnt! Man täte jedoch besser daran, Vergangenheit und Zukunft nicht zu verschmelzen.

<sup>42</sup> Nach der glücklichen Formel J. OFNERS (Anm. 40), p. 13 ist sie „wissenschaftlich, aber keine Wissenschaft“.

<sup>43</sup> H. COING, *Ius commune* (Anm. 21), p. 181.

<sup>44</sup> Vgl. H. IZDEBSKI, *Existe-t-il une tradition juridique commune à l'Europe centrale?*, in: *L'Europe centrale. Réalité, mythe, enjeu XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, éd. par G. BEAUPRÊTRE, 1991, p. 243 f.; C. VARGA, *European Integration and the Uniqueness of National Legal Cultures*, in: *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, ed. by B. DE WITTE and C. FORDER, 1992, p. 725-729.

<sup>45</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *Introduction historique au droit privé*, 1988, p. 4; H. COING, *Einheit* (Anm. 21), p. 137, 155 f.; R. ZIMMERMANN, *Grundlage* (Anm. 10), p. 20; DERS., *Europäischer Charakter* (Anm. 18), p. 7. Ähnlich bereits E. M. SMITH, *A General View of European Legal History*, in: *Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé I*, 1928, p. 227 ff.

<sup>46</sup> TH. MAYER-MALY, *Die Wiederkehr der Rechtsfiguren*, in: *JZ* 26 (1971), p. 3; zustimmend R. ZIMMERMANN, *Grundlage* (Anm. 10), p. 20.

Die relativ gemeinsame *ius-commune*-Dogmatik war lediglich Folge der – eher Ideologie als Wirklichkeit gewesenen<sup>47</sup> – Geltung des Corpus Iuris. Weil das dicke Pandektenbuch oberflächlich und selektiv rezipiert wurde,<sup>48</sup> überzog es Europa nur mit einer „dünnen Schicht“ der Rechtseinheit.<sup>49</sup> Von Einheit der europäischen Jurisprudenz kann man also, trotz der gelegentlichen Benutzung Carpzovs in Portugal,<sup>50</sup> nur mit Mühe sprechen. Vorhanden war bloß die gemeineuropäische Kenntnis des Corpus Iuris samt der Glosse. In Westeuropa interpretierte man aber diese Texte sehr unterschiedlich, in Ostmitteleuropa blieben sie ohne praktischen Einfluß. Mit gutem Grund vergleicht daher Munroe Smith die in die Universitäten Italiens einströmenden Studenten aller Länder mit den heutigen Studenten der politischen Wissenschaften.<sup>51</sup>

Denn selbst wenn man sich auf das westeuropäische *ius-commune*-Gebiet beschränkt, bleibt die Identifizierung der gemeinsamen Rechtstradition mit einem – nur subsidiär geltenden – Text unzulässig. Es ist eine Binsenwahrheit der Rechtsvergleichung, daß die Feststellung der Textidentität erst den Anfang der Rechtsanalyse bildet. Versteht man das Recht als soziale Praxis, wozu sich schon bei Savigny Ansätze finden, dann ist es ohne Rechtsdogmatik und Rechtsprechung unzugänglich,<sup>52</sup> und diese waren vor der „Nationalisierung“ des Privatrechts noch lokaler als danach. Bereits Jhering betonte die „formelle“ Natur der Einheit des Rechts und der Rechtswissenschaft in vorkodifikatorischer Zeit.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> Zur „ideologischen“ Natur des *ius commune* B. PARADISI, La renaissance du droit romain entre Italie et France, in: Le droit romain et sa réception en Europe, éd. par H. KUPISZEWSKI et W. WOŁODKIEWICZ, 1978, p. 159 f.; DERS., Il problema del diritto comune nella dottrina di F. Calasso, in: Il diritto comune e la tradizione giuridica europea, a cura di D. SEGOLONI, 1980, p. 205, 212 ff.

<sup>48</sup> Vgl. nur P. KOSCHAKER, Europa (Anm. 32), p. 161–164.

<sup>49</sup> M. SCHWIMMANN (Anm. 25), p. 652, 658.

<sup>50</sup> H. COING, Ius commune (Anm. 21), p. 182; DERS., Europäische Grundlagen des modernen Privatrechts, 1986, p. 10. Weiteres zum „praktischen Einfluß“ des Gemeinen Rechts DERS., Einheit (Anm. 21), p. 144 f.

<sup>51</sup> E. M. SMITH (Anm. 45), p. 221; vgl. auch H. COING, Einheit, (Anm. 21), p. 140 f., 145 f.

<sup>52</sup> F. C. v. SAVIGNY, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, p. 8, 30; H. COING, Ius commune (Anm. 21), p. 198.

<sup>53</sup> R. v. JHERING, Geist (Anm. 29), 3. Aufl., p. 14 f. Nach L. FRIEDMAN and G. TEUBNER, Legal Education and Legal Integration, in: Integration Through Law I. 3, ed. by M. CAPPELLETTI et al., 1986, p. 238, das europäische *common law* „does not exist and never did“; kritisch auch P. CARONI, Storia (Anm. 14), p. 326, der dieses Modell als „non meglio precisato (e magari anche mitico)“ bezeichnet, und W. BRAUNEDER, Europäisches Privatrecht (Anm. 22), p. 225–229.

Die Privatrechtskodifikationen, die dieser Einheit ein Ende setzten, fielen also nicht vom Himmel. Man kann sie auch als bloße Epiphänomene der gesamteuropäischen Tradition auffassen, doch eben deshalb sind sie verschieden: Sie trugen den seit dem Anfang des 17. Jahrhunderts sich verstärkt behauptenden nationalen Privatrechtstraditionen<sup>54</sup> Rechnung. Je weiter vom geographischen Zentrum Europas, zugleich vom Zentrum der Rezeption des römischen Rechts, entfernt, desto dünner war die „dünne Schicht“ des gelehrten Rechts und desto solider dessen Nationalgrundlagen. Jedoch selbst in Deutschland entlarvten die Germanisten seit der Mitte des 19. Jahrhunderts die Geltung des römischen Rechts als Fiktion<sup>55</sup> und führten ihren Kampf um die Germanisierung des BGB unter dem Motto: „Die geschichtliche Entwicklung zum Abschluß bringen“.<sup>56</sup>

Ob die von ihnen propagierten Alternativen zur Romanistik nicht häufig sozialkonservativen Zwecken dienten<sup>57</sup> und ob „das deutsche Privatrecht“ nicht selbst eine Fiktion war,<sup>58</sup> steht auf einem anderen Blatt. Jedenfalls kann man nicht umhin, in den Kodifikationen einen – gewiß durch Naturrechtsideologie und durch Verfestigung der Nationalstaaten begünstigten – Abschluß eines langen Ausdifferenzierungsprozesses zu erblicken. Mag sich auch dieser Abschluß in Zukunft als vorläufig erweisen, das Auseinanderkommen der europäischen Privatrechte war, und ist immer noch, ebenso wirklich, historisch und gemeineuropäisch wie deren relative Einheit.<sup>59</sup> Die Einheit der euro-

<sup>54</sup> Dazu W. WIEGAND, Die privatrechtlichen Rechtsquellen des *usus modernus*, in: Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, hg. von D. SIMON, 1987, p. 242 ff.

<sup>55</sup> J. C. BLUNTSCHLI, Deutsches Privatrecht I, 1853, p. X, XXI; R. SOHM, Die deutsche Rechtsentwicklung und die Codificationsfrage, in: Grünhuts Zeitschrift I (1874), p. 266 f. Zu Mandry und v. Amira vgl. K. LUIG, Die Theorie der Gestaltung eines nationalen Privatrechtssystems aus römisch-deutschem Rechtsstoff, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jh. I, hg. von H. COING und W. WILHELM, 1974, p. 247 f.

<sup>56</sup> Dagegen L. v. PETRAZYCKI, Die Lehre vom Einkommen II, 1895, p. 551–553, 558, 599 f., 626.

<sup>57</sup> K. W. NÖRR, Eher Hegel als Kant, 1991, p. 46 f.

<sup>58</sup> H. THIEME, Le „droit commun germanique“ du Moyen-âge, fantaisie des professeurs du XIX<sup>e</sup> siècle ou réalité?, in: Études historiques offertes à J.Yver, 1976, jetzt in: Ideengeschichte und Rechtsgeschichte, 1986, p. 380–387; R. SCHULZE, Einführung, in: Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur, hg. von R. SCHULZE, 1990, p. 7 f.

<sup>59</sup> Hinweise in diesem Sinne auch bei H. COING, Einheit (Anm. 21), p. 151; DERS., Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte für die Rechtsvergleichung, in: *RabelsZ* 32 (1968), jetzt in: *Gesammelte Aufsätze II*, 1982, p. 170.

päischen Rechtsgeschichte beruhte eben darauf, daß sie schon immer im Zeichen zweier gegenläufiger Tendenzen stand,<sup>60</sup> wovon die zentrifugale letztendlich überwog. Von einer „zentrifugalen“ Tendenz<sup>61</sup> kann man freilich nur unter dem gesamteuropäischen Blickwinkel sprechen, weil alle Nationalkodifikationen eine – aus europäischer Sicht regionale – Rechtsvereinheitlichung erzielten. Eine Rechtsgeschichte, die dies ignoriert, verzerrt das Geschichtsbild, eine solche, die die Kodifikationen für einen rückgängig zu machenden Mißgriff erklärt, überschreitet außerdem ihre Kompetenzen.<sup>62</sup>

Ob die deutschstämmige europäische Privatrechtsgeschichte nicht die stärker unifizierende Funktion des Gemeinen Rechts der deutschen Lande auf das gesamteuropäische *ius commune* projiziert, mag hier dahingestellt bleiben. Besonders lehrreich angesichts der vermeintlichen Einheit des europäischen Rechts ist jedenfalls Ostmitteleuropa mit den historisch wichtigsten Ländern Polen und Ungarn.<sup>63</sup> Beide – um Rückprojektionen zu verhindern, ist festzuhalten, daß sie keine kleinen Staaten waren, sondern große, obwohl immer schwächere Königreiche – haben zwar mit ihrem Beitritt zum römisch-katholischen Glauben im 10. Jahrhundert das kanonische Recht rezipiert, nicht aber das römische, dessen Geltung man mit der Kaiserherrschaft assoziierte.<sup>64</sup> Polen und Ungarn sind also Fälle des ostmitteleuropäischen *ius canonicum sine iure civili*.<sup>65</sup> Vor allem über die Kirche sickerten auch die „Spurenelemente“ des römischen Privatrechts in die Rechtskultur beider Länder ein.

Dieser Vorgang entspricht der gemeineuropäischen Frührezeption, die sich ebenfalls vornehmlich über die Kirche vollzog.<sup>66</sup> Insoweit als das *ius commune* auch öffentliches Recht und Völkerrecht war,<sup>67</sup>

<sup>60</sup> Zu den dem *ius commune* entgegenwirkenden Kräften B. PARADISI, Problema (Anm. 47), p. 249 ff., 254 ff.; R. C. VAN CAENEGEM (Anm. 45), p. 88–91, 117.

<sup>61</sup> Oder von einer – so R. ZIMMERMANN, Römisch-holländisches Recht (Anm. 11), p. 838 – „Partikularisierung des europäischen Rechts“.

<sup>62</sup> Auch D. GRIMM, Rechtsgeschichte als Voraussetzung von Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, in: ARSP Bh. 13 (1980), p. 21 spricht der Rechtsgeschichte die reformatorischen Kompetenzen ab.

<sup>63</sup> H. IZDEBSKI, Tradition juridique (Anm. 44), p. 245 zählt zum Kern des heutigen Mitteleuropa auch die Tschechoslowakei, welche aber vor 1918 teils zu Österreich, teils zu Ungarn gehörte; K. POMIAN, L'Europe centrale: essais de définition, in: Revue germanique internationale 1 (1994), p. 11 ff.

<sup>64</sup> M. STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland I, 1988, p. 64–66; P. BELLINI, Dominus totius mundi, in: Da Roma alla Terza Roma III, 1986, p. 254, 259 f.

<sup>65</sup> T. GIARO, Europa und das Pandektenrecht, in: RJ 12 (1993), p. 332 ff.

<sup>66</sup> U. WOLTER (Anm. 16), p. 110.

<sup>67</sup> H. COING, *Ius commune* (Anm. 21), p. 178; T. GIARO, Europa (Anm. 65), p. 335 f.

standen die beiden ostmitteleuropäischen Staaten in dessen Bann. Zunächst einmal übernahmen sie in der Tat die gemeineuropäischen Grundsätze der Staatsordnung, insbesondere im 14. Jahrhundert die legistische Konzeption der *Corona Regni*.<sup>68</sup> Als jedoch im 16. Jahrhundert die Entwicklung West- und Osteuropas verschiedene Richtungen einschlug,<sup>69</sup> die wirtschaftlich frühkapitalistische und politisch absolutistische im Westen<sup>70</sup> gegenüber der Refeudalisierung und der Adelsdemokratie in Ostmitteleuropa, fielen Polen und Ungarn vom gesamteuropäischen Kurs ab.

Es genügt wohl, die rechtlichen Effekte der Refeudalisierung am Beispiel Polens zu verfolgen. In bezug auf die Bauern, die der patrimonialen Gerichtsbarkeit unterlagen, bedeutete sie die weitgehende Rechtlosigkeit. Was die polnischen Städte betrifft, so hatten sie in der Mehrzahl das Magdeburger Recht rezipiert. Das sächsische Recht<sup>71</sup> war aber von allen deutschen Partikularrechten am wenigsten romanisiert; außerdem entwickelten sich bald dessen einheimische Varianten wie das Kulmer Recht, so daß Bartłomiej Groicki bereits 1559 behaupten konnte, das in Polen geltende *ius Magdeburgense* sei kein deutsches, sondern ein polnisches Recht.<sup>72</sup> Die ursprüngliche Praxis der Appellation an das Magdeburger Gericht und der Rechtsweisung durch dasselbe schränkte man im Laufe der Zeit als mit der polnischen Souveränität unvereinbar ein: Zu diesem Zweck wurden in Polen höhere Gerichte des deutschen Rechts, das erste in Krakau unter Kasimir dem Großen, gegründet.<sup>73</sup> Die Polonisierung des Stadtrechts bedeutete dessen Entromanisierung.

Am stärksten wurde die Rezeption, und zwar in Polen wie in Ungarn, durch relativ einheitliches und geschlossenes, von den

<sup>68</sup> J. BARDACH, La réception dans l'histoire de l'Etat et du droit, in: Le droit romain (Anm. 47), p. 50, 68; I. ZAJTAY, Introduction à l'étude du droit hongrois, 1953, p. 65–67.

<sup>69</sup> Dazu J. TOPOLSKI, Les bases économiques de l'Europe centrale au XVIII<sup>e</sup> siècle, in: L'Europe centrale (Anm. 44), p. 106–108.

<sup>70</sup> Zum Zusammenhang von Rezeption und Absolutismus F. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, p. 135; J. BARDACH, Réception (Anm. 68), p. 51; M. STOLLEIS, Geschichte (Anm. 64), p. 59–61.

<sup>71</sup> Zu seiner Kenntnis in Polen I. KWIATKOWSKA, Das sächsische Recht in der polnischen juristischen Literatur des 17. Jh.s, in: Deutsches Recht zwischen Sachenspiegel und Aufklärung, hg. von G. LINGELBACH und H. LÜCK, 1991, p. 119–123.

<sup>72</sup> J. BARDACH, Réception (Anm. 68), p. 59; L. DRALLE, Die Deutschen in Ostmittel- und Osteuropa, 1991, p. 97; zur „Tschechisierung“ des böhmischen Städterechts im 16. Jh. K. MALY, Sprache, Recht und Staat in der tschechischen Vergangenheit, in: Sprache – Recht – Geschichte, hg. von J. ECKERT und H. HATTENHAUER, 1991, p. 258.

<sup>73</sup> J. BARDACH, B. LEŚNODORSKI und M. PIETRZAK, Historia ustroju i prawa polskiego, 1994, p. 78, 122 f., 243, 282.

adeligen Laienrichtern verwaltetes *ius terrestre* gehindert.<sup>74</sup> Während des ganzen Mittelalters ist in Polen kein einziger Richter bekannt, der eine juristische Ausbildung besessen hätte, und auch in der Folgezeit bis zu den Teilungen waren solche Richter nur zufällige Ausnahmen.<sup>75</sup> Wenngleich sich die Adelsjustiz, wie auch Rechtsgelehrsamkeit und Gesetzgebung, des Lateins bediente, wurde diese Sprachrezeption nicht von der Rezeption der Begrifflichkeit begleitet: Sie betraf die lateinischen Worte und Termini,<sup>76</sup> nicht aber die römischen Rechtsnormen oder -begriffe.<sup>77</sup> Tiefer romanisiert als das *ius terrestre* Polens war paradoxerweise das litauische Recht. Das 3. Litauische Statut von 1588, das in Polen nur subsidiär galt, transportierte die Einflüsse des gelehrten Rechts weiter nach Osten, wo es als Modell für die russische Konsolidation „Sobornoje Ulozenje“ von 1649 und noch für den „Svod Zakonov“ von 1833 diente.<sup>78</sup>

Am Beispiel Polens und Ungarns wird deutlich, daß sich die nationalen Privatrechtstraditionen nicht nur in der Kodifikation, sondern auch im konservativ orientierten Widerstand gegen die Kodifikation ausdrückten. Polen behielt seinen feudalen Pluralismus des Privatrechts bis zur Durchsetzung – auch hier nicht mit der Aufoktroyierung der Rechtstexte identisch – des preußischen (später deutschen), des österreichischen und des französischen Rechts infolge der Teilungen und der napoleonischen Kriege. Ungarn behielt ihn noch länger, denn trotz seiner Einverleibung in die Habsburgermonarchie im 17. Jahrhundert bestand es als Privatrechtsgebiet weiter.<sup>79</sup> In einen direkten Kontakt mit fremdem Recht romanistischer

<sup>74</sup> Zu Ungarn I. ZAJTAY, Sur le rôle du droit romain dans l'évolution du droit hongrois, in: Studi Koschaker II, 1954, jetzt in: Beiträge zur Rechtsvergleichung, 1976, p. 34–39; A. CSIZMADIA, Der Unterricht des Heimatrechts in der 2. Hälfte des 18. Jh.s, in: Acta Facultatis Juridicae Universitatis Comenianae, 1968, p. 82 f.; zu Polen W. WOŁODKIEWICZ, Il diritto romano nella cultura giuridica polacca, in: Sodalitas, 1984, p. 3389–3392; J. KODRĘBSKI, Prawo rzymskie w Polsce XIX w., 1990, p. 27–31.

<sup>75</sup> A. VETULANI, Les entraves à la pénétration du droit romain dans le droit polonais médiéval, in: Miscellanea in honorem R. Bidagor I, 1972, p. 66 ff.

<sup>76</sup> Zur terminologischen Rezeption J. BARDACH, Réception (Anm. 68), p. 65 f.

<sup>77</sup> Allgemein A. VETULANI (Anm. 75), p. 58, 62 und, zur Distinktion zwischen Eigentum und Besitz, S. RUSOCKI, Romanité – continuité verbale et institutionnelle, in: Studia Juridica 12 (1985), p. 204 f.

<sup>78</sup> J. BARDACH, Les statuts lituaniens – codifications de l'époque de la Renaissance, in: Poland at the 14<sup>th</sup> International Congress of Historical Sciences in San Francisco, 1975, p. 61–65.

<sup>79</sup> I. ZAJTAY, Introduction (Anm. 68), p. 67–71.

Herkunft gelangte Ungarn erst nach 1848, als dort für ein Jahrzehnt das ABGB in Kraft trat.<sup>80</sup> Davor wie danach galt in Ungarn als Quelle des Privatrechts das „Tripartitum“, eine im 16. Jahrhundert verfaßte Aufzeichnung des feudalen Gewohnheitsrechts,<sup>81</sup> dessen Fortbildung im Wege der Rechtsprechung erfolgte.

Im Hinblick auf ihre praktische Aufgabe interessiert sich die europäische Privatrechtsgeschichte in erster Linie nicht für Rezeptionsvorgänge, wie die gemeineuropäische Ausbreitung des Code Napoléon, sondern für die Vereinheitlichung mehrerer Rechte, wie sie sich etwa in Deutschland, in der Schweiz oder innerhalb Skandinaviens im 19. Jahrhundert abspielte.<sup>82</sup> Interessante Modelle einer nicht auf die Tradition des *ius commune* gestützten Rechtsvereinheitlichung bieten jedoch für diese Zeit auch Ostmittel- und Osteuropa. Ungarn und Rußland strebten nach Rechtsmodernisierung durch Überwindung des ständischen und territorialen Partikularismus mit den Mitteln der pandektistischen Rechtsdogmatik. Auch in diesen Ländern fungierte die Pandektistik als „Kodifikationsersatz“,<sup>83</sup> und zwar viel länger als in Deutschland. Die Kodifikationen des Zivilrechts erfolgten in Rußland 1922 und in Ungarn 1959 – erst infolge eines politischen Umbruchs. Hingegen sind die kodifikatorischen Bestrebungen der Tschechoslowakei und Polens nach dem ersten Weltkrieg Beispiele einer, nur teilweise gelungenen, Vereinheitlichung der begrenzten Anzahl moderner Systeme des kodifizierten Zivilrechts. Diese Prozesse verdienen auch deshalb die Aufmerksamkeit europäischer Privatrechtsgeschichte, weil sie Ostmitteleuropa den im *ius-commune*-Zeitalter unterbliebenen Anschluß an das gemeineuropäische Modell gewährten.<sup>84</sup>

Von allen ostmitteleuropäischen Staaten gelangte nur Polen zu einer privatrechtlichen Kodifikation. Zwar ging das polnische Zivilge-

<sup>80</sup> J. ZLINSZKY, Die Rolle der Gerichtsbarkeit in der Gestaltung des ungarischen Privatrechts vom 16. bis zum 20. Jh., in: *Ius commune* 10 (1985), p. 64; DERS., Die historische Rechtsschule und die Gestaltung des ungarischen Privatrechts im 19. Jh., in: *Studia in honorem V. Pólay*, 1985, p. 440 f.

<sup>81</sup> F. KORKISCH, Die kulturelle Wechselseitigkeit zwischen den Deutschen und ihren östlichen Nachbarn, in: *Die Deutschen und ihre östlichen Nachbarn*, hg. von V. ASCHENBRENNER et al., 1967, neu in: *Fragen des ostmitteleuropäischen Rechts*, 1979, p. 43 f.; J. ZLINSZKY, *Rolle* (Anm. 80), p. 52–56.

<sup>82</sup> H. COING, *Ius commune* (Anm. 21), p. 189.

<sup>83</sup> Vgl. H. KUPISZEWSKI, *Prawo rzymskie a współczesność*, 1988, p. 81.

<sup>84</sup> T. GIARO, *Europa* (Anm. 65), p. 328, 338–340.

setzbuch nicht über das Stadium von Teilentwürfen hinaus,<sup>85</sup> doch verdient das 1933 erlassene Gesetzbuch der Schuldverhältnisse – und zwar auch in applikativer Hinsicht – mehr Interesse der europäischen Privatrechtsgeschichte, als diese ihm bisher bescherte. Wenn man sich heute eine Art Versöhnung des Code Napoléon und des BGB wünscht,<sup>86</sup> darf man nicht vergessen, daß sie im polnischen Obligationenrecht bereits vor 60 Jahren geschah.<sup>87</sup> Obwohl die polnische Zivilistik keine besonderen Beiträge zu den auf polnischem Territorium geltenden fremden Rechten geleistet hatte,<sup>88</sup> war sie schon durch deren Nebeneinanderbestehen gezwungen, sich einen rechtsvergleichenden Blick anzueignen, der ihr die Rechtsunifikation zwischen den beiden Weltkriegen erleichterte.<sup>89</sup>

Als es darum ging, das in vier Systeme aufgesplitterte Obligationenrecht zu vereinheitlichen, schloß man zunächst einmal alles Überalterte aus, nämlich das altpolnische Recht, dessen Kontinuität durch die Aufoktroierung fremder Rechte unterbrochen worden war, aber auch das geltende russische Recht. Zum französischen, österreichischen und deutschen Recht hat man hingegen noch das neueste schweizerische Obligationenrecht mitberücksichtigt und auf der Grundlage der pandektistischen Begrifflichkeit des BGB<sup>90</sup> ein neues einheitliches Schuldrecht gestaltet.<sup>91</sup> Die damalige Rechtsverglei-

<sup>85</sup> I. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Quelques dispositions générales d'un projet de code civil polonais*, in: *Revue trimestrielle de droit civil* 27 (1928), p. 551–578; DERS., *Progetto di codice civile per la Repubblica Polacca*, in: *Rivista di diritto privato* I. 1 (1931), p. 43–67, 125–132; II. 1 (1932), p. 308–310.

<sup>86</sup> D. WILLOWEIT, *Europäische Rechtskultur und nationales Rechtsstudium*, in: *Rechtsstudium für das Europa von morgen*, hg. von F. SCHWIND und W. BRAUNEDER, 1991, p. 23.

<sup>87</sup> Zu den vergleichbaren Unternehmungen jener Zeit M. SARFATTI, *Le droit comparé en fonction de l'unification du droit*, in: *Revue internationale de droit comparé* 3 (1951), p. 69 f.

<sup>88</sup> Madeyski (Krakau) und Till (Lemberg) spielten aber eine gewisse Rolle bei der Teilnovellierung des ABGB: W. BRAUNEDER, 1850–1900, in: *Juristen in Österreich*, hg. von W. BRAUNEDER, 1987, p. 144.

<sup>89</sup> S. GRZYBOWSKI, *La scienza del diritto nell'ultimo secolo: Polonia*, in: *La science du droit au cours du dernier siècle*, éd. par M. ROTONDI, 1976, p. 525–527, 533 f.

<sup>90</sup> Die Rolle des BGB war nicht – wie es F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* (Anm. 70), p. 484 will – auf dessen „Berücksichtigung“ oder darauf, daß man es „neben dem ABGB ... zu Rate gezogen“ hat, beschränkt.

<sup>91</sup> S. DNISTRJANSKYJ, *Die leitenden Grundsätze des neuen polnischen Obligationenrechts*, in: *Zeitschrift für Osteuropäisches Recht* 1 (1934), p. 132 f.; F. KORKISCH, *Das Privatrecht im ehemals polnischen Staatsgebiet*, in: *RabelsZ* 12 (1938/1939), neu in: *Fragen* (Anm. 81), p. 162; DERS., *Der deutsche Einfluß auf die polnische Gesetzgebung in den Jahren 1919–1939*, in: *Die Burg* 1 (1940), neu in: *Fragen* (Anm. 81), p. 136–139;

chung bezeichnete dies als „einen sehr wertvollen Beitrag zum ... europäischen Rechtswesen“ und als „eine Leistung, an der die künftige Rechtsentwicklung nicht wird vorbeigehen können“.<sup>92</sup>

### 3. „Anknüpfung an die Grundlagen des *ius commune*“ und die Vermengung von Dogmengeschichte und Rechtsgeschichte

Der Ruf nach einer europäischen Rechtswissenschaft erübrigt sich ebenso wie der nach einer europäischen Biophysik. Zur Debatte können nur die europäische Privatrechtsdogmatik und die europäische Privatrechtsgeschichte stehen. Allerdings zeugt der in einem Atemzug ausgestoßene Ruf nach einer Dogmatik und nach einer Geschichte des Rechts von einer weiteren Kategorienvermengung, nämlich von der Vermengung der Rechtsdogmatik mit der Rechtsgeschichte.<sup>93</sup> Die dafür verantwortliche Denkform ist die Dogmengeschichte. Wer diese als Rechtsgeschichte *tout court* ansieht, will auch nicht zwischen juristischer und historischer Interpretation trennen und bagatellisiert somit – aus „geisteswissenschaftlichem“ Verständnis der Jurisprudenz als Auslegungskunst heraus – den ökonomischen, politischen und sozialen Rechtssetzungs- und Rechtsdurchsetzungskontext.

Es handelt sich dabei nicht um eine Eigentümlichkeit der europäischen Privatrechtsgeschichte Zimmermanns. In Übertreibung der Einsicht, daß der Unterschied zwischen dogmatischer und historischer Interpretation ein bloß typologischer ist,<sup>94</sup> versuchte man ihn schon früher, wenngleich aus einer anderen Warte, völlig aufzuheben,<sup>95</sup> etwa in dem Sinne, daß auf die Abdankung der „positivistischen Rechtswissenschaft“ die ihres „Spiegelbildes“, der positivistischen Rechtsgeschichte mit ihrer „Verstrickung in den historischen

Z. NAGÓRSKI, Codification of Civil Law in Poland (1918–1939), in: Studies in Polish and Comparative Law (1945), p. 58–66.

<sup>92</sup> U. RUKSER, Das neue polnische Obligationenrecht, in: *RabelsZ* 8 (1934), p. 375; vgl. T. GIARO, Europa (Anm. 65), p. 340 f.

<sup>93</sup> Dagegen zuletzt F. KÜBLER, Traumpfade oder Holzwege nach Europa?, in: *RJ* 12 (1993), p. 311; M. STOLLEIS, Dienstleistungspflichten?, ebd. p. 324; vgl. auch P. LANDAU, Bemerkungen (Anm. 5), p. 120, 124–126.

<sup>94</sup> Dazu T. GIARO, Dogmatische Wahrheit (Anm. 39), p. 44 f., 86, 95 ff.

<sup>95</sup> So M. SENN (Anm. 4) gegen diese Dychotomie bei Betti (p. 76–81), bei Wieacker in der „Konsolidierungsphase“ (p. 81–90, 96 f.); ferner gegen die „historistische Rechtsgeschichte“ Wieackers (p. 121–130) und Landaus (p. 132–136); vgl. auch E. PICKER, Gegenwartswert (Anm. 4), p. 305.

Objektivismus“ zu folgen habe.<sup>96</sup> Aus der Krise der positivistischen Rechtswissenschaft kann jedoch die Dogmengeschichte kein Kapital schlagen. Beruhte jene Rechtswissenschaft auf ihrer Identifizierung mit einer exegetischen Rechtsdogmatik, dann müßte ihre Abdankung ihre Entdogmatisierung bedeuten, und nicht die Reinhonierung der im Sinne Savignys als Dogmengeschichte begriffenen „geschichtlichen Rechtswissenschaft“. Wer daran glaubt, unterliegt einem *quaternio terminorum*, denn selbst dann, wenn das Recht stets Produkt der Geschichte ist, ist es deshalb nicht Produkt der Dogmengeschichte.

In welchem Sinne soll sich also die europäische Privatrechtsdogmatik an der europäischen Privatrechtsgeschichte orientieren? Coing versprach sich von der Tradition des *ius commune* nur „wertvolle Anregungen“ – wohl kaum inhaltlicher Art.<sup>97</sup> Nichts mehr bedeutet auch die Sehnsucht einiger Rechtsvergleicher nach der Wiederherstellung des „Geistes“ des *ius commune*.<sup>98</sup> Allerdings gibt es Rechtshistoriker, welche die Anlehnung an dessen „wissenschaftliche Basis“ etwas genauer nehmen.<sup>99</sup> In diesem Sinne will auch Zimmermann an dessen „latent ... vorhandene Grundlagen“ anknüpfen.<sup>100</sup>

Natürlich kann man die Privatrechte Europas in ihrem traditionellen Kernbereich auf eine gemeinsame Wurzel zurückführen, etwa die verschiedenen Regelungen der Beziehung zwischen Kaufvertrag und Eigentumsübertragung als Interpretationen „ein und desselben Phänomens, des Traditionsprinzips des römischen Rechts“ deuten.<sup>101</sup> Damit wird jedoch nicht entschieden, welche dieser Interpretationen sich für das künftige europäische Recht empfiehlt. Die Rechtsgeschichte leistet in dieser Hinsicht höchstens diagnostische, keinesfalls aber therapeutische Dienste. Selbst wenn sich der europäische Jurist auf die von ihr angebotenen Lösungen beschränken wollte,

<sup>96</sup> Zitate aus M. SENN (Anm. 4), p. 110 f.

<sup>97</sup> H. COING, *Ius commune* (Anm. 21), p. 198. Ähnlich jetzt G. VAN DEN BERGH, *Ius commune, a History with Future?*, in: *The Common Law* (Anm. 44), p. 605; ebd. p. 593 ein bemerkenswerter Aufruf, Ideologie und Historiographie nicht zu verwechseln.

<sup>98</sup> Zitate bei G. GORLA, *Unificazione „legislativa“ e unificazione „giurisprudenziale“ – l'esperienza del diritto comune*, in: *Nuove frontiere* (Anm. 21), p. 476 f.

<sup>99</sup> Etwa U. WOLTER (Anm. 16), p. 112 mit dem Vorschlag „de s'y attacher“, was dies im Einzelnen auch bedeuten mag.

<sup>100</sup> R. ZIMMERMANN, *Römisch-holländisches Recht* (Anm. 11), p. 838 und vor allem DERS., *Grundlage* (Anm. 10), p. 18–20.

<sup>101</sup> So F. FERRARI, *Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip*, in: *ZEuP* 1 (1993), p. 53.

eine Entscheidung, daher ein „Sprung“ aus der Rechtsgeschichte in die Rechtspolitik, bleibt ihm nicht erspart.

Bereits vor bald einem halben Jahrhundert hielt Koschaker eine „Rückkehr zu Savigny“ nur „in zeitgemäßer Ausgestaltung“ für möglich.<sup>102</sup> Inzwischen ist jedoch der Glaube, die Entwicklung des Rechts durch eine immer tiefere Erforschung seiner Wurzeln bewerkstelligen zu können,<sup>103</sup> irreparabel unzeitgemäß geworden. Die Rechtsentwicklung wird auch durch die historischen Grundlagen vorbestimmt, das Bild der gradlinigen „Evolution“ ist jedoch dahin: In die Zukunft weist der soziale und technische Wandel, den die moderne Gesellschaft trotz aller Deregulierungsdebatten<sup>104</sup> durch Recht, obwohl nicht mehr durch Kodifikationen, zu steuern versucht. Zwar spielt im letztendlich geheimnisvollen Vorgang der Rechtserzeugung – falls daran Rechtshistoriker mitwirken – auch die dogmatische Rechtsgeschichte eine Rolle, doch streitet ihr die Rechtspolitik die ihr noch bei der Erarbeitung des BGB zukommende Vorzugsstellung ab.<sup>105</sup> Insoweit die Rechtsfortbildung „wissenschaftlich“ erfolgt, bedient sie sich vor allem der Rechtsvergleichung und der Rechtssoziologie, insbesondere der sogenannten Rechtstatsachenforschung.

Die Bedeutung der Rechtsgeschichte als Hüterin der Tradition sinkt dagegen schon deshalb, weil man sich deren selektiv-adaptierenden Charakters immer klarer wird.<sup>106</sup> Nicht nur spinnt die Rechtsentwicklung lediglich bestimmte Fäden weiter – das Recht kann ja nicht bestehen, wenn nicht stets etwas davon verschwindet<sup>107</sup> –, sondern verwebt sie auch zu einem neuen Gewebe. Nicht einmal Mayer-Malys „Wiederkehr der Rechtsfiguren“ versteht sich als einfache Wiederkehr der Kombinatorik von Leibniz, der Begriffsarithmetik von Savigny oder des Rechtsalphabets von Jhering, wenn-

<sup>102</sup> P. KOSCHAKER, *Krise* (Anm. 9), p. VI.

<sup>103</sup> F. C. v. SAVIGNY (Anm. 52), p. 117, 140.

<sup>104</sup> Die oft in der Untergangsstimmung des Rechtsversagens gipfeln: D. SIMON, *Die Ohnmacht des Rechts*, in: *Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft* (1988), p. 24 ff.

<sup>105</sup> Anderer Ansicht teilweise E. PICKER, *Gegenwartswert* (Anm. 4), p. 306; vgl. auch G. DILCHER, *Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemäßen Zivilrechtswissenschaft*, in: *AcP* 184 (1984), p. 249–251, 283 ff.

<sup>106</sup> Die von H. IZDEBSKI, *La tradition et le changement en droit*, in: *Revue internationale de droit comparé* 39 (1987), p. 859 getroffene Unterscheidung von kontinuierlicher und wiederaufgenommener Tradition trägt dem nicht genügend Rechnung.

<sup>107</sup> Dazu T. GIARO, *Genealogie* (Anm. 6), p. 509 f. Zur Rechtsgeschichte als „einer Welt des Nichtgewordenen“ P. CARONI, *Evidenz* (Anm. 15), p. 48 f.

gleich auch sie von der Knappheit – im Corpus Iuris samt Auslegung vorfindbarer – juristischer Lösungen zehrt.<sup>108</sup> Denn all die bekannten Wiederkehrfälle bedeuten nur das unbewußte<sup>109</sup> und dementsprechend historisch inexakte<sup>110</sup> Recycling gewisser Traditionen.

Auch wenn man in der Tat besser beraten ist, von der Tradition nicht grundlos abzuweichen,<sup>111</sup> das Problem jeder Rechtsbildung und -fortbildung beruht gerade auf der Traditionsfeststellung. Diese aber läuft, weil meistens eine Wahl zwischen mehreren Traditionen besteht, auf die Festsetzung der befolgenswertesten hinaus. Im Gewande der Rechtsgeschichte tritt so die Rechtspolitik auf, wie dies die Romanisten-Germanisten-Kontroverse bei der Beratung des BGB bezeugt. Auch die europäische Privatrechtsgeschichte kann nur einen selektiven Rückgriff auf bestimmte, hauptsächlich in den Nationalgesetzbüchern festgeschriebene Traditionen anbieten;<sup>112</sup> will sie aus dem *ius commune* schöpfen, verschärft sich das Auswahlproblem noch mehr, denn es war der Hauptzweck jener Gesetzbücher, die durch das gemeinrechtliche „Schalten“ mit den Pandekten verursachte Rechtsunsicherheit zu beheben. Und selbst wenn irgendwo in den mittelalterlichen Archiven eine einzig richtige ureuropäische Lösung ruhte, müßte sie sich einer rechtspolitischen Diskussion stellen, welche den „historischen Grundlagen“ höchstens soviel Gewicht beilegt wie die Gesetzesauslegung dem historischen Gesetzgeberwillen. So wie der rationale Gesetzgeber den historischen verdrängt, so weicht auch jedes historische einem aktuell plausiblen Rechtsfortbildungsargument.<sup>113</sup>

<sup>108</sup> T. MAYER-MALY (Anm. 46), p. 1 gibt an, er hätte sich vom „asiatischen Denken“ inspirieren lassen. Kritik bei D. KLIPPEL (Anm. 30), p. 21 f.

<sup>109</sup> H. HONSELL, Das rechtshistorische Argument in der modernen Zivilrechtsdogmatik, in: Akten (Anm. 54), p. 309; R. ZIMMERMANN, Grundlage (Anm. 10), p. 19 („unbewußtes Wiederanknüpfen“).

<sup>110</sup> T. MAYER-MALY (Anm. 46), p. 3 („immer auch neue Elemente“). Zur „Wiederkehr“ der *actio iniuriarum* F. KÜBLER (Anm. 93), p. 310 f.

<sup>111</sup> L. v. PETRAZYCKI, Wstęp do nauki polityki prawa, 1968, p. 168, bezeichnet dies als „Vermutung zugunsten des status quo“, CH. PERELMAN, Logique juridique. Nouvelle rhétorique, 2<sup>e</sup> éd. 1979, p. 160, als „Trägheitsprinzip“.

<sup>112</sup> Als „Stoff“ der Rechtsvereinheitlichung bezeichnet H. KÖTZ, Europäische Juristenausbildung, in: ZEuP 1 (1993), p. 278 „die heute geltenden Zivilrechtsordnungen“; ähnlich R. SCHULZE, Rechtsgrundsätze (Anm. 2), p. 467. Man stellt sich etwa das europäische Obligationenrecht als Synthese des Code Napoléon und des BGB vor, wie sie im Codice civile von 1942 stattfand: D. ANNIBALETI, in: Ius 39 (1992), p. 85–88.

<sup>113</sup> Skeptisch zum „historischen Argument“ auch G. DILCHER (Anm. 105), p. 251, 255 f., 283 und K. LUIG, Bestätigung durch Rechtsgeschichte, in: Quaderni fiorentini 14 (1985), p. 615 f.; DERS., in: Quad. fior. 18 (1989), p. 549. Bei N. MAC CORMICK,

Historische Wahrheit und dogmatische Richtigkeit fallen ja selten zusammen, juristische Interpretationen sind keine historischen Entdeckungen, sie wirken immer adaptierend<sup>114</sup> und ziehen die historischen Quellen – man denke nur an Jherings *culpa in contrahendo* – an den Haaren herbei. Das 19. Jahrhundert legte seinen Kodifikationen nur das zu Grunde, was es – Exempla: Verabsolutierung des Eigentums<sup>115</sup> und die sonstigen Individualismusauswüchse<sup>116</sup> – für römisches Recht hielt, die „römischen Irrtümer“ der Gemeinrechtler „waren zuweilen deutsche Wahrheiten“,<sup>117</sup> und auch das antike Recht selbst kennt vielfach einen Fortschritt als Rückseite des „Verlustes an Rechtskultur“. <sup>118</sup> Hierher gehören die Innovationen des spätrömischen Vulgarrechts wie die Anerkennung der direkten Stellvertretung, der Forderungszession, der Verbindlichkeit jedes zulässigen Vertrages, etc., die samt und sonders auf der Preisgabe klassischer „Wurzeln“ beruhen. Soweit es, wie in den meisten Fällen, um keine bewußten Reformen ging, sind sie auch mit der rechtshistorischen Unbildung identisch. Beispielsweise fiel die begriffliche Unmöglichkeit der Forderungszession deshalb weg, weil das Vulgarrecht Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft vermengte.<sup>119</sup> Fritz Schulz kommentierte diesen Übergang von der Klassik zur Nachklassik mit einem seiner einprägsamen Sätze: „Auch das Schöne muß sterben“.<sup>120</sup> Dem wäre nur hinzuzufügen, daß es allein die Rechtshistoriker sind, die derartige Todesfälle betrauern.

Damit soll der rechtshistorischen Unkultur kein Vorschub geleistet werden. Jedoch ist jede Rechtsvereinheitlichung eher Rechtsvereinfachung als eine historische Wurzelsuche, die ja dem „*élément historique strictement localisé*“ gilt, welches – so betont in diesem

Argumentation and Interpretation in Law, in: *Ratio iuris* 6 (1993), p. 23 bildet „the argument from history“ das Schlußlicht zwischen den „systemic arguments“.

<sup>114</sup> T. GIARO, Dogmatische Wahrheit (Anm. 39), p. 44 ff.

<sup>115</sup> Dazu T. GIARO, *Diritto romano, tradizione romanistica e il concetto di proprietà nel diritto civile socialista*, in: *Studia Juridica* 12 (1985), p. 165–168.

<sup>116</sup> M. STOLLEIS, „Fortschritte der Rechtsgeschichte“ in der Zeit des Nationalsozialismus?, in: *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, hg. von M. STOLLEIS und D. SIMON, 1989, p. 184–188.

<sup>117</sup> So J. C. BLUNTSCHLI (Anm. 55), p. XIV.

<sup>118</sup> M. KASER, *Das römische Privatrecht II*, 2. Aufl. 1975, p. 25 f.

<sup>119</sup> M. KASER (Anm. 118), p. 452; DERS., *Römisches Privatrecht*, 15. Aufl. 1989, p. 249. Dagegen weist R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, 1990, p. 63 auf die Vermengung der *actiones directa* und *utilis* hin.

<sup>120</sup> F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, 1934, p. 93.

Kontext Saleilles – „ne sera jamais objet d'exportation“. <sup>121</sup> Eine solche Suche kann man auch schwerlich in der aktuell praktizierten europäischen Privatrechtsvereinheitlichung <sup>122</sup> entdecken, ob sie in Form <sup>123</sup> des Gemeinschaftsrechts mit seinen kaum genutzten Verordnungen und nur punktuellen Richtlinien <sup>124</sup> oder in Form internationaler Staatsverträge geschieht. Schon der Materie nach geht beides über die traditionelle Zivilistik hinaus: Ersteres betrifft etwa Verbraucherschutz oder Konsumkredite, <sup>125</sup> letzteres hat außerdem den Charakter eines übereuropäischen Weltrechts, wie Urheber- und Patentschutz, Transportrecht, etc. <sup>126</sup> Wengleich die Rechtsdogmatik auch hier ordnend und systematisierend eingreifen muß, kann sie dabei die Lehren des *ius commune* vergessen. Auf diesem Forum ist das rechtshistorische „Alles schon da gewesen!“ <sup>127</sup> fehl am Platz.

Einschlägiger wären die europäischen Dogmatikgrundlagen eher in bezug auf die Ausarbeitung eines gemeinsamen Begriffsapparats <sup>128</sup> oder eines Prinzipienvorrats. <sup>129</sup> Juristische Begriffe und Prinzipien erfreuen sich ja weitaus größerer Langlebigkeit als Rechtsnormen und -institute. <sup>130</sup> Allerdings fehlt inzwischen nicht nur die gemeinsame Textgrundlage, sondern auch das unentbehrliche Vehikel der Rechtseinheit, die gemeinsame Sprache. <sup>131</sup> Und selbst wenn sie vorhanden wäre, würde sie wenig helfen, denn

<sup>121</sup> R. SALEILLES, Conception et objet de la science du droit comparé, in: Bulletin de la Société de Législation Comparée 29 (1899–1900), p. 392.

<sup>122</sup> Zu „Vereinheitlichung“, „Einheitsrecht“, „Rechtsangleichung“ W. POSCH, Rechtssetzungsprobleme in der Rechtsvereinheitlichung, in: Theorie der Rechtssetzung, hg. von H. SCHÄFFER, 1988, p. 255–261; R. SCHULZE, Rechtsgrundsätze (Anm. 2), p. 443 f.

<sup>123</sup> Dazu O. REMIEN, Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts, in: JZ 47 (1992), p. 281 f.; R. HERBER, Deutsche Zivilrechtskodifikationen und internationale Rechtsvereinheitlichung, in: Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, hg. von K. SCHMIDT, 1990, p. 272–278.

<sup>124</sup> U. BLAUROCK, Wege zur Rechtseinheit im Zivilrecht Europas, in: Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, hg. von CH. STARCK, 1992, p. 105–112; P.-CH. MÜLLER-GRAFF, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, in: NJW 46 (1993), p. 22 f.

<sup>125</sup> W. WIEGAND, Back to the future?, in: RJ 12 (1993), p. 283 f.; F. KÜBLER (Anm. 93), p. 311 f.; systematischer P. HOMMELHOFF, Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung, in: AcP 192 (1992), p. 75 ff.

<sup>126</sup> H. COING, *Ius commune* (Anm. 21), p. 193 ff.; W. POSCH (Anm. 122), p. 256.

<sup>127</sup> Dazu T. GIARO, Mehrzweckmodell (Anm. 39), p. 327.

<sup>128</sup> W. POSCH (Anm. 122), S. 271–274.

<sup>129</sup> R. SCHULZE, Rechtsgrundsätze (Anm. 2), p. 462 f.

<sup>130</sup> So zu den Begriffen I. ZAJTAY, La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux, in: Revue internationale de droit comparé 18 (1966), neu in: Beiträge (Anm. 74), p. 42.

<sup>131</sup> M.-Th. FÖGEN, Brüssel, Beirut und Byzanz, in: RJ 12 (1993), p. 349–365.

Begriffe und Prinzipien erkaufen ihre Langlebigkeit mit dem Blankettcharakter: Je genauer man deren Inhalt hinterfragt, desto deutlicher wird es, daß nur Worte und Sätze identisch bleiben. Auf diesem Gebiet ist kaum etwas mehr als die „juristische Etymologie“<sup>132</sup> möglich.<sup>133</sup> Ständig kommen auch neue Begriffe und Prinzipien hinzu, die den *common core* europäischer Rechtsdogmatik über den *ius-commune*-Stock hinaus erweitern. Der pandektistische Begriff des Rechtsgeschäfts ist seit langem auch in Frankreich unentbehrlich,<sup>134</sup> die europäischen Grundsätze der Vereinigungsfreiheit, der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit und der freien Berufsausübung<sup>135</sup> wurzeln nicht im *usus modernus*. Was sich im Privatrecht am längsten bewährt, sind Begriffskonstellationen, die dessen Kernstruktur bilden, etwa die sachenrechtliche Triade Eigentum/Besitz/beschränkte Sachenrechte<sup>136</sup> oder die schuldrechtliche Dychotomie vertragliche/deliktsische Haftung.<sup>137</sup> Eher spielen sie aber die Rolle eines dogmatischen Hemmschuhs für das kreative Denken als die eines heuristischen Werkzeugs für neue Lösungen.

Demzufolge kann die Dogmengeschichte des europäischen Privatrechts bloß das der europäischen Privatrechtsdogmatik nachweisen, was jede Dogmengeschichte jeder Rechtsdogmatik nachweisen kann, nämlich daß man nur mit Wasser zu kochen vermag. Die Europäisierung des Rechts müßte also indirekt, durch Juristenerziehung im europäischen Geiste erfolgen, was bis dato allein über die rechts-historische Vorlesung machbar erscheint. Geht es nicht darum, die abhandengekommene Einheit wiederzugewinnen? Und weil Europarechtler und Rechtsvergleicher erst nach historischen Grundlagen suchen, ist nicht der einzige echt europäische Jurist der Rechts-historiker oder – angesichts der Zersplitterung des *ius commune* – der Romanist?

<sup>132</sup> Ausdruck von J. RÜCKERT, *Privatrechtsgeschichte und Traditionsbildung*, in: *RJ* 11 (1992), p. 133 f., 138 f.

<sup>133</sup> Skeptisch zu diesem Weg der Rechtsvereinheitlichung bereits J. H. MERRYMAN, *On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law*, in: *New Perspectives for a Common Law of Europe*, ed. by M. CAPPELLETTI, 1978, p. 231.

<sup>134</sup> I. ZAJTAY, *Rechtsvergleichende Bemerkungen über den Code civil und das BGB*, in: *AcP* 157 (1958–59), neu in: *Beiträge* (Anm. 74), p. 135–137.

<sup>135</sup> Dazu R. SCHULZE, *Rechtsgrundsätze* (Anm. 2), p. 456 f.

<sup>136</sup> T. GIARO, *Diritto romano* (Anm. 115), p. 161–163, 169, 173–179.

<sup>137</sup> G. DILCHER (Anm. 105), p. 262–265, 273–276; G. BRANCA, *Struttura costante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli*, in: *Studi in onore di E. Volterra I*, 1971, p. 99–111; s. aber A. RAVAZZONI, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in: *Studi in memoria di G. Donatuti*, 1973, p. 945 ff.

Gerade für ihn wirkt sich aber das unter den Rechtshistorikern grassierende Europafieber am unerfreulichsten aus. Im Rahmen des Vorlesungsstundenkriegs schlägt man vor, das römische Recht wegen seiner „Geltungs- und Autoritätseinbußen“ fallen zu lassen,<sup>138</sup> als ob die Rechtsgeschichte das geltende Recht zu erforschen hätte, und obendrein über die „weitgetriebene Abstraktion“ der Pandektistik eine *damnatio memoriae* zu verhängen,<sup>139</sup> als ob sich die Rechtsgeschichte nur mit der forensischen Juristerei befassen sollte. Es sind dies Probleme einer applikativ verkürzten Disziplin, die ihre Themen unter pragmatisch-dogmatischen Gesichtspunkten selektiert. Laut Coing kann man das antike Recht nicht unmittelbar mit den modernen Kodifikationen vergleichen, weil so „ein Verbindungsglied fehlen“ würde.<sup>140</sup> Der Privatrechtsgeschichte, die es nur mit Europa, nicht aber unbedingt mit der Antike zu tun haben will,<sup>141</sup> würde jedoch das Fundament fehlen.<sup>142</sup> Sind die nationalen Kodifikationen als Fortbildung des Gemeinen Rechts ohne dieses unverständlich, verhält es sich mit dem Gemeinen Recht als Fortbildung des antiken ebenso.

Jedenfalls in Deutschland und jedenfalls im Privatrecht beschränkte sich ja die Rezeption nicht, was bereits Jhering gegen Savigny anmerkte, auf die methodische „Verwissenschaftlichung“.<sup>143</sup> Sie beruhte auf der Geltungsannahme des *Corpus Iuris*, wovon die „Verwissenschaftlichung“<sup>144</sup> nur den Sekundäreffekt bildete. Die Rezeption war – diese Banalität muß betont werden – weder eine Übernahme des selektiv-adaptierend behandelten römischen „Stoffes“ noch, wie es später Savigny für seine „geschichtliche Rechtswissenschaft“ vorschwebte, eine Übernahme der wissenschaftlichen Methode der Römer.<sup>145</sup> Sie erfolgte eher gegen deren strittiges,

<sup>138</sup> D. WILLOWEIT, Rechtskultur (Anm. 86), p. 14.

<sup>139</sup> Ebd. p. 23. Ähnlich R. ZIMMERMANN, *Heard melodies* (Anm. 15), p. 171 f.

<sup>140</sup> H. COING, *Bedeutung* (Anm. 59), p. 164.

<sup>141</sup> In dem von D. WILLOWEIT und B. GROSSFELD, *Juristen für Europa*, in: *JZ* 45 (1990), p. 608 f. erstellten Studienkonzept gehört die europäische Privatrechtsgeschichte zum „Prüfungsstoff“, hingegen das römische Recht – alternativ mit dem mittelalterlichen – zum bloßen „Lernstoff“.

<sup>142</sup> T. GIARO, *Europa* (Anm. 65), p. 331.

<sup>143</sup> Zu Jhering vgl. T. GIARO, *Genealogie* (Anm. 6), p. 508. Ebenso gegen die jetzt herrschende Meinung R. KNÜTEL, *Römisches Recht und deutsches bürgerliches Recht*, in: *Veröffentlichungen der Jungius-Gesellschaft* 72 (1993), p. 65 f.; vgl. auch T. GIARO, *Europa* (Anm. 65), p. 333.

<sup>144</sup> Angaben zu dieser Rezeptionsauffassung bei M. STOLLEIS, *Geschichte* (Anm. 64), p. 60 f., 66 f.; DERS., *Fortschritte* (Anm. 116), p. 192–194.

<sup>145</sup> F. C. V. SAVIGNY (Anm. 52), p. 35, 39, 120.

unübersichtliches, erst von Justinian zu einer ‚kasuistischen Gesetzgebung‘ zusammengebasteltes Juristenrecht, im Streben nach dessen logisch-systematischer Beherrschung. Dieses Streben, schon bei den Glossatoren bemerkbar, setzt sich dann besonders bei den Vernunftrechtlern und bei den Pandektisten verstärkt fort, immer im dialektischen Gegensatz zum fallrechtlichen Material,<sup>146</sup> um schließlich in den Kodifikationen zu gipfeln. Kann man solcherart Gegensätze – der Austauschbarkeit von Geschichtesepochen zuliebe – voneinander isoliert<sup>147</sup> als alternativen „Lernstoff“ gestalten? Wird eine so gear- tete europäische Privatrechtsgeschichte den Sinn für die Geschicht- lichkeit des europäischen Privatrechts vermitteln?

#### 4. „Weitergeltung des römischen Rechts“ und die Vermengung von römischem Recht und romanistischer Tradition

Diese diachronische – auch in dieser Hinsicht wohlgerneht relative – Einheit der Privatrechtsgeschichte Europas legt es nahe, Probleme des römischen Rechts zu streifen. Denn die neugebackene Grundlage des europäischen Privatrechts, eigener Grundlagen uneingedenk, treibt die Romanistik immer weiter weg vom Fenster, aus dem heraus sich die vergangene Zukunft des juristischen Europa besehen läßt. Die Rolle einer europäischen Privatrechtsgeschichte über- nehmen zu müssen, käme aber für die Romanistik in ihrer praxis- orientierten Umwelt der juristischen Fakultäten einem Todesurteil gleich.

Wohl deshalb unternimmt sie – in Ergänzung der traditionellen „Vorbildsfunktion“<sup>148</sup> – Versuche, sich durch die Geltungsrelevanz ihres Objektes zu legitimieren. „Je crois voir Rome“, würde man mit Rousseau ausrufen,<sup>149</sup> wenn man nicht wüßte, daß die echten Römer bereits vor einem Jahrhundert nur noch in rumänischen Dörfern überlebten.<sup>150</sup> Trotzdem beschwören die Romanisten eine direkte Weitergeltung des römischen Rechts sowohl auf der Ebene der Euro-

<sup>146</sup> H. COING, *Einheit* (Anm. 21), p. 147–151; T. GIARO, *Europa* (Anm. 65), p. 328. Als „ein Case-Book, wie die Amerikaner sie haben“, bezeichnete die Pandekten E. F. BRUCK, *Römisches Recht und Rechtsprobleme der Gegenwart*, 1930, p. 27.

<sup>147</sup> Gegen die „isolierte Betrachtung“ des *usus modernus* vgl. G. WESENER, *Die privatrechtlichen Normen des usus modernus*, in: *Akten* (Anm. 54), p. 280 f., 295 f.

<sup>148</sup> U. v. LÜBTOW, *Die Bedeutung des römischen Rechts für unsere Rechtskultur*, 1989, p. 90 („Vorbild“); H. H. JAKOBS, *Lucrum ex negotiatione*, 1993, p. 21 („Ideal“).

<sup>149</sup> J. J. ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, 1782, p. 4.

<sup>150</sup> E. EHRLICH, *Soziologie und Jurisprudenz*, 1906, p. 5.

päischen Gemeinschaft als auch innerhalb der nationalen Rechtssysteme, insbesondere in Deutschland auf Grund des Einführungsgesetzes zum BGB. Allerdings beschränkt sich die erstere Geltungsart auf allgemeine, inzwischen zu Selbstverständlichkeiten gewordene Prinzipien, wie *ne bis in idem*,<sup>151</sup> die letztere auf „selten gewordene Fälle“,<sup>152</sup> also auf Residua, die in der Zukunft noch seltener sein werden. Und auch wenn man „im Einzelfall ... manchmal sogar auf konkrete Entscheidungen des römischen Rechts zurückgreifen und damit einen Prozeß gewinnen kann“,<sup>153</sup> kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß die Romanistik, die ihre wissenschaftliche Legitimation aus der Geltung des römischen Rechts herleitet, zu einer entweder trivialen oder residualen Disziplin, zu einem Andorra<sup>154</sup> der Rechtswissenschaft wird.

Eine derartige Verteidigungslinie ist aber vor allem deshalb unhaltbar, weil sie zum Verlust der rechtshistorischen Identität führt,<sup>155</sup> in diesem Fall durch Vermengung von römischem Recht und romanistischer Tradition.<sup>156</sup> Selbst Zimmermann versieht sein *opus magnum* der applikativen Romanistik mit dem differenzierenden Untertitel „Roman Foundations of the Civilian Tradition“ und bezeichnet die römischrechtlichen Grundlagen des *ius commune* bloß

<sup>151</sup> M. BALZARINI (Anm. 40), p. 47 f., der ihre Geltung auch in den Nationalrechten Spaniens, Portugals, Italiens und Österreichs erblickt. Vgl. auch R. KNÜTEL (Anm. 143), p. 69 f.

<sup>152</sup> R. KNÜTEL (Anm. 143), p. 50 f. (ebd. p. 64 f. zum römischen Recht als Erkenntnisquelle und Auslegungshilfe für das Zivilrecht); ähnlich G. DOLEZALEK, Krokodilfluß, Kanufahrer und Corpus Iuris, in: Überlieferung, Bewahrung und Gestaltung in der rechtsgeschichtlichen Forschung, hg. von S. BUCHHOLZ et al., 1993, p. 105.

<sup>153</sup> So R. WITTMANN, Das Erbe des römischen Rechts im heutigen Europa, in: Europa (Anm. 40), p. 11. Zur sekundären Bedeutung der „unmittelbar aus“ dem römischen Recht entschiedenen Fälle bereits F. C. v. SAVIGNY (Anm. 52), p. 39. Es fragt sich nur, ob sie tatsächlich aus „dem römischen Recht“ damals entschieden wurden und heute noch werden.

<sup>154</sup> Nur dort ist laut R. WITTMANN (Anm. 153), p. 9 römisches Recht „unmittelbare“ Rechtsquelle, sonst „ergänzende“ in Schottland und „subsidiäre“ in Katalonien (ebd. p. 10). Diese Angaben sind durch Deutschland (siehe Anm. 152) und San Marino (siehe Anm. 238) zu vervollständigen.

<sup>155</sup> Dazu tiefgreifend P. CARONI, Evidenz (Anm. 15), p. 28 ff.

<sup>156</sup> Dagegen B. BIONDI, Prospettive romanistiche, 1933, p. 1 ff.; R. ORESTANO, Introduzione allo studio del diritto romano, 1987, p. 455 ff., 464 ff.; F. WIEACKER, Aktualisierung (Anm. 23), p. 518 ff., 527 ff.; DERS., Privatrechtsgeschichte (Anm. 70), p. 17; A. BÜRGE, Römisches und Romanistisches zum Unternehmensrecht, in: Wirtschaft und Recht 32 (1980), p. 133, 144 f., 149; T. GIARO, Diritto romano (Anm. 115), p. 159 f.; DERS., Temi e prospettive della romanistica contemporanea, in: Index 18 (1990), p. 451.

als dessen „Wurzel“.<sup>157</sup> Die Unterscheidung zwischen römischem Recht und romanistischer Tradition ist insoweit von zentraler Bedeutung, als sich darin all die bisher erörterten Distinktionen widerspiegeln. Erstens war das antike Juristenrecht eine pure Dogmatik, die erst in der Neuzeit, insbesondere seit den Kodifikationen, zum Gegenstand einer Wissenschaft wurde. Zweitens tritt in der Neuzeit das römische Recht als bloßer Text in Erscheinung, den erst die romanistische Tradition in Normen verwandelt. Drittens erwächst dieser dogmengeschichtlich fundierten Tradition erst in der sich historisierenden Romanistik eine rechtsgeschichtliche Konkurrentin.

Die zählebige Vermengung von römischem Recht und romanistischer Tradition – in deren Folge man als „Romanisten“ auch diejenigen Gelehrten bezeichnet, die nur die Rechtsgeschichte der Neuzeit betreiben<sup>158</sup> – ist ein deutsches Spezifikum, das sich durch die Geltung des „römischen Rechts“ bis 1900 erklärt. Erklären heißt aber nicht auch gutheißen. Was an römischem Recht damals galt und heute noch gilt, war und ist kein antikes Recht. Die Geltung von Rechtsprinzipien, selbst derjenigen, die sich einer Positivierung in Normtexten erfreuen, ist eine theoretisch ungeklärte Frage.<sup>159</sup> Jedenfalls was die Prinzipien des europäischen Rechts betrifft, so wird zu ihrer Geltung eine Fixierung in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes verlangt.<sup>160</sup>

Jedoch auch in bezug auf Rechtssätze niedrigerer Abstraktionsstufe muß man festhalten, daß nur die „juristische“ Geltung der Rechtstexte von Dauer ist, während die der Rechtsnormen, „soziologische“ Geltung genannt, ständigem Wandel unterliegt, parallel zum Wandel der sozialen Umwelt, die dem Text erst einen Sinn

<sup>157</sup> So ist wohl R. ZIMMERMANN, *Grundlage* (Anm. 10), p. 20 in Verbindung mit ebd. p. 12 zu verstehen.

<sup>158</sup> Auf demselben Kontinuitätsdogma beruht die entgegengesetzte Sprachverkehrtheit, nämlich die Bezeichnung der heutigen Romanistik als „römische Rechtswissenschaft“: so E. SEIDL, *Wege zu Julian*, in: *Sein und Werden im Recht*. Festgabe U. v. LÜBTOW, 1970, p. 215 und noch T. HONORÉ, *Some Suggestions for the Study of Interpolations*, in: *TR* 49 (1981), p. 225 („Roman legal science“).

<sup>159</sup> Vgl. R. SCHULZE, *Rechtsgrundsätze* (Anm. 2), p. 462, 464, der zwischen positiven und informativen, „nicht unmittelbar“ geltenden Prinzipien trennt; K. WIKSTRÖM, *What is Historical Legal Dogmatics?*, in: *ARSP Bh.* 52 (1993), p. 169 f.

<sup>160</sup> U. EVERLING, *Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, in: *RabelsZ* 50 (1986), p. 207, 211, 223, 229; M. ZULEEG, *Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Gemeinschaft*, in: *ZEuP* 1 (1993), p. 483; R. SCHULZE, *Rechtsgrundsätze* (Anm. 2), p. 461 ff.

verleiht.<sup>161</sup> Die unmerkliche Natur des Wandels ist – wie beim Altern eines Menschen, der irgendwann doch alt wird – kein Grund dafür, den Endeffekt zu leugnen. Selbst wenn die zivilistischen Fachbegriffe „zum großen Teil bloße Lehnübersetzungen aus der lateinischen Sprache“ sind und wenn sich viele Paragraphen moderner Gesetzbücher „wie eine Übersetzung des römischen Originals“ lesen,<sup>162</sup> sind es eben Übersetzungen römischer Texte und keine römischen Normen.

Der Vorzug der Rechtsgeschichte besteht gerade darin, daß sie sich mit dem nicht mehr geltenden Recht beschäftigt. Deshalb kann sie sich ihre „Verstrickung in den historischen Objektivismus“ leisten. In diesem Sinne begrüßte man bereits vor einem Jahrhundert einhellig die „praktische Verdrängung“ des römischen Rechts als Vorteil für dessen historische Erkenntnis.<sup>163</sup> Heute wie damals verewigen alle Geltungsbehauptungen, wie „unterirdisch“ diese Geltung auch immer sein mag – man spricht dann vom „Weiterleben“, „Nachleben“, „Fortwirken“, etc. des römischen Rechts –, die applikative Haltung des Rezeptionszeitalters mit ihren rechtshistorischen Nebenfolgen.

Die aktive Rolle des „Rezipienten“, ein Gemeinplatz der Rechtsvergleichung, ist auch bei der historischen Rezeption des römischen Rechts deutlich, das dem zweifachen Prozeß von Abstraktion und Selektion erlag. Wer heute eine Geltung des römischen Rechts behauptet, übernimmt ebenfalls die Rolle des Rezipienten, der sein Rezipiendum wenn nicht direkt umgestalten, so doch mindestens mit einem neuen „Geist“ ausstatten, etwa eine kasuistisch-strittige Entscheidung zu einer Norm erheben muß. Historisch gesehen ist eine derartige Adaptierung alter Rechtssätze kaum etwas anderes als eine – für deren Weitergeltung notwendige – Entstellung.<sup>164</sup> Schlechter noch ergeht es den nicht rezipierbaren Teilen des vergangenen

<sup>161</sup> T. GIARO, Geltung (Anm. 19), p. 89. Anders D. GRIMM (Anm. 62), p. 20, der kontextunabhängige „Geltung“ einer Norm und deren durch soziale Wirklichkeit mitkonstituierten „Sinn“ unterscheidet.

<sup>162</sup> So R. KNÜTEL (Anm. 143), p. 52 f., insbesondere zu *impossibilium nulla obligatio* im § 306 BGB.

<sup>163</sup> So bereits B. WINDSCHEID, Das römische Recht in Deutschland, 1858, neu in: Gesammelte Reden und Abhandlungen, 1904, p. 48 und – mit Betonung „rechtsgeschichtsphilosophischer“ Aspekte – R. v. JHERING, Geist (Anm. 29), 3. Aufl. p. 15; ferner L. v. PETRAZYCKI, Lehre (Anm. 56), p. 602; P. OERTMANN, Rechtswissenschaft und Rechtspolitik, in: Delbrücks Jahrbücher 88 (1897), p. 217; weitere Stimmen oben Anm. 31 und bei O. FISCHER (Anm. 33), p. 27.

<sup>164</sup> T. GIARO, Dogmatische Wahrheit (Anm. 39), p. 89.

Rechts: Der von gemeinrechtlicher Jurisprudenz betriebenen Zuchtwahl fielen so der Großteil des römischen Personenrechts, insbesondere das Sklavenrecht, das Recht der agnatischen Familie und das Eherecht, aber auch das Immobiliarsachenrecht und teilweise das Erbrecht zum Opfer.<sup>165</sup>

Dieser zweifache Verunstaltungsprozeß wird – nunmehr in rechts-historischer Dimension – fortgesetzt: Auch die zeitgenössische Rechtsgeschichte „dekontextualisiert“ das römische Recht weiter und orientiert schon ihre Themenauswahl an dessen „Geltungseinbußen“. Das *ius publicum* Roms, Staats- wie Strafrecht, wurde seit Mommsen nach und nach zum Revier der Althistoriker; Zimmermanns *opus magnum* befaßt sich mit der überzeitlichsten, nicht von ungefähr von Rechtsvergleichern bevorzugten Materie des Obligationenrechts, und selbst davon selektiert es die wirkungsgeschichtlich bedeutenden Institute,<sup>166</sup> während es die spezifisch römischen einer Behandlung „aus heutiger Sicht“ zuführt. So spricht Zimmermann von den „substitute devices“ der Stellvertretung und von den „substitutes“ der Forderungszession wie vor einem Jahrhundert Ludwig Mitteis und andere von den entsprechenden „Surrogaten“ und „Ersatzmitteln“ – eine Denkform, welche die extratemporale Selbstverständlichkeit moderner Institute voraussetzt.<sup>167</sup> Daß Zimmermanns Werk zugleich das römische Recht selbst und „Was daraus geworden“ thematisiert,<sup>168</sup> was im Bereich des Sachen- oder Erbrechts, geschweige denn im Personenrecht, unmöglich wäre, liegt auf der Hand. Dies hilft wohl, sich darüber klar zu werden, daß die dogmatische Überzeitlichkeit des römischen Rechts Produkt der intensiven Zusammenarbeit römischer und moderner Jurisprudenz ist. Nur zum Teil beruht sie auf der Adaptationsfähigkeit des Materials, zum Teil aber auf der Adaptierungskunst der Bearbeiter,<sup>169</sup> was übrigens auch die ethische Überzeitlichkeit des römischen Rechts

<sup>165</sup> Eine Übersicht der bereits von den Glossatoren abgewiesenen Institute bei G. ASTUTI, *Recezione teorica e applicazione pratica del diritto romano nell'età del rinascimento giuridico*, in: *Le droit romain* (Anm. 47), p. 19.

<sup>166</sup> R. ZIMMERMANN, *Law* (Anm. 119), p. XII. Dem Obligationenrecht sind auch die meisten Beispiele R. KNÜTELS (Anm. 143), p. 53 ff. für das Fortwirken des römischen Rechts im deutschen Zivilrecht entnommen.

<sup>167</sup> R. ZIMMERMANN, *Law* (Anm. 119), p. 49 und 62; vgl. dazu T. GIARO, *Romanistische Constructionsplaudereien*, in: *RJ* 10 (1991), p. 219; zur Prozeßvollmacht als Zessions-surrogat nachzutragen F. SCHULZ (Anm. 120), p. 65.

<sup>168</sup> Vgl. H. KÖTZ, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?*, in: *JZ* 47 (1992), p. 22: kein Buch „über das römische Recht als solches“.

<sup>169</sup> B. BIONDI (Anm. 156), p. 2–4; T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit* (Anm. 39), p. 92–94.

betrifft.<sup>170</sup> So wird jemand, der kein bloßer „juristischer Kunsthistoriker“ sein will,<sup>171</sup> direkt zum Künstler.

Soll daher die einzige Überlebenschance der Romanistik im Geltungsnachweis des römischen Rechts bestehen, dann handelt es sich um ein kaum lebenswertes Überleben. Römisches Recht mit Geltungsanspruch kann ja nur als etwas anderes überleben, als es nach den aktuellen historischen Kenntnissen war. Schon die Kompilation Justinians, das Endprodukt römischer und der Rohstoff europäischer Rechtsgeschichte, entstellte sowohl die Methode der klassischen Juristen als auch ihre Schriften, deren Bruchstücke sie zu Gesetzesparagrafen machte. Die Hauptströmung der europäischen Rechtsgeschichte, welche historischen „Ansätze“ es auch immer bei den Humanisten und bei Savigny gegeben haben mag, floß weiter in die Richtung juristischer Adaptierung des *Corpus Iuris* an die Bedürfnisse der neuzeitlichen Gesellschaft. Mit der historischen Erforschung des „Wie es im römischen Recht eigentlich gewesen“ begann erst die im Zeitalter der Kodifikation entstandene Wissenschaft der Rechtsgeschichte. Doch eine wissenschaftlich reflektierte Tradition kann nicht im traditionalistischen Geltungsmodus fortgesetzt werden: Dies hat wohl Jhering gemeint, als er 1852 anmerkte, daß „die Zeiten von Ulpian und Paulus ... für immer vorüber“ seien.<sup>172</sup>

Weil „Geltung“, jedenfalls die soziologische, welche den Rechtshistoriker primär interessiert, ein Attribut des lebenden Rechts ist und weil der Neuzeit das römische Recht nur ein Text – und sei es auch „der Text der Texte“<sup>173</sup> – war, darf der Romanist die Metapher vom „Nachleben“ des römischen Rechts nicht allzu wörtlich nehmen. Die europäische Privatrechtsgeschichte kann er nicht als Geltungs-, sondern nur als rechtskulturelle Wirkungsgeschichte des römischen Rechts auffassen. Trotzdem, auch wenn man spätestens seit den aus den 30er Jahren stammenden Studien Calassos weiß, daß bereits die

<sup>170</sup> Auf dieser besteht C. A. MASCHI, *Diritto europeo e principii romanistici*, in: *Archivio Giuridico* 194 (1978), p. 4 f., 7, 25, 28. Vgl. jedoch etwa gegen die „humanitäre“ Interpretation des Verbots von *male nostro iure uti* S. SOLAZZI, *L'abuso del diritto* in Gai.1.53, in: *Studia et documenta historiae et iuris* 20 (1954), neu in: *Scritti di diritto romano VI*, 1972, p. 668 und W. WARKALLO, *Actio de servo corrupto directa*, in: *Gesellschaft und Recht im griechisch-römischen Altertum I*, hg. von M. N. ANDREEV et al., 1968, p. 307.

<sup>171</sup> R. ZIMMERMANN, *Heard melodies* (Anm. 15), p. 172.

<sup>172</sup> R. v. JHERING, *Geist* (Anm. 29), p. 38 f. und 3. Aufl. p. 47; vgl. zu diesem Fragenkreis T. GIARO, *Genealogie* (Anm. 6), p. 546 f.

<sup>173</sup> So zum *Corpus Iuris* F. WIEACKER, in: *ZRG RA* 108 (1991), p. 721.

Geschichte des älteren *ius commune* keine „Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter“ war,<sup>174</sup> geht die Suche nach den römischrechtlichen „Bestandteilen“ und „Anteilen“ der Gesetzbücher des 19. Jahrhunderts weiter.<sup>175</sup> Aus dem stolzen Gemeinplatz vom „bestehenden“ Privatrecht heraus sieht man – aller Kodifikation zum Trotz – dessen Positivierung wie Historisierung als nur scheinbar an. Für die Rolle der Kontinuitätsträger eignen sich besonders die „unbegrenzter Anpassung“<sup>176</sup> fähigen Rechtsinstitute. Als metaphysisches Rechtssubstrat trotzen sie dem Zugriff des Gesetzgebers, der sich oft den Vorwurf gefallen lassen muß, ihr „Wesen“ verkannt zu haben.<sup>177</sup> Unter diesen Prämissen finden sich offenbar „viele Rechtsinstitute des römischen Rechts ... in den nationalen Rechten wieder“.<sup>178</sup>

Jedoch selbst wenn kein Gesetz völlig neue Rechtsinstitute schaffen kann, immerhin stellt es die alten in einen neuen Kontext. Wieakers „Zweifel an der Identität und Kontinuität einzelner Rechtssätze, sobald sie in den Zusammenhang einer neuen geschichtlichen Ordnung eingetreten sind“,<sup>179</sup> bewährt sich somit auch in bezug auf die Rechtsinstitute. Die Suche nach den römischen Instituten des heutigen Zivilrechts setzt die rechtstheoretisch wie rechtshistorisch unvertretbare Auffassung des Rechtssystems als Bauklötzchenkonstruktion voraus.<sup>180</sup> Wieviele Übereinstimmungen, und zwar selbst

<sup>174</sup> Dazu etwa B. PARADISI, *Gli studi di storia del diritto italiano dal 1896 al 1946*, in: *Studi Senesi* 60 (1946–1947), neu in: *Apologia della storia giuridica*, 1973, p. 170; DERS., *Problema* (Anm. 47), p. 178, 269 f.; G. ASTUTI (Anm. 165), p. 5 f.

<sup>175</sup> M. KASER, *Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht*, in: *Juristische Schulung* 7 (1967), p. 337–344; *Literaturangaben aus letzter Zeit* bei T. GIARO, *Europa* (Anm. 65), p. 327, Anm. 12.

<sup>176</sup> Ausdruck von B. RÜTHERS, „Institutionelles Rechtsdenken“ im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, p. 43.

<sup>177</sup> Nach E. PICKER, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, 1972, p. 80 ist es dem BGB „nicht gelungen, ... das Wesen des negatorischen Tatbestands einsichtig zu machen“; ähnlich zum Kauf auf Probe M. KNELLWOLF, *Zur Konstruktion des Kaufs auf Probe*, 1987, p. VII ff. „Zum Wesen des Grundpfandrechts“ äußert sich J. SCHAPP, in: *Geschichtliche Rechtswissenschaft*, hg. von G. KÖBLER et al., 1990, p. 477 ff.

<sup>178</sup> R. WITTMANN (Anm. 153), p. 11. Ebd. p. 13 ist vom „Anteil des römischen Rechts an Rechtsinstituten“ des modernen Zivilrechts die Rede.

<sup>179</sup> F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* (Anm. 70), p. 16, Anm. 12. Vgl. auch K. WIKSTRÖM (Anm. 159), p. 166 f., 170.

<sup>180</sup> F. CALASSO, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune I*, 1938, jetzt in: *L'unità giuridica dell'Europa*, 1985, p. 42: „La storia ... non è stratificazione alluvionale, ma evoluzione“, doch vgl. DERS., *Citramontani, ultramontani e il problema storico del diritto comune*, in: *Studi Koschaker II*, 1954, neu in: *Storicità del diritto*, 1966, p. 252 mit der kuriosen Zurückführung des Code Napoléon auf das Gemeine Recht und des letzteren auf das römische.

in Einzelheiten der „substitutionellen“ Abstraktionsebene, man auch nachweisen mag, etwa daß es bereits in Rom für ein an Bord eines Schiffes geborenes Kind keines Fahrtentgelts bedurft habe.<sup>181</sup> Das moderne Recht legt die Akzente anders als die römische Jurisprudenz, die in Form des Aktionendenkens mit den Eigentumsbindungen im Sachenrecht, mit dem Vertragstypenzwang im Obligationenrecht und mit der Testamentsauslegung im Erbrecht rang.

Koschakers Aktualisierung der Romanistik als Einführung in die geltenden Privatrechte war also zum Scheitern verurteilt,<sup>182</sup> trotz aller seinem Programm zufolge im Vorlesungssaal verübten Untaten der Ableitung eines BGB-Paragraphen aus einer Digestenstelle. In dieser Perspektive mußte das antike Recht als eine unbeholfenmangelhafte Vorstufe der Zivilrechtskodifikationen erscheinen, die bereits über denselben „Stoff“ verfügte, aber noch nicht wußte, ihn systemgerecht zu behandeln,<sup>183</sup> und obendrein von den „Problemen“ der Neuzeit keine Ahnung hatte.<sup>184</sup> Auf diese Weise strapazierte man nur sowohl die „Größe“ des römischen Rechts und die „Genialität“ der römischen Jurisprudenz als auch den Sinn und Zweck ihrer didaktischen Pflege. Gerade weil der Stoff und die Probleme des römischen Rechts andere waren, wirkte dessen pandektistische Vorlesung, welche trotz Koschakers Seitenhieben gegen die „Pandektologie“<sup>185</sup> das Inkrafttreten jener Kodifikationen überlebte, verkürzend und im Ergebnis kontraproduktiv: Als „Einführung in das Privatrecht mit lateinischer Nomenklatur“<sup>186</sup> provozierte sie direkt die Frage, wozu im Zeitalter der Kodifikation ihre römische Vorwegnahme noch gut sein sollte.

<sup>181</sup> R. KNÜTEL (Anm. 143), p. 68 f. Vgl. aber, trotz einer etwas schiefen Digestenübersetzung, S. BUCHHOLZ, Von reisenden Frauenzimmern und gesetzlichen Pfändern, in: RJ 12 (1993), p. 475–477.

<sup>182</sup> Dagegen bereits 1939 F. WIEACKER und zu alledem M. STOLLEIS, Fortschritte (Anm. 116), p. 182 f.

<sup>183</sup> Vgl. nur H. KRELLER, Römisches Recht II. Grundlehren des Gemeinen Rechts, 1950, p. 214 (keine „feste systematische Ordnung“ der beschränkten Sachenrechte), 227 (keine „feste Stelle“ des Pfandrechts), 319 (der Grundgedanke des Realvertrages „sehr unvollkommen“), etc.

<sup>184</sup> Ebd. p. 99 (das Problem der juristischen Person „kaum gestreift“), 131 (Irrtum bei der Eheschließung „nicht ex professo“ erörtert), etc. Ansonsten seien aber die Lücken nur scheinbar, etwa das „Rechtsinstitut der Stellvertretung“ sei „nicht sowohl von den Römern übersehen als vielmehr in seiner allgemeinen Bedeutungslosigkeit richtig erkannt worden“ (ebd. 286).

<sup>185</sup> P. KOSCHAKER, Krise (Anm. 9), p. 84.

<sup>186</sup> So F. WIEACKER, Aktualisierung (Anm. 23), p. 530.

Die Praxisorientierung juristischer Fakultäten duldet freilich weiterhin das römische Recht samt der übrigen Rechtsgeschichte nur als Propädeutik. Es fragt sich immerhin, ob es denn eine normative Propädeutik sein muß. Die wirkungsgeschichtliche, daher auch propädeutische, Relevanz des römischen Rechts beruhte ja nicht auf dessen mustergültigen Normierungen, sondern auf dessen – mit der fallrechtlichen Struktur zusammenhängenden – Offenheit, daher auch Interpretations- und Adaptationsfähigkeit. Hätte Justinian dem römischen Recht die Form eines Gesetzbuches verliehen, wäre es – hier behauptet sich Savigny gegen Jhering immer noch – bereits längst vergessen.<sup>187</sup> Das juristische „Buch der Weisheit“, wie man die Digesten noch vor einem Jahrhundert definierte,<sup>188</sup> läßt sich sowenig auf Gesetzesparagrafen reduzieren wie die Bibel auf zehn Gebote. Rechtsverhältnis, Rechtsinstitut und Pandektensystem waren nicht die Denkformen der römischen Jurisprudenz. Wer das römische Recht auf koschakersche Art „in der einen Hand die Digesten, in der anderen das BGB“<sup>189</sup> liest, kann nur die gelegentliche Textidentität über Jahrtausende hindurch nachweisen und damit nichts weiter als einen Anlaß für die Untersuchung der Rechtsverschiedenheit hinter den Texten liefern.<sup>190</sup>

## 5. Gegen die Degradierung der Rechtsgeschichte zu einer Hilfsdisziplin der Rechtsdogmatik

Inzwischen ist jedoch auch das BGB kein Buch der zivilistischen Weisheit mehr. Damit wird die Krise nicht nur des römischen Rechts und der Romanistik, sondern auch der gesamten Rechtsgeschichte – soweit sie sich als „Hilfsdisziplinen“ der Dogmatik verstehen – zum bloßen Reflex der Krise des Zivilrechts und der Zivilistik in ihrer traditionell-pandektistischen Gestalt.<sup>191</sup> Durch die „Anknüpfung“ an

<sup>187</sup> Vgl. R. v. JHERING, Geist (Anm. 29), 3. Aufl. p. 19, 21.

<sup>188</sup> L. v. PETRAZYCKI, Lehre (Anm. 56), p. 601; doch siehe dazu ironisch É. LAMBERT, La fonction du droit civil comparé, 1903, p. 844 f., 849, 866.

<sup>189</sup> Dazu M. STOLLEIS, Fortschritte (Anm. 116), p. 182. Der Bericht über den Vortrag Koschakers spricht vom „Corpus Iuris“, doch lassen sich drei dicke Bände „in der einen Hand“ halten?

<sup>190</sup> Vgl. P. PERLINGIERI, Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo, in: Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi, 1989, p. 125 f., 135.

<sup>191</sup> So D. SIMON, Aufgaben der Rechtsgeschichte, in: RJ 4 (1985), p. 265 f.; L. FRIEDMAN and G. TEUBNER (Anm. 53), p. 372–374.

das *missing link* des „diritto intermedio“ ist sie kaum abzuwenden. Mit dem Projekt des europäischen Schuldrechtsgesetzes ziehen es die Zivilisten und die Rechtsvergleicher vor, an den Code Napoléon und an das BGB anzuknüpfen. Erklärt sich diese Anhänglichkeit an das totgesagte Kodifikationsmodell des 19. Jahrhunderts nur mit dessen ideologisch-symbolischer Funktion im Rahmen der europäischen Integrationspolitik?

Fest steht jedoch, daß das Zeitalter der Dekodifikation<sup>192</sup> weder dem Richterrecht noch der Rechtsdogmatik die Qualität faktischer Rechtsquellen abzusprechen vermag.<sup>193</sup> Das Richterrecht hat gerade für die Privatrechtseinheit der Europäischen Gemeinschaft die vorrangige Bedeutung:<sup>194</sup> Erstens weil die verbindliche Auslegung des nur punktuellen Gemeinschaftsprivatrechts durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erfolgt, zweitens weil auch das sonstige europäische Privatrecht mit seiner losen Prinzipienstruktur auf eine Konkretisierung durch Richterrecht angewiesen ist, und drittens weil die Entscheidungspraxis der nationalen Gerichte Eigentümlichkeiten ihrer Rechtssysteme bewahrt, was mangels Koordinierung die Effektivität der Rechtsintegration gefährdet.

Was die Rechtsdogmatik als Rechtsquelle betrifft, so erholt sie sich vom Schock der Kodifikationszeit nur langsam.<sup>195</sup> Die von der applikativen Rechtsgeschichte empfohlene Kur des institutionellen Rechtsdenkens scheint dabei wenig erfolgversprechend zu sein. Den ontologisierten „Rechtseinheiten“ will das Zeitalter der Dekodifikation nur noch ein hypostatisches Dasein zugestehen;<sup>196</sup> damit lösen sie sich in Sequenzen der gesetzgeberischen, dogmatischen und gerichtlichen Entscheidungen und deren Begründungen, also der

<sup>192</sup> Dazu etwa P. CARONI, Das entzauberte Gesetzbuch, in: Schweizerische Zeitschrift für Geschichte 41 (1991), p. 268 f.; R. SCHULZE, Rechtsgrundsätze (Anm. 2), p. 460 f.; kritisch zum Dekodifikationsbegriff D. KLIPPEL (Anm. 30), p. 43 f.

<sup>193</sup> Beide können aber laut E. PICKER, Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung?, in: JZ 43 (1988), p. 73 f. und M. REHBINDER, Zur Rechtsqualität des Richterspruchs im System kodifizierten Rechts, in: Juristische Schulung 31 (1991), p. 543 nur *viribus unitis* neues Recht schaffen.

<sup>194</sup> Zur Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof allgemein M. ZULEEG, Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, in: JZ 49 (1994), p. 6; sonst DERS., Zusammenhalt (Anm. 160).

<sup>195</sup> Zum anhaltenden Niedergang des „wissenschaftlichen Rechts“ in Deutschland nach 1871 P. LANDAU, Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jhs., in: Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit, 1993, p. 79 ff.

<sup>196</sup> B. RÜTHERS (Anm. 176), p. 32 ff. Eine theoretische Neuauflage des institutionellen Rechtsdenkens bietet O. WEINBERGER, Norm und Institution, 1988, p. 77 ff. an.

juristischen Argumentationen auf. Juristisch argumentieren bedeutet, Alternativlösungen wertend abzuwägen. Wenn hier von der römischen wie von der gemeinrechtlichen Jurisprudenz etwas zu lernen ist, dann vor allem das, daß es auf jede dogmatische Frage mehrere Antworten gibt. Rezepte zu unterbreiten, und seien es auch Alternativrezepte, ist jedoch kein Geschäft der Rechtsgeschichte.<sup>197</sup> Sie wären auch schwerlich einschlägig, denn der Anbruch postkodifizierten Rechts stellt sich nicht als eine Wiederkehr des vorkodifizierten dar.

Weil die Abkehr von der Gesetzesbindung unter sozialstaatlichem Vorzeichen erfolgt,<sup>198</sup> geben die Alterserscheinungen der Gesetzbücher keinen Anhalt für die Spekulation, daß sich die BGB-Jurisprudenz im Rückzugsweg über das Einführungsgesetz, die Pandektistik und das *ius commune* stärker als bisher zur Romanistik bekennt. Lockert sich die Gesetzesbindung, dann kann sich zwar der Rechtsdogmatiker unter Umständen eine Lösung auch aus vorkodifikatorischer Zeit „holen“,<sup>199</sup> doch er greift auf die Vergangenheit nie in rechtshistorischer Absicht zurück.<sup>200</sup> Auch die romanistischen Enthüllungen, etwa daß es bereits in Rom eine Art Leasing-Vertrag gab<sup>201</sup> oder daß „die sogenannte Entdeckung der positiven Vertragsverletzung ... gar keine Entdeckung war“,<sup>202</sup> kommen immer im nachhinein und weisen im römischen Material nur Einzelfälle oder Fallgruppen, nicht aber dogmatische Kategorien nach. Einen kreativen Beitrag zur Dogmatik des geltenden Rechts leistet eine derartige „Beschaffung affirmativer Zitate“ nicht.<sup>203</sup> Erhellend wirken eher historisch-kritische Untersuchungen zu den aktuellen Dog-

<sup>197</sup> Anders D. KLIPPEL (Anm. 30), p. 23 f.

<sup>198</sup> F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* (Anm. 70), p. 542 f.

<sup>199</sup> G. DILCHER (Anm. 105), p. 247, 283; zustimmend H. HONSELL, *Argument* (Anm. 109), p. 301; vgl. aber auch W. WIEGAND, *Zivilrechtscourage*, in: RJ 4 (1985), p. 275–278.

<sup>200</sup> Nicht jede Ausbeutung der Rechtsvergangenheit ist Rechtsgeschichte; anders wohl P. STEIN, *Roman Law in a European Context*, in: RJ 12 (1993), p. 275: „An English lawyer ought not to be persuaded of the value of historical inquiry. In a case law system it is often necessary to go back for centuries...“.

<sup>201</sup> A. GUARINO, *Giusromanistica elementare*, 1989, p. 303 ff.; nur etwas zurückhaltender H. HONSELL, *Argument* (Anm. 109), p. 304. Ein Dogmatiker erledigt jedoch die römischen „Vorläufer des Leasing“ mit einem einzigen Wort: „angeblich“, so M. MARTINEK, *Moderne Vertragstypen I*, 1991, p. 40; ebenso ebd. p. 229 zu Factoring.

<sup>202</sup> R. WITTMANN (Anm. 153), p. 9, wohl gegen H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, in: *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages II*, 1959, p. 15 f.

<sup>203</sup> Dazu D. SIMON, *Normdurchsetzung*, in: *Ius commune* 15 (1988), p. 202.

men, welche – wie das des *numerus clausus* beschränkter Sachenrechte – nur angeblich auf römischem Recht beruhen.<sup>204</sup>

Die Antwort der Rechtsgeschichte auf die, meist vermeintliche, Indienstnahme<sup>205</sup> seitens des geltenden wie des künftigen, des nationalen wie des europäischen Rechts muß also heute – *historia magistra vitae* – ebenso lauten, wie sie bereits vor anderthalb Jahrhunderten Sumner Maine formulierte: kein „service instantané“.<sup>206</sup> Auch wenn es stimmt, daß eine Zivilrechtsdogmatik, „die auf historisch-dogmatische Argumente verzichtet“, so Honsell, „eine Verarmung des Argumentationshaushaltes in Kauf“ nimmt,<sup>207</sup> braucht deshalb die Rechtsgeschichte nicht jenen verarmten Haushalt mit Zusatzargumenten zu schmücken; eher muß sie sich um die Verarmung des rechtskulturellen Haushalts des Dogmatikers kümmern. Und selbst wenn ihre Mission in der „Beibehaltung eines juristischen Instrumentars auch in Zeiten, in denen es Aktualität ... einbüßt“ bestünde,<sup>208</sup> muß sie eben deshalb in einer relativen Unabhängigkeit von der Dogmatik arbeiten. Die Frage ob, wann, wie und welche Rechtsfiguren „wiederkehren“ werden, gehört ja weder der Rechtsgeschichte noch der Rechtsdogmatik, sondern der Rechtsfuturologie an.

Die praktische Bedeutung der Rechtsgeschichte, insbesondere der Romanistik, darzutun, ohne dem flachen Applikativismus zu verfallen, ist eine schwierige Aufgabe, die eine neue Standortbestimmung der Rechtsgeschichte verlangt.<sup>209</sup> Jedenfalls will sich die aufgeklärte Rechtsdogmatik in der Ausübung ihrer rechtspolitischen Funktion nicht nur auf eine ältere Dogmatik, sondern auch auf eine Rechtswissenschaft stützen, also auf die über die Dogmengeschichte hinausgehende Rechtsgeschichte, auf die Rechtssoziologie und auf die

<sup>204</sup> V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei iura in re aliena e il dogma del „numero chiuso“*, 1992, und dazu M. MARRONE, in: *Labeo* 39 (1993), p. 90–94.

<sup>205</sup> Vgl. P. LANDAU, *Bemerkungen* (Anm. 5), p. 118 f.; H. HONSELL, *Argument* (Anm. 109), p. 299: „Ein applikatives Verständnis der Rechtsgeschichte findet sich nur bei wenigen Zivilrechtlern, die meist zugleich Romanisten sind“; R. SCHULZE, *Die europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte – zu den gemeinsamen Grundlagen europäischer Rechtskultur*, 1991, p. 10.

<sup>206</sup> H. S. MAINE, *Études sur l'histoire du droit*, 1889, französische Übersetzung einer Studie von 1856, p. 425.

<sup>207</sup> H. HONSELL, *Argument* (Anm. 109), p. 310.

<sup>208</sup> Th. MAYER-MALY, *Wiederkehr* (Anm. 46), p. 3.

<sup>209</sup> Ihr stellen sich jetzt P. CARONI, *Evidenz...*, in: *Juristenausbildung* (Anm. 15), p. 27 ff. und in bezug auf die Romanistik B. HUWILLER, *Römisches Recht und juristisches Studium*, ebd. p. 57 ff.

Rechtsvergleichung. Nur von diesen kann sie Winke zur Funktionalität der überkommenen Rechtsfiguren erwarten – im nationalen wie im europäischen Kontext. Wenn man die Bedingungen europäischer Rechtsvereinheitlichung im dogmengeschichtlichen Sinne, als Rückführbarkeit der Normtexte auf eine gemeinsame Wurzel versteht, dann vergißt man, daß sich die europäische Integration vor dem Hintergrund tieferliegender Gegebenheiten sozio- und rechtsstruktureller Art vollzieht.<sup>210</sup> Schon im Hinblick auf die wohlverstandene Kooperation mit der Rechtsdogmatik darf sich also die Rechtsgeschichte weder als eine Bedienungsanleitung zum geltenden Recht noch als ein Horoskopbuch für künftiges Recht begreifen, sondern nur als eine Grundlagendisziplin, die sich nicht durch Extrapolationen und Analogien „anwenden“ läßt.<sup>211</sup> Die nationalen Unterschiede heutiger Privatrechte Europas kann man nur über ihre Geschichte erklären. Sie wegzuerklären bedeutet aber, die Provinz der Rechtsgeschichte zu verlassen.

Damit soll nicht dem wissenschaftstheoretischen Fetischismus von Nomenklaturen und Revierabgrenzungen das Wort geredet werden. Wissenschaftlich Interessantes findet oft auf Grenzgebieten statt. Die europäische Zusammenarbeit der applikativen Privatrechtsgeschichte mit der applikativen Privatrechtsvergleichung<sup>212</sup> verfolgt jedoch primär politische Ziele: Die Rechtsvergleichung betraut die Rechtsgeschichte mit einer „Gegenwartsaufgabe“,<sup>213</sup> die Rechtsgeschichte unterfüttert die Rechtsvergleichung mit einer „historischen Erfahrung“.<sup>214</sup> Welche dieser bisher unterprivilegierten, nun „in das Zentrum der Privatrechtswissenschaft“ rückenden<sup>215</sup> Nebendisziplinen das Forschungsfeld beherrschen wird, ist unschwer zu erraten: Die Suche nach Gemeinsamkeiten des europäischen Privatrechts soll

<sup>210</sup> Auch nach O. KAHN-FREUND, *Common Law and Civil Law – Imaginary and Real Obstacles to Assimilation*, in: *New Perspectives* (Anm. 133), p. 168 soll die europäische Rechtsvereinheitlichung Rechtsnormen und -institute „not as a piece of legal history or dogmatic reasoning . . ., but as the outcome of the social and political history“ begreifen.

<sup>211</sup> Ähnlich jetzt, trotz Grundbekenntnis zur Applikativität, R. SCHULZE, *Privatrecht* (Anm. 2), p. 86 f., 92 f.

<sup>212</sup> Editorial, in: *ZEuP* 1 (1993), p. 3.

<sup>213</sup> R. ZIMMERMANN, *Grundlage* (Anm. 10), p. 9.

<sup>214</sup> H. KÖTZ, *Juristenausbildung* (Anm. 112), p. 270. Inzwischen gelang es tatsächlich, den Nicht-Historikern einzuprägen, daß das *ius commune* „was applied“ im ganzen christlichen Europa: so Th. KOOPMANS, *Towards a New „ius commune“*, in: *The Common Law* (Anm. 44), p. 43; ähnlich P.-Ch. MÜLLER-GRAFF, *Common Private Law in the European Community*, ebd. p. 239 („existed“).

<sup>215</sup> So R. SCHULZE, *Rechtsgrundsätze* (Anm. 2), p. 466.

zwar „vergleichend-historisch“ vorgehen, doch mit deutlichem Akzent auf der ersteren Komponente.<sup>216</sup> Der beklagenswerte Zustand, daß kaum ein Rechtsdogmatiker nationalen oder europäischen Rechts historisch arbeitet, wird so durch die verstärkt dogmatische Arbeitsweise der Rechtshistoriker beschworen.

Freilich kann die Rechtsgeschichte als Nebenfrüchte ihrer Arbeit auf dem Grenzgebiet zur Rechtsdogmatik auch dogmatisch verwertbare Resultate anbieten.<sup>217</sup> Doch die Errichtung dogmengeschichtlicher Grundlagen der zivilistischen Anspruchsgrundlagen zum Schwerpunkt der Rechtsgeschichte zu machen bedeutet, ihre Stellung als Grundlagendisziplin der Rechtswissenschaft zu untergraben. „Who are the Glossators and Commentators of today?“ fragte vor anderthalb Jahrzehnten Merryman,<sup>218</sup> voll Mißtrauen, ob jemand die zur Vereinheitlichung anstehende Normenmasse von ihrem spezifischen sozio-kulturellen „Ballast“ kunstgerecht zu befreien vermochte. Weil sich inzwischen viele derartige Dekontextualisierer fanden und weil es allen voran die Rechtshistoriker sind, stellt sich jetzt eine andere Frage, und zwar ob sie damit der Rechtsgeschichte gute Dienste leisten.<sup>219</sup> Die negative Antwort liegt nahe, wenn man bedenkt, daß die applikative Ausrichtung der europäischen Privatrechtsgeschichte gleichzeitig ihre Verengung und ihre Überforderung bedeutet. Einerseits wirkt sie im sozialgeschichtlichen Sinne zu eng, andererseits maßt sie sich in dem von ihr bisher durchmessenen Revier des westeuropäischen Obligationenrechts etwas an, was sie als Rechtsgeschichte nicht zu leisten vermag, nämlich die Rechtspolitik.

Doch selbst als Dogmengeschichte ist sie eine zugleich „hinkende“ und „springende“ Disziplin im Sinne Petrazyckis.<sup>220</sup> Sie springt, indem sie gewaltsam nach den Gemeinsamkeiten mit England

<sup>216</sup> Vgl. R. SCHULZE, Privatrecht (Anm. 2), p. 84, 92 f., welcher außerdem die Rolle der Rechtsgeschichte als „ergänzend“ (Rechtsgrundsätze p. 466) und „bescheidenerer“ (Privatrecht p. 84) bezeichnet, wengleich er auch von den „Zwillingsschwestern“ (Rechtsgrundsätze p. 470; Privatrecht p. 84) spricht.

<sup>217</sup> P. LANDAU, Bemerkungen (Anm. 5), p. 119; K. WIKSTRÖM (Anm. 159), p. 167 f.; T. GIARO, Genealogie (Anm. 6), p. 547.

<sup>218</sup> J. H. MERRYMAN (Anm. 133), p. 230.

<sup>219</sup> Zum Schicksal vorgefundener Normen H. KÖTZ, A Common Private Law for Europe, in: The Common Law (Anm. 44), p. 41: „cut loose from their conceptual context, stripped of their national doctrinal overtones, and seen purely in the light of their function“.

<sup>220</sup> Zu diesen Termini T. KOTARBINSKI, The Concept of Adequate Theory, in: Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki, ed. by J. GORECKI, 1975, p. 17 ff.; A. PECZENIK, Leon Petrazycki and the Post-Realistic Jurisprudence, ebd. p. 83 f., 86 f.

sucht, das keine nennenswerte Rezeption des römischen Rechts erfuhr;<sup>221</sup> sie hinkt, indem sie Ostmitteleuropa ignoriert, das nicht nur die Aufkötroyierung westeuropäischer Kodifikationen, sondern auch die Rezeption der Pandektistik, also eine Rezeption der „Nachrezeption“<sup>222</sup> erlebte. Was auch immer die Gemeinsamkeiten mit dem sich seit dem 19. Jahrhundert „zivilisierenden“ England<sup>223</sup> gewesen sein mögen, so verstehen sich jedenfalls die Privatrechte Ostmitteleuropas nur als Ausweitung des romanistischen Rechtskreises. Trotzdem wurden sie als bloße Satellitenrechte von der westlichen Rechtsvergleichung, die sich stellvertretend für die „sozialistische Familie“ mit dem sowjetischen Recht begnügte, vernachlässigt. Diese Kenntnislücken pflegt nun die europäische Privatrechtsgeschichte weiter, wodurch sie die historisch geprägten Familienunterschiede<sup>224</sup> verdeckt. Dazu gehört insbesondere die Tatsache, daß die ostmitteleuropäischen Gesellschaften in der Vorweltkriegszeit „Privatrechtsgesellschaften“ des westlichen Typs waren, welche den sozialistischen Umschwung als einen relativ kurzen Traditionsbruch erlebten, der übrigens in erster Linie nicht durch Reformen der zivilistischen Begrifflichkeit, sondern durch Auslegung der Generalklauseln und sonstiger allgemeiner Rechtsvorschriften erfolgte.<sup>225</sup>

Dabei entbehrt die Einbeziehung dieser Region in das Blickfeld europäischer Privatrechtsgeschichte keinesfalls einer integrationspolitischen Begründung. Die ostmitteleuropäischen Staaten verfolgen den Modernisierungskurs unter westlichem Vorzeichen konsequenter als Rußland und die meisten Nachfolgestaaten der Sowjetunion, ja sie sind bereits teilweise in das institutionelle Netz der Europäischen Gemeinschaft integriert.<sup>226</sup> Trotzdem läßt man weiterhin die „wissenschaftlichen“ Grenzen mit den politischen zusammenfallen, obwohl es nicht mehr die Ländergrenzen sind, deren Enge – mit Jherings

<sup>221</sup> Anders A. D'ORS, Une introduction à l'étude du droit, 1991, p. 59, nach dessen Ansicht das angelsächsische Recht „provient lui aussi du droit romain“.

<sup>222</sup> Zu diesem Terminus F. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte (Anm. 70), p. 203, 228, 442; M. KASER, Anteil (Anm. 175), p. 338.

<sup>223</sup> H. P. GLENN, La civilisation de la common law, in: Revue internationale de droit comparé 45 (1993), p. 559 ff., 563 ff.

<sup>224</sup> Dazu T. GIARO, Europa (Anm. 65), p. 342 f.

<sup>225</sup> Vgl. zum polnischen Zivilprozeßgesetzbuch von 1964 E. PETERS, Polnisches Zivilprozeßrecht – auf dem Wege nach Westen?, in: Wege zu einem europäischen Zivilprozeßrecht, hg. von W. GRUNSKY et al., 1992, p. 102: „keine radikal andersartige Kodifikation“; „einzelne Vorschriften den bisherigen Regelungen aufgepropft“.

<sup>226</sup> H. SCHÄFER, Europas Einheit: Herkunft, Ziel, Form, in: Europa als politische Idee und als rechtliche Form, hg. von J. ISENSEE, 1993, p. 32.

Worten – sowohl die applikative europäische Privatrechtsgeschichte<sup>227</sup> als auch die gleichnamige Rechtsvergleichung<sup>228</sup> beklagen, sondern die EG-Grenzen. Die Rechtswissenschaft wird so von der Rechtsdogmatik, die immer auch Ideologie ist,<sup>229</sup> verdrängt, die Apologie der Vergangenheit gipfelt auch bei der „erneuerten“ Historischen Rechtsschule<sup>230</sup> in der Apologie der Gegenwart.<sup>231</sup>

Es gibt noch einen – spezifisch rechtswissenschaftshistorischen – Grund, weshalb das Jheringzitat über die Degradierung der Rechtswissenschaft zur Landesjurisprudenz als Sammelruf der beiden Zwillingsschwesterdisziplinen mißtönt. Kaum ein anderer Jurist des 19. Jahrhunderts hat so entschieden wie Jhering gegen die Vermengung der Rechtsgeschichte mit der Rechtsdogmatik protestiert.<sup>232</sup> „Die Rechtsgeschichte soll den Schlüssel zur Dogmatik abgeben, das ist der Unstern“ – so Jhering in Unkenntnis der zwölf Sterne Europas –, „der über ihr schwebt“.<sup>233</sup> Sei sie nicht nur europäisch, sondern auch mondial, die Dogmengeschichte wird sowenig eine Rechtsgeschichte werden wie die Rechtsdogmatik eine Rechtswissenschaft. Gerade die nationalen Gesetzbücher, die das juristische Buch der Weisheit in seiner Funktion der Rechtsquelle ablösen, worin eben Jhering ihren Befreiungseffekt erblickte,<sup>234</sup>

<sup>227</sup> H. COING, Von Bologna bis Brüssel, 1989, p. 11; DERS., Europäisches Privatrecht II, 1989, p. 27; R. ZIMMERMANN, Römisch-holländisches Recht (Anm. 11), p. 838; DERS., Grundlage (Anm. 10), p. 10; R. SCHULZE, Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht, in: Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte (Anm. 7), p. 19; DERS., European Legal History – A New Field of Research in Germany, in: Journal of Legal History 13 (1992), p. 270 f.; DERS., Rechtsgrundsätze (Anm. 2), p. 443; DERS., Privatrecht (Anm. 2), p. 77 f.

<sup>228</sup> H. KÖTZ, Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, in: RabelsZ 50 (1986), p. 14; DERS., Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, in: Rechtsdogmatik und Rechtspolitik (Anm. 123), p. 76 f.; DERS., Rechtsvergleichung (Anm. 168), p. 22; DERS., Juristenausbildung (Anm. 112), p. 275. Vollständigkeit der Angaben war weder hier noch in der vorigen Anmerkung angestrebt.

<sup>229</sup> Dazu T. GIARO, L'argumentation (Anm. 17), p. 283 f.

<sup>230</sup> Zu Savignys Schule, Marx' Kritik resümierend, A. SCHIAVONE, Storiografia e critica del diritto, 1980, p. 29, 34 f., 38 f.; P. CARONI, Evidenz (Anm. 15), p. 46 f.

<sup>231</sup> Erst neulich schlägt R. SCHULZE, Privatrecht (Anm. 2), p. 77 vor, den ganzen Osten Europas „zumindest als Arbeitshypothese“ in das Forschungsfeld der europäischen Privatrechtsgeschichte einzubeziehen; Hinweis in dieser Richtung bereits bei R. SCHULZE, Ius commune (Anm. 227), p. 29–31.

<sup>232</sup> Und zwar auf derselben Seite des „Geistes“ (R. v. JHERING, Geist [Anm. 29], 3. Aufl. p. 15), der man das Degradierungszitat zu entnehmen pflegt. Vgl. auch ebd. p. 22: „Ist unsere Jurisprudenz ... gleichgültig gegen alle Fragen, die sich nicht unmittelbar auf die praktische Anwendbarkeit des Rechts beziehen?“.

<sup>233</sup> R. v. JHERING, Geist (Anm. 29) 1856, p. 53 und 3. Aufl. 1873, p. 60.

<sup>234</sup> R. v. JHERING, Geist (Anm. 29), 3. Aufl., p. 15.

haben zur Relativierung des positiven Rechts geführt. Die Unterscheidung zwischen Recht als kontingentem Normtext und als wissenschaftlich erforschbarer Form des Soziallebens wurde möglich. Man begann, zwischen dem positiven Recht mit seiner Dogmatik und „dem Recht als solchen“ zu trennen, was auch Jhering vorschwebte, als er nach „dem Recht im römischen Recht“ suchte.<sup>235</sup> Die in diesem historischen Kontext ausdifferenzierten Kategorien von Rechtsdogmatik und Rechtswissenschaft, von Rechtstexten und Rechtsnormen, von Dogmengeschichte und Rechtsgeschichte sowie von römischem Recht und romanistischer Tradition gehören nicht mehr in einen Topf.

Jherings Wahlspruch „durch das römische Recht über das römische Recht hinaus“<sup>236</sup> entstand 1857, als das römische Recht noch der Weg zum deutschen Zivilrecht war.<sup>237</sup> Der Weg ist – in Deutschland wie im übrigen Europa, Andorra und San Marino ausgenommen<sup>238</sup> – zurückgelegt worden. Die Privatrechtsgeschichte, antiken wie europäischen Rechts, sollte ihre Energien nicht dafür vergeuden, das vergangene Recht als ideales oder als immer noch geltendes auszuweisen. Eher sollte sie dem künftigen Zivilisten die Perspektive auf den zurückgelegten Weg öffnen. Damit würde sie ihm das Verständnis der Geschichte als eines Prozesses, die Einmaligkeit des römischen Rechts, des älteren *ius commune*, des *usus modernus* und der Kodifikationen vermitteln, ihn nicht zuletzt auch für seine Zukunftsaufgaben sensibilisieren. Mindestens aber würde sie ihn zu einem gebildeten Juristen machen. Die europäische Privatrechtsgeschichte mit dem Nullpunkt Mittelalter wird ihn zu einem halbgebildeten Juristen machen, die kraft Wegfall der Geschäftsgrundlage zu erwartende Abschaffung jeglicher Rechtsgeschichte im vereinten Europa<sup>239</sup> – zu einem ungebildeten.

Es sei denn, daß man am mondialen Privatrecht mit Legitimation durch Universalrechtsgeschichte zu zimmern versucht. Diese Erfah-

<sup>235</sup> Vgl. W. WILHELM, Das Recht im römischen Recht, in: Jherings Erbe, hg. von F. WIEACKER und CH. WOLLSCHLÄGER, 1970, p. 228 ff.; T. GIARO, Constructionsplaudereien (Anm. 167), p. 212 f.

<sup>236</sup> R. v. JHERING, Aufgabe (Anm. 8), p. 45; DERS., Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt, in: Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung 17 (1866), p. 6; DERS., Geist (Anm. 29), 3. Aufl., p. 14.

<sup>237</sup> W. WILHELM (Anm. 235), p. 233. Auch für Wróblewski war das römische Recht der Weg zum Zivilrecht: vgl. S. GRZYBOWSKI, in: Studia z dziejów Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego, ed. M. PATKANIOWSKI, 1964, p. 246.

<sup>238</sup> Zu diesen letzten *ius-commune*-Enklaven G. DOLEZALEK (Anm. 152), p. 106 f.

<sup>239</sup> Dies befürchtet auch P. CARONI, Storia (Anm. 14), p. 327.

zung gehört jedoch – trotz gelegentlicher Rückfälle<sup>240</sup> – zum anknüpfungsunfähigen „Gestern“ der Rechtsvergleichung.<sup>241</sup> In den Sektoren, in denen sie nötig ist, geht die globale Rechtsvereinheitlichung auch ohne eine derartige Legitimation vonstatten.

<sup>240</sup> Von der „Weltmission“ des römischen Rechts sprach etwa E. F. BRUCK (Anm. 146), p. 31–33; ähnlich H. KUPISZEWSKI (Anm. 83), p. 79, 216.

<sup>241</sup> Vgl. L.-J. CONSTANTINESCO (Anm. 38), p. 142–145; H. NEUMAYER, Grundriß der Rechtsvergleichung, in: Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, hg. von R. DAVID und G. GRASMANN, 2. Aufl. 1988, p. 12 f., 19–21; G. HAMZA, Comparative Law and Antiquity, 1991, p. 36 ff., 60 ff.