

BEMERKUNGEN ZUM VERHÄLTNIS DER PRIVATRECHTSANGLEICHUNG IN EUROPA ZUR RÖMISCHRECHTLICHEN TRADITION

Gábor Hamza
Universitätsprofessor
Eötvös Loránd Universität Budapest

Recepción: 15 de mayo de 2010

Acceptación por el Consejo de Redacción: 8 de junio de 2010

RESUMEN:

Die Beschlüsse des Europäischen Parlaments. 2. Das römische Recht im Mittelalter. 3. Das römische Recht in der Neuzeit. 4. Das Pandektenrecht. 5. Das römische Recht und das *common law*. 6. Das *common law*. 7. Die Annäherung zwischen dem kontinentalen Recht und dem *common law*

Palabras clave: Académie des Privatistes Européens – Code Européen des Contrats – English Law Commission — judge made law – Kommerzialisierung des Privatrechts – Projet franco-italien de Code des Obligations et des Contrats – receptio in globo (receptio in complexu) – stare decisis-Doktrin – Usus modernus pandectarum – Verbraucherschutz.

ABSTRACT:

Resolutions of the European Parliament. 2. Roman Law in the Middle Ages. 3. Roman Law in the Modern Times. 4. Pandectist Law. 5. Roman Law and *common law*. 6. The *common law*. 7. Gradual Approximation between Roman Law and *common law*

Keywords: Académie des Privatistes Européens – Code Européen des Contrats – Commercialisation of Civil (Private) Law – Consumer protection – Doctrine of stare decisis - English Law Commission – Judge made law – Projet franco-italien de Code des Obligations et des Contrats – receptio in globo (receptio in complexu) – Usus modernus pandectarum.

Bemerkungen zum Verhältnis der Privatrechtsangleichung in Europa zur römischrechtlichen Tradition

1. Durch den Beschluß des EG-Parlaments vom 26. Mai 1989 (ABl. EG C 158/400) wurden die Mitgliedstaaten aufgefordert, ihre Privatrechtsordnungen (Zivil- und Handelsrecht) miteinander in Einklang zu bringen.¹ Die EG hat hierauf eine Kommission eingesetzt, die diesbezüglich Vorschläge ausarbeiten sollte.² Im Beschluß des EU-Parlaments vom 6. Mai 1994 (ABl. EG C 205/518) wurden die Mitgliedstaaten erneut ermahnt,³ bestimmte Bereiche des Privatrechts zur Förderung des Binnenmarkts zu vereinheitlichen.⁴ Über diese Frage ist in der Sitzung des Europäischen Rats im Jahre 1999 in Tampere wieder beraten worden. Punkt 39 der Erklärung von Tampere weist die Kommission auf die Notwendigkeit der Privatrechtsharmonisierung unter den Mitgliedstaaten hin.⁵ Am 15. November 2001 wurde erneut ein Beschluß (ABl. EG C 2001 255/1) im Europäischen Parlament über die Empfehlung zur Angleichung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten verabschiedet.⁶

1 Hinsichtlich der Vorgeschichte der Rechtsvereinheitlichung im Bereich des Privatrechts in der klassischen (griechisch-römischen) Antike siehe F. MAROI: *Tendenze antiche e recenti verso l'unificazione internazionale del diritto privato*. Roma 1933. S. 7 f. und 15. Zur Bedeutung des Werkes von Theophrastos *Peri nomón*, das im Wesentlichen ebenfalls der Rechtsvereinheitlichung diente, siehe G. HAMZA: *Jogösszehasonlítás és az antik jogrendszer*. (*Rechtsvergleichung und die Rechtssysteme der Antike*.) Budapest 1998. S. 17 ff.

2 B. GROSSFELD – K. BILDA: Europäische Rechtsangleichung. *ZfRV* 33 (1992) S. 426.; H. P. GLENN: Harmonisation of Law, Foreign Law and Private International Law. *ERPL* 1 (1993) S. 57 ff.; G. HAMZA: Legal Traditions and Efforts to Unify (Harmonize) the Private Law in Europe. *AJHung* 44 (2003) S. 165–177.; DERS.: Anmerkungen zur Harmonisierung des Privatrechts in Europa. *AnnUB* 45 (2004) S. 13–27.; DERS.: Réflexions sur l'harmonisation (unification) du droit privé en Europe. *Europa e diritto privato*, 8 (2005) S. 907–923. und DERS.: Reflexiones sobre la armonización (unificación) del derecho privado en Europa. In *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos. IV. Homenaje a F. Hinestrosa 40 años de Rectoría*. Bogotá 2007. S. 239–252.

3 Siehe W. TILMANN: Zweiter Kodifikationsbeschluß des Europäischen Parlaments. *ZEuP* 3 (1995) S. 534–551.

4 D. STAUDENMAYER: Perspektiven des Europäischen Vertragsrechts. In *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*. (Hrsg. von R. Schulze – H. Schulte-Nölke) Tübingen 2001. S. 429.

5 Über die verschiedenen Beschlüsse siehe G. ALPA: European Community Resolutions and the Codification of „Private Law“. *ERPL* 8 (2000) S. 326 ff.; Walter Hallstein hat bereits im Jahre 1964 auf die Möglichkeit und Notwendigkeit der Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft hingewiesen. Siehe W. HALLSTEIN: Angleichung des Privat- und Prozeßrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. *RabelsZ* 28 (1964) S. 211–230.

6 H. J. SONNENBERGER: Privatrecht und Internationales Privatrecht im künftigen Europa: Fragen und Perspektiven. *RIW* 48 (2002) S. 489. Siehe noch P. HOMMELHOFF: Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung. *AcP* 192 (1992) S. 71–107.

Bereits im Jahre 1980 wurde die von Professor Ole Lando geleitete *Commission on European Contract Law* einberufen, die die allgemeinen Grundsätze des europäischen Vertragsrechts ausarbeiten sollte.⁷ Im Zusammenhang mit der Tätigkeit dieser Kommission soll die Tendenz der „Kommerzialisierung des Privatrechts“ (auf Französisch: *commercialisation du droit civil*, auf Italienisch: *commercializzazione del diritto privato*, auf Spanisch: *mercantilización del derecho privado* oder *comercialización del derecho civil*) erwähnt werden.⁸

Im Oktober 1990 wurde in Pavia die internationale *Académie des Privatistes Européens* (auf Italienisch: *Accademia dei Giusprivatisti Europei*) gegründet, deren Hauptziel erklärtermaßen die Schaffung eines einheitlichen europäischen Kodex des Vertragsrechts ist. Der erste Präsident der Akademie war der namhafte italienische Zivilrechtler Alberto Trabucchi (1907–1998), Professor in Padua. Sein Nachfolger wurde der ebenfalls bekannte Zivilist José Luis de los Mozos (1924–2008), Professor in Valladolid. Dessen Nachfolger wiederum wurde Professor Peter Stein, der vorher Vizepräsident der *Académie des Privatistes Européens* war.

Zahlreiche Mitglieder dieser Akademie waren bzw. sind Römischrechtler d.h. Romanisten: Peter Stein, Regius Professor (emeritus) of Civil Law in Cambridge, bis 2008 Vizepräsident der Akademie, Fritz Sturm, Professor emeritus in Lausanne; der Münchener Professor Dieter Medicus und die inzwischen verstorbenen Professoren Theo Mayer-Maly von Salzburg und Roger Vigneron von Liège. Bei der Gründung der Akademie spielte Giuseppe Gandolfi, Professor in Pavia, eine entscheidende Rolle, dessen Œuvre bekanntlich auch im Bereich des römischen Rechts bedeutend ist.⁹ Im Rahmen der Akademie wirkt auch die *Groupe d'étude pour le droit européen commun* (GEDEC), die an einer Kodifizierung des europäischen Vertragsrechts arbeitet (*Code Européen des Contrats*).¹⁰ Grundlage für diesen Kodex-Entwurf bildet in erster Linie das Vierte Buch

7 O. LANDO: Principles of European Contract Law. An Alternative or a Precursor of European Legislation. *RabelsZ* 56 (1992) S. 261 ff. Siehe noch K. P. BERGER: The Principles of European Contract Law and the Concept of „Creeping Codification of Law“. *ERPL* 9 (2001) S. 21–34.

8 In Bezug auf diese Tendenz siehe zusammenfassend aus der Literatur: G. LEVI: *La commercializzazione del diritto privato. Il senso dell'unificazione*. Milano 1996.

9 In der Redaktion von Giuseppe Gandolfi entstand der Vorentwurf des *Code Européen des Contrats* (*Avant-projet*). Siehe *Code Européen des Contrats–Avant-projet*. (Ed. G. Gandolfi) Milano 2001. Vgl. noch: G. GANDOLFI: Der Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches. *ZEuP* 10 (2002) S. 1–4.; DERS.: Un Code Européen des Contrats: pourquoi et comment. In *An Academic Green Paper on European Contract Law*. (Eds. S. Grundmann – J. Stuyck) Lancaster 2002. S. 201 ff. und DERS.: Il libro secondo („Des contrats en particulier“) del „Code Européen des Contrats“. In *Scritti per G. Franciosi. II*. (A cura di F. M. d'Ippolito) Napoli 2007. S. 999–1023.

10 Eine Übersicht über die Arbeit und die Leistungen der Akademie von Pavia bietet Gandolfi. Siehe G. GANDOLFI: Pour un code européen des contrats. *RTDCiv.* (1992) S. 707 ff. Siehe noch P. G. GAGGERO: Il progetto di un codice europeo dei contratti: l'attività del gruppo

(*Libro Quarto*) des italienischen *Codice civile* über das Schuldrecht. Außerdem diene der *Contract Code*,¹¹ der von der vom Oxforder Professor Harvey McGregor geleiteten *English Law Commission* in den 1960-er und 1970-er Jahren ausgearbeitet worden war, als Modell.¹² Der *Contract Code* sollte das englische *Common law* mit dem schottischen (im kontinentaleuropäischen Recht wurzelnden) *Civil Law*¹³ im Bereich des Vertragsrechts miteinander in Einklang bringen.¹⁴

Gleichwohl gibt es auch *Gegner* dieser Harmonisierungsbewegung. So hat sich z.B. der Heidelberger Professor Peter Ulmer stets skeptisch gegenüber der Privatrechtsvereinheitlichung innerhalb der EU-Mitgliedstaaten geäußert.¹⁵ Eine ähnliche Ansicht vertrat auch der im Jahre 2003 verstorbene namhafte Zivilrechtler und Rechtssoziologe Jean Carbonnier, der nicht nur die Dringlichkeit, sondern auch überhaupt die Notwendigkeit der Rechtsvereinheitlichung auf diesem Gebiet angezweifelt hat. Es scheint fast so, als ob sich der zwischen Anton Friedrich Justus Thibaut und Friedrich Carl von Savigny Mitte der 1810er Jahre stattgefundenen Streit um die Notwendigkeit der Kodifikation wiederholen würde – freilich unter veränderten Verhältnissen.¹⁶

Obwohl sich bislang keineswegs ein einheitlicher Standpunkt durchsetzen konnte,¹⁷ besteht dennoch kein Zweifel daran, daß die Rechtsvereinheitlichung

di lavoro pavese. *RDC* 43 (1997) S. 113–120. und J. Antunes VARELA: Code Européen des Contrats (avant-projet) (Pavia). In *Um Código Civil para a Europa*. *BFDC* 78 (2002).

11 H. MCGREGOR: *Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission*. Milano – London 1993.

12 Die Materialien über die Sitzungen der Akademie von Pavia wurden bisher in zwei Bänden veröffentlicht. Siehe *Incontro di studio su il futuro codice europeo dei contratti*. Pavia 20–21 ottobre 1990. (A cura di P. Stein) Milano 1993. und *Atti accademici* 1992–1994. (A cura di P. Stein) Milano 1996.

13 Über den *Terminus technicus* „Civil Law“ siehe A. BERGER: From „Ius Civile“ to „Civil Law“. Reflections on Terminology. In *Festschrift G. Kisch. Rechtshistorische Forschungen anlässlich des 60. Geburtstages dargebracht von Freunden, Kollegen und Schülern*. Stuttgart 1955. S. 125–146.

14 Über die Rolle der Rechtsvergleichung in der Europäisierung des Vertragsrechts siehe aus der neueren Literatur: M. OUDIN: Un droit européen...pour quel contrat? Recherches sur les frontières du contrat en droit comparé. *RIDC* 59 (2007) S. 475–522.

15 P. ULMER: Vom deutschen zum europäischen Privatrecht. *JZ* 47 (1992) S. 1 ff. Skeptisch ist auch R. C. van Caenegem. Siehe R. C. van CAENEGEM: *European Law in the Past and the Future: Unity and Diversity over Two Millennia*. New York – Cambridge 2002.

16 Bezüglich der Frage der Notwendigkeit der Kodifikation in Europa siehe aus der neueren Literatur: L. MENGONI: *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?* Roma 1993. und K. KERAMEUS: Problems of Drafting a European Civil Code. *ERPL* 5 (1997) S. 455–481.

17 Dies bezieht sich auch auf die Harmonisierung des Schuldrechts. Siehe P. SCHLECHTRIEM: „Wandlungen des Schuldrechts in Europa“ – Wozu und wohin? *ZEuP* 10 (2002) S. 213–221. Siehe noch U. P. GRUBER: Zur Rolle der Rechtsvergleichung nach der Schuldrechtsreform. *ZVglRWiss* 101 (2002) S. 38–44.

langfristig gesehen in irgendeiner Form vollzogen werden muß.¹⁸ Es gibt Versuche, ein Europäisches Zivilgesetzbuch (*Code civil européen*) vorzubereiten bzw. zu redigieren.¹⁹ Die europaweite Rechtsvereinheitlichung²⁰ kann auf verschiedenen Wegen geschehen: einerseits mittels Verordnung bzw. Richtlinie, andererseits aber auch durch koordinierte nationale Gesetzgebung.²¹ Auf die Schwierigkeit des Vereinheitlichungsprozesses deutet z.B. der Umstand hin, daß es im Jahre 1970 in England und Schottland²² nicht gelungen ist, den einheitlichen *Contract Code* zu verabschieden.²³

18 Siehe aus der Literatur: J. BASEDOW: A Common Contract Law for the Common Market. *Common Market Law Review*, 33 (1996) S. 1169–1195.; J. M. QUIGLEY: *European Contract Law*. London 1997.; J. BASEDOW: Codification of Private Law in the European Union: The Making of a Hybrid. *ERPL* 9 (2001) S. 35–49.; M. CASTRONOVO: *Principi di diritto europeo dei contratti*. Milano 2001.; O. LANDO: Salient Features of the Principles of European Contract Law: a Comparison with the UCC. *Pace International Law Review*, 13 (2001) S. 339 ff.; I. VESCAILLAS: The Formation of Contracts and the Principles of European Contract Law. *Pace International Law Review*, 13 (2001) S. 371 ff.; A. di MAJO: Il contratto e l'obbligazione nei Principi. *Europa e diritto privato*, 5 (2002) S. 883 ff.; O. LANDO: Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification. *Uniforme Law Review/Revue de Droit Uniforme NS* 8 (2003) S. 123–133. und M. J. BONELL: The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law. *AJCL* 56 (2008) S. 1–28.

19 Siehe J. LOOKOFSKY: The Harmonisation of Private and Commercial Law: „Towards a European Civil Code“. *SSL* 39 (2000) S. 111–121. und Chr. von BAR: Le Groupe d'études sur un Code civil européen. *RIDC* 53 (2001) S. 127–139.

20 In Bezug auf die Kompetenzfrage der Rechtsangleichung in der Europäischen Union siehe aus der neueren Literatur: S. VOGENAUER – S. WEATHERILL: The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law – an Empirical Contribution to a Debate. In *The Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*. (Ed. by S. Vogenauer and S. Weatherill) Oxford 2006.

21 O. REMIEN: Ansätze für ein Europäisches Vertragsrecht. *ZVglRWiss* 87 (1988) S. 105–122.; DERS.: Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze? *RabelsZ* 56 (1992) S. 30. und DERS.: Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts. *JZ* 47 (1992) S. 277 ff. Vgl. noch R. HERBER: Deutsche Zivilrechtskodifikation und internationale Rechtsvereinheitlichung. In *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*. (Hrsg. von K. Schmidt) Berlin 1990. S. 269.; J. TAUPITZ: *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen*. Tübingen 1993.; O. LANDO: Some Features of the Law of Contracts in the Third Millennium. *SSL* 40 (2000) S. 343–402. und H. SCHULTE-NÖLKE: Ein Vertragsgesetzbuch für Europa: Konsequente Fortsetzung der Binnenmarktpolitik und der Einführung einer gemeinsamen Währung. *JZ* 56 (2001) S. 917–920.

22 In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, daß man in der Literatur über ein „British ius commune“ seit der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts (nach der Verabschiedung des *Act of Union* im Jahre 1701) spricht. Siehe A. WIJFFELS: A British ius commune? A Debate on the Union of the Laws of Scotland during the First Years of James VI's English Reign. *Edinburgh Law Review*, 6 (2002) S. 315–355.

23 W. TILMAN: Kodifikation des Privatrechts in der Gemeinschaft. In *Für Recht und Staat. Festschrift für H. Helmrich zum 60. Geburtstag*. München 1994. S. 441.

Die Rechtsvereinheitlichung schreitet innerhalb der Europäischen Union in erster Linie im Bereich des Vertragsrechts voran.²⁴

Es soll auch darauf verwiesen werden, daß es bereits in der Zwischenkriegszeit, d.h. nach dem Ersten Weltkrieg, Bestrebungen gab, auf Kodifikationsebene das Schuldrecht von einigen Ländern zu vereinheitlichen. Der *Projet de Code franco-italien des Obligations et des Contrats* (auf Italienisch: *Progetto italo-francese di Codice delle Obligazioni e dei Contratti*) vom Jahre 1927 sollte die Grundlage eines Gesetzes bzw. Gesetzbuches für Schuldverhältnisse (Obligationen und Verträge) für Frankreich und Italien bilden.²⁵

Das römische Recht bzw. die römischrechtliche Tradition, Fundament der meisten Privatrechtsordnungen in Europa, kann auch für diesen langen Entwicklungsprozeß zweifelsohne als Grundlage dienen.²⁶ In dieser Hinsicht ist hierbei an die Grundprinzipien des römischen Rechts, etwa an die Vertragsfreiheit, zu denken.²⁷

Es ist immerhin festzustellen, daß die Vertragsfreiheit – d.h. die Freiheit, einen Vertrag überhaupt abschließen zu können („Abschlußfreiheit“), die Freiheit, den Partner auszuwählen („Partnerfreiheit“) und die Freiheit, den Inhalt des Vertrages zu bestimmen („Inhaltsfreiheit“)²⁸ - auf einigen Gebieten, wie etwa im Verbraucherschutz (*consumer*

24 Siehe zusammenfassend aus der reichen Literatur: D. STAUDENMAYER: The Commission Action Plan on European Contract Law. *ERPL* 11 (2003) S. 113–127. und DERS.: The Way Forward in European Contract Law. *ERPL* 13 (2005) S. 95–104.

25 Bezüglich dieses Entwurfes, dessen Hauptredaktoren auf italienischer Seite Vittorio Scialoja (1856–1933) und auf französischer Seite Ferdinand Larnaude (1853–1942) waren, siehe aus der umfangreichen Literatur: F. LARNAUDE: *Rapport à Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice sur l'unification législative entre la France et l'Italie*. Paris 1929.; DERS.: *L'Unification législative entre la France et l'Italie (obligations et contrats)*. Paris 1930.; F. SCADUTO: Osservazioni sul „Progetto di codice unico delle obbligazioni per l'Italia e la Francia. In *Circolo giuridico „L. Sampolo“*. I. Palermo 1930. S. 11 ff. und M. ROTONDI: The Proposed Franco-Italian Code of Obligations. *AJCL* 3 (1954) S. 345 ff. Siehe noch F. COSENTINI: *Code International des obligations en 3115 articles. Perfectionnement et Ampliation du Projet franco-italien de Code des Obligations et des Contrats (1927) en vue de l'unification des législations civiles et commerciales sur des bases internationales*. Paris 1937.

26 R. KNÜTEL: Rechtseinheit in Europa und römisches Recht. *ZEuP* 2 (1994) S. 244–276.

27 P. HOMMELHOFF: „Europarechtliche Bezüge“ im Zivilrecht, Überlegungen zur Gestaltung des akademischen Unterrichts. In *Für Recht und Staat. Festschrift für H. Helmrich zum 60. Geburtstag*. München 1994. S. 340.

28 Zur Geschichte der Vertragsfreiheit siehe W. SCHERRER: *Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit*. Berlin 1948.; J. BUSCHE: *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*. Tübingen 1999. und A. SOMMA: *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*. Milano 2000. In Bezug auf die Privatautonomie (Vertragsautonomie) im Europarecht siehe R. ALESSI: *Diritto europeo e autonomia contrattuale*. Palermo 1999. Siehe noch R. SACCO: *Liberté contractuelle, volonté contractuelle*. *RIDC* 59 (2007) S. 743–760.

protection, protection du consommateur), nur stark eingeschränkte Geltung haben und dadurch relativiert werden.²⁹ Das in die nationale Rechtsordnung übernommene (umgesetzte) europäische Gemeinschaftsrecht (*acquis communautaire*)³⁰ neigt nämlich tendenziell – im Interesse des schwächeren Vertragspartners, nämlich des Verbrauchers – zur Einschränkung der Willensfreiheit der vertragsschließenden Parteien.

29 Über den Verbraucherschutz siehe aus der umfangreichen Literatur: Th. BOURGOIGNIE: *Éléments pour une théorie du droit de la consommation: Au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté Économique Européenne*. Bruxelles 1988.; D. MEDICUS: Wer ist ein Verbraucher? In *Festschrift für Z. Kitagawa zum 60. Geburtstag*. Berlin 1992. S. 471–486.; E. HONDIUS: Niederländisches Verbraucherrecht – vom Sonderrecht zum integrierten Zivilrecht. *Verbraucher und Recht*, 11 (1996) S. 295–301.; W. FABER: Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht. *ZEuP* 6 (1998) S. 854–892.; E. HONDIUS: Consumer Law and Private Law: the Case of Integration. In *Neues europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz-Regelungskonzepte der Europäischen Union und ihre Auswirkungen auf die nationalen Rechtsordnungen*. (Hrsg. von W. Heusel) Köln 1999. S. 19–38.; A.-M. de MATOS: *Les contrats transfrontaliers conclus par les consommateurs au sein de l'Union Européenne*. Aix-en-Provence 2001.; W.-H. ROTH: Europäischer Verbraucherschutz und BGB. *JZ* 56 (2001) S. 475–490.; C. AMATO: *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori: Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito*. Milano, 2003.; J. BEAUCHARD: Les principes européens du droit des contrats et le droit de la consommation. In *Études de droit de la consommation. Liber amicorum J. Calais-Auloy*. Paris 2004. S. 55–67.; M. FONTAINE: La protection du consommateur et l'harmonisation du droit européen des contrats. In *Études de droit de la consommation. Liber amicorum J. Calais-Auloy*. Paris 2004. S. 385–397.; D. MAZEAUD: Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières? In *Études de droit de la consommation. Liber amicorum J. Calais-Auloy*. Paris 2004. S. 697–724.; Th. BOURGOIGNIE: Lois générales sur la protection du consommateur et code de la consommation en Europe. In *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*. (Sous la direction F. Maniet) Cowansville (QC) 2005. S. 228.; DERS.: Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006? In *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*. (Sous la direction de Th. Bourgoignie) Cowansville (QC) 2006. S. 1–18.; J. CALAIS-AULOY – F. STEINMETZ: *Droit de la consommation*. Paris 2006⁷.; J. CALAIS-AULOY: La notion de consommateur en droit français et en droit communautaire. In *Liber amicorum B. Stauder. Droit de la consommation – Konsumentenrecht – Consumer law*. (Sous la direction de L. Thévenoz et N. Reich) Genève – Zurich – Bâle 2006. S. 65–75. und P. PICHONNAZ: La protection du consommateur en droit des contrats: le difficile équilibre entre cohérence du système contractuel et régime particulier. In *Liber amicorum B. Stauder. Droit de la consommation – Konsumentenrecht – Consumer law*. (Sous la direction de L. Thévenoz et N. Reich) Genève – Zurich – Bâle 2006. S. 323–340.

30 In Bezug auf die rechtsdogmatischen, rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Aspekte des Gemeinschaftsrechts (*droit communautaire*) siehe W. SCHROEDER: *Das Gemeinschaftsrechtssystem. Eine Untersuchung zu den rechtsdogmatischen, rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Systemdenkens im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Tübingen 2002.

Das römische Recht kann unserer Ansicht nach auch für eine einheitliche privatrechtliche Rechtsanwendung bzw. für deren schrittweise Ausgestaltung dienlich sein.³¹ Zu Zeiten des *ius commune* wurde bekanntermaßen europaweit ein einheitlicher „rechtlicher Arbeitsstil“, der *stilus curiae*, angewandt. Dies wurde unter Vermittlung des römischen Rechts bewirkt, das einst die *lingua franca* der Juristen war. Der einheitliche *stilus curiae* endete mit der „Nationalisierung“ der Rechtsordnungen (*ius patrium*). Die erfreulicherweise wieder internationalere Züge annehmende Juristenausbildung, deren wichtiger Bestandteil das römische Recht ist bzw. sein könnte oder sollte, kann langfristig gesehen zur erneuten Vereinheitlichung des *stilus curiae* führen.³²

2. Das römische Recht hatte für die Gesellschaft im Mittelalter eine herausragende Bedeutung, und zwar sowohl für den weltlichen als auch für den geistlichen Lebensbereich. Es bildete im 16. Jahrhundert die Grundlage sowohl für den juristischen Humanismus als auch für die rationalen Naturrechtslehren. Durch den Geist des wissenschaftlichen Positivismus umgewandelt, blieb das römische Recht in der Pandektenwissenschaft bzw. Pandektistik im 19. Jahrhundert erhalten und konnte auf diese Weise eine hohe Stellung bei den neuzeitlichen privatrechtlichen Kodifikationen erringen.

Es wäre wahrheitswidrig, die „vormoderne“ Geschichte Europas als irrelevant für die Gegenwart abzuschneiden, um sich ausschließlich auf die Epoche der Verfassungen, des Rechts- und Sozialstaats sowie der Demokratie, auf die Zeit nach der Französischen Revolution zu stützen. Die Rechtstraditionen sind viel älter. Den Dualismus von lokalem oder ständischem Sonderrecht (*ius particulare*) und einem übergreifenden allgemeinen Recht gab es schon im Römischen Reich (*Imperium Romanum*), und er setzte sich seit dem 12. Jahrhundert in Europa fort. Von Spanien bis Polen und Ungarn, von Sizilien bis Skandinavien (wenn auch im geringeren Maße) setzte sich das römische Recht durch – nur England und Irland waren Sonderfälle. Aus der gemeinsamen Anstrengung der Gelehrten bei der Kommentierung der römischrechtlichen Texte erwuchs die europäische Wissenschaft vom weltlichen Recht (*ius saeculare*). Parallel hierzu entwickelte die römische Weltkirche die ebenso umfassende Rechtsmasse des Kirchenrechts. Sie durchdrang durch den Alltag auch das weltliche Recht (auch das englische!) und bildete eine zweite starke Klammer für das „lateinische Europa“. Tragendes soziales Element war ein ständisch nicht mehr genau lokalisierbarer Juristenstand, eine universell einsetzbare Fachelite, die an allen europäischen Universitäten studierte.

Diese Juristen haben aus den Prinzipien bzw. Rechtssätzen des römischen Rechts, aus der „Politik“ (*Politika*) des Aristoteles und aus den jeweiligen Landesgesetzen die Grundfiguren und Konstruktionen des Rechts entwickelt. Sie haben in der Diskussion

31 In Bezug auf die Rolle des römischen Rechts im Bereich der Vereinheitlichung des internationalen Warenkaufrechts siehe A. M. VILLELA: O direito romano e a unificação das normas jurídicas relativas aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias. In *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino. VII*. Napoli 1984. S. 3279–3304.

32 F. RANIERI: Der europäische Jurist. Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe. *IC* 17 (1990) S. 10 ff.

um die beste Verfassung die Staatsformen- oder Staatstypenlehre entwickelt, haben den Staatszweck zur Legitimation und zur Begrenzung der Herrschaft eingesetzt, und sie haben das Konzept der Souveränität geschaffen, mit dessen Hilfe sich der moderne Staat mit seinem „Gewaltmonopol“ über die partikularen Gewalten des Mittelalters und die streitenden Religionsparteien erhob. Sie begründeten das Gesetzgebungsrecht des Herrschers einerseits, die Mitwirkungsrechte der Stände andererseits. Sie unterschieden verschiedene Staatsfunktionen und gelangten zur Theorie der (vertikalen) Gewaltenteilung (*séparation des pouvoirs*).

Auch im politischen Bereich war es im 20. Jahrhundert bedeutend: Augenscheinlich wird dies in Punkt 19. des am 24. Februar 1920 angenommenen (verabschiedeten) Parteiprogramms der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (NSDAP), bekräftigt auch durch die von Alfred Rosenberg stammende *interpretatio simplex*. Die Rezeption des römischen Rechts wurde in der Rechtsliteratur im NS-Staat als „nationales Unglück“ und als „Tragik“ beschrieben, indem es als dem deutschen Volk „fremd“, „individuell“, „kosmopolitisch“, „materialistisch“, „liberal“, und als rein auf „Eigennutz“ ausgerichtet stigmatisiert wurde. Erwähnung verdient, daß Carl Schmitt in seinem Aufsatz „Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes“ (Deutsches Recht 6/1936) die Zurückdrängung des rezipierten römischen Rechts unter gleichzeitiger Einführung des „deutschen Gemeinrechts“ (wie auch im Parteiprogramm der NSDAP vorgesehen) geradewegs als „verfassungsrechtliche Bestimmung ersten Ranges“ ansieht. Allerdings hat es Carl Schmitt versäumt, hierfür Argumente anzuführen.³³

Die Richtung der „antiken Rechtsgeschichte“ ignoriert beinahe vollständig das Fortleben des römischen Rechts im rechtlichen und politischen Bereich. Diese von Leopold Wenger gegründete Strömung läßt den Umstand außer Acht, daß das römische Recht schon seit Jahrhunderten das Recht, in erster Linie das Privatrecht in Europa und die europäische Rechtswissenschaft entscheidend beeinflusst. Es wird hierbei das Potential des zu Recht als *ius commune (privatum) Europaeum* angesehenen römischen Rechts übersehen, durch eine *interpretatio multiplex* das europäische Recht und die Rechtswissenschaft zu deuten und weiterzubilden.

Eine ähnliche Schlußfolgerung wird aus der Ansicht gezogen, daß eine Rechtsvergleichung ausschließlich zwischen wirtschaftlich und sozial ähnliche Züge aufweisenden Staaten möglich sei. Der Vorzug dieser Anschauungsweise besteht in ihrer synoptischen Betrachtungsweise. Andererseits wird hierdurch die Rechtsvergleichung dermaßen eng ausgerichtet, daß dies fast schon die Grenzen der Rationalität erreichen würde. Diese Frustration zeigt sich deutlich im Œuvre von Ernst Schönbauer, der die Möglichkeiten der Rechtsvergleichung ebenfalls auf ähnlich geartete oder ethnisch

33 Hinsichtlich der Idee des „Dritten Reichs“ siehe G. HAMZA: Die Idee des „Dritten Reichs“ im deutschen philosophischen und politischen Denken des 20. Jahrhunderts. ZSS GA 118 (2001) S. 321–336. und DERS.: The Idea of the „Third Reich“ in the German Legal, Philosophical and Political Thinking in the 20th Century. *Diritto e cultura*, 11 (2001) S. 127–138.

verwandte Nationen beschränkt.³⁴ In vielerlei Hinsicht knüpft sich hieran auch die Ansicht, wonach die Institute des römischen Rechts nicht mit den Instituten der modernen Rechtsordnungen verglichen werden können, da es sich im alten Rom um eine Sklavenhaltergesellschaft gehandelt hat. Gleichwohl ist zu sagen, daß die Vertreter dieser Ansicht der Kontinuität des Rechts zu wenig Beachtung schenken.

Es ist einleuchtend, daß die Ansicht, nach der einzelne Strukturen und Konstruktionen des Rechts beizeiten wiederkehren, zutreffend ist. Theo Mayer-Maly nannte dieses Phänomen „Wiederkehr von Rechtsfiguren“. Diese Ansicht leugnet aber keineswegs die Existenz von Rechtsfiguren, die ausschließlich in einer bestimmten Gesellschaftsform bestehen können (z.B. das Vasallensystem). Die Daseinsberechtigung des römischen Rechts als *ratio scripta* bleibt also unangefochten. Selbstverständlich ist es ein Zeichen der *déformation professionnelle*, wenn Juristen die Tatsache überbewerten, daß ein Rechtsgeschäft³⁵ unter Zuhilfenahme von stets denselben juristischen Konstruktionen und zeitunabhängig geregelt werden kann. Im Grunde aber ändert dies nichts an der Tatsache, daß die Gesetzgebung und Rechtspraxis der letzten Jahrzehnte nicht selten zu den bewährten Konstruktionen und Instituten des römischen Rechts zurückgekehrt ist.

Gleichwohl darf das Wissen um das Fortleben der rechtlichen Traditionen nicht davon abhalten, die inhaltlichen Abweichungen und die zeitlich bedingten Unterschiede zu erforschen. Dies bezieht sich etwa auf das Kartell- und Wettbewerbsrecht: Das mit zahlreichen Elementen des *ius publicum* durchtränkte „römische Kartell- und Wettbewerbsrecht“ unterscheidet sich zwar offensichtlich immens vom modernen Kartellrecht, aber die dahinterstehenden wirtschaftlich-sozialen Bedingungen fallen in bestimmten Punkten zusammen.

3. Der im engen Zusammenhang mit dem römischen Recht stehende Begriff der Rezeption bedeutet nach richtiger Interpretation nicht eine Art von „Kultur-Okkupation“, sondern viel eher – jedenfalls in Deutschland (Heiliges Römisches Reich, *Sacrum Romanum Imperium*) – die „Verwissenschaftlichung“ des Rechts (Franz Wieacker). Die Rezeption kann unmittelbar weder an die im Jahre 1495 verabschiedete Reichskammergerichtsordnung noch an die legendenhaft übermittelte Verordnung von Kaiser Lothar III. geknüpft werden. Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland bedeutet vielmehr eine auf der Grundlage des römischen Rechts bestehende geistige Tradition, die eher nur im beschränkten Maße an das positive Recht (*ius positivum*) gebunden ist. Die in diesem (weiten) Sinne verstandene Rezeption hatte bereits Jahrhunderte früher begonnen, und

34 Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen der Richtung „antike Rechtsgeschichte“ und Rassenideologie siehe G. HAMZA: Rassenideologie und Rechtsvergleichung auf ethnischer Grundlage. *Index* 26 (1998) S. 421 f.

35 Der Begriff *negotium* wird im Sinne von „Rechtsgeschäft“ als erstem von Johannes Althusius (1557/1563–1638) verwendet. Der Terminus *negotium juridicum* wird im gleichen Sinne erst später, bei Daniel Nettelblatt (1719–1791), dem Schüler von Christian Wolff, verwendet. Das *negotium juridicum* ist bei Nettelblatt bedeutungsgleich mit dem *actus juridicus* („rechtliches Geschäft“).

zwar unter Vermittlung der an den norditalienischen Universitäten (*studia generalia*) studierenden Juristen aus deutschen Territorien.

Die auch auf das positive Recht bezogene Rezeption (d.h. die allmähliche, subsidiäre Anwendung des römischen Rechts) zeigt sich sehr früh, vom 11. Jahrhundert an. Im 13. Jahrhundert sind die römischrechtlichen Elemente auch in der Rechtsprechung der – nicht selten auch in privatrechtlichen Angelegenheiten verfahrenen – geistlichen Gerichten vorzufinden. Nach unserer Ansicht zeigt sich der Einfluß der Kommentatoren auf diesem Gebiet, während das auch als „Rechtswissenschaft“ bezeichnete römische Recht bereits mithilfe der Glossatoren in Deutschland aufgenommen wird. Die Zweiteilung der Wirkung des römischen Rechts bedeutet selbstverständlich keine Schmälerung der Bedeutung der Kommentatoren; dem Konzept Savignys, das die Kommentatoren (lediglich) als Postglossatoren ansieht, soll nicht gefolgt werden. Gleichwohl hat sich die Rezeption nicht auf die Materie des römischen Rechts beschränkt, sondern erstreckte sich auch auf das kanonische Recht und das langobardische (lombardische) Feudalrecht (*ius feudale*). Hieraus entstand der Begriff *ius commune* („gemeines Recht“), die gleichermaßen auf privates und öffentliches Recht bezogene, dem Landesrecht gegenüberstehende und mit ihm konkurrierende Rechtsmaterie. Die Harmonie zwischen diesem „Mischrecht“ (*ius mixtum*) und den lokalen Partikularrechten (mit anderen Worten die „Angleichung“ des *ius commune* auf das lokale Recht) wird von den sog. „Praktikern“ hergestellt.

Die Bereitschaft zur Rezeption des römischen Rechts unterscheidet sich – unter Berücksichtigung der objektiven Gegebenheiten – in starkem Maße innerhalb der einzelnen europäischen Staaten. Entscheidend sind hierbei das Niveau der Rechtspraxis, die wirtschaftlichen Verhältnisse und das politische System des jeweiligen Landes bzw. der Region. Auf der iberischen Halbinsel zum Beispiel entwickelten sich im 13. Jahrhundert die Verhältnisse derart, daß das römische Recht von dem Gesetzeswerk *Siete Partidas* des Königs Alfons X. (dem Weisen) rezipiert werden konnte. In der Schweiz dagegen konnte es in erster Linie aufgrund der landesspezifischen Verhältnisse nicht zur vollständigen Rezeption des römischen Rechts (*receptio in globo* bzw. *receptio in complexu*) kommen.

Zwischen dem römischen Recht und dem „Kaiserrecht“ (*ius caesareum*) besteht eine enge Verbindung. Das römische Recht dient als Grundlage für den Gedanken bzw. die Ideologie der *renovatio imperii*, die zur Zeit der Hohenstauffer außerordentlich bedeutend war. Das römische Recht, genauer gesagt das *ius publicum Romanum*, war ein nicht zu unterschätzendes Mittel zur juristischen Legitimation des „Weltkaisertums“.

Obwohl die Richtung der Praktiker einerseits zu sehr auf die deutsche Praxis gerichtet ist – was zur Abwendung von den eigentlichen römischrechtlichen Quellen führt –, andererseits die kasuistische Betrachtungsweise charakteristisch ist, kann man dennoch bei den deutschen Kameralisten zum ersten Male von einer Art „Pandektenwissenschaft“ sprechen (die aber nicht mit der Pandektenwissenschaft bzw. Pandektistik des 19. Jahrhunderts verwechselt werden darf). Diese Richtung war aber – in erster Linie wegen der erstarkenden partikularrechtlichen Betrachtungsweise – nicht entwicklungsfähig. Allein das im 17. Jahrhundert entstehende Naturrecht wäre dazu geeignet gewesen,

den *Usus modernus pandectarum* der Praktiker weiterzuentwickeln. Hier soll erwähnt werden, daß die Kameralistik in Titel und Inhalt am besten in dem Werk *Usus modernus pandectarum* von Samuel Stryk vom Anfang des 18. Jahrhundert repräsentiert wird.

Es ist zu betonen, daß das römische Recht auch maßgeblich zur Entwicklung des Naturrechts beigetragen hat. Die von Max Weber treffend als „Entzauberung der Welt“ bezeichnete Entwicklung des nicht antiken, sondern „modernen“ Naturrechts kann nicht ohne die römischrechtliche Konzeption des *ius naturale* interpretiert werden.³⁶ Das Bestreben der römischen Rechtsgelehrten (*iurisconsulti* bzw. *iurisperiti*), das *ius civile* vom *ius naturale* abzuleiten, ist auch bei den Naturrechtlern des 16. und 17. Jahrhunderts vorzufinden. Die Wirkung des römischen Rechts ist auch in der scholastisch-christlichen Lehre vorzufinden. Der der rationellen Naturrechtsanschauung angehörige Hugo Grotius sieht die *auctoritas* des römischen Rechts im Zusammenhang mit dem *imperium rationis* des *ius Romanum*. Das römische Recht spielt eine bedeutende Rolle bei dem ebenfalls als Anhänger der säkularisierten naturrechtlichen Richtung geltenden Samuel Pufendorf, dem Verfasser des grundlegendes Werkes *De iure naturae et gentium* aus dem Jahre 1672. Allerdings kommt es nicht zur Verschmelzung der Pandektenwissenschaft und des Naturrechts: dies ist einerseits auf die öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise des Naturrechts, andererseits auf das philosophische – also nicht juristische – Interesse der Anhänger der Naturrechtswissenschaft (wie z.B. bei dem eher moralphilosophisch interessierten Christian Wolff) zurückzuführen.

4. Der grundsätzliche Unterschied zwischen dem *Usus modernus pandectarum* und dem Naturrecht konnte nur im wissenschaftlichen Œuvre der Pandektistik (die sich aus der Historischen Rechtsschule herausgebildet hat) aufgelöst werden. Für die Pandektisten, die die „Philosophie des positiven Rechts“ (Franz Wieacker) erschaffen wollten, sind die geschichtliche Betrachtungsweise, die Rückbesinnung auf die justinianischen Quellen, der Anspruch auf Systematisierung, der Drang zur Ausarbeitung der Rechtstheorie und letztendlich – als „Hoffnung“ aus all diesem – die Beseitigung des Partikularismus kennzeichnend. Das Pandektenrecht des 19. Jahrhunderts, das „heutige römische Recht“, ist daher scharf zu trennen vom *Usus modernus pandectarum*, bei dem die partikularrechtlichen Elemente dominieren.

Das Pandektenrecht des 19. Jahrhunderts, das nach dem im Jahre 1838 in Leipzig herausgegebenen Werk „Lehrbuch der Pandekten“ von Georg Friedrich Puchta auch „Pandekten“ genannt wird,³⁷ ist nach der Definition des deutschen Rechtsgelehrten

36 Hinsichtlich des Konzepts des *ius naturale* bei den Römern siehe aus der neueren Literatur: G. HAMZA: A természetjog értelmezésének problémái: Cicero és a *ius naturale*. (Die Auslegungsprobleme des Naturrechts: Cicero und das *ius naturale*) *JK* 50 (1995) S. 523–529. und DERS.: Bemerkungen über den Begriff des Naturrechts bei Cicero. In *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo. I.* Napoli 1997. S. 349–362.

37 Das *Lehrbuch der Pandekten* von Georg Friedrich Puchta erschien in Erstauflage im Jahre 1838. Dieses Lehrbuch wurde dreimal – zuletzt im Jahre 1845 – aufgelegt.

die Theorie des auf dem römischen Recht beruhenden deutschen Privatrechts, dessen Funktion und Bedeutung in der Entstehung und Weiterentwicklung der Grundlagen des Privatrechtssystems liegt.

Auch trotz ihrer Entstehung in Deutschland sollte man nicht ausschließlich von einer *deutschen* Pandektistik bzw. Pandektenwissenschaft sprechen, da diese Richtung nicht nur die „Doktrin des gemeinen Rechts“ (Paul Koschaker) bedeutet, sondern auch von Beginn an über Deutschland hinaus, in Europa im allgemeinen und sogar in vielen Ländern außerhalb Europas, eine bedeutende Wirkung entfaltete.

Hierbei ist in erster Linie an die Wirkung der Pandektistik in England zu denken. John Austin, der die Rechtsphilosophie Jeremy Benthams übernommen hatte, folgte in der Analyse der juristischen Begriffe der deutschen Pandektistik. Bezeichnenderweise betrachtete er das Werk *Das Recht des Besitzes* Savignys als Meisterwerk und hielt dies für das vollkommendste aller juristischen Werke.³⁸ Auch Anton Friedrich Justus Thibauts zweibändiges *System des Pandekten-Rechts* (zum ersten Male herausgegeben im Jahre 1803) hatte bedeutenden Einfluß auf John Austin. Dieses Werk, das zwischen 1803 und 1834 acht Auflagen erlebte, hatte auch sonst großen Einfluß auf die Entwicklung der englischen Rechtswissenschaft. Das im Jahre 1845 publizierte Werk Nathaniel Lindleys *An Introduction to the Study of Jurisprudence* ist die Übersetzung des allgemeinen Teils von Thibauts Werk.³⁹ Auch im 1861 erschienenen *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas* von Sir Henry Sumner Maine ist die Wirkung der Pandektenwissenschaft bzw. Pandektistik deutlich erkennbar.⁴⁰ Es soll auch erwähnt werden, daß in der Literatur die Ähnlichkeiten (*similitudines*) auch zwischen dem deutschen und französischen Privatrecht betont werden.⁴¹

5. Die Mitglieder der Akademie zu Pavia, unter denen sich gleichermaßen ausgewiesene Experten des römischen Rechts, des *Common law* und des modernen kodifizierten Privatrechts befinden, sehen es als ihre Aufgabe an, im Zuge der Kodifikation eines einheitlichen europäischen Vertragsrechts einen Kompromiß

38 Siehe A. B. SCHWARZ: John Austin und die deutsche Rechtswissenschaft seiner Zeit. In *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften und Rechtsvergleichung*. Von Dr. A. B. Schwarz. (Hrsg. von H. Thieme – F. Wieacker) Karlsruhe 1960. S. 73–92.

39 Der genaue Titel der Übersetzung von LINDLEY ist: *An Introduction to the Study of Jurisprudence; Being a Translation of the General Part of Thibaut's System des Pandekten Rechts, with Notes and Illustrations*. Philadelphia 1855.

40 G. HAMZA: Sir Henry Maine et le droit comparé. In *Philia. Scritti per G. Franciosi. II*. (A cura di F. M. d'Ippolito) Napoli 2007. S. 1217–1232. Bezüglich Maine's Ansicht im Hinblick auf die Rolle des Privatrechts für das Völkerrecht siehe Sir Rowert JENNINGS, QC: International Law Reform and Progressive Development. In *Liber Amicorum Professor I. Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80th Birthday*. The Hague u. a. 1998. S. 327.

41 Siehe bereits aus der älteren Literatur: M. RHEINSTEIN – F. DEÁK: The Development of French and German Law. *Georgetown Law Journal*, 24 (1935/1936) S. 551.

zwischen dem – auf dem römischen Recht basierenden – kontinentalen Recht und dem *Common law* zu finden.⁴²

Tatsache ist, daß viele Rechtsinstitute und Konstruktionen des römischen Rechts und des englischen *Common law* Ähnlichkeiten aufweisen.⁴³ Gleichwohl bestehen in der Betrachtungsweise des römischen und des englischen Rechts zweifelsohne gravierende Unterschiede. Ein Wesensmerkmal des römischen Rechts ist es, daß es ein Gelehrtenrecht, ein *diritto giurisprudenziale*⁴⁴ ist, welches im allgemeinen nicht auf früheren Gerichtsentscheidungen (*sententiae*) basiert. Die Auslegung des Begriffs „Gelehrtenrecht“ ist aber abhängig davon, von welcher wissenschaftlichen Richtung dies gedeutet wird. Nach Friedrich Carl von Savigny ist das entscheidende Kriterium des Juristenrechts die Systematisierung, genauer gesagt die Bestrebung danach. Diese Betrachtungsweise kommt im besonderen Maße in seinem Werk *System des heutigen römischen Rechts* zum Ausdruck. Rudolf von Jhering, ein erklärter Gegner des Rechtspositivismus, betrachtet diese Problematik von einem gänzlich anderen Blickwinkel her. Vor allem in seinem Werk *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* hat das als Gelehrtenrecht (*droit savant, learned law, diritto dotto, derecho docto, direito docto, geleerd recht, geleerd reg* usw.) angesehene römische Recht in methodologischer und ideologischer Hinsicht Relevanz.

Die Charakterisierung des *ius Romanum* als Gelehrtenrecht wird auch von Paul Koschaker in seinem Werk *Europa und das römische Recht* betont. Koschaker sieht im römischen Recht ein wirksames Gegenideal zu dem in „absolute Höhe gehobenen“ Rechtspositivismus. Koschaker stellt das römische Recht in diesem Sinne dem *Common law* gegenüber. Das englische Recht ist nämlich eindeutig *judge made law*, ganz im Gegensatz zum römischen Recht. Das *ius Romanum* kann in keiner Phase seiner Entwicklung als Fallrecht (*case law*) angesehen werden. Hierauf verweisen in der Rechtsliteratur des 20. Jahrhunderts – um nur einige Autoren zu nennen – Buckland, McNair, Schiller, Dawson, van Caenegem, Pringsheim und Peter.

42 Die Vertreter der Akademie von Pavia sehen immerhin die Schwierigkeiten der Rechtsvereinheitlichung im Bereich der Vorbereitung eines Gesetzbuches für das europäische Vertragsrecht („*droit européen des contrats*“). Dies bezieht sich z. B. auf die Eigenart der *liability* des *Common law*. Siehe G. GANDOLFI: Fra l'„obligatio“ romana e la „liability“ di common law: un problema per il legislatore europeo. In *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Th. Mayer-Maly*. (Hrsg. von M. J. Schermaier – J. M. RAINER – L. C. Winkel.) Köln – Weimar – Wien 2002. S. 229–238.

43 Diese Ähnlichkeiten ermöglichten und ermöglichen im Richterrecht die Rechtsvereinheitlichung in der Europäischen Gemeinschaft bzw. in der Europäischen Union. Siehe U. EVERLING: Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft. *RabelsZ* 50 (1986) S. 193–249.

44 L. LOMBARDI: *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano 1967.

6. Daß das römische Recht ein Gelehrtenrecht ist, ist in jeder seiner Entwicklungsphase erkennbar.⁴⁵ Die Ursache dafür ist nicht zuletzt der Umstand, daß es zweifelsohne eine Kontinuität zwischen dem „Pontifikalrecht“ bzw. der „Pontifikalrechtswissenschaft“ und der laizistischen Rechtswissenschaft gibt. Wenn man den Wesenszug des Richterrechts beim *Common law* untersucht, muß auf die speziellen historischen und ideologischen Besonderheiten dieses Rechts hingewiesen werden. Im Zusammenhang mit der *stare decisis*-Doktrin kann auf einige Besonderheiten des englischen *ius consuetudinarium* hingewiesen werden. Besondere Bedeutung verdient, daß im englischen Recht (siehe z.B. leg. Henr. IX. 9.) die Auslegung der Gesetze auf außerordentlich flexible Weise vonstatten geht.⁴⁶ Der Richter ist viel weniger an den Wortlaut der Gesetze gebunden als an die früheren Gerichtsentscheidungen. Obwohl auch bei Ranulf de Glanvill bereits Anzeichen für diese Betrachtungsweise vorzufinden sind, ist Bracton, Verfasser des Werkes *De legibus et consuetudinibus Angliae*, der erste, der den obligatorischen Charakter der *cases* auch theoretisch untermauert. Besonders zeigt sich dies in der Wendung: „...*Si tamen similia evenerint, per simile iudicentur, dum bona est occasio a similibus procedere ac similia*“ (De leg f. 1 b).

Ein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem römischen und dem englischen Recht ist die *ars distinguendi*. Dies ist die in den *responsa* der römischen Rechtsgelehrten zum Ausdruck kommende Kunst, klar das Wesentliche, rechtlich Relevante vom Unwesentlichen, rechtlich Irrelevanten zu trennen. In der *ars distinguendi* zeigt sich das hohe Abstraktionsvermögen der römischen *iurisperiti* (*iurisconsulti*), welches die *communis opinio* bis jetzt dem römischen Recht nicht zuerkannt hat: So spricht etwa auch Fritz Schulz merkwürdigerweise von der Abneigung der Römer vor jeglicher Abstraktion.

In den einzelnen *responsa* werden in Wirklichkeit in erster Linie die *rechtlich* bedeutenden Werte herausgeholt, während in den Entscheidungen der englischen Gerichte vor allem auf die *faktischen* Elemente der Rechtsfälle (*cases*) Wert gelegt wird. Dies wird auch dadurch bekräftigt, daß im englischen Recht als *case law* in der Beurteilung eines Rechtsfalles wenn möglich auf eine frühere Entscheidung (Präzedenzfall) zurückgegriffen wird (*law of precedents*). In den Urteilen der englischen Gerichte, und zwar vor allem in der früheren Entwicklungsperiode des englischen Rechts, vermischen sich die (bindende) *ratio decidendi* und die (nicht bindenden) *obiter dicta* im allgemeinen miteinander. Bei den im letzten Jahrhundert der präklassischen Periode (d.h. im ersten vorchristlichen Jahrhundert) wirkenden Juristen in Rom bedeutet die *ars abstrahendi* die wahre Grenzlinie zwischen dem Rechtsdenken der Römer und der angelsächsischen juristischen Betrachtungsweise. Es muß darauf hingewiesen werden, daß in gewisser Hinsicht – insbesondere im Falle der *mutatis mutandis* auch das römische Recht kennzeichnenden *stare decisis*-Doktrin – es

45 Bezüglich der Entstehung der römischen Jurisprudenz siehe A. FÖLDI – G. HAMZA: *A római jog története és intézményei*. (Geschichte und Institutionen des römischen Rechts) 13. überarb. und erw. Aufl. Budapest 2008. S. 84 ff.

46 Über die *Leges Henrici* siehe F. LIEBERMANN: *Über das Englische Rechtsbuch Leges Henrici*. Halle a. S. 1901.

auch innerhalb des römischen Rechts Anzeichen für die wegweisende Kraft der das Urteil beeinflussenden Rechtsmeinung gibt.

Auf dem Terrain des römischen Rechts hat die Relevanz der richterlichen Rechtsprechung hinsichtlich des Vergleichs mit dem englischen Recht große Bedeutung. Aufgrund der juristischen und nicht-juristischen Quellen kann die Bedeutung des *case law* erforscht werden. Eine gleichsam paradigmatische Bedeutung hat hierbei – neben der Schenkung⁴⁷ – das Erbrecht. In diesem Bereich ist nämlich insbesondere in der *querela inofficiosi testamenti* das Gewicht der früheren Entscheidungen ersichtlich. Auf dem Gebiet des Schuldrechts wäre die *compensatio* zu erwähnen, bei der die *responsa* aus früheren Zeiten eher große Bedeutung besitzen. Diese Bedeutung kommt natürlich durch die Anerkennung der normativen Kraft von bestimmten Rechtsprinzipien zur Geltung. Wichtig ist auch die Untersuchung der Problematik des *ius singulare*. Im Falle des *ius singulare* nämlich – z.B. bei einem *privilegium* – ist die Formel *in aliis similibus* mit großer Umsicht, und unter Berücksichtigung der früheren Fälle, auszulegen.

Die *stare decisis*-Doktrin hat in der neuzeitlichen englischen Rechtsentwicklung große Bedeutung. Freilich wird die Trennlinie zwischen *ratio decidendi* und *obiter dictum* schärfer gezogen, was bisweilen eine schwerwiegende juristische Aufgabe ist – hierauf haben bereits mehrere Verfasser hingewiesen, so z.B. Montrose, Simpson, Derham, Allen, Cross und Paton. Die *stare decisis*-Doktrin ist letzten Endes darauf zurückzuführen, daß seit dem frühen Mittelalter das wichtigste Element des englischen Rechts der Richter (*judge*) selbst ist, der daher nicht zu Unrecht von Dawson als „Orakel des Rechts“ bezeichnet wird.

7. In der Entwicklung des europäischen Privatrechts spielt die Konvergenz eine immer bedeutendere Rolle.⁴⁸ Zu Recht schreiben einige Autoren in der jüngeren Literatur, so z.B. H. Patrick Glenn,⁴⁹ James Gordley⁵⁰ und Paolo Gallo,⁵¹ von der Relativierung der Unterschiede zwischen dem *Common law* und dem *civil law* und sogar in einigen Rechtsinstituten von deren gänzlichen Beseitigung.⁵² Auf dem Gebiet des Schuldrechts

47 J. P. DAWSON: *Gifts and Promises. Continental and American Law Compared*. New Haven – London 1980.

48 Über die „Europäisierung“ des Privatrechts im letzten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts siehe B. OPPETIT: *Droit commun et droit européen*. In *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur d'Y. Loussouarn*. Paris 1994. S. 311 ff. und B. FAUVARQUE-COSSON: *Le rôle de la doctrine en droit privé européen*. In *Études offertes à G. Viney*. Paris 2008. S. 419 ff.

49 H. P. GLENN: *La Civilisation de la Common Law*. *RIDC* 45 (1993) S. 559–575.

50 J. GORDLEY: *Common law and civil law: eine überholte Unterscheidung*. *ZEuP* 1 (1993) 498–518.; DERS.: « *Common law* » v. « *civil law* » Una distinzione che va scomprendo? In *Scritti in onore di R. Sacco I*. Milano 1994. S. 559 ff.

51 P. GALLO: *La recezione dei modelli continentali nel diritto inglese delle obbligazioni*. In *Scritti in onore di R. Sacco I*. Milano 1994. S. 473–494.

52 P. LATHAM: *Action Required in Bridgebuilding between the Various Systems of the Civil Law and of the Common Law*. In *Droit romain et identité européenne*. Actes du col-

werden zahlreiche kontinentaleuropäische Rechtsinstitute vom englischen Recht übernommen.⁵³ Selbst die Idee der Regelung einiger Institute mittels Gesetzgebung ist dem englischen Juristen nicht fremd.⁵⁴ In dieser Hinsicht können wir auf den *Married Women's Property Act* vom Jahre 1882 und den *Marriage Act* vom Jahre 1949 verweisen.⁵⁵ Im Hinblick auf den *trust* wurde in der Literatur mehrfach darauf hingewiesen, daß es zwischen einigen Konstruktionen des *civil law* und der englischen Konstruktion des *trust* kein unüberbrückbares Hindernis besteht.⁵⁶

In terminologischer Hinsicht ist es bemerkenswert, daß einige englische Autoren bezüglich des *English private law* die Tradition des römischen Rechts eigens hervorheben.⁵⁷ Es besteht kein Zweifel daran, daß das Kaufrecht der Vereinten Nationen als Modell für die Harmonisierung zwischen *Common law* und *civil law* dient.

Die Rechtsangleichung des Privatrechts in Europa wird durch die kulturelle Einheit, worunter die gemeinsamen kulturellen Traditionen zu verstehen sind, ermöglicht.⁵⁸ Es ist zu betonen, daß die allgemeinen Rechtsgrundsätze die Rechtsharmonisierung im Bereich des Privatrechts erleichtern.⁵⁹

loque organisé les 12, 13 et 14 mai 1992 à Bruxelles. *RIDA Supplément au tome 41* (1994) S. 181–184.

53 Hinsichtlich der Probleme bezüglich der fehlenden Tradition der Kodifikation in einem Rechtssystem, das im *Common law* wurzelt, siehe P. M. NORTH: Problems of Codification in a Common Law System. *RabelsZ* 46 (1982) S. 494 ff.

54 In Bezug auf die Notwendigkeit der Kodifikation in England siehe aus der älteren Literatur: W. G. HART: The Need for Codifying the Law of England. *The Law Magazine and Review*, (5th series) 36 (1910–1911) S. 129–141. Siehe noch W. TEUBNER: *Kodifikation und Rechtsreform in England*. Berlin 1974.

55 Siehe R. C. van CAENEGEM: Considérations historiques sur l'unification du droit européen. In *Le Code civil français dans le droit européen. Actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil organisé à Genève les 26-28 février 2004*. (Édité par J.-Ph. Dunand et B. Winiger) Bruxelles 2005. S. 280–286.

56 Siehe aus der reichen Literatur: C. De WULF: *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*. Bruxelles 1965. Siehe noch B. A. WORTLEY: Le „trust“ et ses applications modernes en droit anglais. *RIDC* 14 (1962) S. 699–710.

57 *English Private Law. I–II*. (Ed. by P. Birks) Oxford 2000.

58 In der neueren Literatur spricht in Bezug auf die Rechtsvereinheitlichung Franz Werro von einer „légitimité culturelle“. Siehe F. WERRO: L'Unification du droit privé en Europe: une question de légitimité culturelle. In *Le Code civil français dans le droit européen. Actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil organisé à Genève les 26–28 février 2004*. (Édité par J.-Ph. Dunand – B. Winiger) Bruxelles 2005. S. 287–301.

59 In Bezug auf die Allgemeinen Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht siehe aus der neuesten Literatur: A. METZGER: *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht*. Tübingen 2009.

Das Privatrecht der europäischen Länder bzw. Staaten basiert – wenn auch in unterschiedlichem Maße und aufgrund unterschiedlicher historischen Traditionen – auf dem römischen Recht bzw. auf dessen Tradition.⁶⁰ Diese Feststellung wird immer offensichtlicher in einer Zeit, da die oftmals politisch motivierten Unterschiede zwischen den „Rechtsgebieten“, „Rechtsfamilien“ verringert, ja oft aufgehoben werden. Die (im unterschiedlichen Maße stattfindende) „Annahme“, d.h. Rezeption des römischen Rechts wird auch nicht durch die unterschiedlichen kulturellen und juristischen Traditionen verhindert. Demgemäß ist es angebracht, bei der umfassenden, vergleichenden Analyse der Entwicklung des europäischen Rechts die herausragende Bedeutung des römischen Rechts zu berücksichtigen.⁶¹

60 Hier verweisen wir darauf, daß die Harmonisierungsversuche auch das Prozeßrecht erfassen. Siehe in erster Linie: *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne / Approximation of Judiciary Law in the European Law*. (Red. by M. Storme) Boston 1994. Im Bereich des Handelsrechts (*trade matters*) beschränken sich die Harmonisierungsversuche nicht nur auf Europa. Siehe *Conference on the ALI – UNIDROIT Principles and Rules on Transnational Civil Procedure*. London 2002.

61 In Bezug auf die Rolle des römischen Rechts in der Rechtsangleichung bzw. Rechtsvereinheitlichung mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften siehe G. HAMZA: Az Európai Közösségek Bíróságának ítélkezési gyakorlata és az európai jog. (Die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und das europäische Recht) *Európai Jog*, 5 (2005) S. 3–10.; DERS.: A Luxembourgi Bíróság szerepe az európai jog egységesítésében. (Die Rolle des Gerichtshofes in Luxembourg in der Vereinheitlichung des europäischen Rechts) *JK* 60 (2005) S. 479–488. und DERS.: Az Európai Közösségek Bírósága és jogegységesítés az Európai Unióban. (Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und die Rechtsvereinheitlichung in der Europäischen Union) *Romániai Magyar Jogtudományi Közlöny*, 4 (2007) S. 55–66. Im Hinblick auf die Rolle des römischen Rechts in der Rechtsangleichung in Europa im allgemeinen siehe G. HAMZA: A római jog szerepe az európai szerződési jog harmonizálásában. (Die Rolle des römischen Rechts in der Harmonisierung des europäischen Vertragsrechts) *Európai Jog*, 4 (2004) S. 3–8. und DERS.: Jogharmozás és a római jogi hagyomány. (Rechtsharmonisierung und die römischrechtliche Tradition) In *Liber amicorum. Ünnepi előadások és tanulmányok Harmathy Attila tiszteletére*. Budapest 2007. S. 77–103.