

Rezension: Comparative Legal History. Ed. by Olivier Moréteau, Aniceto Masferrer, Kjell A. Modéer. Cheltenham: Edward Elgar 2019. XIV, 497 pp. (Research Handbooks in Comparative Law)

Phillip Hellwege

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Hellwege, Phillip. 2020. "Rezension: Comparative Legal History. Ed. by Olivier Moréteau, Aniceto Masferrer, Kjell A. Modéer. Cheltenham: Edward Elgar 2019. XIV, 497 pp. (Research Handbooks in Comparative Law)." *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
<https://doi.org/10.1628/rabelsz-2020-0086>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright



Comparative Legal History. Ed. by *Olivier Moréteau, Aniceto Masferrer, Kjell Å. Modéer*. – Cheltenham et al.: Edward Elgar 2019. XIV, 497 pp. (Research Handbooks in Comparative Law.)

1. Die juristische Dogmatik ist, lässt man die des Europa- und Völkerrechts außen vor, eine nationale Wissenschaft, ist doch auch der Gegenstand der Dogmatik im Kern das nationale Recht. Daneben ist die Rechtsvergleichung als rechtswissenschaftliches Grundlagenfach fest etabliert. Die Rechtsgeschichte war lange Zeit ebenfalls national geprägt, wurden Rechtsinstitute doch auch in der Geschichte oft durch nationale Akteure geformt. Indes fanden rechtliche Entwicklungen auch in der Vergangenheit fast nie in nationaler Isolation statt. Die Zusammenhänge und Unterschiede zwischen den verschiedenen nationalen Entwicklungssträngen aufzuzeigen ist wissenschaftlich reizvoll. Und solche vergleichenden Ansätze waren schon immer Teil der Rechtsgeschichte: Die Rezeption des römischen Rechts in Europa wurde traditionell auch aus vergleichender Perspektive betrachtet. Die vielfältigen Berührungspunkte zwischen verschiedenen Rechten, etwa der bleibende Einfluss des französischen Rechts in der Zeit

nach Napoleon, waren schon lange Gegenstand rechtshistorischer Reflexionen. Selbst wer sich auf historische Entwicklungen in den Grenzen einer modernen Rechtsordnung konzentrierte, musste schon immer vergleichend arbeiten, war die Rechtsgeschichte in vielen Rechtsordnungen doch lange von Zersplitterung geprägt. Und schließlich ist die Romanistik, wie die gesamte antike Rechtsgeschichte, eine genuin internationale Disziplin. Dennoch blieben vergleichende Betrachtungen in der rechtshistorischen Forschung lange ein Randphänomen. Erst seit den 1990er-Jahren etablierte sich die historische Rechtsvergleichung zunehmend als eigenständiges Grundlagenfach. Für sie ist die Ergänzung der historischen Forschung um eine vergleichende Ebene nicht nur Beiwerk; sie stellt vergleichende Betrachtungen ins Zentrum ihrer rechtshistorischen Forschung. Ausdruck fand die Emanzipation der historischen Rechtsvergleichung auch darin, dass sich im Jahr 2009 eine eigene Fachgesellschaft gegründet hat, die European Society for Comparative Legal History. Wie die Herausgeber in ihrem Vorwort festhalten, ist der hier besprochene Band mit dieser Fachgesellschaft verbunden.¹ Insgesamt soll der Band, an dem 21 Autoren mitgearbeitet haben, eine erste Bestandsaufnahme der noch jungen Teildisziplin der juristischen Grundlagenfächer wagen, sie verorten, das Erreichte kritisch hinterfragen und zugleich ein erstes Lehrbuch für den Unterricht sein. Der Band gliedert sich dafür in vier Teile mit insgesamt 18 Beiträgen. Der erste Teil widmet sich den theoretischen Grundlagen der historischen Rechtsvergleichung und ihren Methoden („Theory and Methods“), der zweite Teil erörtert Rechtsquellenprobleme („Legal Sources“), der dritte nimmt ausgewählte Rechtsinstitute („Legal Institutions“) in den Blick, und Fragen zur Kodifikationsgeschichte („Codification“) stehen im Zentrum der Beiträge des letzten Teils.

2. Diesen vier Teilen vorangestellt ist ein einleitender Beitrag der drei Herausgeber, *Aniceto Masferrer, Kjell Å. Modér* und *Olivier Moréteau*, zu den Ursprüngen und der Entwicklung der historischen Rechtsvergleichung als Teildisziplin der juristischen Grundlagenfächer („The emergence of comparative legal history“; S. 1–28). Die Autoren beleuchten das Verhältnis von Rechtsdogmatik zu den juristischen Grundlagenfächern, das Verhältnis von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung sowie die Anfänge der modernen Rechtsvergleichung und zeichnen die Emanzipation der historischen Rechtsvergleichung als junges Grundlagenfach seit den 1990er-, vor allem aber seit den 2000er-Jahren nach. Sie werfen die Frage auf, was Sinn und Mehrwert der historischen Rechtsvergleichung gegenüber Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung ist. Und sie deuten schließlich die vielfältigen Probleme an, denen sich Forscher, die historisch-vergleichend arbeiten, ausgesetzt sehen. Damit bereiten die Autoren das Feld für die nachfolgenden Kapitel, die sie in ihrem Einleitungskapitel schließlich noch zusammenfassen.

3. Der erste Teil des Bandes ist mit „Theory and Methods“ überschrieben und umfasst insgesamt vier Beiträge (S. 29–138). Den Anfang macht *Adolfo Giu-*

¹ Der Rezendent ist seit 2014 Mitglied und Vizepräsident der European Society for Comparative Legal History. Die Arbeiten an dem hier besprochenen Band sind freilich bereits im Sommer 2013 aufgenommen worden. Der Rezendent war zu keiner Zeit in die Arbeit an dem Band eingebunden und kam mit ihnen auch zu keiner Zeit in Berührung.

liani mit seinem Beitrag „What is comparative legal history? Legal historiography and the revolt against formalism, 1930–1960“ (S. 30–77), gefolgt von *Seán Patrick Donlan* mit „Comparative? Legal? History? Crossing boundaries“ (S. 78–95), *Dag Michalsen* mit „Methodological perspectives in comparative legal history: an analytical approach“ (S. 96–109) und *Matthew Dyson* mit „Comparative legal history: methodology for morphology“ (S. 110–138). Die Beiträge lesen sich mit Gewinn. Sie sind zum einen ein Plädoyer für eine Methodenvielfalt und eine Öffnung. So spricht sich *Donlan* für eine Überwindung des Eurozentrismus der Rechtsgeschichte aus, für eine Überwindung der methodischen Verengung auf rein normative Quellen, für eine Überwindung einer reinen Dogmengeschichte und für eine stärkere Berücksichtigung der sozioökonomischen Kontexte, in denen sich Recht entwickelt hat: „Comparative legal history ought to include the study of entanglement, embrace the study of more than the legal and draw inspiration from beyond history“ (S. 79f.). Diesem Plädoyer möchte niemand widersprechen. Nimmt man es für die eigene Arbeit ernst, überfordert man sich indes sofort, eine Gefahr, die auch *Donlan* anerkennt. Verengungen müssen daher erlaubt sein, denn nicht jede Forschungsfrage verlangt gleichermaßen nach einer Methodenvielfalt. Zum anderen erhält der Leser wertvolle Anregungen zum historisch-rechtsvergleichenden Arbeiten, so von *Dyson*, der die methodischen Grundlagen der Rechtsgeschichte und der Rechtsvergleichung und ihren Wert für die historische Rechtsvergleichung aufzeigt.

4. Der zweite Teil des Bandes trägt den Titel: „Legal Sources“ (S. 139–260). Er vereint insgesamt fünf Beiträge: „Here, there and everywhere ... or nowhere? Some comparative and historical afterthoughts about custom as a source of law“ von *Jacques Vanderlinde* (S. 140–166), „Convergences and colonization of custom in pre-modern Europe“ von *Emily Kadens* (S. 167–185), „Custom as a source of law in European and East Asian legal history“ von *Marie Seong-Hak Kim* (S. 186–211), „The *ius commune* as the ‚ratio scripta‘ in the civil law tradition: a comparative approach to the Spanish case“ von *Aniceto Masferrer* und *Juan A. Obarrio* (S. 212–241) und „Legal education in England and Continental Europe between the Middle Ages and the early modern period: a comparison“ von *Dolores Freda* (S. 242–260). Die ersten drei Beiträge von *Vanderlinde*, *Kadens* und *Kim* behandeln also Gewohnheiten und Gebräuche als Rechtsquelle im Kontext historisch-rechtsvergleichender Forschung. *Kadens* erörtert, welche Auswirkungen die Wiederentdeckung und Rezeption des römischen Rechts im Mittelalter in Europa auf die Einordnung und das Verständnis von Gewohnheiten und Gebräuche hatten. Im Anschluss daran vergleicht *Kim* das Verständnis, die Entwicklung und den Bedeutungsverlust von Gewohnheiten und Gebräuchen in Europa (sie konzentriert sich dabei auf Frankreich) seit dem Mittelalter mit Entwicklungen in Fernost im 19. Jahrhundert und der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts – und zeigt überraschende Parallelen auf. Sie greift dafür auf Patrick Glenn zurück, der die Entwicklungen in Europa in drei Phasen teilte: „capture, reconstruction and marginalization“ (S. 187). *Masferrer* und *Obarrio* wenden sich sodann der Rezeption des römischen Rechts zu. Dass diese in Europa unterschiedlich ausfiel, ist hinreichend bekannt. Die beiden Autoren ergänzen den Forschungsstand um eine lesenswerte Analyse der Rezeption des römischen Rechts in den verschiedenen spanischen Königreichen.

chen. *Freda* nimmt schließlich die juristische Ausbildung in den Blick. Ob ihr Beitrag im zweiten Teil zu „Legal Sources“ richtig verortet ist, mag angezweifelt werden. Die Lesefreude beeinträchtigen diese Zweifel nicht. *Fredas* Ausgangspunkt ist das altbekannte Klischee, das englische Recht habe sich unabhängig von den kontinentaleuropäischen Traditionen eigenständig entwickelt – ein Klischee, das in den letzten Jahrzehnten aus ganz unterschiedlichen Perspektiven immer wieder widerlegt worden ist und das sich dennoch hartnäckig hält. *Freda* stellt die Juristenausbildung in den mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Universitäten Italiens und in den mittelalterlichen Inns of Courts in England dar, vergleicht beide eingehend und arbeitet dabei neben den bekannten Unterschieden mit Blick auf die Art der Wissensvermittlung auch überraschende Übereinstimmungen heraus.

5. Der dritte Teil des Bandes zu „Legal Institutions“ gliedert sich in sechs Kapitel (S. 261–414): *Jean-Louis Halpérin* legt einen Beitrag zu „The triumph of judicial review: the evolution of post-revolutionary legal thought“ (S. 262–283) vor, *Paul Finkelman* und *Seymour Drescher* zu „Killing the vampire of human culture: slavery as a problem in international law“ (S. 284–317); *Remco van Rhee* zu „Continental European superior courts and procedure in civil actions (11th–19th centuries)“ (S. 318–340), *Anna Taitslin* zu „The genesis of concepts of possession and ownership in the civilian tradition and at common law: how did common law manage without a concept of ownership? Why Roman law did not“ (S. 341–378), *Warren Swain* zu „The Common law and the Code civil: the curious case of the law of contract“ (S. 379–399) und *Kjell Å. Modéer* zu „When the wind turned from South to West: the transition of Scandinavian legal cultures 1945–2000, a comparative sketch“ (S. 400–414). Der Bogen ist also weit gespannt: vom Verfassungsrecht und internationalen Recht über Prozessrecht hin zum Vertrags- und Sachenrecht. Im Rahmen dieser Rezension ist es nicht möglich, jeden einzelnen Beitrag zu würdigen und jedem Beitrag gerecht zu werden. Ich möchte mich daher auf zwei Beiträge konzentrieren. *Finkelman* und *Drescher* beginnen ihren Beitrag mit der Beobachtung, dass „[w]ith the exception of marriage, slavery may be humanity's oldest and most ubiquitous organized social institution“ und dass „[p]eople of every climate and culture have been masters and slaves“ (S. 284). Bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts sei Sklaverei als Ganzes nicht infrage gestellt worden. Für einen Wissenschaftler, der historisch-rechtsvergleichend zur Sklaverei arbeite, stelle sich zunächst das Problem, „Sklaverei“ zu definieren. Setzt Sklaverei voraus, dass eine Rechtsordnung Eigentumsrechte an Menschen anerkennt? Und wie sieht es mit modernen Formen des Menschenhandels aus? *Finkelman* und *Drescher* arbeiten einen Katalog von zwölf materiellen Abgrenzungskriterien heraus. Sodann geben die Autoren einen weit gespannten Überblick über die rechtliche Behandlung der Sklaverei von der Antike über die frühe Neuzeit bis in die Moderne. *Swain* vertieft in seinem Beitrag die in weiten Teilen bereits bekannten Einflüsse des französischen Rechts auf das englische Vertragsrecht des 19. Jahrhunderts, vermittelt insbesondere (aber nicht nur) durch die Schriften Pothiers. *Swain* nimmt dabei die Voraussetzungen eines Vertragsschlusses, vertragliche Schadensersatzansprüche und die Voraussetzung der *cause* bzw. der *consideration* in den Blick. Sein Beitrag schließt mit den Kodifikationsbestrebungen in der ersten Hälfte des 19.

Jahrhunderts, die in England selbst zwar erfolglos blieben, aber zumindest in Indien im Contract Act von 1872 mündeten.

6. Der vierte und letzte Teil des Bandes behandelt das Thema „Codification“ (S. 415–481) und umfasst drei Beiträge: „Unification and codification in today's European private law and 19th-century Germany: the challenges and opportunities of comparing historical and ongoing events“ von *Dirk Heirbaut* (S. 416–431), „Owning the conceptualization of ownership: American civil law jurisdictions and the origins of 19th-century code provisions“ von *Agustín Parise* (S. 432–464) und „Why was private law not codified in Sweden and Finland?“ von *Heikki Pihlajamäki* (S. 465–481). *Pihlajamäki* erklärt in seinem Beitrag, warum in Schweden und Finnland das Privatrecht niemals kodifiziert worden ist. Er legt seinem Beitrag dafür den von Pio Caroni entwickelten Kodifikationsbegriff zugrunde. *Pihlajamäki* stellt zunächst heraus, dass Schweden und Finnland anstelle einer umfassenden Kodifikation Einzelgesetze erlassen haben, um ihre Rechte zu modernisieren. In der Literatur wird dieser Sonderweg damit erklärt, dass von Savignys Position im Kodifikationsstreit mit Thibaut in Schweden und Finnland besonders einflussreich war, ein Erklärungsansatz, der aus *Pihlajamäki*'s Sicht nicht vollends zu überzeugen vermag, wie er eingehend begründet. Nach *Pihlajamäki* waren vielmehr die Ausgangsbedingungen in Schweden und Finnland ganz andere. So habe vor allem die in anderen Ländern durch eine Kodifikation überwundene Rechtszersplitterung in Schweden und Finnland nicht in gleicher Weise existiert.

7. In der Gesamtschau handelt es sich um einen lesenswerten Band, der neben den genuin methodischen Beiträgen des ersten Teils vor allem die inhaltliche Bandbreite und methodische Vielfalt historisch-vergleichender Forschung beeindruckend aufzeigt.

Augsburg

PHILLIP HELLWEGE