

§ 70 Exkurs: Common Law und Civil Law*

Literatur: *P. S. Atiyah*, Common Law and Statute Law, Modern Law Review 48, 1985, 1; *ders./Robert S. Summers*, Form and Substance in Anglo-American Law, Oxford 1987; Jörg Benedict, Consideration: Formalismus und Realismus im Common Law of Contract, RabelsZ 69, 2005, 1; *Christoph Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 2. Aufl. 2000; *Dieter Blumenwitz*, Einführung in das amerikanische Recht, 7. Aufl., 2003; *Eugen Bucher*, England und der Kontinent. Zur Andersartigkeit des Vertragsrechts – die Gründe, und zu consideration, ZVglRWiss 105, 2006, 164; *Raoul E. van Caenegem*, Judges, Legislators and Professors, 1987; *Helmut Coing*, Europäisierung der Rechtswissenschaft, NJW 1990, 937; *Mary Ann Glendon/Michael W. Gordon/Christopher Osake*, Comparative Legal Traditions, St. Paul, Minnesota, 1982; *Richard H. Helmholz*, The Jus Commune in England: For Studies, 2001; *Wolfgang Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. 2; 1975; *Peter Hay*, US-Amerikanisches Recht, 3. Aufl., 2005; *Hein Kötz*, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, in: *Karsten Schmidt*, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, 75; *Oliver Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997; *Thomas Lundmark*, Juristische Technik und Methodik des Common Law, 1998; *Patrick Melin*, Gesetzesauslegung in den USA und Deutschland, 2005; *Max Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl. 1987; *Stefan Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2 Bde, 2001; *Imre Zajtay*, Begriff, System und Präjudiz in den kontinentalen Rechten und im Common Law, AcP 165, 1965, 97; *Reinhard Zimmermann*, Das römisch-kanonische jus commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit, JZ 1992, 8; *ders.*, Europa und das römische Recht, AcP 202, 2002, 243; *ders.* (Hrsg.), Amerikanische Rechtskultur, 1995

Mit dem Begriffspaar »Common Law« und »Civil Law« werden **die beiden großen Rechtsfamilien der westlichen Welt** charakterisiert. Das Common Law hat, ausgehend von England, das Recht der USA, des englischsprachigen Kanada und vieler der früheren englischen Kolonien, insbesondere Australiens und Neuseelands, geprägt. Das Gegenstück bilden die Civil-Law-Länder Westeuropas, allen voran Italien, Spanien, Frankreich, die Niederlande und Deutschland und in der Folge viele andere Länder vor allem in Südamerika, aber auch in Südostasien, die ihre Rechtssysteme nach europäischen Vorbildern gestaltet haben.

Im Gegensatz zu diesem weiten Begriff des Common Law steht der enge und technische Begriff, mit dem das Common Law, wie es sich in England bis zum 14. Jahrhundert entwickelt hatte, der **Equity** gegenübergestellt wird. Im mittelalterlichen England war Common Law das gemeinsame Recht des freien Volkes unter der Gerichtshoheit des einen und einheitlichen königlichen Gerichts. Insofern bildete es zunächst einen Gegensatz zu nur örtlich maßgeblichen Gebräuchen und Gewohnheiten. Ein neuer Gegensatz entstand, als nach und nach dieses Common Law sich immer mehr in kasuistischen Klageformen, den sog. writs, verfestigte. Zur Abmilderung der daraus entstehenden Härten und der sich ergebenden Lücken entwickelte die Chancery Division des High Court ein zweites, zunächst selbständiges Rechtssystem, die Equity. Bis heute ist der Unterschied

* Um den Umfang des Buches nicht noch weiter anschwellen zu lassen, wird dieser Abschnitt in der 3. Aufl. gestrichen.

von Common Law und Equity für die Anwendung des Art. III der amerikanischen Bundesverfassung von 1787 bedeutsam, weil dort das Recht auf ein Urteil vor der Jury nur für solche Zivilsachen gewährleistet ist, die unter Common Law fallen.

Auch in der aktuellen amerikanischen Rechtspraxis ist von Common Law die Rede, oft, aber keineswegs immer, im Gegensatz zum **statute law**. In den USA besitzt der Bund nur eine relativ schmale Gesetzgebungskompetenz. Die Masse des Zivil- und Strafrechts fällt in die Kompetenz der 50 Einzelstaaten. Diese verfügen über eine eigene, von der des Bundes ganz unabhängige Gerichtsbarkeit. Die Größenverhältnisse zeigen sich darin, dass die Federal Courts, also die Gerichte des Bundes, nur etwa 10 % des Geschäftsanfalls der State Courts erledigen. Soweit nicht die Verfassung oder ausnahmsweise einfache Bundesgesetze eingreifen, müssen auch die Federal Courts das Recht der Einzelstaaten anwenden, das für die Parteien maßgebend ist, denn es gibt kein Common Law, das die Qualität von Bundesrecht hätte (*Erie Railroad Co. v. Tompkins* 304 U.S. 64). Es gibt aber eine gemeinsame Rechtstradition, die auf das englische Common Law der Kolonialzeit zurückgeht. Dieses gemeinsame Common Law gibt mit seinen Rechtsinstituten (contracts, torts, evidence, trust usw.) sozusagen das System vor, in das die Rechtsprechung und ggfs. die Gesetzgebung eingearbeitet wird. In dieser Form bildet das Common Law auch den Gegenstand der amerikanischen Juristenausbildung.

Eine Charakterisierung der beiden großen Rechtsfamilien des Common Law und des Civil Law gelingt nur aus der Distanz einer historischen Perspektive, denn je näher man hinsieht, um so stärker verschwinden die Unterschiede. Bevor wir uns auf diese Perspektive einlassen, ist es notwendig, **drei Missverständnisse** auszuräumen.

Das erste Missverständnis geht dahin, das charakteristische Element des Civil Law sei in der **Kodifizierung** des Rechts zu suchen, das Kennzeichen des Common Law dagegen im Richterrecht. Natürlich fallen die großen Kodifikationen, insbesondere des Zivilrechts, in den Civil-Law-Ländern ins Auge. Aber diese Kodifikationen bilden ein relativ spätes und zweitrangiges Merkmal. Das System des Civil Law hatte sich längst etabliert, bevor die drei großen Kodifikationswellen durch Europa liefen. Umgekehrt wird in den Common-Law-Ländern seit jeher eine Kodifizierung des Rechts gefordert. Ihr prominentester Anwalt war *Jeremy Bentham*. In den USA bemüht sich seit 1892 die National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, ganze Rechtsgebiete in einheitlichen Modellgesetzen zusammenzufassen, und sie hat immerhin mit dem Uniform Commercial Code eine Kodifikation des Handelsrechts zustande gebracht, die außer in Louisiana in allen Staaten eingeführt worden ist. In Kalifornien gibt es seit 1900 einen Civil Code, ohne dass Kalifornien deshalb zu einem Civil-Law-Land geworden wäre. Auch in den Civil-Law-Ländern werden weite Rechtsgebiete mehr oder weniger vom Richterrecht beherrscht, so in Deutschland bekanntlich das Arbeitsrecht, während in allen Common-Law-Ländern wichtige Rechtsgebiete durch Gesetze (statutes) geregelt sind. Aber viele Gesetze machen noch

keine Kodifikation, und die alten Kodifikationen der Civil-Law-Länder haben im Laufe der Zeit ihre Funktion weitgehend eingebüßt (o. S. 549).

Zutreffend bleibt immerhin, dass sich das Recht, oder besser noch, das **Rechtsdenken**, in den Civil-Law-Ländern anscheinend besser zur Kodifikation eignet, weil es nicht vom Einzelfall, sondern von allgemeinen Grundsätzen ausgeht, weil es mehr deduktiv als induktiv verfährt. Grob formuliert: Wenn der kontinentale Jurist zu einem umfangreichen juristischen Buch greift, um sich über eine bestimmte Rechtsfrage zu informieren, so schlägt er das Inhaltsverzeichnis auf, um anhand der systematischen Gliederung die Seite mit der einschlägigen Information zu finden. Bei einem Kommentar tritt an die Stelle der Gliederung der Gesetzestext. Der Common-Law-Lawyer würde dagegen beim Stichwortverzeichnis beginnen. Vielleicht konnten sich deshalb in den USA die Rechtsdatenbanken WESTLAW und LEXIS so viel schneller durchsetzen als das deutsche JURIS, weil Datenbanken ihr Material unter Schlagworten ablegen.

Ein wichtiger Unterschied liegt ferner im **Umgang mit dem Gesetz**. Die Auslegung von Gesetzen im Rahmen des Common Law schließt sich eng an den Willen des Gesetzes und den Wortlaut des Gesetzes:

»A statute is the will of legislature, and the fundamental rule of interpretation, to which all others are subordinate, is, that a statute is to be expounded, according to the intent of those who made it.«

Dieser Wille wird ausschließlich dem Gesetzestext selbst entnommen.

»The fundamental maxim of sound interpretation is: ita scriptum est, and it is not the business of courts to be wiser than the laws and to mould them with judicial views of what is just or unjust. The letter of the law is the law itself.« (Maxwell, The Interpretation of Statutes, 9. Aufl. 1946, S. 1 ff.)

Wiederholt ist darauf hingewiesen worden, dass manche Eigentümlichkeiten der angelsächsischen Rechtsordnungen, die den kontinentalen Juristen »archaisch« anmuten mögen, sich unmittelbar auf das Fehlen einer analytisch mit abstrakten Begriffen arbeitenden Rechtstechnik zurückführen lassen. Das Common Law hat den abstrakten Begriff des Vertrages erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts voll entwickelt. Noch immer wird der Vertrag von dem Grundsatz der »privity of contract« bestimmt, der besagt, dass nur der am Vertrag als Partei Beteiligte daraus Rechte ableiten oder durch ihn verpflichtet werden kann. Es fehlt weitgehend die Vorstellung des subjektiven Rechts. Deshalb gelingt es nicht, sich die Abtretung der Ansprüche aus einem Vertrag vorzustellen, und es bestanden aus diesem Grunde auch erhebliche Vorbehalte gegenüber dem Vertrag zugunsten Dritter, die in England erst durch den Contracts Rights of Third Parties Act von 1999 Gesetz ausgeräumt worden sind.

Verbreitet ist auch ein zweites Missverständnis, wonach sich das Common Law vom Civil Law dadurch unterscheiden soll, dass es dem **Grundsatz der Präjudizienbindung** (o. S. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**) folgt. Auch diese Charakterisierung beschreibt eher bloße Auswirkungen als den Kern der Sache. Es ist sicher zutreffend, dass ein Common-Law-Richter sich auch außerhalb des

konkreten Rechtszuges an die Urteile anderer, insbesondere auch höherer, Gerichte gebunden fühlt. Indessen ist diese Bindung weniger formal als vielmehr sachlich in der Vorstellung begründet, dass frühere Entscheidungen das Recht wiedergeben, wie es eben zu ihrer Zeit und in ihrem Fall gegolten hat. Historisch ist die Präjudizientreue der Common-Law-Richter relativ neu. In den Anfangszeiten des Common Law scheinen Flexibilität und Kohärenz der Entscheidungen den Vorrang vor strikter Präjudizienbindung gehabt zu haben. Im mittelalterlichen England waren alle Common-Law-Richter Mitglieder eines einheitlichen königlichen Gerichts, so dass die Frage der Bindung an die Urteile anderer Gerichte gar nicht auftauchen konnte. Eine Hierarchie von erstinstanzlichen und Obergerichten und damit die Möglichkeit ordentlicher Rechtsmittel gibt es in England und ebenso in den USA erst seit dem 19. Jahrhundert.

Auf der anderen Seite ist es sicher zutreffend, dass Civil-Law-Richter sich zunächst an ihrem **systematischen Wissen** orientieren, das sie insbesondere aus der Rechtsliteratur gewonnen haben, und dass sie sich nicht scheuen, offen von Urteilen anderer Gerichte abzuweichen. Doch auch wenn Rhetorik und Arbeitsweise sich insofern unterscheiden, würde ein Soziologe als Beobachter am Ende feststellen müssen, dass Civil-Law-Richter kaum weniger präjudizientreu verfahren als Common-Law-Richter, während die letzteren die Kunst des distinguishing soweit entwickelt haben, dass sie sich, wenn immer sie dazu Anlass finden, von einem Präjudiz lösen können. In diesem Zusammenhang darf auch nicht übersehen werden, dass die Befolgung von Präjudizien in den Common-Law-Ländern dadurch wesentlich erleichtert wird, dass erstinstanzliche Urteile im Allgemeinen nicht begründet werden und damit als Präjudizien grundsätzlich ausfallen. Im Vergleich dazu herrscht in Deutschland Begründungszwang mit der Folge einer Inflation begründeter Urteile, die allein schon aus informationstechnischen Gründen gar nicht alle beachtet werden können und die auch wegen ihrer Qualität nicht alle Berücksichtigung verdienen.

Schließlich kann man Common Law und Civil Law auch nicht nach den **sachlichen Lösungen** unterscheiden, die die Rechtssysteme für die verschiedenen Probleme anbieten. Jeder Deutsche wird, wenn er auf das Recht der USA blickt, sofort das Haftungsrecht mit seinen aus deutscher Sicht oft extremen Sorgfaltsanforderungen, der Unternehmerrolle der Anwaltschaft, der discovery, der Beteiligung der Jury und den exorbitanten Schadensersatz- und Schmerzensgeldbeträgen als befremdlich empfinden. Natürlich gibt es immer noch und immer wieder Problemlösungen, die von unseren abweichen. Aber bedeutsamer sind die vielen Übereinstimmungen. Vor allem aber: Die erwähnten Besonderheiten des US-amerikanischen Haftungsrechts sind relativ neueren Datums und für das Common Law daher keineswegs typisch.

Wo liegt dann der maßgebliche Unterschied zwischen Common Law und Civil Law? Kenner sagen, dieser Unterschied sei in der **Methode des Rechtsdenkens** und im Atmosphärischen zu finden, das nur schwer erfasst werden könne. Am besten kommt man dem Unterschied wohl immer noch auf die Spur, wenn

man sich die historische Entwicklung in Erinnerung ruft, in der sich die beiden Rechtskreise ausdifferenziert haben.

Der maßgebliche Unterschied liegt wohl darin, wie das römische Recht in den beiden Rechtskreisen fortwirkt. Es wäre ein weiteres Missverständnis, wollte man das Common Law dadurch vom Civil Law abheben, dass man ihm den **Einfluss des römischen Rechts** abspricht. Das römische Recht scheint dort manchmal sogar reiner und unmittelbarer durch als bei uns. Aber die Art der Rezeption war eben doch eine völlig andere.

Kaiser *Justinian* hatte im Jahre 528 das römische Recht im Corpus Juris Civilis zusammenstellen lassen. Der Zusammenbruch des Weströmischen Reiches ließ dieses große Gesetzeswerk jedoch bald in Vergessenheit geraten. Das Recht geriet unter gotischen, fränkischen oder lombardischen Einfluss. Zersplittert in Hunderte kleinerer Territorien, wurde das römische Erbe überdeckt oder vergessen. Erst im 12. Jahrhundert begann *Irnerius* in Bologna, Digesten und Codex des *Justinian* zur **Grundlage der Juristenausbildung** zu machen. *Irnerius* und seine Nachfolger sind uns heute als die Glossatoren bekannt, weil sie die justiniani-schen Rechtstexte mit ihren eigenen Erläuterungen, der sog. Glosse, versahen. Aus der ganzen westlichen Welt, auch aus England, strömten die Studenten zu Tausenden nach Bologna und begründeten dort die mittelalterliche Wissenschaft vom römischen Recht.

Die Glossatoren lehrten das römische Recht nicht als historische Reminiszenz und auch nicht als das Recht Italiens, sondern als **jus commune**, als Weltrecht, das für das ganze Abendland Geltung beanspruchen sollte, soweit nicht besondere lokale Rechte entgegenständen. Es dauerte jedoch über 200 Jahre, bis das römische Recht in die Praxis eindrang. Erst eine neue Juristengeneration, die sog. Kommentatoren oder Praktiker, begann unter der Führung von *Bartolus* (1314-1357), das römische Recht zu den Gerichten zu bringen. Die Kommentatoren lehrten nicht nur an den Universitäten, sondern erstellten auch Rechtsgutachten für die Gerichte. Ihre hoch angesehenen und beachteten Gutachten stützten sich zunächst auf lokales Recht und Gewohnheiten und brachten dann mit Hilfe des römischen Rechts System in die Sache. Ihr Einfluss breitete sich bald über ganz Westeuropa aus. Etwa um das Jahr 1500 verlagerte sich das Zentrum der Pflege des Römischen Rechts von Italien nach Frankreich, wo der große *Cujatius* an der Universität von Bourges lehrte. Um 1700 wanderte der Schwerpunkt nach Leiden in den Niederlanden. Etwa ab 1800 wurde Deutschland, nicht zuletzt durch *Savigny*, in der Pflege des römischen Rechts führend.

Im 15. und 16. Jahrhundert vollzog sich in Mitteleuropa die **Rezeption** des römischen Rechts, mit der die Rechtskreise endgültig auseinander traten. Am Ende der Entwicklung ging man überall in Deutschland von der Geltung des römischen Rechts aus. Allerdings galt dieses Recht nur subsidiär, also nur soweit nicht Partikularrechtsnormen entgegenständen. Es war gerade umgekehrt wie heute nach Art. 31 GG: Stadtrecht brach Landrecht, Landrecht brach Reichsrecht. Als »Theorie« wirkte die im gesamten Mittelalter verbreitete Vorstellung von dem deutschen Kaiser als dem Nachfolger der römischen Kaiser und damit

auch *Justinians*. Damit verband sich die Überzeugung, dass mit dem römischen Weltreich auch das römische Recht als Weltrecht fortbestehe. Nicht weniger wirksam war die Überzeugung von dem inneren Wert des römischen Rechts, das als einziges ein vollständiges und durchgearbeitetes System mit klaren und anwendungsgeeigneten Begriffen anbot und damit nicht bloß als eines unter anderen, sondern als das Recht schlechthin, als **ratio scripta**, erschien. Praktisch vollzog sich die Rezeption zunächst durch die Verbreitung der Kenntnis des römischen Rechts mit Hilfe eines gelehrten Juristenstandes, auf dem Rücken des kanonischen Rechts der Kirche, das seinerseits auf das römische Recht aufbaute, aber auch durch ausdrückliche Anerkennung in zahlreichen Gerichtsordnungen und Landrechten. Das bekannteste Beispiel bildet die Ordnung des Reichskammergerichts von 1495, mit der die Richter angewiesen wurden, »nach des Reichs- und gemeinen Rechten, auch nach redlichen, ehrbaren und leidlichen Ordnungen und Gewohnheiten« zu entscheiden. Unter »des Reichs- und gemeinen Rechten« verstand man das römische.

In jener Zeit erhielt das Denken der Juristen auf dem Kontinent und in England die **unterschiedliche Blickrichtung**, die bis heute den Unterschied zwischen Common Law und Civil Law auszumachen scheint. Es handelte sich um eine Zeit, in der das territorial zersplitterte kontinentale Europa durch Handelsströme und politische Einigungsversuche wieder zusammenzuwachsen begann. Es fehlte ein einheitliches Recht. Diese Lücke begannen nun die am römischen Recht ausgebildeten Juristen zu füllen. Ihr Ausgangspunkt war nicht ein konkretes Justizsystem – davon gab es zu viele –, sondern das **abstrakte Recht**. Und genau hier war die Situation in England anders, denn in England gab es seit dem Mittelalter ein zentralisiertes Rechts- und Steuersystem mit einem einzigen zentralen Gericht, dem High Court des Königs. Ausgangspunkt war nicht »das Recht«, sondern eine **einheitliche königliche Justiz**, und es kam nur darauf an, deren Kohärenz zu wahren. Deshalb ist es bemerkenswert, dass in den heutigen USA mit ihrer beträchtlichen Rechtszersplitterung in den 50 Einzelstaaten die Situation viel eher derjenigen Kontinentaleuropas im 15. und 16. Jahrhundert ähnelt. In der Folge ist in den USA die Juristenausbildung und damit der Juristenstand in die Rolle der gelehrten *doctores juris* aus der Zeit des gemeinen römischen Rechts hineingewachsen.

Ganz analog könnte sich auch heute die Situation in Europa entwickeln, wo die grenzüberschreitenden Menschenströme und der gemeinsame Markt nach einem einheitlichen Recht rufen. Fraglos muss die Hauptlast der Rechtsvereinheitlichung von den politischen Instanzen des zusammenwachsenden Europas getragen werden. Doch ohne die Unterstützung einer auf Europa eingestimmten Juristenprofession wird die Politik der Rechtsvereinheitlichung wenig erfolgreich sein. Daher sieht *Coing* in der amerikanischen Juristenausbildung ein Vorbild für eine Europäisierung der Rechtswissenschaft, an deren Ende ein neues europäisches und vielleicht sogar globales *jus commune* stehen sollte.