

# Rechtsgeschichte Legal History

[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg24>

Rg **24** 2016 480–483

**Kellen Funk**

## Die ungeschriebene Geschichte der nordamerikanischen Kodifizierung

---

Dieser Beitrag steht unter einer  
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0



- HOBBS, THOMAS (1989), *Leviatano* (1651), Roma, Bari: Laterza
- HOFER, SIBYLLE (2001), *Freiheit ohne Grenzen?*, Tübingen: Mohr Siebeck
- LOCKE, JOHN (1998), *Il secondo trattato sul governo* (1690), Milano: Rizzoli
- MARX, KARL (1978), *La questione ebraica* (1844), Roma: Editori Riuniti
- MESSINA, GIUSEPPE (1904), I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro, in: *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2, I, 458 ss.
- POLANYI, KARL (1974), *La grande trasformazione* (1944), Torino: Einaudi
- RÜSTOW, ALEXANDER (2001), *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, 2. ed. (1950), Marburg: Metropolis
- SCHMOECKEL, MATHIAS (2008), *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck
- SMITH, ADAM (2001), *Teoria dei sentimenti morali* (1759), Milano: Rizzoli
- SMITH, ADAM (2005), *La ricchezza delle nazioni* (1776), Roma: Newton Compton
- SOMMA, ALESSANDRO (2005), *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino*, Frankfurt am Main: V. Klostermann
- SOMMA, ALESSANDRO (2014), *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma: DeriveApprodi
- STOLLEIS, MICHAEL (2007), *L'occhio della legge*, Roma: Carocci
- WEBER, MAX (2000), *Economia e società* (1922), Vol. 3, Torino: Edizioni di Comunità

## Kellen Funk

# Die ungeschriebene Geschichte der nordamerikanischen Kodifizierung\*

Abgesehen von der fünfunddreißigseitigen Einleitung stammt der Text *Codification, Transplants and History* aus einer Dissertation, die der Autor John W. Cairns vor 35 Jahren abgeschlossen hat. Seine Relevanz und Aktualität zeigen, wie stark die Geschichte der Kodifizierung in Nordamerika bisher vernachlässigt wurde. Das Thema erhält gelegentlich Aufmerksamkeit in Qualifikationsarbeiten, aber seit im Jahre 1981 Charles Cooks *The American Codification Movement* intensiv kritisiert wurde, ist keine umfassende Abhandlung mehr erschienen.<sup>1</sup>

Cairns konzentriert sich auf zwei nordamerikanische Regionen, die mehr Beachtung erfahren haben: Niederkanada (Quebec) und Louisiana. Die Erforschung der Kodifizierung in Louisiana hat sich in den dortigen Jurafakultäten zu einer kleinen Industrie entwickelt, während die Kodifizierung in Quebec eine beeindruckende Behand-

lung in Brian Youngs *The Politics of Codification* erfahren hat.<sup>2</sup> Cairns bietet eine gründliche juristische Analyse, die Youngs politische Studie ergänzt und kippt damit – als ob die Dissertation frisch geschrieben wäre – eine langanhaltende Auseinandersetzung über die Quellen der Gesetze von Louisiana.

Und dennoch: Obwohl Cairns eine wichtige Analyse von *Kodizes* bietet, harren wir immer noch einer Geschichte der *Kodifizierung* in Nordamerika.

Cairns Textkritik zweier Gesetzbücher wird wohl in absehbarer Zeit nicht überboten werden, nicht einmal von den digitalen Techniken, die momentan in diesem Bereich aufkommen. Er untersucht die *Digest of the Civil Laws Now in Force in the Territory of Orleans* von 1808 (er erwähnt das *Civil Code of Louisiana* von 1825 nebenläufig) und das *Civil Code of Lower Canada* von 1866 unter Beachtung von Familien- und Arbeitsrecht.<sup>3</sup> Na-

\* JOHN W. CAIRNS, *Codification, Transplants and History: Law Reform in Louisiana (1808) and Quebec (1866)*, Clark, NJ: Lawbook Exchange 2015, 559 S., ISBN 978-1-61619-509-0

1 ROBERT W. GORDON, *Book Review: The American Codification Movement*, in: *Vanderbilt Law Review* 36 (1983) 431–458.

2 A. N. YIANNPOULOS, *The Civil Codes of Louisiana*, in: *Civil Law Commentaries* 1,1 (2008) 1–23. BRIAN YOUNG, *The Politics of Codification: The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montreal, Can.: McGill University Press 1994.

3 Im Jahr 1808 beinhalteten die englischen Wörter *code* (Gesetzbuch) und *digest* (Gesetzsammlung) nicht den

technischen Unterschied wie heutzutage. Seinem Titel zum Trotz sollte der *digest* den vorherigen *code* vollkommen ersetzen und zur einzigen Quelle bürgerlichen Rechts im Territorium Orleans werden, im Sinne der modernen Theorie eines Gesetzbuches.

türlich waren diese im 19. Jahrhundert noch keine eigenständigen Gesetzeswerke, Cairns Studien erstrecken sich daher quer über die Gesetzbücher und beziehen auch einige ahistorisch ausgewählte Regelungen ein. Cairns unternimmt dann einen vorsichtigen, stichhaltigen Vergleich der Vorschriften und möglichen Quellen jedes Gesetzbuchs, von kastilischem Gewohnheitsrecht und französischem Recht, bis hin zu den napoleonischen Kodifizierungen und sogar den englischen Kommentierungen von William Blackstone.

Für Quebec liefert er eine technische Ergänzung zu Youngs *Politics of Codification*. Während Youngs Studie die politische Ökonomie der Kodifizierung untersucht und die Industrialisierung sowie die konkurrierenden Interessen von anglophonen und katholischen Eliten betont, sagt sein Werk vergleichsweise wenig über das substantielle Recht aus, welches von der Kodifizierungskommission gewählt wurde. Cairns bietet Letzteres und seine Arbeit unterstützt Youngs Ansicht des Quebec-Gesetzbuchs als Kompromiss zwischen konservativen sozialen Institutionen und modernen Trends hin zu freiem Austausch und individuellen Eigentumsrechten. Cairns findet eine allgemeine Ableitung vom *ancien droit* auf Familienbeziehungen, Arbeitsbestimmungen hingegen folgten der Vertragstheorie von Herr- und Knecht-Beziehungen des französischen Gesetzbuchs.

Keine andere Studie hat eine so sorgfältige Untersuchung von Quellen des Quebec-Gesetzbuchs versucht. Louisiana stellt einen gänzlich gegenteiligen Fall dar. Über Jahrzehnte haben sich Forscher dort mit erstaunlicher Bissigkeit über die Quellen der Gesetzsammlung von 1808 gestritten.<sup>4</sup> Der Einfluss des französischen Texts ist offensichtlich nicht zu bestreiten. Der frankophone Gelehrte Robert Pascal behauptet jedoch, der Text präsentiere nur »ein spanisches Mädchen in einem französischen Kleid« und die Kommissionsmitglieder hätten das vererbte spanische Gesetz mit französischen Artikeln rekapituliert.<sup>5</sup> Pascals Argument hat sich als verlockend erwiesen. Es versichert Juristen, dass, egal wie viele Wörter jemand zählt,

die Essenz eines Gesetzes seiner expliziten Formulierung entgegenlaufen kann und Statistiken Jurisprudenz nicht ersetzen können.

Die Forschung verlangte nach substantieller Analyse, um Pascals Behauptung zu testen, und Cairns bietet eine solche Analyse in unvergleichlicher Schärfe: Er geht über Ähnlichkeiten in der Formulierung hinaus und durchdenkt die juristische Logik jeder Vorschrift und wie sie in ein Regulierungssystem passt. Er kommt zu dem Schluss, dass viele Vorschriften der Gesetzsammlung von Louisiana analog zu kastilischem Gesetz sind, aber nur so weit wie jedes andere System in der römischen Tradition. Aus fundamentalen Prinzipien von familiären Beziehungen und vertraglichen Obligationen resümiert Cairns, dass Pascals Position nicht haltbar ist. Die Redakteure wichen von kastilischem Gesetz ab und liehen sowohl Struktur als auch spezifische Vorschriften von Frankreich. In diesen Fällen weist der Text tatsächlich auf die Quelle.

Der Großteil von Cairns Werk dient der Entscheidung der Quellen-Debatte, aber seine Betrachtungen über die Kodifizierung im Allgemeinen sind auch wertvoll. Trotz der Intensität der Louisiana-Debatte bemühen sich wenige Teilnehmer, die Wichtigkeit der Frage, worauf es hier ankommt, zu klären. Was macht es für einen Unterschied, ob die Gesetzsammlung überwiegend spanisch ist statt französisch? Zumindest für einige Kommentatoren gilt die unausgesprochene Annahme, dass das kastilische Gesetz feudale Elemente behalten hat, die kompatibler mit dem Sklavensystem von Louisiana waren, während das französische Gesetz ein »modernes« System von Proto-Kapitalismus verkörpert hat.<sup>6</sup> Seiner Zeit voraus, widerlegt Cairns Studie von 1980 solche Auffassungen. »Feudalismus«, »Kapitalismus« und »Sklaverei« sind keine reinen sozialen Strukturen und ein Gesetzbuch, das von einem System abgeleitet wurde, kann in der Tat Elemente eines anderen entnehmen.

Cairns hält jedoch nicht konsistent an dieser Einsicht fest. Das Problem tritt auf, wenn er sich

4 J. M. SWEENEY, *Tournament of Scholars over the Sources of the Civil Code of 1808*, in: *Tulane Law Review* 46 (1972) 586–602.

5 ROBERT PASCAL, *Of the Civil Code and Us*, in: *Louisiana Law Review* 59 (1998) 301–324.

6 MITCHELL FRANKLIN, *Some Considerations on the Existential Force of Roman Law in the Early History of the United States*, in: *Buffalo Law Review* 22 (1972) 69–105.

ausschließlich auf den Text der Gesetzbücher bezieht, um seine Geschichte der Kodifizierung zu schreiben. Diese Methode erweist sich als wertvoll, wenn Cairns die interne Logik der Gesetzbücher diskutiert sowie die Gründe, aus denen Kommissionsmitglieder Vorschriften vermengt haben, um praktische Absurditäten zu vermeiden. Doch wenn er eine Entscheidung treffen muss, da die juristische Logik unbestimmt ist, greift eine bemerkenswert schlüssige Ideologie von »liberalem Individualismus«, »Kameradschaftsehe«, oder »Wirtschaftsliberalismus«, um die Analyse zu vervollständigen.

Solche Erklärungen sind zu bequem. Die Kodifizierung erzeugte eine Reihe von juristischen, politischen und kulturellen Spannungen: über die Verfassungskonformität gesetzgebender Kommissionen, die in Gesetzbüchern bevorzugten Politiken, die Übertragung von Texten in neue religiöse und wirtschaftliche Bereiche, über die kreative Macht von Gesetzgebern und die gesellschaftlichen Vorteile stabiler Traditionen. Der Text eines Gesetzbuchs erzählt uns wenig darüber, wie Kommissionsmitglieder diese Spannungen behoben: Bevorzugten sie selbst die »Kameradschaftsehe« oder schlugen sie eine Regel vor, von der sie wussten, dass Gesetzgebung, Presse oder die Anwaltschaft sie bevorzugen würden? Außerdem vernachlässigt Cairns Liste von Ideologien symbolische Erklärungen, die Kulturhistoriker seit den 1980ern betonen. Die bürgerliche Abneigung gegen das englische Common Law scheint schlussendlich weniger von Überlegungen über Wirtschaftspolitik, sondern mehr von instinktiver Abneigung gegen ein »provinzielles« Rechtssystem motiviert zu sein.

Obwohl Cairns also eine fantastische Textanalyse von *Kodizes* bietet, bleibt die Geschichte ihrer *Kodifizierung* ungeschrieben. Das Feld erwartet einen Forscher, der eine einschneidende Studie über politische Wirtschaft, wie Youngs, mit Cairns technischer Expertise in und Beachtung von logischen Rechtssystemen kombinieren kann. Dennoch bietet Cairns eine nützliche Agenda. Er verfolgt kontinuierlich zwei Gegensätze, die die Erforschung der Kodifizierung interessant und wichtig machen.

Erstens sind Gesetzbücher in hohem Maße sowohl derivativ als auch originär. Sogar innovative Werke wie der Code Napoléon »klauen« viel Material von anderen juristischen Texten, aber jedes Gesetzbuch konfiguriert das Geklaute auf seine eigene Weise. Zweitens sind Gesetzbücher sowohl opak als auch transparent. Um vorherige Rechtssysteme ersetzen zu können, verdecken sie ihre Quellen und Einflüsse, aber ihre ausgeliehene Natur ermöglicht es, die konsultierten Quellen und die in deren Entstehung getroffenen Entscheidungen nachzuvollziehen. Es ist dieses Element der *Entscheidung*, welches Kodifizierung so faszinierend macht, indem es die Kontingenz von Rechtsgeschichte aufdeckt: Welche Politiken waren denkbar zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Ort, was war tabu und welche Gerichtsbarkeiten verliehen ihren Texten am meisten Prestige?

Studien zur Kodifizierung folgen in der Regel R. C. Van Caenegems Untersuchung institutioneller Spannungen zwischen Gerichten, Legislativen und Universitäten.<sup>7</sup> Cairns Studie nimmt eine weitere Gruppe in den Blick: die Anwälte. In einem Beispiel geht Cairns über den Text des Gesetzbuchs hinaus und geht der Frage nach, warum kastilisches Recht eine solche Wiederbelebung in Louisiana genoss, nachdem die Gesetzesammlung von 1808 davon abgewichen war. Er schlussfolgert, dass gerade die Anwälte die Gesetzesammlung als französisches Gesetzbuch untergraben haben. Als Gesetzbuch war die Gesetzesammlung in gewisser Weise zu erfolgreich. Seine drastische Klarheit ließ einige Prozessparteien ohne brauchbare Argumentation dastehen, wenn der Text des Gesetzbuchs als einzige Rechtsquelle infrage kam. Anwälte argumentierten dementsprechend über das Gesetzbuch hinaus und belebten dabei einen Rechtspluralismus, in welchem die Traditionen von Kastilien, Frankreich oder sogar England überzeugende Argumente im Interesse ihrer Klienten liefern könnten. Zu diesen Anwälten gehörten sogar die Verfasser des Gesetzbuchs selbst.

Tatsächlich gehörte Kodifizierung in Amerika fast ausschließlich in den Tätigkeitsbereich der Anwaltschaft und nicht wie in England in den der Richter, wie in Frankreich in den der Gesetz-

7 R. C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge, UK: Cambridge University Press 1984.

gebung oder wie in Deutschland in den der Professoren. Künftige Studien zur nordamerikanischen Kodifizierung werden die besondere Institution des praktischen Technokraten beachten müssen: die Anwälte, die, wie Cairns in seiner aktualisierten Einleitung schreibt, »did not found their decisions about the law on any kind of detailed and

profound study of the history in the style of Savigny. Instead they operated, without much public scrutiny, as legal technocrats, confident of their own patrician views, inscribing into their codes what they saw as necessary and appropriate.«



**Matthias Schwaibold**

## Codex Caroni\*

Der Berner Emeritus für Rechtsgeschichte erfreute seine Leser in der Vergangenheit wiederholt mit Beiträgen zur Privatrechtsgeschichte namentlich der Schweiz. Sie waren völlig uneitel und voller richtiger Gedanken, allem Modernismus abhold, ohne aber deshalb altmodisch oder gar theorielos gewesen zu sein, im Gegenteil: Caroni warnte davor, um es plakativ und nicht mit seinen Worten auszudrücken, Rechtsgeschichte als eine Art Selbstbedienungsladen zur Herstellung beliebiger historischer Kontinuitätslinien zu verstehen und ihr immer nur das entnehmen zu wollen, was einem für das geltende Recht gerade als Verlängerung auf der Zeitachse nach hinten passt. Er will nämlich gerade nicht, »dass die Reise in die Vergangenheit einer Plünderung gleichkommt« (3). Rechtsgeschichte dient für ihn – und das unterscheidet ihn von den allermeisten seiner Kollegen – auch nicht einfach einem besseren Verständnis der *lex lata*, eher allenfalls der Erkenntnis, dass diese das Ergebnis eines Ringens ist, das auch hätte anders ausgehen können. Seinen zahlreichen Veröffentlichungen namentlich zur Kodifikationsgeschichte der Schweiz folgt jetzt eine – von ihm (der Jahrgang 1938 ist) als »autobiographisch« abschliessend bezeichnete – weitere Darstellung, die den Band 1/1 des renommierten »Schweizerischen

Privatrechts« bildet. Das ist wohl kein Zufall, bemüht sich doch diese Schriftenreihe seit ihrem Anfang 1967 darum, das Wesentliche im geltenden Zivilrecht herauszuarbeiten und bildet damit einen Kontrapunkt zu den viel dickeren und nunmehr einander in hoher Kadenz jagenden Praktiker-Kommentaren, von denen sie sich nicht nur sprachlich und gedanklich, sondern auch konzeptionell abhebt.

Caroni stellt bei seiner Schilderung des 19. Jahrhunderts die schweizerische Entwicklung in den Mittelpunkt und knüpft damit vor allem an drei – vom Rezensenten früher schon besprochene – »Vorgängerwerke« an, nämlich die »Rechtseinheit« vom 1986, das »Privatrecht« (1. Aufl. 1988, 2. Aufl. 1999) und »Die Einsamkeit des Rechtshistorikers« (2005). Er legt allerdings mehr als eine zusammenfassende Neuauflage vor, vielmehr vertieft und erweitert er einige seiner dort (und möglicherweise auch noch anderswo) entwickelten Gedanken. Seinem Leser macht er es dabei noch weniger leicht als je zuvor, er verlangt ihm vielmehr eine Konzentration ab, die irgendwo ein entfernter Spiegel der hohen Konzentration ist, mit der Caroni diesmal ganz besonders spürbar ans Werk gegangen ist. Die äussere Gliederung der Abhandlung in 10 Paragraphen verrät dabei nicht allzu viel zum

\* PIO CARONI, Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche. Schweizerisches Privatrecht, Erster Band, erster Teilband, hg. von Sibylle Hofer, Basel: Helbing Lichtenhahn 2015, XXXV und 255 S., ISBN 978-3-7190-3278-4