



HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

Centre for British Studies
Großbritannien-Zentrum



Working Paper Series

ENTWICKLUNGSPFADE EUROPÄISCHER RECHTSTRADITIONEN

von Prof. Dr. Helmut Weber

Vortrag
am 6.6.2000
an der Universität Potsdam
im Rahmen der Ringvorlesung „Europa: Einheit und Vielfalt“

Kontakt:

Centre for British Studies
Großbritannien-Zentrum
Jägerstraße 10-11
D-10117 Berlin
Tel: +49 30 2093 5379
Fax: +49 30 2093 5329
<http://www2.rz.hu-berlin.de/gbz/>
Email: gbz@gbz.hu-berlin.de

Prof. Dr. Helmut Weber

Vortrag
gehalten am 6.6.2000
an der Universität Potsdam
im Rahmen der Ringvorlesung "Europa: Einheit und Vielfalt"

veröffentlicht in:
Holtmann, Dieter; Riemer, Peter:
Europa: Einheit und Vielfalt.
Eine interdisziplinäre Betrachtung.
Region – Nation – Europa, Bd. 10
S. 237-259, Münster 2001, Lit-Verlag
ISBN 3-8258-5796-4

© 2000 / 2001 / 2003 Helmut Weber

Entwicklungspfade europäischer Rechtstraditionen

A. Einleitung

I. Rechtsgleichheit und Rechtsunterschiede

Als reisefreudige Menschen wissen wir in Deutschland, dass andere Länder nicht nur andere Sitten haben, sondern dass dort auch anderes Recht gilt. Und wenn es sich um ein hinreichend exotisches Reiseland handelt, sind wir auch nicht besonders erstaunt, wenn wir, um nur drei Beispiele aus dem Eherecht zu nennen, fernab von der Heimat Polygamie¹, Handschuhehe² oder Verstoßung³ als rechtlich vorgesehene Erscheinungen vorfinden.

Auch in unseren europäischen Nachbarländern treffen wir auf Vorschriften, die von den uns gewohnten abweichen – die Ladenöffnungszeiten mögen großzügiger, die Höchstgeschwindigkeiten auf den Straßen strenger geregelt sein –, und mindestens aus dem Kino wissen wir, dass englische Richter im Gegensatz zu den deutschen Perücken tragen und manche von ihnen mit "My Lord" angeredet werden⁴. Aber wir gehen wie selbstverständlich in der Regel

¹ Z.B. in Ägypten, siehe dazu z.B. *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. EGBGB/IPR Art. 13-18, Bearbeitung 1996, Art. 13 EGBGB, Rn 239 (v.Bar / Mankowski).

² Z.B. im Iran, siehe dazu z.B. *Bergmann / Ferid / Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Bd. 5, Iran S. 12, 23).

³ 'Talaq', z.B. in Pakistan, siehe dazu z.B. *Staudinger* (Fn 1), Art. 17 EGBGB Rn 69.

⁴ Zu den nicht unkomplizierten Regeln für die korrekte Anrede englischer Richter siehe z.B. *Keith Evans*,

davon aus, dass diese Unterschiede in unseren Nachbarländern nur die technischen, die äußerlichen und weniger wichtigen Regelungen betreffen, dass aber in den zentralen Bereichen des Rechts einander so nahe verwandte Gesellschaften wie etwa die deutsche, die französische und die englische im wesentlichen zu den selben Ergebnissen darüber gelangen werden, was verboten oder erlaubt, wirksam oder unwirksam, recht oder unrecht ist.

Und in der Tat – nicht nur werden natürlich Mord und Totschlag diesseits wie jenseits unserer Grenzen bestraft, auch im Zivilrecht sind im Kern einheitlich die gültigen Verträge einzuhalten, die schuldhaft verursachten Schäden zu ersetzen und das rechtmäßig erlangte Eigentum zu schützen.

Die schöne Harmonie kann allerdings schnell ein Ende finden, wenn wir genauer nachfragen: Wann ist ein Vertrag gültig, wann eine Schadensverursachung schuldhaft, wann der Eigentumserwerb rechtmäßig? Hier gibt es nicht nur technische Unterschiede im Detail, sondern es fließen auch allgemeine rechtliche Wertungen ein, die oft ähnlich sind, sich aber auch fundamental unterscheiden und dann beim Betroffenen die vorschnelle Annahme europäischer Werte- und Rechtsgemeinschaft unerwartet und im Einzelfall schmerzlich erschüttern können.

Ein Deutscher beispielsweise, der auf dem Campingplatz in England den in Brand geratenen Wohnwagen eines anderen Touristen in dessen Abwesenheit mit dem eigenen Feuerlöscher löscht und dabei noch seine Kleidung ruiniert, wird überrascht und enttäuscht sein, wenn er hört, dass ihm kein Ersatzanspruch dafür zusteht. Natürlich hilft ein Gentleman dem anderen, und der andere wird dem einen Schaden und Aufwendungen ersetzen. Tut er es nicht, hat er bewiesen, dass er kein Gentleman ist – das Recht mischt sich nicht ein, ein durchsetzbarer Anspruch auf Ersatz für Feuerlöscher und Kleidung besteht in England – anders als im entsprechenden Fall in Deutschland – nicht. Das Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag – im Bürgerlichen Gesetzbuch in Deutschland die §§ 677 bis 687 –, ist dem englischen Recht unbekannt⁵.

Nicht minder ungläubig wird ein Engländer in Frankreich die Information entgegennehmen, dass er sein vor Jahren aus seinem Ferienhaus an der Riviera gestohlenes Öl-Portrait seiner

Advocacy at the Bar, London 1983, S. 10 ff.

⁵ Das englische Rechtsinstitut der *agency of necessity* wird bisher überwiegend sehr viel enger aufgefasst, siehe dazu z.B. *Gareth Jones, Goff and Jones on Restitution*, 5. Aufl., London 1998, Kap. 17.

Großmutter vom gutgläubigen Erwerber des Bildes in Paris, das dieser vor drei Jahren gekauft hat, gegen den Willen des neuen Besitzers nicht zurückerlangen wird. Im Interessenkonflikt zwischen Eigentümer und redlichem Besitzer entscheidet sich das englische Recht in *section 21* der *Sales of Goods Act* für ersteren⁶, das französische Recht in *art. 2279 code civil* für letzteren⁷.

Und nicht nur erstaunt, sondern schockiert wird der Franzose in Deutschland sein, wenn er erfährt, dass sein Boot auf der Havel von einem ohne Verletzung ihrer Aufsichtspflicht den Eltern entwischten zündelnden Sechsjährigen zerstört worden ist, ein Ersatzanspruch aber weder gegen das Kind⁸ noch gegen die Eltern besteht, weil das sechsjährige Kind nach § 828 BGB generell schuldunfähig ist und die Eltern im konkreten Fall mangels Aufsichtverschulden nicht nach § 832 BGB haften⁹ – ganz anders als in einem entsprechenden Fall in Frankreich nach dortigem Recht¹⁰.

Die Bestandsaufnahme bringt also ein klares Ergebnis: Auch in europäischen Nachbarländern verwandter Kultur und eng verschränkter Geschichte existieren teilweise verblüffende Rechtsunterschiede. Die an diese Feststellung anschließende Fragestellung liegt auf der Hand: Inwieweit sind solche Unterschiede beliebig und auf Zufälligkeiten zurückzuführen, inwieweit sagen sie uns etwas über das Verhältnis der nationalen Rechtsordnungen zueinander, über ihre gemeinsame oder getrennte Entstehungsgeschichte, wechselseitige Beeinflussung oder Abschottung voneinander, über *typische* Wesensmerkmale der einen im Gegensatz zur anderen Rechtsordnung?

II. Rechtskreise

Innerhalb der Rechtswissenschaft ist es die Teildisziplin der Rechtsvergleichung, die sich mit solchen Fragestellungen befasst, und innerhalb der Rechtsvergleichung wiederum die sogenannte Rechtskreislehre, die die relative Nähe oder Ferne von Rechtsordnungen

⁶ Siehe dazu z.B. *Volker Triebel u.a.*, *Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 1995, Rn 218 ff.

⁷ Nach Ablauf von drei Jahren seit Erlangung des redlichen Besitzes; zum ganzen siehe ausführlich z.B. *Murad Ferid / Hans Jürgen Sonnenberger*, *Das französische Zivilrecht*, Bd. 2, 2. Aufl., Heidelberg 1986, S. 559 ff.

⁸ Wenn kein Fall der Billigkeitshaftung nach § 829 BGB vorliegt.

⁹ Dazu ausführlich z.B. bei *Joern Eckert*, *Wenn Kinder Schaden anrichten*, 2. Aufl., München 1993.

¹⁰ Dazu ausführlich z.B. bei *Thomas Hennings*, *Persönliche Haftung und Mitverschulden von Kindern im französischen Deliktsrecht*, Berlin 1992.

zueinander untersucht.

Schlagen wir ein beliebiges Lehrbuch zur Rechtsvergleichung auf¹¹, so finden wir dort insoweit folgende Kernaussage: Es gebe auf der Erde ca. ein Halbdutzend Rechtskreise oder Rechtsfamilien, das heißt Gruppen nationaler Rechtsordnungen, die einander historisch, systematisch oder weltanschaulich näher stehen als anderen. Im heutigen Europa sind zwei davon vertreten, einerseits die kontinentaleuropäische Rechtsfamilie, zuweilen auch die romano-germanische oder germano-romanische genannt – in England spricht man von den *civil law countries*¹² – und andererseits die angloamerikanische Rechtsfamilie. Zur letzteren gehören weltweit viele Länder, in Europa davon lediglich England mit Wales sowie Irland. Zur kontinentaleuropäischen Rechtsfamilie gehören fast alle anderen europäischen Länder, allerdings mit durchaus verschiedenen Näheverhältnissen zueinander. Es lassen sich Untergruppen bilden: eine deutschrechtliche Gruppe, heute mit Deutschland, Österreich, der Schweiz und in gewissem Maße den Niederlanden, eine französischrechtliche Gruppe mit im Kern Frankreich, Belgien und Luxemburg, loser zugehörig Spanien und Portugal, eine skandinavische Gruppe, die in mancher Hinsicht dem angloamerikanischen Rechtskreis näher steht als die übrigen kontinentaleuropäischen Länder, nicht zuletzt die ehemals sozialistischen Länder, bei denen bis zuletzt darüber gestritten wurde, ob sie systematisch eine Untergruppe der kontinentaleuropäischen Rechtsfamilie bildeten oder eine eigenständige Rechtsfamilie.

Als Rechtsvergleicher und, nicht prinzipiell, aber heute, ausgehend von der Rechtskreislehre möchte ich aus dem Rahmen des Generalthemas dieser Ringvorlesung zwei Fragen herausgreifen:

Erstens: Wie erklärt es sich, dass wir in Europa Vertreter dieser beiden Rechtsfamilien vorfinden, oder anders formuliert: Warum ist im Recht England einen Sonderweg gegangen? In der Geschichts- und der Politikwissenschaft des 20. Jahrhunderts ist der Begriff 'Sonderweg' ja mit Deutschland verknüpft¹³. Wieso passt er im Recht zu England?

Und zweitens: Welches sind die Charakteristika des englischen Rechts, die so stark, so

¹¹ Z.B. Konrad Zweigert / Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996, S. 62 ff.

¹² Weil man sie in der Tradition des römischen *ius civile* sieht.

bezeichnend von denen der kontinentaleuropäischen Rechte abweichen, dass es gerechtfertigt ist, England als Teil eines anderen Rechtskreises anzusehen?

Bevor ich auf diese beiden Fragen näher eingehe, möchte ich noch drei Vorbemerkungen machen:

Erstens: ich will mit meiner Fragestellung nicht zum Ausdruck bringen, dass sich – auf den Titel dieses Vortrages bezogen – alle europäischen Rechtstraditionen vollständig auf nur zwei Grundtypen reduzieren ließen. Die Vielfalt der Einzelercheinungen ist wesentlich reicher: Mein Ausgangsbeispiel mit dem Franzosen und dem Verlust seines Bootes auf der Havel hat ja gezeigt, dass auch das deutsche und das französische Recht, die beide der kontinentaleuropäischen Rechtsfamilie angehören, manchmal ganz unterschiedliche Wege gehen. Wenn ich heute im weiteren von zwei Typen spreche, so nur um in begrenzter Zeit charakteristische Unterschiede der beiden hauptsächlich europäischen Rechtstraditionen kontrastiv aufzuzeigen zu können.

Zweite Vorbemerkung: Wenn ich von England spreche, meine ich, anders als oft in der deutschen (und auch der englischen) Umgangssprache, tatsächlich nur England, wozu im Rechtssinne auch Wales gehört, nicht aber die anderen Teile des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Nordirland¹⁴. In merkwürdigem Gegensatz zur bisherigen politischen Organisation des Landes als extrem zentralistischem Staat, gibt es im Vereinigten Königreich von jeher nebeneinander mehrere vollständige Rechtsordnungen. Während das nordirische Recht dem englischen immerhin ziemlich nahe steht, weicht das schottische Recht davon zum Teil erheblich ab. Dazu werde ich später noch einige Worte sagen.

Und drittens: Auch wenn Länder wie die USA, Kanada, Australien und andere überwiegend oder ganz zum angloamerikanischen Rechtskreis gehören, es also hinreichende Gemeinsamkeiten für eine solche Klassifizierung gibt, bedeutet das nicht, dass sie in allen Punkten übereinstimmen. Was ich im weiteren zum englischen Recht sage, gilt daher nicht ohne weiteres auch für das amerikanische, das australische oder ein anderes der Rechte der angloamerikanischen Welt.

¹³ Für viele siehe *Helga Grebing*, *Der „deutsche Sonderweg“ in Europa 1806-1945*, Stuttgart 1986.

¹⁴ Zu den Teilen der Britischen Inseln und ihrem Verhältnis zueinander in rechtlicher Hinsicht siehe *Helmut Weber*, *Recht und Gerichtsbarkeit*, in: *Kastendiek / Rohe / Volle, Großbritannien*, 2. Aufl., Frankfurt am Main

B. Die Entwicklung des englischen Rechts

(im Gegensatz zu den kontinentaleuropäischen Rechten)

I. Kontinentaleuropäische Rechte

Beginnen wir – mit zeitlichen Siebenmeilenstiefeln – einen ganz kurzen Durchgang zunächst durch die *kontinentaleuropäische* Rechtsgeschichte, so muss der Ausgangspunkt das römische Recht sein. Die über viele Jahrhunderte hinweg erfolgende Ausformung eines für die damalige Zeit beispiellos hochentwickelten Rechtssystems gilt als eine der bedeutendsten Leistungen der Römer überhaupt. Seine nachhaltigste Gestalt erhielt das römische Recht im *Corpus Juris Civilis*¹⁵, der vom oströmischen Kaiser Justinian veranlassten Kompilation aus dem 6. Jahrhundert nach Christus. Zu jener Zeit war das weströmische Reich in den Stürmen der Völkerwanderung bereits zusammengebrochen, die Rechtseinheit war verlorengegangen. Germanische Stammesrechte – der Goten, der Langobarden, der Burgunder und anderer –, Rechte sehr viel simpleren Zuschnitts, waren im Westen weitgehend an die Stelle des römischen Rechts getreten. Es dauerte bis ins 11. Jahrhundert, bis das römische Recht an den oberitalienischen Universitäten, zunächst vor allem Bologna, wiederentdeckt, wieder studiert und bearbeitet wurde. Von dort drang es langsam nord- und westwärts, einerseits über die geistliche Gerichtsbarkeit der römischen Kirche, andererseits über reisende Studenten und Doktoren an andere Universitäten. Es wurde als den lokalen Rechten überlegen erkannt und beeinflusste diese vom 13. Jahrhundert an zunehmend. Besonders in Staaten ohne starke Zentralgewalt, also vor allem in Deutschland, wurde es in einer zweiten Rezeptionsphase seit dem 15. und 16. Jahrhundert teilweise sogar zum wenigstens subsidiär unmittelbar geltenden Recht in einzelnen Herrschaftsgebieten¹⁶. Dies währte, bis im Gefolge der Aufklärung sich der Gedanke durchsetzte, dass jedem Bürger sein Recht in seiner eigenen Sprache, nicht nur den Gelehrten auf lateinisch, zur Verfügung stehen sollte, und zwar in vollständiger und zusammenhängender Form¹⁷. Ergebnis waren schließlich die großen nationalen Kodifikationen wie der französische *code civil* oder das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch. Spätestens

1999, S. 178 ff (183 f).

¹⁵ Eine moderne zweisprachige Ausgabe entsteht unter der Herausgeberschaft von *Okko Behrendt u.a.*, *Corpus Iuris Civilis*, Bd. 1 – Institutionen, 2. Aufl., Heidelberg 1997; Bd.2 ff – Digesten, 1995 ff.

¹⁶ Näheres z.B. bei *Heinrich Mitteis / Heinz Lieberich*, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 19. Aufl., München 1992, S. 328-336.

¹⁷ Näheres z.B. bei *Hans Hattenhauer*, *Europäische Rechtsgeschichte*, 3. Aufl., Heidelberg 1999.

damit war die wenigstens subsidiäre Rechtseinheit in Kontinentaleuropa wieder beendet, aber selbst die neuen landessprachlichen Nationalkodifikationen blieben der Systematik und der Gedankenwelt des römischen Rechts in gewissem Ausmaß verpflichtet und erleichtern so bei hinreichender Sprachkundigkeit bis heute die Verständnismöglichkeiten kontinentaleuropäischer Juristen untereinander.

II. Englisch Recht

In England war der Ausgangspunkt nicht anders: die germanischen Stammesrechte – hier die der Angeln, Sachsen und Jüten – in der Völkerwanderungszeit. Und die normannischen Eroberer im 11. Jahrhundert kamen ja auch vom Kontinent; die später zwischen der Normandie und England auseinander klaffende Rechtsentwicklung bleibt also erklärungsbedürftig. Viel ist darüber gerätselt und geschrieben worden. Vom spezifischen englischen Volksgeist bis hin zum regnerischen Landesklima wurde schon so ziemlich alles bemüht, was einem als Erklärung in den Sinn kommen mag¹⁸.

Ich möchte hier die beiden meines Erachtens plausibelsten dieser Erklärungen präsentieren: Die erste ist eine konventionelle Ansicht, eine Spielart im *mainstream* der Rechtshistoriker, vielleicht die 'herrschende Meinung' zu diesem Thema. Die zweite ist eine jüngere Außen-seiteransicht, die aber gut belegt und nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen ist.

1. Heinrich II.

Nach der erstgenannten Ansicht¹⁹ erfolgte die entscheidende Weichenstellung schon im 12. Jahrhundert in der Regierungszeit Heinrichs II. von England. Die Normannen waren am allgemeinen Rechtswesen zunächst wenig interessiert und beließen es weitgehend in den Händen örtlicher Gerichte, die ihren je unterschiedlichen lokalen Rechtstraditionen folgten. Die Normannen waren aber sehr interessiert an straffer und effizienter Verwaltung. Früher als die Herrscher anderer europäischer Territorien machten sie sich an die hochmittelalterliche Modernisierung des Staatsapparates. Mangels in Betracht kommender Vorbilder mussten

¹⁸ Zu einigen Beispielen siehe *R.C. van Caenegem, The Birth of the English Common Law, Cambridge 1973, S. 85-88.*

¹⁹ Vertreten und gut ausgeführt z.B. bei *van Caenegem (Fn 18), S. 99-110.*

eigenständig geeignete Verfahren und Organisationsformen entwickelt werden, die zunehmend über die Verwaltung hinaus auf das allgemeine Rechtswesen ausstrahlten und schließlich zum englischen *Common Law* mit seinen besonderen Charakteristika führten.

Heinrich II. herrschte um die Mitte des 12. Jahrhunderts. Ende des 11. Jahrhunderts war erst die Universität Bologna gegründet worden. Zur Zeit Heinrichs II. begann gerade von Bologna aus die Ausbreitung der Kenntnis des wiedergefundenen römischen Rechts. Als wenige Jahrzehnte später die übrigen europäischen Herrscher nach und nach die Modernisierung von Staat und Recht in Angriff nahmen, stand ganz frisch das an den Universitäten studierte und bearbeitete römische Recht als Vorlage zur Verfügung, und mit dem Recht gab es gleich auch schon die Absolventen der Universitäten als Personal für den Umgang mit dem Recht – sozusagen die Informatiker des 13. Jahrhunderts. Das geschah überall – außer in England. Dort hatte man ja gerade erst – vor ein paar Jahrzehnten – modernisiert; selbstgestrickt, gewiss, nicht so differenziert, nicht so elegant wie es nach dem Muster des römischen Rechts jetzt möglich wäre, aber tauglich immerhin, mittlerweile erprobt und bewährt, mit eingearbeitetem Personal – es bestand kein Anlass, schon wieder alles zu ändern.

Nach dieser Ansicht ist also weder der Volksgeist noch das feuchte Klima die Erklärung für den englischen Sonderweg im Recht, sondern es liegt am bloßen historischen Zufall einer nur leichten Ungleichzeitigkeit: den Modernisierungsbemühungen in England kurz vor, auf dem Kontinent kurz nach, dem Verfügbarwerden des römischen Rechts als Material und Muster.

2. Heinrich VIII.

Ganz anders die zweite Erklärung, die ich Ihnen präsentieren möchte²⁰. Danach ist die entscheidende Weichenstellung nicht schon unter Heinrich II. erfolgt, sondern erst vierhundert Jahre später, unter Heinrich VIII. Und sie erfolgte nicht zufällig, sondern bewusst und gezielt. Heinrich VIII. – wir erinnern uns: der kraftvolle Tudor Herrscher mit den sechs Ehefrauen, der unter anderen zwei von diesen und seinen Lordkanzler Thomas Morus hinrichten ließ – hatte noch als Dreißigjähriger eine engagierte Polemik gegen Martin Luther und dessen Lehre verfasst und dafür vom Papst den Titel *defensor fidei* (Verteidiger des Glaubens) verliehen bekommen. Wenige Jahre später, nach der Weigerung des Papstes,

²⁰ Nachdrücklich vertreten von *Edwin Jones*, *The English Nation*, Stroud 1998, S. 94 ff und passim.

Heinrichs Ehe mit Katharina von Aragon, die ohne männlichen Nachkommen geblieben war, für nichtig zu erklären, brach er mit Rom.

Folge war die Entstehung der nationalen anglikanischen Kirche als protestantischer englischer Staatskirche. Dogmatisch und liturgisch unterscheidet sie sich von der katholischen Kirche bis heute weniger als alle anderen protestantischen Kirchen. Um so mehr mag das Bedürfnis verspürt worden sein, die Distanz zu Rom auf anderen Gebieten zu demonstrieren. Ein Weg war die Trennung des nationalen Rechtswesens vom transnationalen Netzwerk der katholischen Kirche. Man darf nicht vergessen, dass weite Bereiche des Privatrechts, insbesondere das gesamte Familienrecht und große Teile des Erbrechts, das ganze Mittelalter hindurch und bis weit in die Neuzeit hinein in die Zuständigkeit nicht der staatlichen, sondern der kirchlichen Gerichte fielen. Die kirchlichen Gerichte aber hatten – auch in England – sehr wohl römisches Recht aufgenommen und – neben der Bibel, den Schriften der Kirchenväter und den Konzilsbeschlüssen – zur Grundlage ihrer Rechtsprechung gemacht. Nach dem Bruch mit Rom wurde in England nicht nur die Anrufung der römischen Rota (wenn man so will: dem Europäischen Gerichtshof jener Zeit) unter drakonische Strafen gestellt²¹, es wurde auch ganz generell die Nähe zu Rom und zum römischen Recht geleugnet, und zwar nicht nur für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit. So wurde – gewissermaßen ideologisch begründet – eine vierhundert Jahre zurückreichende vollkommen eigenständige englische Rechtsgeschichte retrospektiv erfunden und im weiteren jede Nähe zum römischen Recht bewusst vermieden. Diese dezidiert antikatholische Politik und Propaganda, nicht nur im Recht, zeigt bis heute Spuren; manche meinen, sie sei der Nährboden noch für den Erfolg der gegenwärtigen antieuropäischen Propaganda etwa eines *Rupert Murdoch* im Massenblatt *Sun* wie in der *Times* und in anderen Blättern. Im Recht konnte sie um so erfolgreicher sein, als schon in der angehenden Tudorzeit das englische *Common Law* im allgemeinen Bewusstsein zum "guten alten Recht" geworden war. In einer Gerichtsentscheidung aus dem Jahre 1470 hieß es allen Ernstes, das englische *Common Law* habe in England von Beginn der Schöpfung an existiert²². (Nur am Rande übrigens: die Bezeichnung *Defender of the Faith*, erworben ja für den Einsatz gegen die Reformation, haben alle britischen Monarchen bis heute weitergeführt, auch Elisabeth II. tut dies²³.)

²¹ *Act in Restraint of Appeals*, 24 Hen. VIII c. 12 (1533).

²² *Wallyng v. Megar* 47 SS 38 (The Publications of the Seldon Society, Bd. 47, London 1931 [Nellie Neilson:] *Yearbooks of Edward IV: 10 Edward IV and 49 Henry VI A.D. 1470*); siehe auch John .H. Baker, *Introduction to English Legal History*, 3. Aufl., London 1990, S. 1.

²³ Ihr offizieller Titel im Vereinigten Königreich (anders in anderen Staaten, deren Staatsoberhaupt sie ist) lautet: *Queen Elizabeth II, by the Grace of God, of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and of her other Realms and Territories Queen, Head of the Commonwealth, Defender of the Faith*.

Wer hat nun Recht, *van Caenegem* oder *Jones*, um zwei Hauptvertreter der vorgestellten Ansichten zu nennen²⁴? Mir scheint, dass beide Erklärungen bei näherer Betrachtung im Kern durchaus miteinander vereinbar sind, dass nämlich im 12. Jahrhundert einige eigenständige Verfahrenswege entwickelt wurden, die im 16. Jahrhundert als Grundlage für die Rückprojektion eines "schon immer" ausschließlich nationalen englischen Rechts verwendet werden konnten.

3. Wie die Erklärung auch sein mag: Das Resultat ist unstreitig. Jedenfalls in der Zeit nach Heinrich VIII. ist das englische Recht einen eigenen Weg gegangen. Was macht nun dieses 'eigene', das typisch englische im Recht heute noch aus?

C. Charakteristika des heutigen englischen Rechts

(im Gegensatz zu den kontinentaleuropäischen Rechten)

Aus der Fülle der hierzu nennenswerten Einzelpunkte möchte ich heute sieben herausgreifen und sie Ihnen in Gegensatzpaaren vorstellen. Eine Darstellung in Gegensatzpaaren – hier 'Englisch', da 'kontinental' – bringt immer eine Gefahr mit sich: Es könnte der Eindruck entstehen, das eine sei ganz und nur so, das andere ganz und nur anders. In Wirklichkeit gibt es nicht nur Schwarz und Weiß, sondern viele Abstufungen von Grau, und Rechtsordnungen sind hochkomplexe Gebilde mit vielen auch disparaten Bestandteilen und Eigenschaften. Ich will daher keineswegs behaupten, dass sich jede Facette des englischen oder des deutschen Rechts so verhält, wie ich es als *typisch* bezeichne. Mir geht es vielmehr gerade um diese Typik im Sinne überwiegender und kennzeichnender Ausrichtung.

I. Anwaltsrecht / Professorenrecht

1. Die kontinentaleuropäischen Rechte entstanden als gelehrtes Recht an den Universitäten²⁵. Von der Zeit der Rechtsschule in Bologna an gehörten die Juristenfakultäten zu den tragenden Säulen der Universitäten. Die Professoren bildeten nicht nur den Juristen-

²⁴ Oben Fn 18-20.

nachwuchs aus, alle künftigen Anwälte, alle künftigen Richter, sie wirkten auch an Gesetzesentwürfen mit, erstellten Rechtsgutachten, schrieben Lehrbücher, Gesetzeskommentare und Urteilsanmerkungen, sie arbeiteten, ganz allgemein gesagt, daran, das Recht in ein kohärentes System zu bringen. Als unübertroffenes Meisterstück ausgefeilter Systematik gilt weithin das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch des Jahres 1896, in Kraft seit dem 1.1.1900.

2. Das englische Recht entstand nicht als gelehrtes Recht der Professoren, sondern als Praktikerrecht der Anwälte²⁶. Bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts hinein wurde das Recht des Landes an den englischen Universitäten überhaupt nicht gelehrt, und eine nennenswerte Rolle spielt es dort erst seit Ende des 19. Jahrhunderts. Man wurde Jurist, indem man in quasi-handwerklicher Art bei einem Anwalt in die Lehre ging. Aus den Reihen erfahrener Anwälte wurden auch die Richter berufen. Soweit rechtswissenschaftliche Bücher geschrieben wurden – es waren viel weniger als auf dem Kontinent – waren Anwälte oder Richter die Verfasser. Heutzutage führt der übliche – wenn auch nach wie vor nicht zwingende – Weg zum Anwaltsberuf zwar auch in England über ein Jurastudium an der Universität, im Zentrum des englischen Rechtsdenkens steht trotzdem noch immer der Anwalt. Die Prägung, die das englische Recht auf diese Weise erfahren hat, macht es stärker einzelfallbezogen, weniger systematisch.

II. Induktives Denken / deduktives Denken

Eng mit dem soeben ausgeführten Charakter des Rechts als Professoren- oder Anwaltsrecht verknüpft ist die Herangehensweise der Juristen an Rechtsprobleme. Kontinentale Juristen denken im Ausgangspunkt deduktiv. Sie gehen vom abstrakt-generellen Rechtssatz aus und überprüfen, ob die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale von den Fakten des Falles ausgefüllt werden. Englische Juristen denken im Ausgangspunkt induktiv. Sie gehen von den Fakten des Einzelfalles aus und vergleichen sie mit den Fakten anderer, in der Vergangenheit entschiedener Einzelfälle²⁷.

²⁵ Siehe z.B. Hattenhauer (Fn 17), Rn. 819, 833, 1358.

²⁶ Im einzelnen siehe Baker (Fn 22).

²⁷ Ausführlicher dazu z.B. bei Zweigert / Kötz (Fn 11), S. 250-270.

III. Fallrecht / Gesetzesrecht

Auch dies hängt eng mit dem vorigen zusammen.

1. Mit dem Erlass einer der großen Gesetzeskodifikationen auf dem Kontinent begann im jeweiligen Land die juristische Zeitrechnung sozusagen neu auf der Grundlage dieser Gesetzbücher. Überkommenes Gewohnheitsrecht spielte bis auf geringe Restbestände keine Rolle mehr. Das Recht wurde als geschlossenes System angesehen, die Kodifikation prinzipiell als umfassend und abschließend. Aufgabe der Gerichte sollte lediglich die Auslegung und Anwendung der einzelnen vom Parlament erlassenen Vorschriften sein²⁸.

2. Zentrale Bereiche des englischen Rechts, nämlich das *Common Law* im engeren Sinne, sind demgegenüber bis heute nicht in Gesetzesform gefasst. Es gelten die altüberkommenen Regeln, wie sie in einer jahrhundertelangen Abfolge von Gerichtsurteilen zu Einzelfällen ihre Ausprägung gefunden haben. Die alten Urteile sind *precedents*, Präjudizien quasi mit Gesetzeskraft, wenn der neue Fall genau mit dem alten entschieden übereinstimmt²⁹. Das System ist dennoch ein offenes, weil die Regeln bei der Vielgestaltigkeit der Fälle von den Gerichten von Fall zu Fall in kleinen Schritten stets weiterentwickelt und den Umständen gewandelter Zeitverhältnisse angepasst werden können. Das englische Recht ist also einerseits flexibler, kann sich wandeln, ohne dass der schwerfällige parlamentarische Gesetzgebungsapparat in Gang gesetzt werden muss, ist dabei andererseits aber stets abhängig von den Zufälligkeiten der Sachverhalte wie sie nach und nach vor Gericht kommen. In manchen Bereichen des englischen Rechts wird deshalb sehr viel alter Rechtsbestand mitgeschleppt, der gerade nicht mehr in die Gegenwart passt. Insgesamt hat der englische Jurist eine zeitlich sehr viel weiter zurückreichende Perspektive. Während deutsche Rechtsanwälte oder Richter in ihrer Berufspraxis ganz selten einmal mit Gesetzen oder Gerichtsurteilen aus der Zeit vor dem Erlass von Bürgerlichem Gesetzbuch und Strafgesetzbuch zu tun haben, ist es für englische Juristen, wenn auch nicht alltäglich, so doch gar nichts Besonderes, wenn sie zwei-, drei- oder vierhundert Jahre alte Rechtstexte heranziehen müssen. Noch im 20. Jahrhundert wurden in England Menschen hingerichtet wegen Verstoßes gegen die *Treason Act* aus dem Jahre 1351³⁰.

²⁸ Siehe dazu z.B. *Eugen Bucher*, Rechtsüberlieferung und heutiges Recht, ZEuP 2000, S. 398, 421 ff.

²⁹ Weitere Voraussetzung: Die alte Entscheidung muss von einem Gericht höheren oder gleichen Ranges stammen, letzteres mit Ausnahme des *House of Lords*, das sich seit 1964 nicht mehr zwingend an eigene frühere Entscheidungen gebunden betrachtet.

³⁰ Z.B. *Roger Casement : Rex v. Casement*, [1917] 1 K.B. 98; *William Joyce ('Lord Haw Haw') : Joyce v.*

3. Dieser Gegensatz 'Fallrecht' - 'Gesetzesrecht' kennzeichnet den herkömmlichen Unterschied zwischen englischem und kontinentalem Recht. Manche vertreten die Ansicht, er gebe heute nicht mehr die Realität wieder, es herrsche vielmehr eine Konvergenz zwischen den beiden Systemen, sie hätten sich mittlerweile stark einander angenähert und gewissermaßen in der Mitte getroffen. Begründet wird dies mit der Beobachtung, dass inzwischen auch im englischen Recht Gesetze und auch in den kontinentalen Rechten Gerichtsentscheidungen eine große Rolle spielen, eine viel größere als noch vor hundert Jahren. Diese Beobachtung ist sicher richtig. Wenn es in England auch keine Gesamtkodifikation des Zivil- oder Strafrechts gibt, so nimmt doch auch dort die Zahl kleinerer und größerer Gesetze zu Einzelthemen von Jahr zu Jahr zu. Umgekehrt wächst auf dem Kontinent die Bedeutung der Gerichtsentscheidungen. In dem Maße wie die Kodifikationen altern – das BGB ist über 100 Jahre alt, der *code civil* fast 200 – und sich angesichts veränderter Umstände als unzeitgemäß oder lückenhaft erweisen, wird die Aufgabe der Anpassung und Lückenfüllung, der Rechtsfortbildung durch die Gerichte auch auf dem Kontinent immer wichtiger. Insofern kann man in der Tat von Konvergenz sprechen. Die Frage ist nur, wieweit dieser Prozess schon gediehen ist. Ich meine, dass man sich von der scheinbaren Gleichheit – hier wie dort sind nun Gesetze und Gerichtsentscheidungen wichtig – nicht darüber täuschen lassen darf, dass die Denkweise der Juristen östlich und westlich des Ärmelkanals sich nach wie vor erheblich voneinander unterscheidet. Ich will es an zwei Beispielen aufzeigen:

a) Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Im BGB des Jahres 1900 war bei Verletzung der Persönlichkeit des Menschen, seiner Ehre oder seiner Privatsphäre, ein Schadensersatzanspruch nicht vorgesehen. Das war kein Versehen, sondern eine bewusste Entscheidung. Man wollte die Ehre nicht 'kommerzialisieren'. Beleidigung und Verleumdung konnten strafrechtlich belangt werden, aber man sollte sich nicht die Ehre durch Schadensersatzzahlungen gewissermaßen abkaufen lassen können. Einschlägig ist § 823 I BGB. Als Schutzgüter sind dort Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Eigentum genannt:

„Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

Director of Public Prosecution [1946] A.C. 347.

Wer die genannten geschützten Rechtsgüter verletzt, ist schadensersatzpflichtig, wozu unter anderem Heilungskosten und Reparaturkosten gehören sowie nach § 847 BGB in manchen Fällen auch ein Schmerzensgeld. Die Worte "oder ein sonstiges Recht" las man im Zusammenhang mit "Eigentum": "Eigentum oder ein sonstiges Recht", ein eigentumsähnliches Recht bezogen auf Sachen, nicht auf Menschen³¹. Von Persönlichkeit, von Ehre oder Privatsphäre ist nicht die Rede. Dies blieb so bis in die fünfziger Jahre. Dann setzte sich die Überzeugung durch, dass der strafrechtliche Ehrschutz nicht ausreiche, der Persönlichkeitsschutz vielmehr auch des finanziellen Ausgleiches des Verletzten bedürfe. Unter Einbezug des hohen Stellenwertes, der der Persönlichkeit im damals neuen Grundgesetz zukam (und zukommt), entwickelten die Gerichte in einer Abfolge von Gerichtsentscheidungen das Persönlichkeitsrecht, dessen Verletzung zu Schadensersatz verpflichtet. Jeder deutsche Jura-Student lernt diese wichtigen Entscheidungen:

- den *Herrenreiterfall*, in dem mit dem Bild eines auf seinem Pferd über das Hindernis setzenden Springreiters ohne Wissen des Reiters für ein Potenzstärkungsmittel geworben wurde³²,
- den *Fernsehansagerinfall*, wegen eines Journalisten, der in einer Illustrierten geschrieben hatte, die Ansagerin sehe aus „wie eine ausgemolkene Ziege“, bei deren Anblick den Zuschauern „die Milch sauer“ werde³³
und weitere solcher Delikatessen³⁴.

Der Bundesgerichtshof ist hier eigentlich in schönster *Common-Law*-Manier vorgegangen: Von Fall zu Fall fortschreitend hat er das Recht weiterentwickelt und den Zeitumständen angepasst. Die Entscheidungen wie der 'Herrenreiterfall' wurden *precedents*, Präjudizien, wie im englischen Recht. Die deutschen Juristen waren damit aber nicht glücklich. Sie sind es gewohnt, ihrer Falllösung eine Paragraphennummer voranzustellen, zur Bezeichnung einer genauen Gesetzesstelle als Anspruchsgrundlage, und von dieser Gesetzesstelle ausgehend deduktiv zu argumentieren. Also wurde das Persönlichkeitsrecht gedanklich in § 823 I BGB eingereiht, als "sonstiges Recht". Das Persönlichkeitsrecht ist jetzt ein "sonstiges Recht" im Sinne dieser Vorschrift, es hat eine Hausnummer im Gesetz erhalten, man kann damit arbeiten, wie man es gelernt hat. Der deutsche Jurist ist glücklich, er wendet jetzt das Gesetz an, nicht eine Gerichtsentscheidung.

³¹ Siehe dazu z.B. *Dieter Medicus*, Bürgerliches Recht, 18. Aufl., Köln 1999, Rn 615.

³² BGHZ 26, 349 (1958)

³³ BGHZ 39, 124 (1963)

b) Eigentumsvorbehalt

Genau das Umgekehrte lässt sich für England am Beispiel des Eigentumsvorbehaltes aufzeigen. Wir alle sind dem Eigentumsvorbehalt schon begegnet. Er findet sich in den meisten Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Verkäufern, im 'Kleingedruckten', und führt dazu, dass das Eigentum an der Kaufsache erst übergeht, wenn sie vollständig bezahlt ist. Dies spielt besonders bei Ratenkäufen eine Rolle und ist als Möglichkeit in § 455 BGB vorgesehen:

„Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Zahlung des Kaufpreises erfolgt [...].“

In England gibt es seit 1894 die *Sale of Goods Act*, das Gesetz über den Warenkauf. Dieses Gesetz enthält eine *section 19* in der, in etwas komplizierterer Ausdrucksweise, insoweit so ziemlich das gleiche steht wie in § 455 BGB:

“Reservation of right of disposal: (1) Where there is a contract for the sale of specific goods or where goods are subsequently appropriated for the contract, the seller may, by the terms of the contract or appropriation, reserve the right of disposal of the goods until certain conditions are fulfilled; and in such a case, notwithstanding the delivery of the goods to the buyer, or to a carrier or other bailee or custodian for the purpose of transmission to the buyer, the property in the goods does not pass to the buyer until the conditions imposed by the seller are fulfilled. (2) ...“

Aus Gründen, die nicht ganz klar sind, hat die englische Wirtschaftspraxis aber lange Zeit so gut wie keinen Gebrauch davon gemacht. Die Verkäufer hatten andere Wege gefunden, sich abzusichern, insbesondere durch Mietkaufvereinbarungen (*hire purchase*), aber der Eigentumsvorbehalt war ungebräuchlich. Im Jahre 1976 war aber ein Fall vom englischen *Court of Appeal* zu entscheiden, in dem doch einmal ein Eigentumsvorbehalt vereinbart worden war. Der Fall hieß *Aluminium Industrie Vaassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd.*³⁵ 'Romalpa' war das Unternehmen, das die Klausel mit dem Eigentumsvorbehalt verwendet hatte. Weil die Vertragsklausel ungewöhnlich war, ließ das Gericht sich darüber aus und entschied, dass die Klausel wirksam war, weil *section 19* des Gesetzes diese Möglichkeit ja ausdrücklich vorsah. Seither sind Eigentumsvorbehaltsklauseln auch in England gebräuchlich geworden. Es würde nun genügen, einfach auf *section 19* zu verweisen, so wie deutsche Kaufverträge auf § 455 BGB verweisen. Die englischen Juristen waren damit aber nicht glücklich. Sie sind gewohnt

³⁴ Für die Rechtsentwicklung wesentlich waren vor allem noch die Entscheidungen BGHZ 13, 334 und 35, 336.

mit Fällen zu arbeiten, nicht mit Gesetzen. Also sprechen und schreiben englische Juristen nun, wenn sie den Eigentumsvorbehalt meinen, nicht von diesem und auch nicht von *section 19* des Gesetzes, sondern von einer *Romalpa clause*, einer Romalpa-Klausel, und können sich damit auf die Entscheidung des *Court of Appeal* beziehen und stützen.

Die deutschen Juristen haben beim Persönlichkeitsrecht Gerichtsentscheidungen in eine Gesetzesstelle verwandelt, die englischen Juristen beim Eigentumsvorbehalt eine Gesetzesstelle in eine Gerichtsentscheidung – die Konvergenz der Denkweisen hat noch ein gut Stück Weges vor sich.

IV. Wörtliche Auslegung / teleologische Auslegung

Die kontinentalen Gesetzgeber haben gelernt, dass man sinnvolle Gesetze nicht gegen die Richter machen kann, sondern nur im Vertrauen auf ihren guten Willen zur Umsetzung der gesetzgeberischen Intention. Manchmal vergessen unsere Parlamentarier das, und es kommen mehrseitige überdetaillierte Paragraphenmonster heraus³⁶. Aber die klassische Gesetzestechnik hierzulande besteht darin, allgemein formulierte Paragraphen ins Gesetz zu stellen, die dem Richter die Richtung vorgeben, aber im Detail Spielraum lassen. Besonders deutlich wird dies bei den sogenannten Generalklauseln, zum Beispiel bei § 242 BGB:

„Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“

Die englische Gesetzestechnik hat sich demgegenüber im Misstrauen gegen die Richter entwickelt. Die englischen *Common-Law*-Richter mussten Parlamentsgesetze zwar anwenden, haben sie lange Zeit aber als Eingriffe in 'ihr' gutes altes *Common Law* angesehen und so restriktiv interpretiert, wie es nur eben ging. Wenn durch wörtliche Auslegung des vielleicht ungeschickt formulierten Gesetzes sein Anwendungsbereich klein gehalten werden konnte, so haben die englischen Richter nicht danach gefragt, was der Gesetzgeber eigentlich zum Ausdruck bringen wollte, was mit dem Gesetz erreicht werden sollte, sondern haben es nur im engen wörtlichen Sinne angewandt. Dies veranlasste den Gesetzgeber, beim nächsten Mal ausführlicher zu formulieren, das ungefähr Gleiche zwei oder dreimal zu sagen, nur um den

³⁵ [1976] 2 All ER 552.

³⁶ Beispiel: § 1587 a BGB (Versorgungsausgleich).

Gerichten ja kein Schlupfloch zu lassen. Die fanden dann meist doch eines, und das Spiel begann von neuem, die nächste Gesetzesfassung wurde noch länger und noch umständlicher³⁷. Wenn man die Werke Thomas Manns in einer englischen Ausgabe betrachtet, kann man sehen, dass die Buddenbrooks dort um hundert Seiten kürzer sind als im deutschen Original, weil das Englische in verschiedener Hinsicht knapper und konziser ist. Bei Gesetzestexten jedoch verhält es sich genau umgekehrt: Die englischen sind erheblicher länger und weitschweifiger als vergleichbare deutsche. Um nur ein ganz kleines Beispiel zu geben: Betrachten wir *section 1* der schon erwähnten *Sale of Goods Act*:

”1. Contracts to which Act applies

(1) This Act applies to contracts of sale of goods made on or after (but not those made before) 1 January 1894.

(2) ...“

Vorschriften wie diese gibt es - ohne die Wörter in Klammern - ganz ähnlich auch in Deutschland. So etwas wie die eingeklammerte Passage wird man in deutschen Gesetzen jedoch nicht leicht finden. Gilt ein Gesetz ausdrücklich für alle ab einem bestimmten Datum abgeschlossenen Verträge, so gilt es – für deutsche Juristen selbstverständlich - eben nicht für Verträge, die vor diesem Datum abgeschlossen wurden, das braucht man nicht auch noch in die Vorschrift aufzunehmen. Der englische Gesetzgeber tut das, für alle Fälle, wer weiß, was die Richter sonst daraus machen ...

V. Experiment / Planung

Wir erwarten bei Regelungen, dass sie umfassend und vollständig sind und von Anfang an alle gleichermaßen betreffen, also konsequent durchgeplant sind und dann flächendeckend eingeführt werden. Wenn es in Deutschland Bundesländer gibt, dann muss nach unserem Verständnis jedes Stück von Deutschland zu irgendeinem Bundesland gehören, und alle Bundesländer, ob Bremen mit 700.000 Einwohnern oder Nordrhein-Westfalen mit 17 Millionen, müssen genau die gleichen Gesetzgebungskompetenzen haben.

Die Briten machen es anders. In der Vergangenheit war das Vereinigte Königreich ein ausgesprochen zentralistisches Staatswesen. Zwischen der kommunalen Ebene einerseits und Regierung und Parlament in London andererseits gab es keinerlei Zwischengliederungen. In

³⁷ Sehr anschaulich, wenn auch satirisch überzeichnet, in einigen der fiktiven Rechtsfälle in *Alan Patrick*

den letzten Jahrzehnten wurde nun in einigen Teilen des Landes der Ruf nach mehr Entscheidungskompetenz auf regionaler Ebene immer stärker, besonders in Schottland, nicht ganz so stark in Wales. Die Diskussion verlief unter der Überschrift *devolution*, ein sehr unscharfes Wort, das man nicht, wie in Teilen der deutschen Presse, mit 'Föderalisierung' übersetzen sollte. Es heißt wörtlich 'Hinunterverlagerung', gemeint ist, von Befugnissen, ein Wort also aus der Sichtweise der Zentrale. Im Mai 1999 ist ein kräftiges Stück *devolution* für Schottland erfolgt: Ein schottisches Parlament und eine schottische Regierung wurden eingerichtet³⁸. In deutscher Begrifflichkeit ist Schottland dennoch kein Bundesland geworden, denn die prinzipielle gesetzgeberische Allmacht des Londoner Zentralparlaments besteht fort: London hat das schottische Parlament per einfachem Gesetz geschaffen und könnte es ebenso mit einfacher Gesetzesmehrheit wieder abschaffen, ganz anders als in Deutschland, wo der Bundestag nicht mit einer Stimme Mehrheit Brandenburg oder Bayern einfach auflösen könnte. Obwohl verfassungsrechtlich also weniger gesichert als ein deutsches Bundesland, gehen die an das schottische Parlament übertragenen Befugnisse andererseits weit über die der deutschen Bundesländer hinaus; insbesondere betrifft dies die Gesetzgebungskompetenz für den größten Teil des Privatrechts und Strafrechts.

Soweit die Lage in Schottland. In Wales war der Ruf nach Autonomie nicht so laut, also bekam Wales eine stark abgeschwächte Variante des schottischen Modells³⁹. Die an Wales übertragenen Kompetenzen sind sehr viel begrenzter; das walisische Parlament heißt noch nicht einmal so, sondern muss sich mit der Bezeichnung 'Versammlung' (*assembly*) begnügen. England bekam gar nichts, auch nicht die Regionen Englands. Bisher bestand keine Nachfrage dafür, aber in einigen Teilen Nordenglands beginnen sich entsprechende politische Kräfte zu formieren. Die Haltung der Regierung ist: *Wait and see* – abwarten, ob diese Stimmen lauter werden, dann bekommen vielleicht auch einzelne englische Regionen mehr Kompetenzen – keineswegs aber denkt man daran, nun alle Regionen und gar gleichzeitig und nach einheitlichem Muster zu bedienen. Es geht nicht um die Erfüllung eines großen Planes zur Umstrukturierung des Staates, sondern man tut dort etwas, punktuell, wo es als angezeigt erscheint. Man reißt das Haus nicht ab, um ein ganz anderes neues zu bauen, sondern man repariert das alte und baut um: eine neue Heizung, aber nur im ersten Stock, wenn im Erdgeschoss die alte doch noch einigermaßen funktioniert; links ein zusätzliches Erkerchen, weil Opa es für sein Zimmer unbedingt will, rechts aber keines, weil es Oma für

Herberts 'Uncommon Law', London (1969) 1982 und 'More Uncommon Law', London 1982.

³⁸ *Scotland Act 1998, c. 46*

³⁹ *Government of Wales Act 1998, c. 38.*

ihres egal ist – die Symmetrie spielt keine Rolle.

Ganz ähnlich verfährt man mit den Kommunen. Seit Mai 2000 hat London erstmals in seiner Geschichte einen direkt gewählten Bürgermeister⁴⁰. Wenn sich die Sache bewährt, sollen vielleicht auch Manchester und Birmingham und ein paar andere größere Städte einen bekommen, nach und nach. Keinesfalls ist an eine gleichzeitige einheitliche Neugestaltung der Kommunalverfassung im Lande gedacht.

VI. Pragmatischer Ansatz / prinzipientreuer Ansatz

1. Für uns auf dem Kontinent ist es klar, dass der alte Satz ‚*pacta sunt servanda*‘ (was abgemacht ist, muss auch eingehalten werden) vom Moralischen ins Rechtliche übertragen einen durchsetzbaren vertraglichen Erfüllungsanspruch ergeben muss. Wenn ich eine Sache gekauft habe und der Verkäufer sie mir beharrlich nicht herausgibt, kann ich mir sie letztendlich durch den Gerichtsvollzieher unter Einsatz von Zwangsmitteln holen lassen.

2. Im englischen Recht ist der Ansatz ein anderer. Wer seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommt, hat der Gegenseite Schadensersatz in Geld zu leisten. Ein durchsetzbarer Erfüllungsanspruch besteht dagegen für die Gegenseite im Regelfall nicht. Normalerweise genügt ja auch der Schadensersatz in Geld völlig. Mit dem Geld hole ich mir eine entsprechende Sache eben bei einem anderen, leistungsbereiteren Verkäufer. Nur ganz ausnahmsweise, wenn unter den konkreten Umständen Geldersatz kein ausreichendes Äquivalent wäre, gibt das englische Recht einen Erfüllungsanspruch⁴¹ - beim Kauf eines Bildes von Rembrandt etwa wird es dem Käufer ohnehin nicht an Geld mangeln, er wird vielmehr genau dieses eine, einmalige gekaufte Bild haben wollen, das es nur bei diesem einen Verkäufer gibt.

Umgekehrt kann auch das deutsche Rechts seine strikte Position nicht in jedem Fall durchhalten. Verpflichtet sich beispielsweise ein Komponist vertraglich, zu einem bestimmten Uraufführungstermin eine neue Oper zu schreiben, so besteht zwar nach deutschem Recht ein Erfüllungsanspruch gegen den Komponisten. Doch wie soll dieser Anspruch durchgesetzt

⁴⁰ *Greater London Authority Act* 1999, c. 34.

⁴¹ Als Anspruch auf *specific performance* nach den Grundsätzen der *equity*, siehe dazu z.B. *Triebel* (Fn 6), Rn. 189-191.

werden, wenn der Komponist mitteilt, er habe eine schöpferische Krise und könne zum Termin nichts liefern? Daumenschrauben als Zwangsmittel sind abgeschafft, und selbst ihre Anwendung wäre kaum eine Garantie für einen Erfolg. Hier bleibt auch dem deutschen Recht kein anderer Weg als den, das Opernhaus auf einen Schadensersatzanspruch zu verweisen.⁴²

3. Unter Mitberücksichtigung der Regelungen der Zwangsvollstreckung zeigt sich also, dass das deutsche und das englische Recht im Ergebnis gar nicht so weit auseinander sind. Ansatz und Betrachtungsweise sind jedoch vollkommen verschieden. Das deutsche Recht gibt sich prinzipienfest, wenn man so will: *moralisch*, bis zu dem Punkt, wo die Durchsetzung schlechthin scheitern würde. Das englische Recht gibt sich von Anfang an pragmatisch, wenn man so will: durch und durch *ökonomisch* – im englischen Recht ist die Vertragstreue von vornherein kommerzialisiert. Vertragstreue wird rechtlich nicht erzwungen, aber der Schadensersatz ist der Preis der Vertragsuntreue.

VI. Schlankes Recht / Überregulierung

Vor einigen Jahren haben wir von den Ökonomen den Begriff *lean management* gelernt – flache Hierarchien, keine übertriebene Lagerhaltung, Beschränkung auf das Nötige. Entsprechend möchte ich gerne den Begriff *lean law* einführen, schlankes Recht, Regelung nur des Regelungsbedürftigen.

Das englische Recht steht solchem *lean law* wesentlich näher als die kontinentalen Rechte. Deutsche und französische Juristen mögen darüber diskutieren, ob die Regelung einer bestimmten Detailfrage im einen oder im anderen Land besser gelungen sei. Schauen wir nach England, können wir zu unserer Überraschung manchmal feststellen, dass die entsprechende Angelegenheit dort nicht besser oder schlechter geregelt ist, sondern gar nicht – und dass das Land trotzdem nicht in Anarchie und Chaos versunken ist. Wir haben das eingangs schon am Beispiel der Geschäftsführung ohne Auftrag gesehen, die es in England nicht gibt. Viel bezeichnender ist ein zweites Beispiel, auf das ich abschließend kurz eingehen möchte, das Namensrecht.

Wir haben uns daran gewöhnt, dass bei uns das komplette Namenswesen rechtlich genau

⁴² Siehe dazu z.B. *Hans Brox / Wolf-Dietrich Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 6. Aufl., Köln 1999, Rn 1065

reglementiert ist. Die Handhabung der Regeln ist den letzten Jahren ein klein wenig liberaler geworden, aber an sich geregelt ist alles: Was als Vorname überhaupt in Betracht kommt⁴³, wie der Nachname lauten muss⁴⁴, unter welchen - sehr restriktiven - Voraussetzungen eine Namensänderung möglich ist⁴⁵.

Namensrecht ist ein eigenes kleines Spezialgebiet des deutschen Rechts geworden. Es gibt mehrere juristische Fachzeitschriften, die sich unter anderem diesem Gebiet widmen und in jedem Heft namensrechtliche Entscheidungen bringen. Standesbeamte quer durchs Land und viele Gerichte treffen ständig solche Entscheidungen, selbst der Bundesgerichtshof und das Bundesverfassungsgericht sind immer wieder damit befasst, und die Mitglieder von Bundestag und Bundesrat natürlich auch, wenn wieder einmal Gesetzesänderungen zum Namensrecht anstehen. Diese Zeitschriften müssen von Fachbibliotheken gekauft, die Standesbeamten und Richter bezahlt werden - für den Steuerzahler kommt da einiges zusammen.

Und was entscheiden sie dann, die ja nicht ganz schlecht bezahlten Standesbeamten, Richter und Abgeordneten?

- bei den Vornamen, ob Pumuckl⁴⁶, Timpe⁴⁷ oder Europa⁴⁸ erlaubt sind. (Antwort: ja, nicht aber Möwe⁴⁹, Junior⁵⁰ und Princess Anne⁵¹; es gibt zahllose weitere Beispiele, mit denen sich mühelos ein eigener Vortrag dieser Länge halten ließe⁵², am besten zur Karnevalszeit.)

- bei den Nachnamen, ob der Geburtsname des Ehepartners an den gemeinsamen Ehenamen mit Bindestrich angefügt werden darf oder vielmehr ihm vorangestellt werden muss⁵³ und so weiter und so weiter.

Vor einigen Jahren entschied das Bundesverfassungsgericht⁵⁴ (in der Konsequenz), es sei

ff.

⁴³ Dazu siehe z.B. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 8, 3. Aufl., München 1992, § 1616 BGB Rn 18-25 (*Hinz*).

⁴⁴ §§ 1355, 1616-1618 BGB, .

⁴⁵ Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen, RGBl. I 1938, 9 i.d.F v. 1997.

⁴⁶ OLG Zweibrücken NJW 1984, 1360 f.

⁴⁷ OLG Hamburg StAZ 1980, 193.

⁴⁸ LG München STAZ 1969, 42.

⁴⁹ BayObLGE 1986, 171.

⁵⁰ AG Hamburg StAZ 1980, 198.

⁵¹ OLG Hamburg StAZ 1965, 75.

⁵² Eine Fundgrube ist zusammengestellt bei *Staudinger* (Fn 1), 12. Aufl. 1993, § 1616 BGB Rn 113-153.

⁵³ § 1355 BGB in den verschiedenen Fassungen der vergangenen Jahrzehnte. Eine Synopse findet sich bei *Hans-Wolfgang Strätz*, J.v.Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB-Synopse 1896-2000, 2. Aufl., Berlin 2000, S. 818-824.

⁵⁴ BVerfGE 84, 9.

verfassungswidrig, dass Ehegatten, so die Rechtslage damals, zwingend einen gemeinsamen Ehenamen tragen müssten. Schon bei dieser Entscheidung kann man sich fragen, ob hier die Verfassungswerte nicht in ziemlich kleiner Münze ausgegeben wurden. Aber das Bezeichnende kommt erst: Eine namhafte deutsche Politikerin kommentierte die Entscheidung des Gerichts allen Ernstes mit der Aussage, dies sei nur der erste Schritt, jetzt müsse eingeführt werden, dass Eheleute keinen gemeinsamen Ehenamen führen *dürfen*⁵⁵. Also: Entweder ist etwas *geboden* oder es ist *verboten*. Dass man die Wahl einfach den Betroffenen überlassen könnte – dieser Gedanke scheint bei unserer kontinentalen Regelungstradition schwer zu fallen.

In England braucht man für das Studium des Namensrechts nicht viel Zeit – es gibt kaum welches. Jeder Mensch muss einen Namen haben; dieser wird nach der Geburt registriert. Dann gibt es noch ein paar den Namen betreffende Verfahrensvorschriften, z.B. im Passrecht, und Strafvorschriften bei betrügerischer Namensverwendung – das ist es im wesentlichen auch schon⁵⁶. *Wie* der Name lauten kann oder muss ist nirgendwo geregelt, es interessiert den Staat sowenig wie die Kleidung oder die Frisur eines Menschen.

Ob Adam Smith und Eve Taylor sich nach ihrer Eheschließung nun wie vorher nennen oder beide Smith oder beide Taylor oder irgendeine Kombination mit oder ohne Bindestrich – oder ob sie von nun an den Namen Brown oder Miller tragen wollen – es ist allein ihre Entscheidung. Ob sie ihrem Kind den Namen John oder Mary geben oder es Grammophon Mondrakete nennen – es interessiert niemanden. Der englische Standesbeamte wird allenfalls zurückfragen "Grammophon mit f oder mit ph?"

Spätestens bei diesem Beispiel kommt stets der Einwand: "Aber das arme Kind. Man kann es doch nicht mit einem solchen Namen durchs Leben gehen lassen." Darauf ist dreierlei zu antworten. Erstens korreliert in England mit der Namens*gebungsfreiheit* auch die Namens*änderungsfreiheit*. "Grammophon Mondrakete" kann den Namen also auch leicht wieder loswerden. Zweitens: Auch das hochregulierte deutsche System kann letztlich Kinder nicht vor Namens-Spott schützen, man braucht nur an ungebräuchlich gewordene Namen zu denken, die aber als Namen anerkannt sind und vom Standesbeamten nicht zurückgewiesen werden können, Namen wie Zäbedäus oder Polykarp. Und drittens und hauptsächlich: Wenn

⁵⁵ Ihr Name sei hier vornehm verschwiegen.

⁵⁶ Siehe dazu *Halsbury's Laws of England*, Bd. 35, 4. Aufl., London 1994, Nr. 1272-1279. Umfangreicher sind die Vorschriften zur Namensführung von Geschäftsleuten und *companies*: *Halsbury's Laws*, Bd. 7 (1), 4. Aufl.

wir nach England schauen – die Leute dort heißen im allgemeinen gar nicht "Grammophon Mondrakete". Trotz der Namensgebungsfreiheit wählen Eheleute in der Regel einen gemeinsamen Ehenamen, meist den des Mannes, und ihren Kindern geben sie traditionelle Namen wie John und Mary – alles ganz wie bei uns, ohne jeden juristischen Aufwand. Die minimale Zahl verbleibender exzentrischer Namensgebungen, deretwegen wir letztendlich unseren ganzen Aufwand betreiben, nimmt man gelassen in Kauf.

D. Schluss

Ich habe mich bisher im Allgemeinen der Wertungen enthalten, wann nun der englische, wann der kontinentale *approach* der bessere sei. In diesem letztgenannten Punkt, Reduzierung der juristischen Regelungsdichte, meine ich allerdings, dass wir uns durchaus etwas an den Engländern orientieren sollten.

Wir könnten das um so eher tun, als in den meisten anderen Punkten es die Engländer sind, die *nolens volens* auf uns zugehen müssen. Ein wachsender Anteil des Rechts in beiden Ländern kommt aus Brüssel. Die große Mehrzahl der Länder in der Europäischen Union gehört der kontinentaleuropäischen Rechtsfamilie an. Dementsprechend dominieren in der EU die Juristen römischrechtlicher Tradition, und entsprechend enthalten die europäischen Rechtsakte häufig Generalklauseln und andere ziemlich allgemein formulierte, nur vom jeweiligen Gesetzeszweck her zu verstehende Vorschriften, deren Anwendung den in der englischen Rechtstradition groß gewordenen Juristen erhebliche Probleme bereitet. Eine Vorschrift wie der deutsche § 242 BGB ist aus traditioneller englischer Sicht eigentlich überhaupt keine richtige Gesetzesvorschrift, weil sie nichts klar regelt und man sie nicht einfach wörtlich ohne weitergehende Erwägungen anwenden kann.

Manchmal bedarf es geradezu einer Art von juristischer Übersetzungsarbeit, um einen Rechtsgedanken aus der einen Rechtstradition einem Juristen aus der anderen zu verdeutlichen und Missverständnisse zu vermeiden.

Zum Glück für die Engländer war es gar nicht so schwierig, solche Übersetzer zu finden: nämlich die Schotten. Nachdem Schottland im Gegensatz zu Wales im 13. Jahrhundert seine

Unabhängigkeit gegen England behaupten konnte, wandte sich das Land politisch, aber auch rechtlich dem Kontinent zu⁵⁷. Die schottischen Juristen studierten an französischen, nach der Reformation an holländischen Universitäten und rezipierten römisches Recht. Zu Beginn des 17. Jahrhunderts gehörte Schottland eindeutig zum kontinentaleuropäischen Rechtskreis. In der Logik der Entwicklung hätte im weiteren die Kodifizierung des schottischen Rechts gelegen. Durch die Union mit England im Jahre 1707, durch die der neue Staat Großbritannien gebildet wurde, ging den Schotten aber das eigene Parlament verloren, das ein solches Gesetzbuch hätte in Kraft setzen können, und das mehrheitlich von englischen Abgeordneten dominierte Londoner Parlament hatte für solche 'europäischen' Ideen nichts übrig. Zwar wurde im Unionsvertrag die Fortgeltung schottischen Rechts für das Gebiet von Schottland vereinbart⁵⁸, aber die zahlenmäßige und wirtschaftliche Dominanz Englands führte im Lauf der rund 300 Jahre seit der Union doch zum Einströmen von so viel englischem Recht und englischem Rechtsdenken, dass man das schottische Recht, ähnlich wie etwa das von Südafrika, Israel, Quebec oder Louisiana, heute zu den 'gemischten' Rechten zählt, mit Merkmalen aus mehreren Rechtsfamilien.

Nachdem sie jahrhundertlang in der Defensive waren, haben die schottischen Juristen nun eine ganz neue, vorwärts schauende Rolle gefunden als Vertreter eines Landes, das die in Europa angestrebte Harmonie der Rechtsordnungen in gewissem Sinne im eigenen Lande schon verwirklicht hat. Wenn es auch sicher nicht so kommen wird, wie einige Schotten schmunzelnd vorschlagen, dass nämlich die Länder der EU zum Zwecke der Rechtseinheit doch eigentlich nur das schottische Recht komplett zu übernehmen bräuchten, das beide Rechtstraditionen in sich vereint, so zeigt doch das schottische Beispiel, dass die beiden Rechtstraditionen keine unversöhnlichen und unvereinbaren Gegensätze bilden, sondern durchaus miteinander harmonieren können – eine optimistisch stimmende Aussicht für die Rechtsentwicklung in einem vereinten Europa.

⁵⁷ Dazu und zum folgenden siehe *Helmut Weber*, Einführung in das schottische Recht, Darmstadt 1978.

⁵⁸ *Treaty of Union* 1706, Artt. 18 u. 19.