

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg1>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 1 (2002)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg01/232-236>

Rg **1** 2002 232 – 236

Kent Lerch

Kreuz des Nordens

was the practice. He does not explore the intellectual content of the concept in detail, though stressing not only that it evolved and changed but also, rightly, that the law varied from country to country in the area of the *ius commune*. He nonetheless is firmly of the view that one can sensibly and meaningfully talk of the *ius commune* as a system, disagreeing with doubters, such as Paul Nève, who consider that one cannot talk of the *ius commune* as one system.¹ For Helmholz, the *ius commune* nonetheless contained a strong measure of continuity at its core from the revival of legal science until the nineteenth century. That continuity was provided by

the texts of the Roman and Canon laws, the common education of its practitioners, the commentaries of the law professors, and the common features of its procedural system. He stresses in his conclusion that the idea of the unity of the *ius commune* should not be exaggerated. It held the possibility of long-term disagreement and uncertainty (242). Helmholz's comparative studies of both English law and English ecclesiastical practice, examined in the light of the *ius commune* tell us much. It is an exhilarating and enlightening performance.

John W. Cairns

Kreuz des Nordens*

»We have no history proper to our Law, but some loose unconnected hints«, klagte der Schotte Walter Ross vor zweihundert Jahren; außer einigen von Sir Thomas Craig und Lord Stair en passant gemachten Anmerkungen wisse man eigentlich nichts von der Geschichte des schottischen Rechts.¹ An gelehrten Abhandlungen, die dem abzuhelpen suchten, hat es seither nicht gefehlt, wenngleich der Erfolg dieser Bemühungen unter schottischen Juristen mehr als umstritten ist. Lord Cooper of Culross urteilte, dem schottischen Recht ermangele es so sehr an Kontinuität, dass es an sich unmöglich sei, seine Geschichte zu schreiben: »There is a sense in which it is true to say that Scots law has no history; its story is a record of false starts and rejected experiments«. ² Abgehalten hat dieses Diktum die schottischen Rechtshistoriker indes nicht davon, es doch zu versuchen, es hat sie ganz im Gegenteil erst recht zu neuen Anstren-

gungen angespornt. Nachdem die diversen Ansätze in dem 1958 von C. H. Paton herausgegebenen 20. Band der Stair Society, *An Introduction to Scottish Legal History*, erstmals in einer Gesamtschau zusammengefasst wurden, kam es im weiteren zu einer ganzen Reihe von Arbeiten zur schottischen Rechtsgeschichte, die zuletzt in David Walkers sechsbändiger, vom Mittelalter bis ins 19. Jahrhundert reichenden, umfassenden Gesamtdarstellung *A Legal History of Scotland* gipfelten.

Kennzeichnend für die meisten neueren Arbeiten ist das Bemühen, eine durchgängige, bruchlose Geltung römischen Rechts in Schottland seit dem späten Mittelalter nachzuweisen; damit geht eine Neigung einher, sowohl die anglo-normannischen Grundlagen des schottischen Rechts als auch das seit dem 19. Jahrhundert in Schottland Einzug haltende common law eher gering zu schätzen. Nicht selten wird das ius

1 PAUL L. NÈVE, Europäisches Ius Commune und (nationales) Gemeines Recht: Verwechslung von Begriffen?, in: Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag, Munich 1997, pp. 871–884.

* A History of Private Law in Scotland, hg. von KENNETH REID und REINHARD ZIMMERMANN, Vol. I: Introduction and Property, Vol. II: Obligations, Oxford: Oxford University Press 2000, Vol. I: lxi, 552 S.; Vol. II: lxxviii, 748 S., ISBN 0-19-829941-9

1 WALTER ROSS, Lectures on the History and Practice of the Law of Scotland Relative to Conveyancing and Legal Diligence, Edinburgh 1792, xvii.

2 THOMAS MACKAY COOPER, Select Scottish Cases of the Thirteenth Century, Edinburgh 1944, lxi.

commune als das wahre Recht Schottlands dargestellt, welches durch das englische Recht, das man den Schotten gegen ihren Willen aufgedrängt habe, gleichsam verunreinigt worden sei und nun von diesem verfremdenden Elementen gesäubert werden müsse: »The common law cuckoo laid too many eggs in the eagle's nest«.³

Auch wenn die schottische Rechtsgeschichte dem *ius commune* eine wesentlich gewichtigere Rolle für die Entwicklung des schottischen Rechts zuschreiben möchte als dem *common law*, ist es um seine Bedeutung für die in Schottland herrschende Rechtspraxis doch weit weniger gut bestellt, wie sich auch und gerade an den allenthalben von Rechtshistorikern vorgebrachten Klagen zeigt: Geklagt wird über das Paradox eines »gemischten« Systems, in dem zivilistische Prinzipien eine nicht immer sichere Koexistenz mit einer letztlich vom Gedanken des *case law* geprägten Justiz eingehen müssen, einer Justiz, welche nur allzu bereit sei, eine über Jahrhunderte hinweg erfolgte, im wesentlichen kontinuierliche Entwicklung mit einer einzigen Entscheidung hinwegzufügen, lediglich auf der Grundlage dessen, was in einem Falle als den Erfordernissen der Gerechtigkeit entsprechend empfunden werde. Dies endlich richtigzustellen, dahin geht die Hoffnung der schottischen Rechtsgeschichte; zu diesem Zweck bemüht sie sich, das von ihr diagnostizierte »kulturelle Vakuum«, das die Praktiker zu dauerhaften Fehleinschätzungen führe, mit Darstellungen dessen zu füllen, wie es wirklich gewesen sei. Wie groß der Einfluss war und ist, den *ius commune* und *common law* auf die Entwicklung des schottischen Rechtssystems hatten und noch haben, ist daher nach wie vor Gegenstand erbitterter Kontroversen.⁴

Die von Kenneth Reid und Reinhard Zimmermann herausgegebene *History of Private*

Law in Scotland soll nach dem erklärten Willen der beiden Herausgeber indes über dieser Auseinandersetzung stehen: »We take no sides in these debates ... In this work we seek to observe rather than apportion credit or blame« (I 10). Ihnen gehe es vielmehr darum, zu untersuchen, ob das gemischte Rechtssystem Schottlands, in dem die beiden großen europäischen Rechtsstraditionen *common law* und *ius commune* eine einzigartige Verbindung eingegangen seien, ohne dass die eine Tradition die andere in der langen und wechselhaften schottischen Geschichte und Rechtsgeschichte zu verdrängen vermocht habe, als mögliches Modell für eine graduelle Annäherung von anglo-amerikanischem und kontinentalem Recht in Betracht komme (I 3). Die *History of Private Law in Scotland* setzt damit fort, was Reinhard Zimmermann und Daniel Visser in *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa* (1996) begonnen hatten: So, wie Visser und Zimmermann seinerzeit den Einfluss von römisch-holländischem Recht und *common law* in der Geschichte des südafrikanischen Rechts herauszuarbeiten suchten und die Erfahrungen, welche die südafrikanischen Juristen mit einer gemischten Rechtsordnung gemacht haben, einem breiteren Publikum nahe bringen wollten, hat sich Reinhard Zimmermann nun zusammen mit seinem schottischen Kollegen Kenneth Reid daran gemacht, den europäischen Juristen eine inmitten Europas bestehende Mischrechtsordnung vorzustellen.

Die zwischen dem südafrikanischen und dem schottischen Rechtssystem bestehenden Ähnlichkeiten, die Reid und Zimmermann zu dieser Anschlussstudie bewogen haben, sind in der Tat auffallend. Nicht nur, dass es sich bei beiden um gemischte Rechtsordnungen handelt, in die sowohl *common law* als auch *ius commune* eingeflossen sind: Gleich dem südafrikanischen Recht

³ THOMAS BROUN SMITH, The Common Law Cuckoo, in: THOMAS BROUN SMITH, *Studies Critical and Comparative*, Edinburgh 1962, 89.

⁴ Siehe hierzu etwa die Debatte zwischen ALAN RODGER, *Roman Law in Practice in Britain*, in: RJ 12 (1993) 261–271 und ROBIN EVANS-JONES, *Roman Law in Britain (sic) Scotland*, in: RJ 13 (1994) 494–505.

hat auch das schottische keine Kodifikation erfahren; ebenso wie das südafrikanische Recht sich auf Autoritäten stützt – die *ou skrywers* –, hat auch das schottische Recht seine *institutional writers*: Nur fünfzig Jahre, nachdem Grotius mit seiner *Inleydinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd* das Roman-Dutch law niederlegte, begründeten Stairs *Institutions of the Law of Scotland* ein »Roman-Scotch law« (I 6). Die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts sah sowohl in Südafrika als auch in Schottland eine Aszendenz des englischen Rechts, gegen die sich dann seit den fünfziger Jahren eine vornehmlich von nationalistischen Gefühlen getragene Reaktion richtet. Hier endet die Vergleichbarkeit allerdings auch, denn während die südafrikanischen Gerichte aufgrund einer vor allem politisch motivierten Abwehrhaltung England gegenüber alles auch nur vage britisch Anmutende zurückwiesen und eine Rückkehr zum römisch-holländischen Recht propagierten, hat sich der schottische Nationalismus weder in einer harschen Ablehnung des common law noch in einer verstärkten Hinwendung zum römischen Recht geäußert, sondern allenfalls in einem gewissen Eklektizismus bei der Anwendung der englischen Rechtsdoktrin;⁵ einmal ganz davon abgesehen, dass das schottische Recht auf einem das alte keltische Recht überformenden anglo-normannischen Recht gründet und nicht erst mit der Rezeption römischen Rechts beginnt, mithin also eine noch weit komplexere Mischung verschiedener Rechtselemente darstellt als das südafrikanische.

Diese Komplexität spiegelt sich nur allzu deutlich in den Beiträgen wider, welche die beiden Herausgeber nun in der *History of Private Law in Scotland* zusammengetragen haben: Dreißig der namhaftesten Kenner der schottischen Rechtsgeschichte haben sich in insgesamt

dreiunddreißig Artikeln mit der Geschichte des *law of property* und des *law of obligations* in Schottland auseinandergesetzt. Herausgekommen ist dabei ein zwei Bände umfassendes, nahezu anderthalbtausend Seiten starkes Opus, dessen einzelne Artikel durchweg von hoher, teils hervorragender Qualität sind und das als Gesamtwerk dennoch nicht zu überzeugen vermag. Jeder der Autoren hat sein Gebiet gründlich, bisweilen hingebungsvoll bearbeitet und uns eine eingehende Darstellung der Geschichte eines schuld- oder sachenrechtlichen Instituts geliefert; doch auch wenn die Studien unseren Kenntnisstand insoweit – mitunter erheblich – erweitern, ist trotz des von Reid und Zimmermann gewählten Titels keine Geschichte des schottischen Privatrechts daraus geworden. Gleichwohl jeder der Artikel ein Mosaikstein ist, so fügen sie sich doch in ihrer Summe nicht zu einem Gesamtbild. Aller Detailreichtum kann nun einmal nicht vermitteln, wie die einzelnen Rechtsinstitute miteinander zusammenhängen, welches ihre Bedeutung im System des geltenden Rechts war, ebenso wie man kaum etwas über die Bedeutung der Gerichtsverfassung, des Verfahrens und des Beweisrechts erfährt. Die Darstellung des *law in books* steht klar im Vordergrund, wohingegen man über das *law in action* so gut wie nichts erfährt, ein Versäumnis, welches vor allem in einer Mischrechtsordnung wie der Schottlands um so schwerer wiegt. Die *History of Private Law in Scotland* erschöpft sich letztlich in einer bloßen Dogmengeschichte, die notgedrungen Stückwerk bleiben muss.

Daran kann auch John W. Cairns' einhundert-siebenzig Seiten lange *Historical Introduction* nichts ändern, welche die einzelnen, manchmal völlig beziehungslos nebeneinander stehenden Artikel verklammern soll, damit aber nur die Schwächen des gesamten Vorhabens um so deut-

⁵ Siehe ALAN RODGER, *Roman Law in Practice in Britain*, in: RJ 12 (1993) 261–271, 271.

licher hervorhebt. Gerade an diesem hochkonzentrierten Abriss der schottischen Rechtsgeschichte wird sichtbar, wie ungleich und wenig unparteiisch eben doch gewichtet wird, wenn es gilt, den Einfluss von *ius commune* und *common law* darzustellen: Während Cairns dem anglo-normannischen Recht immerhin noch dreißig Seiten einräumt, um sich dann 132 Seiten lang der Rezeption des römischen Rechts und dessen weiterem Schicksal hinzugeben, erscheint es ihm offensichtlich völlig ausreichend, das seit dem 19. Jahrhundert in Schottland an Bedeutung gewinnende *common law* auf nicht einmal ganz acht Seiten abzuhandeln. Wenngleich Cairns auch nicht leugnen kann, dass die neue Gerichtsverfassung, das veränderte Verfahren, die neue Rechtsquellenlehre und die verstärkte intellektuelle wie politische Ausrichtung auf England allesamt mit dazu beitragen, den Einfluss, den das *common law* seither auf das schottische Recht ausgeübt hat, noch erheblich zu verstärken, hält er die Entwicklung nach 1832 für letztlich nicht weiter erwähnenswert: »The natural conclusion for this historical introduction is at the end of the third decade of the nineteenth century. Complex and interesting though developments in Scots law may have been since, the basic features of the institutions of the modern Scottish legal system were already in place. The route Scots law was to take was already mapped out« (I 177).

Auch wenn die Ungleichgewichtung im weiteren nie so augenfällig ist wie bei Cairns, zieht sie sich doch wie ein roter Faden durch das gesamte Werk. Mögen sich auch einige Autoren bemüht haben, ihre Darstellung nicht schon im frühen neunzehnten Jahrhundert enden zu lassen und manche sogar die Entwicklungen des zwanzigsten Jahrhunderts schildern, so beschleicht den Leser doch hin und wieder das Gefühl, ein Gutteil der Beitragenden habe sich nicht so recht mit dem

leidigen *common law* auseinandersetzen wollen und sich statt dessen um so mehr dem vertrauten *ius commune* gewidmet: Nur zu gerne wird ausgeblendet, welchen Einfluss das englische Recht in Schottland seit dem 19. Jahrhundert ausgeübt hat und noch ausübt. Das schon fast formelhafte Beschwören eines »gemeinrechtlichen Kerns« des schottischen Rechts kann nichts daran ändern, dass sich eben gerade fragt, ob es in den letzten zwei Jahrhunderten nicht zu einer weitgehenden Entkernung desselben gekommen ist.

Doch es ist nicht nur die weitgehende Beschränkung auf das goldene Zeitalter des »Roman-Scotch law«, welche zu einer einseitigen Gewichtung führt, es ist auch die Auswahl der zu untersuchenden Gegenstände: Wenn Reid und Zimmermann glauben machen wollen, man könne eine Geschichte des schottischen Privatrechts schreiben, indem man lediglich die wichtigsten Institute des Schuld- und Sachenrechts abhandelt, dann muss schon die Art und Weise, in der mit dem Begriff des Privatrechts operiert wird, Bedenken wecken – auch und gerade im Hinblick darauf, dass das schottische Recht als mögliche Brücke zwischen den Rechtstraditionen des englischen und des kontinentalen Rechts, als Modell für ein gemeineuropäisches Privatrecht angeboten wird.⁶ Angesichts dessen, dass sich Reid und Zimmermann darauf beschränkt haben, Eigentum und Vertrag zu behandeln, nicht aber die Gebiete des Handels-, Gesellschafts-, Wettbewerbs-, Sozial- und Arbeitsrechts, deren Entstehung von der gemeinrechtlichen Überlieferung in weitaus geringerem Maße beeinflusst wurde, muss es indes nicht verwundern, wenn nach der Lektüre der beiden Bände der Eindruck zurückbleibt, das schottische Privatrecht sei zuerst und vor allem römisch-rechtlich geprägt. So mit der *History of Private Law in Scotland* der Nachweis geführt

6 Siehe hierzu auch FRIEDRICH KÜBLER, Traumpfade oder Holzwege nach Europa? Oder: Was wir uns von der Rechtsgeschichte wünschen sollten, in: RJ 12 (1993) 307–314.

werden sollte, die gemeinsamen Grundlagen eines europäischen Privatrechts seien auch in Schottland auszumachen, darf man daher den Erfolg dieses Unternehmens bezweifeln: Wer schon daran glaubte, musste nicht erst überzeugt

werden; wer aber noch nicht überzeugt war, der wird auch durch dieses Werk nicht umgestimmt werden.

Kent Lerch

Traditionswerkstatt Rechtsgeschichte*

Zimmermanns drei *Clarendon lectures* erörtern die Emanzipation der deutschen Romanistik von der Pandektistik unter dem Einfluss des BGB (1–52), die trotzdem fortdauernde Verwurzelung der Zivilistik im römischen Recht (53–105) und die europäische Natur der heutigen nationalen Privatrechte (107–185). Zimmermann widmet die erste Vorlesung der Vergangenheit, die zweite der Gegenwart, die dritte der Zukunft (XX), doch hat man es eher durchgehend mit einer Mixtur von Rechtsgeschichte, Rechtsdogmatik, Rechtsvergleichung und Rechtspolitik zu tun. Es geht ihm nämlich darum, durch eine gemeineuropäische Rekonstitution der deutschen Historischen Rechtsschule das Bewusstsein einer »intellectual unity created by a common tradition« als Vorbedingung der Europäisierung des Privatrechts wieder aufzubauen (XIX f.). Die Anrufung des Savigny-Erbes folgt der rechtshistorischen Gepflogenheit, Zukunftsentwürfe als *revivals* zu gestalten und gegenwärtige Diskurse mit dem scholastischen Autoritätsargument abzuschneiden.

Die erste Vorlesung *The End of an Era: Transformation of Scholarship in Roman Law*, eine Übersetzung des Beitrags für den Sammelband »Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik« (Heidelberg 1999, 1–39), schildert das kodifikationsbedingte Auseinanderleben von

Romanistik und Zivilistik. Wohl aus Versehen schiebt Zimmermann dabei Entstellungen des römischen Rechts dem *mos gallicus* statt dem *italicus* in die Schuhe (18). Infolge der »historicization of legal history« (40) durch Otto Lenel, Ludwig Mitteis, Emil Seckel und deren Schüler sei die heutige *legal scholarship*, also die gesamte Rechtswissenschaft, »completely a-historical« geworden (11, 22 ff.). Dieses sensationelle Ergebnis verdankt sich nur Zimmermanns anachronistischer Terminologie. Konnten doch jene Gelehrten so lange keine Historisierung der *legal history* vornehmen, wie diese im Schatten der Pandektistik kein autonomes Fach gewesen ist. Auf demselben *quid pro quo* beruht der Tadel des Ahistorismus der heutigen Rechtswissenschaft. Denn ahistorisch ist allein die von der Rechtsgeschichte getrennte Dogmatik oder Zivilistik geworden. Durch diese Ausdifferenzierung der Pandektenjurisprudenz entstand aber erst das moderne System der Rechtswissenschaft. Die Frage, inwieweit seine Binnengrenzen zu lockern seien, ist mit Aufrufen zur Wiederherstellung der Vergangenheit nicht zu lösen.

Die zweite Vorlesung *The Transition from Civil Law to Civil Code in Germany: Dawn of a New Era?* bestreitet mit Windscheid (17) die Rolle des BGB als Zäsur der Rechtsgeschichte. Gegen den Gemeinplatz, die Rechtsprechung des

* REINHARD ZIMMERMANN, Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today, Oxford: Oxford University Press 2001, XX, 197 S., ISBN 0-19-829913-3