

ANMERKUNGEN ZUR HARMONISIERUNG DES PRIVATRECHTS IN EUROPA

GÁBOR HAMZA

Lehrstuhl für Römisches Recht
Telefonnummer: (36-1) 411-6506
e-mail: gabor.hamza@ajk.elte.hu

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, bestimmte Bereiche des Privatrechts zur Förderung des Binnenmarkts zu vereinheitlichen.³ 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. 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.⁴

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.⁵ Im Oktober 1990 wurde in Pavia die internationale *Accademia dei Giusprivatisti Europei* gegründet, deren

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

² B. Großfeld – K. Bilda: Europäische Rechtsangleichung. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung Internationales Privatrecht und Europarecht* 33. (1992) S. 426.

³ 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.

⁴ H. J. Sonnenberger: Privatrecht und Internationales Privatrecht im künftigen Europa: Fragen und Perspektiven. *Recht der Internationalen Wirtschaft* 48. (2002) S. 489.

⁵ O. Lando: *Principles of European Contract Law*. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 56. (1992) S. 261.

Hauptziel erklärtermaßen die Schaffung eines einheitlichen europäischen Kodex des Vertragsrechts ist. Zahlreiche Mitglieder dieser Akademie waren bzw. sind Römischrechtler: Peter Stein, Vizepräsident der Akademie und Professor in Cambridge; der Salzburger Professor Theo Mayer-Maly; Fritz Sturm, Professor in Lausanne; der Münchener Professor Dieter Medicus und der inzwischen verstorbene Roger Vigneron, Professor von Liège. Bei der Gründung der Akademie spielte Giuseppe Gandolfi, Professor in Pavia, eine entscheidende Rolle, dessen *Oeuvre* bekanntlich auch im Bereich des römischen Rechts bedeutend ist.⁶ 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*).⁷ Grundlage für diesen Kodex-Entwurf bildet in erster Linie das vierte Buch (*Libro Quarto*) des italienischen *Codice civile* vom Jahre 1942 über das Schuldrecht. Außerdem diente der *Contract Code*⁸, 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.⁹ Der *Contract Code* sollte das englische *Common Law* mit dem schottischen (im kontinentaleuropäischen Recht wurzelnden) *Civil Law* im Bereich des Vertragsrechts miteinander in Einklang bringen.

Gleichwohl gibt es auch *Gegner* dieser Harmonisierungsbewegung. Der Heidelberger Professor Peter Ulmer etwa hat sich stets skeptisch gegenüber der Privatrechtsvereinheitlichung innerhalb der EU-Mitgliedstaaten geäußert.¹⁰ Eine ähnliche Ansicht vertrat auch der im Jahre 2003 verstorbene 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 in den Jahren um 1810 ausgetragene Grundsatzstreit um die Kodifikationsbedürftigkeit wiederholen würde – freilich unter veränderten Verhältnissen.

⁶ In der Redaktion Gandolfis: 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. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 10 (2002) S. 1-4.

⁷ Eine Übersicht über die Arbeit und die Leistungen der Akademie von Pavia bietet Gandolfi. Siehe G. Gandolfi: Pour un code européen des contrats. *Revue trimestrielle de droit civil* 1992. S. 707ff. Vgl. noch P. G. Gaggero: Il progetto di un codice europeo dei contratti: l'attività del gruppo di lavoro pavese. *Rivista di diritto civile* 43. (1997) S. 113-120.

⁸ H. McGregor: *Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission*. Milano-London 1993.

⁹ 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.

¹⁰ P. Ulmer: Vom deutschen zum europäischen Privatrecht. *Juristen Zeitung* 47. (1992) S. 1ff.

Obwohl sich bislang keineswegs ein einheitlicher Standpunkt durchsetzen konnte, besteht dennoch kein Zweifel daran, daß die Rechtsvereinheitlichung langfristig gesehen in irgendeiner Form vollzogen werden muß. Die europaweite Rechtsvereinheitlichung kann auf verschiedenen Wegen geschehen: einerseits mittels Verordnung bzw. Richtlinie, andererseits aber auch durch koordinierte nationale Gesetzgebung.¹¹ Auf die Schwierigkeit des Vereinheitlichungsprozesses deutet z.B. der Umstand hin, daß es im Jahre 1970 in England und Schottland nicht gelungen ist, den einheitlichen *Contract Code* zu verabschieden.¹²

Das römische Recht (*ius Romanum*), Grundlage des europäischen Privatrechts, kann für diesen langen Entwicklungsprozeß zweifelsohne als Grundlage dienen.¹³ In dieser Hinsicht ist hierbei an die Grundprinzipien des römischen Rechts, etwa an die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit, zu denken.¹⁴ Es ist festzustellen, daß die Vertragsfreiheit auf einigen Gebieten, wie etwa im Verbraucherschutz, nur stark eingeschränkte Geltung hat und dadurch relativiert wurde. Das Gemeinschaftsrecht neigt nämlich tendenziell in gewisser Hinsicht zur Einschränkung der Vertragsfreiheit.

Das römische Recht kann unserer Ansicht nach auch für eine einheitliche privatrechtliche Rechtsanwendung bzw. für deren schrittweise Ausgestaltung dienlich sein. 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, kann langfristig gesehen zur erneuten Vereinheitlichung des *stilus curiae* führen.¹⁵

¹¹ O. Remien: Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze?, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 56. (1992) S. 30. und id.: Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts. *Juristen Zeitung* 47. (1992) S. 277ff. Vgl. noch R. Herber: Deutsche Zivilrechtskodifikation und internationale Rechtsvereinheitlichung. In: *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik* (hrsg. von K. Schmidt), Berlin, 1990. S. 269.

¹² W. Tilman: Kodifikation des Privatrechts in der Gemeinschaft. In: *Für Recht und Staat. Festschrift für H. Helmrich zum 60. Geburtstag*, München, 1994. S. 441.

¹³ R. Knütel: Rechtseinheit in Europa und römisches Recht. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2. (1994) S. 244ff.

¹⁴ 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.

¹⁵ F. Ranieri: Der europäische Jurist. Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe. *Ius Commune* 17. (1990) S. 10ff.

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, wurde es in der Pandektenwissenschaft bzw. Pandektistik im 19. Jahrhundert transformiert und konnte auf diese Weise eine immens hohe Stellung bei den neuzeitlichen privatrechtlichen Kodifikationen erringen.

Auch im politischen Bereich war es im 20. Jahrhundert bedeutend: Augenscheinlich wird dies in Punkt 19. des am 24. Februar 1920 angenommenen 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.¹⁶

Die Richtung der „antiken Rechtsgeschichte“ ignoriert vollständig das Fortleben des römischen Rechts im rechtlichen und politischen Bereich. Diese von Leopold Wenger gegründete Richtung vernachlässigt den Umstand, daß das römische Recht schon seit Jahrhunderten das europäische Recht und die europäische Rechtswissenschaft entscheidend beeinflusst. Es wird hierbei das Potenzial des zurecht als *ius commune 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

¹⁶ Hinsichtlich der Idee des „Dritten Reichs“ im deutschen philosophischen und politischen Denken siehe G. Hamza: Die Idee des „Dritten Reichs“ im deutschen philosophischen und politischen Denken des 20. Jahrhunderts. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung) 118. (2001) S. 321-336.

Rationalität erreichen würde. Diese Frustration zeigt sich deutlich im *Oeuvre* von Ernst Schönbauer, der die Möglichkeiten der Rechtsvergleichung ebenfalls auf ähnlich geartete oder ethnisch verwandte Nationen beschränkt. 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 zuwenig Beachtung schenken.

Gegen Ende des 20. Jahrhunderts polemisiert Uwe Wesel in seinem 1981 erschienenen Werk *Aufklärungen über Recht* gegen die Ansicht, nach der einzelne Strukturen und Konstruktion des Rechts beizeiten wiederkehren – Theo Mayer-Maly nennt dies treffend „Wiederkehr von Rechtsfiguren“. Diese Ansicht leugnet keineswegs die Existenz von Rechtsfiguren, die ausschließlich in einer bestimmten Gesellschaftsform bestehen können (z.B. das Vasallensystem), infolge dessen aber die Daseinsberechtigung des römischen Rechts als *ratio scripta* erlischt. Selbstverständlich ist es ein Zeichen der *déformation professionnelle*, wenn Juristen die Tatsache überbewerten, daß ein Rechtsgeschäft – der Begriff *negotium juridicum* stammt von Johannes Althusius (1557/63-1638) – unter Zuhilfenahme von stets denselben Rechtskonstruktionen 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 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) – die „Verwissenschaftlichung“ des Rechts (Franz Wieacker). Die Rezeption kann unmittelbar weder an die im Jahre 1495 verabschiedete Reichskammergerichtsordnung noch an die legendenhaft übermittelten Verordnungen 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 verstan-

dene Rezeption hatte bereits Jahrhunderte früher begonnen, und 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 longobardische (lombardische) Feudalrecht. 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“ und den lokalen Partikularrechten (mit anderen Worten die Adaption 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 siebenteiligen 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.¹⁷

¹⁷ Bezüglich der Eigentümlichkeiten der Rezeption des römischen Rechts in der Schweiz siehe G. Hamza: *Az európai magánjog fejlődése. A modern magánjogi rendszer kialakulása a római jogi hagyományok alapján.* (Die Entwicklung des europäischen Privatrechts. Entstehung der modernen Privatrechtsordnungen auf römischrechtlicher Grundlage) Budapest, 2002. S. 72ff. Vgl. noch G. Hamza: *Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn.* Budapest, 2002. S. 115ff.

Zwischen dem römischen Recht und dem Kaiserrecht (*ius caesareum*) besteht eine enge Verbindung. Das römische Recht dient als Grundlage für die Ideologie der *renovatio imperii*, die zur Zeit der Hohenstauffer außerordentlich bedeutend war. Das römische Recht, genauer gesagt das *ius publicum Romanum*, war ein Mittel zur 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 stärker werdenden 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. Jahrhunderts 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.¹⁸ Das Bestreben der römischen Rechtsgelehrten, 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 einflußreichen Werkes *De iure naturae et gentium* aus dem Jahre 1672. Allerdings kommt es nicht zur Verschmelzung der Pandektenwissenschaft und des Naturrechts: dies ist zurückzuführen 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).

¹⁸ Hinsichtlich des Konzepts des *ius naturale* bei den Römern G. Hamza: A természetjog értelmezésének problémái: Cicero és a *ius naturale* (Die Auslegungsprobleme des Naturrechts: Cicero und das *ius naturale*). Jogtudományi Közlöny 50. (1995) S. 523-529.

4. Der grundsätzliche Unterschied zwischen dem *Usus modernus pandectarum* und dem Naturrecht konnte nur im wissenschaftlichen *Oeuvre* 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 herausgegebenen Werk „Lehrbuch der Pandekten“ von Georg Friedrich Puchta auch „Pandekten“ genannt wird, ist nach der Definition des deutschen Rechtsgelehrten 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 über Deutschland hinaus, in Europa im allgemeinen und sogar 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. Auch Thibauts zweibändiges *System des Pandekten-Rechts* (zum ersten Male herausgegeben im Jahre 1803) hatte bedeutenden Einfluß auf Austin. Dieses Werk, das zwischen 1803 und 1834 acht Ausgaben erlebte, hatte auch sonst großen Einfluß auf die Entwicklung der englischen Rechtswissenschaft. Das im Jahre 1845 publizierte Werk Nathaniel Lindleys *Introduction to the Study of Jurisprudence* ist die Übersetzung des allgemeinen Teils von Thibauts Werk. Auch im 1861 erschienenen *Ancient Law* von Sir Henry Sumner Maine ist die Wirkung der Pandektistik deutlich erkennbar.¹⁹

¹⁹ G. Hamza: Sir Henry Maine és az összehasonlító jog (Sir Henry Maine und die Rechtsvergleichung). Jogállam 1998-1999. S. 326ff.

5. Die Mitglieder der Akademie zu Pavia, unter denen sich gleichermaßen ausgewiesene Experten des römischen Rechts, des *Common Law* und des modernen kodifizierten Rechts befinden, sehen es als ihre Aufgabe an, im Zuge der Kodifikation eines einheitlichen europäischen Vertragsrechts einen Kompromiß zwischen dem – auf dem römischen Recht basierenden – kontinentalen Recht und dem *Common Law* zu finden.

Tatsache ist, daß viele Rechtsinstitute des römischen und des englischen Rechts Ähnlichkeiten aufweisen. Gleichwohl gibt es 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*²⁰ ist, welches im allgemeinen nicht auf früheren Gerichtsentscheidungen 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 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 angesehen werden. Hierauf verweisen in der Rechtsliteratur – um nur einige Autoren zu nennen – Buckland, McNair, Schiller, Dawson, van Caenegem, Pringsheim und Peter.

6. Daß das römische Recht ein Gelehrtenrecht ist, ist in jeder seiner Entwicklungsphase erkennbar.²¹ 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

²⁰ L. Lombardi: *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano, 1967.

²¹ Bezüglich der Entstehung der römischen Jurisprudenz siehe A. Földi – G. Hamza: *A római jog története és insitúciói* (Geschichte und Institutionen des römischen Rechts) 9. überarb. und erw. Aufl. Budapest, 2004. S. 84ff.

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. Der Richter ist viel weniger an den Wortlaut der Gesetze gebunden als an die früheren Gerichtsentscheidungen. Obwohl auch bei 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 die römischen Rechtsgelehrten kennzeichnende *ars distinguendi*, das heißt die in deren *responsa* zum Ausdruck kommende Kunst, das Wesentliche, rechtlich Relevante vom Unwesentlichen, rechtlich Irrelevanten scharf 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 herausgekehrt, während in den Entscheidungen der englischen Gerichte vor allem auf die *faktischen* Elemente der *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 wirkenden Juristen bedeutet die *ars abstrahendi* die wahre Grenzlinie zwischen dem Rechtsdenken der Römer und der angelsächsischen juristischen Betrachtungsweise. Es muß darauf hingewiesen werden, daß es in gewisser Hinsicht – insbesondere im Falle der *mutatis mutandis* auch das römische Recht kennzeichnende *stare decisis*-Doktrin – 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 Schenkung²² – 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. Zurecht schreiben einige Autoren der jüngeren Literatur, so z.B. James Gordley²³ und Paolo Gallo²⁴, von der Relativierung der Unterschiede zwischen dem *Common Law* und dem *Civil Law* und sogar in einigen Rechtsinstituten von deren gänzlichen Beseitigung. Auf dem Gebiet des Schuldrechts werden zahlreiche kontinentaleuropäische Rechtsinstitute vom englischen Recht übernommen. In terminologischer Hinsicht ist es bemerkenswert, daß einige englische Autoren bezüglich des *English private law* die Tradition des römischen Rechts eigens hervorheben.²⁵

Das Privatrecht der europäischen Länder basiert – wenn auch in unterschiedlichem Maße und aufgrund unterschiedlicher historischer Traditionen – auf dem römischen Recht. 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 unter-

²² J. P. Dawson: *Gifts and Promises. Continental and American Law Compared*. New Haven–London, 1980.

²³ J. Gordley: « *Common law* » v. « *civil law* » Una distinzione che va scomparando? In: *Scritti in onore di R. Sacco* I. Milano, 1994. S. 559ff.

²⁴ 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.

²⁵ *English Private Law. I-II*. Ed. by P. Birks. Oxford, 2000.

schiedlichen Maße stattfindende) „Annahme“, d.h. Rezeption des römischen Rechts wird auch nicht durch die unterschiedlichen kulturellen und juristischen Traditionen verhindert – dies wird insbesondere in dem vierten Teil dieses Werkes über den Einfluß des römischen Rechts außerhalb Europas ersichtlich. Demgemäß ist es angebracht, bei der umfassenden, vergleichenden Analyse der Entwicklung des europäischen Rechts die herausragende Bedeutung des römischen Rechts zu berücksichtigen.

SUMMARY

Remarks on Harmonisation of Private Law in Europe

GÁBOR HAMZA

Harmonization efforts relating to private law are not without opposition. Professor Peter Ulmer of Heidelberg, for example, is expressly skeptical with regard to the question of urging harmonization of law of the member states of the EU. The late professor Jean Carbonnier, who doubted the urgency, and even the necessity of harmonization, expressed similar views with relation to France. It seems that we are witnessing the codification debate between Anton Friedrich Justus Thibaut and Friedrich Carl von Savigny – although, in historical conditions substantially different from the social and legal realities of the 1810s.

And, although, it is, doubtlessly, undecided whether or not Europe, in the present moment, needs at all any sort of a unified legal system, it is obvious that harmonization in the field of civil (private) legislation – even if not in the same extent in every aspect of private law – is unavoidable. However, the way of realization of law harmonization is uncertain. It could take the form in particular of (Council) regulation, directive, etc. and also could be realized via coordinated national legislation. The failure of England and Scotland in 1970 to adopt the unified Law of Contracts that would have been binding in both countries does not contradict the tendency of efforts of harmonization European private law. Roman law, which constitutes the historical foundation of the unity of European private law, might have a crucial role in this undeniably long-term process, which could require perhaps decades of hard work. A circumstance that ensures the prevalence of Roman law is the application of the legal principles of private autonomy and freedom of contract, among other things, in European relations. Doubtless, however, that these legal principles, springing

from Roman law, could become relatively important and relativized in certain areas. This is the situation, for example, in the field of consumer protection. The more emphasized and better founded legal protection of the consumer, who is the more disadvantaged participant of commercial relations, doubtlessly relativizes private-autonomy and the legal principle of freedom of contract within a given private law system. That is, the laws of the member states of the EU, without doubt, indicate certain tendencies that seem to jeopardize the freedom of contract.

In our view, Roman law may play an important role in the uniform, or uniform at least in tendency, European jurisprudence, more precisely, in the development thereof. Throughout Europe, in the age of *ius commune*, a uniform 'legal working method', the so-called *stilus curiae* predominated precisely through Roman law, which was considered the *lingua franca* of lawyers. The uniform *stilus curiae* following the 'nationalization' of legal systems (*ius patrium*) became part of the past. The training of legal professionals, which is becoming international once again, may eventually result in the harmonization of *stilus curiae*.

Roman law played a significant role in both secular and ecclesiastical sectors of medieval societies. Roman law served as a foundation for the 16th century legal humanism and was a goldmine for the rationalist Natural Law doctrines. In the 19th century, Roman law is molded in the spirit of legal positivism (*Rechtspositivismus*) primarily through German *Pandektistik* or *Pandektenwissenschaft* (Science of Pandects), and finally, Roman law is also an eminent material of the great private law codices.

The expression 'reception', as it relates to Roman law, the meaning of which, if interpreted correctly, is not some sort of 'cultural occupation', but, at least in Germany, more like a notion that is equivalent to some kind of a 'scientification' (*Verwissenschaftlichung*) of law. Reception cannot be connected neither to the *Reichskammergerichtsordnung*, adopted in 1495, nor the mythical decree of emperor of the Holy Roman Empire, Lothar III fading in the dimness of legends. The reception of Roman law means an intellectual tradition built on Roman legal foundations that only to a small extent relates to a well-defined positive legal system, *ius positivum*. Reception, defined in this manner, could be traced back centuries, with the conveyance of German lawyers who studied at the universities (*studia generalia*) of Northern Italy.

The signs of reception, i.e., the subsidiary prevalence of Roman law, associated with positive law, became appeared fairly early, in the 11th century. And in the 13th century, elements of Roman law can be found especially in the practice of ecclesiastical courts that often litigated disputes having the nature of private law. According to our view, the influence of the Commentators appears in the

latter area, while Roman law, defined as ‘legal literature’, has already been accepted in Germany with the conveyance of the Glossators. Naturally, the division of the influence of Roman law into these two categories does not mean the denial of the importance of the Commentators’ work, that is, the acceptance of Savigny’s concept of viewing them merely as post-Glossators. Reception, however, was not limited to Roman law material but also extended to the acceptance of canon law and feudal law of the Longobards as well. That is how the *ius commune* = *gemeines Recht* evolved, as a body of law pertaining to both common law and private law, but divergent from, and competing with, the *Landesrecht*. The harmonization of the hybrid law-like *ius commune* and local legal systems, or, with other words, the task of adaptation of *ius commune* to local conditions was resolved by the so-called Practicals (*Rechtspraktiker*).

The readiness for reception of Roman law, in the function of objective conditions, substantially differs in individual European countries. The level of sophistication of a given country’s (region’s) jurisprudence and political system is crucial with regard to reception.

The members of the Academy of Pavia, among whom we can find experts of Roman law, common law, and modern codified private law, in their efforts to codify the European law of contracts, view as their mission the creation of a compromise between the Roman law-based on continental private law, and the contract constructions of common law.

It is a fact that similarities may be found among numerous institutions, constructions of Roman law and English law. It is without doubt, at the same time, that there are essential differences appearing between the views of Roman law and English law, which was formed as the result of unique historical conditions. One kind of attributes of Roman law is that it is jurisprudential law, so-called *diritto giurisprudenziale* that generally is not associated with the binding authority of preceding juridical decisions. The interpretation of jurisprudential law, however, could differ depending on what scientific discipline the interpreting scholar follows. According to Friedrich Carl von Savigny, the unique notion of *Juristenrecht* is systematization, or more precisely, a tendency-like aspiration for systemization. This view is especially clearly expressed in his work titled ‘*System des heutigen römischen Rechts*’. Rudolf von Jhering, who is a declared opponent of legal positivism, examines this problem from a very different angle. At Jhering – primarily in his book titled ‘*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*’ – Roman law, viewed as jurisprudential law, has an actuality with regard to methodology and ideology.

The jurisprudential law-quality of *ius Romanum* was given emphasize pointedly at Koschaker in his work titled 'Europa und das römische Recht'. In Roman law, Koschaker sees an effective category of counter-ideal to legal positivism 'elevated to absolute heights.' Koschaker, viewing Roman law as *Juris tenrecht*, stresses its sharp opposition to English law. English law, clearly, is judge made law that makes the difference between the two legal systems obvious. *Ius Romanum* could never be viewed – in any of the phases of its evolution, history – as precedent law. In the doctrine, this is pointed out – mentioning only a few examples – by Buckland, McNair, Schiller, Dawson, van Caenegem, Pringsheim, and Peter.

In the development of European private law, convergence plays an increasing role. In the new legal literature, many authors, for example, James Gordley and Paolo Gallo, write about the relativization of differences between common law and civil law, and what is more, about the disappearance of differences in the sphere of many legal institutions. In the field of contract law, many institutions, constructions of continental law are subject to reception in English law. It deserves attention that with regard to terminology, certain English authors, in connection with English private law, explicitly refer to the role of Roman law tradition.

The private law (*ius privatum*) of European countries, no doubt, in different extent and building on different historical traditions, is connected to Roman law. This is more and more obvious in the period of decrease or even disappearance of differences, often motivated by political interests, between certain 'legal fields', 'legal families'. Not even differing traditions of culture and civilization constitute obstacles to the differing extent of the reception of Roman law. It follows from the foregoing that to consider the significant role of Roman law in the comprehensive, comparative analysis of the evolution of European private law is justified.

