

# Rechtsgeschichte

[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg3>  
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 3 (2003)  
<http://dx.doi.org/10.12946/rg03/038-044>

Rg **3** 2003 38–44

**Kent Lerch**

## Das Verschwinden der Unterschiede

Vom Nutzen und Nachteil der vergleichenden Methode für die Rechtsgeschichte

## Abstract

Legal history and comparative law are said to be twin sisters; thus it has been suggested that legal historians ought to resume a dialogue with their comparatist brethren in order to re-establish European legal unity. However, whether any benefit can be gained from applying comparatist methods to legal history may be doubted, as comparative lawyers bent on a »Europeanization of Legal Sciences« seem to be only too willing to look for similarities while neglecting marked differences. Stefan Vogenauer, for instance, maintains that the view that English and continental methods of statutory interpretation differ fundamentally is nothing but a myth endangering the unification of European Law; accordingly, he endeavours to show the fallibility of this myth by any and every means. His willingness to prove that there is a common core of European principles of statutory interpretation with a long tradition reaching back to the *ius commune* nevertheless seems highly problematic. The question may be posed whether this avenue of research can be of any value to legal historians.



## Das Verschwinden der Unterschiede

Vom Nutzen und Nachteil der vergleichenden Methode für die Rechtsgeschichte

Hein Kötz hat es vor Jahren schon festgestellt: »Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung sind Holz vom gleichen Stamm. Sie sind Zwillingsschwestern.«<sup>1</sup> Und wie dies mit Zwillingen nun einmal so ist – sie lassen sich bisweilen nur schwer auseinander halten. So geht es auch dem Leser von Stefan Vogenauers fünfzehnhundert Seiten starker Dissertation zur Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent: Mochte man als Rechtshistoriker zunächst noch glauben, es handele sich dabei um Rechtsvergleichung, wurde der »monumentalen Untersuchung Vogenauers« inzwischen bescheinigt, sie sei auch »als bedeutende rechtshistorische Leistung« zu würdigen.<sup>2</sup> Aber macht es denn tatsächlich so viel aus, welche der beiden Disziplinen die Arbeit für sich vereinnahmen kann? Hat uns denn nicht der schon zuvor genannte Hein Kötz darüber belehrt, dass es unnötig ist, hier differenzieren zu wollen? Schließlich lasse es sich nicht bestreiten, »daß alle rechtsgeschichtliche Forschung in vielen Fällen ein Operieren mit der vergleichenden Methode ist und daß Rechtsvergleichung, sofern sie mehr bieten will als bloße Bestandsaufnahmen, stets auch die historischen Bedingungen bedenken muß, unter denen sich die verglichenen Institutionen, Verfahren, Arbeitsstile und Techniken entwickelt haben. Die Frage, was die historische Forschung von der vergleichenden unterscheidet, wo die eine endet und die andere beginnt, wo der Rechtshistoriker noch reden darf und der Rechtsvergleicher schon schweigen muß, ist deshalb sinnlos.« Anstatt darüber nachzusinnen, was man von ihnen erwarte und wie sie sich anderen nützlich machen könnten, sollten die

Rechtshistoriker lieber an der Seite der Rechtsvergleicher »ihren Beitrag zur Wiedergewinnung europäischer Rechtseinheit, zur Rückeroberung gemeinsamer Denktraditionen und zur Wiederbewußtmachung dessen leisten, was den europäischen Juristen gemeinsam ist.«<sup>3</sup>

Großzügig hatte Kötz die Rechtshistoriker dazu eingeladen, »Arm in Arm mit den Rechtsvergleichern einen wichtigen Part in jenem Prozeß der Europäisierung der Rechtswissenschaft zu übernehmen«; groß war daher auch seine Verwunderung darüber, dass viele Rechtshistoriker »die ihnen gebotene Hand entrüstet ausgeschlagen« haben und sich »ein Sturm der Empörung« erhoben hat.<sup>4</sup> Auch wenn einige zu einer »Abkehr von der ebenso prononcierten wie einseitigen ›Historisierung‹ der Rechtsgeschichte und zur Wiederherstellung eines fruchtbaren Erkenntniszusammenhangs mit Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung« zu ermuntern suchten,<sup>5</sup> so stellten doch die meisten den Nutzen der theoretischen Konzepte der Rechtsvergleicher für die Rechtsgeschichte in Frage. Nicht ohne Grund: Nur schwer konnte man sich des Eindrucks erwehren, dass die Arbeit der Rechtsvergleicher nur wenig von theoretischen Grundsatzüberlegungen beeinflusst und sogar von einer ausgesprochenen Skepsis gegenüber methodischen Erwägungen getragen wird; so etwa, wenn Ausführungen zur Methode der Rechtsvergleichung nicht nur mit Gustav Radbruchs Worten eingeleitet werden, wonach »Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Methodik beschäftigen, krank sind«, sondern im Anschluss daran auch noch mit Erleichterung festgestellt wird,

1 HEIN KÖTZ, Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?, in: JZ 47 (1992) 20–22, 20.

2 STEFAN VOGENAUER, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, 2 Bde., XLIX, 1482 S., ISBN 3-16-147605-0;

dazu JAN SCHRÖDER, Besprechung von Stefan Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, in: ZNR 24 (2002) 373–374, 373.

3 HEIN KÖTZ (Fn. 1) 20.

4 So HEIN KÖTZ, Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu den modernen Aufgaben der Rechtsvergleichung, in: Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?, hg. v. PLO CA-

RONI u. GERHARD DILCHER, Köln 1998, 153–168, 157.

5 REINHARD ZIMMERMANN, Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit, in: JZ 47 (1992) 8–20, 8.

dass die Rechtsvergleichung von derlei Anfälligkeiten frei sei: »Wir glauben freilich nicht, daß die moderne Rechtsvergleichung diese Diagnose verdiente ... Vor allem ist über die rechtsvergleichende Methode bisher wenig systematisch geschrieben worden; die Krankheitssymptome fehlen.«<sup>6</sup>

Angesichts dieses bewussten Verzichts auf Reflexion über das eigene Tun verwundert es nicht, dass offen bleibt, was denn nun eigentlich die vergleichende Methode ausmacht. Konsens scheint allein dahingehend zu bestehen, dass die Regelung voneinander entsprechenden Interessenkonflikten und sozialen Funktionen in den verschiedenen Rechtsordnungen unabhängig von ihrer systematischen Einordnung miteinander verglichen werde. Was den Rechtshistoriker dabei allerdings argwöhnisch stimmen muss, ist die von den Rechtsvergleichern vorgetragene Behauptung, man könne so etwas wie ein »rechtsvergleichendes Grundgesetz« erkennen: »Verschiedene Rechtsordnungen kommen trotz aller Unterschiede in ihrer historischen Entwicklung, in ihrem systematisch-theoretischen Aufbau und im Stil ihrer praktischen Anwendung dennoch in den gleichen Lebensfragen oft bis in Einzelheiten hinein zu gleichen oder doch verblüffend ähnlichen Lösungen.« Man könne immer wieder feststellen, »daß gleiche Bedürfnisse des Rechtsverkehrs in allen entwickelten Rechtsordnungen der Welt auf gleiche oder sehr ähnliche Weise gelöst werden. Man möchte insoweit geradezu von einer ›praesumptio similitudinis‹ sprechen, von einer Vermutung für die Ähnlichkeit der praktischen Lösungen«. Diese Vermutung weise dem Rechtsvergleicher den richtigen Weg und sei gleichzeitig ein Mittel zur Kontrolle der Richtigkeit der gewonnenen Ergebnisse: »Konstatiert der Rechtsvergleicher aus der Gesamtheit des untersuchten Materials als Ergebnis

die Gleichheit oder mindestens Ähnlichkeit der Lösung in den verglichenen Rechtsordnungen, mag er sich zufrieden geben; stellt er dagegen Verschiedenheiten oder gar völlige Gegensätze in den praktischen Lösungen fest, so sollte ihn dies aufmerken lassen und zu einer nochmaligen Prüfung auffordern, ob er die Frage nach der Funktion der Rechtsfiguren richtig und radikal genug gestellt, ob er den Umfang seiner Untersuchung weit genug gespannt hat.«<sup>7</sup>

Diesen Rat hat sich Stefan Vogenauer, ein Schüler Reinhard Zimmermanns, ganz offensichtlich zu Herzen genommen. Wahrlich weit gespannt ist der Umfang seiner Untersuchung, die nicht nur die Auslegungspraxis der Gerichte in Deutschland, Frankreich und der Europäischen Gemeinschaft mit der in Großbritannien vergleichen, sondern auch die historischen Grundlagen dieser Rechtsprechung herausarbeiten möchte und zu diesem Zweck die Geschichte der Auslegungslehre von den römischen Juristen bis zum heutigen Tage abhandelt. Das weite Ausgreifen hat sich allerdings gelohnt, denn all die Verschiedenheiten und Gegensätze, die anderen Rechtsvergleichern zuvor aufgefallen waren, sind nun auf wunderbare Art und Weise verschwunden. Glaubt man Vogenauer, so ist die Annahme, dass die Auslegungspraxis englischer und kontinentaleuropäischer Gerichte erheblich voneinander abweiche, nichts anderes als ein »tired old myth«, dem entschieden entgegenzutreten sei, stelle er doch die Möglichkeit einer europäischen Rechtsvereinheitlichung grundlegend in Frage (17). Die Zielsetzung der Arbeit ist damit klar benannt – es geht wieder einmal darum, die Hindernisse auszuräumen, die einem *ius commune europaeum* im Wege stehen könnten. Was insoweit zu tun ist, hat Reinhard Zimmermann schon vor mehr als zehn Jahren programmatisch festgelegt: Erschüttert werden soll

6 KONRAD ZWEIGERT u. HEIN KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage Tübingen 1996, 31.

7 Ebd. 38 f.

der »Mythos von der Isolation des englischen Rechts«, die »Annahme einer prinzipiellen und fundamentalen Verschiedenheit von englischem common law und kontinentalem ius commune«, die so nicht haltbar sei, gehe es in Wahrheit doch »lediglich um zwei verschiedene Emanationen ein- und derselben Tradition, um Ausprägungen einer (gesamt-)europäischen Rechtskultur«. Auch wenn diese Ausprägungen heute recht unterschiedlich erschienen, handele es sich »jedenfalls vom Ursprung her ... um Holz vom selben Stamm«; dies gelte »auch in methodischer Hinsicht, denn das ius commune stand dem common law insoweit viel näher als heute häufig angenommen wird«.<sup>8</sup>

Mit diesen Vorgaben versehen ist Vogenauer nun angetreten, die von ihm als »These vom fundamentalen Unterschied« bezeichnete Auffassung zu widerlegen, der zufolge in England Gesetze streng am Wortlaut orientiert und eng ausgelegt werden, während auf dem Kontinent eine freiere Auslegung gilt. Dazu stellt er zunächst die Auslegungspraxis deutscher und französischer Gerichte sowie des EuGH dar und beschäftigt sich dann mit den historischen Grundlagen der kontinentalen Auslegungsmethoden, bevor er sich der Auslegungspraxis der englischen Gerichte zuwendet. Dabei legt er stets das gleiche Schema zugrunde: Immer fragt er nach dem Ziel der Auslegung, den Auslegungskriterien von Wortlaut, Geschichte, Zusammenhang und Zweck des Gesetzes, ihrem Zusammenwirken, ihrem Rangverhältnis und den Gründen für die Gewichtung der Auslegungskriterien. Diese »einheitliche Struktur« aller Kapitel ist laut Vogenauer »im wesentlichen von den Ausgangsthese vorgegeben«: Die einzelnen Abschnitte seien »weitgehend identisch aufgebaut, um jenseits der Begriffe der nationalen Methodenlehren sicherzustellen, daß Gleiches

mit Gleichem verglichen wird« (17 f.). Es fragt sich allerdings, warum der vorgestellte Aufbau der Arbeit in doch recht auffälliger Weise dem des Abschnitts über »Die Auslegung der Gesetze« in der von Karl Larenz verfassten »Methodenlehre der Rechtswissenschaft« ähnelt. Muss man daraus nun schließen, dass die Larenzsche Begrifflichkeit die Kategorien der nationalen Methodenlehren transzendiert? Oder stellt seine Methodenlehre eine so zutreffende Beschreibung der Auslegungspraxis der Gerichte dar, dass man nicht umhin kann, sie zu übernehmen? Ein wenig würde dies schon verwundern, hat doch Josef Esser bereits vor dreißig Jahren festgestellt, dass die klassische Methodenlehre die Handlungsbedingungen der juristischen Praxis verfehlt, eine Feststellung, die bis heute nicht widerlegt worden ist.<sup>9</sup> Nicht ohne Grund hat man in den letzten Jahren vom Scheitern der juristischen Methodik im Rechtsalltag gesprochen und konstatiert, die juristische Methodenlehre sei an ihren Idealisierungen gestorben: Ihr mangelnder Sinn für die rechtliche und soziale Wirklichkeit habe ihr ein Überleben in eben dieser Wirklichkeit auf die Dauer unmöglich gemacht.<sup>10</sup>

Mit dem Ausstellen einer Sterbeurkunde für die klassische Methodenlehre wird man indes noch einige Zeit warten müssen, wenn Vogenauers Vorgehen unter Rechtsvergleichern Schule machen sollte. Getreulich prüft er, ob objektive oder subjektive Auslegungsziele verfolgt, die Auslegungskriterien des altbewährten Vierschemas angewandt, Wortlautgrenzen eingehalten und Gesetzeslücken geschlossen werden. Seine tour de force durch alle Materien und Instanzen deutscher Rechtsprechung fördert schließlich ein Ergebnis zu Tage, welches allenfalls den verblüffen kann, der die Auseinandersetzung mit rechtswissenschaftlichen Methoden-

8 ZIMMERMANN (Fn. 5) 8, 18  
Fn. 139.

9 JOSEF ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl, Frankfurt a. M. 1970, 7.

10 Siehe ULFRID NEUMANN, Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie 32 (2001) 239 ff.

lehren »nur insofern, als diese in der Vorgehensweise der Gerichte auch tatsächlich zum Ausdruck kommen«, gesucht hat (19). So kommt Vogenauer – nachdem er einhundert Seiten lang das Rangverhältnis der Auslegungskriterien im Konfliktfall abgehandelt hat – zu dem Schluss, dass die Kritik an der Auslegungspraxis der deutschen Gerichte »weitgehend berechtigt« sei, vor allem der Vorwurf der Inkonsistenz und der Widersprüchlichkeit der Interpretationsmaximen (159). Damit aber hat Vogenauer letztlich nichts anderes entdeckt als das, was Josef Esser seinerzeit als den von der Rechtsprechung praktizierten »Methodenpluralismus« bezeichnet hat, den Umstand, dass »trotz aller von der Praxis kaum zur Kenntnis genommenen methodologischen Darlegungen über Rang und Reichweite des einzelnen Interpretationsschemas je nach der Dienlichkeit eines offiziell anzuerkennenden Interpretationselementes höchst willkürlich oder scheinbar willkürlich, nämlich vom Ergebnis bestimmt, historische oder grammatische, systematische oder zweckreflektierende Interpretationsmerkmale selektiv benutzt werden.«<sup>11</sup> Essers Kritik wird denn auch kurz angeführt, doch scheint sie Vogenauer hinsichtlich der Bedeutung der grammatikalischen Methode überzeichnet; dies nimmt er zum Anlass, sich noch einmal eingehend mit den Gründen für die Gewichtung der Auslegungskriterien und vor allem des Wortlautkriteriums auseinanderzusetzen, dem seiner Ansicht nach in der Rechtsprechung größeres Gewicht zukomme, als häufig angenommen werde (159–231). Seine Ansicht soll ihm auch unbenommen bleiben, wiewohl man genauso gut zur entgegengesetzten Auffassung gelangen könnte, hat doch eine ganze Reihe empirischer Studien gezeigt, dass in der richterlichen Praxis der Bundesrepublik »diametral entgegengesetz-

te, sich eigentlich wechselseitig ausschließende Auslegungstheorien in versäulten Zitationsketten« nebeneinander existieren.<sup>12</sup>

Wenngleich ihn die Auslegungspraxis der deutschen Gerichte eigentlich eines besseren belehren sollte, lässt Vogenauer im Weiteren von seinem der Larenzschen Methodenlehre entlehnten Schema nicht ab. Die in den anderen europäischen Ländern zur Gesetzesinterpretation herangezogenen Auslegungskriterien werden stets auf die vertrauten vier *canones* reduziert: die Auslegung nach dem Wortlaut, der Geschichte, dem Zusammenhang und dem Zweck des Gesetzes – denn gemäß der *praesumptio similitudinis* wird erst einmal vorausgesetzt, dass das, was in Deutschland rechte Methode ist, auch den anderen Ländern billig zu sein hat. Abweichungen von der klassischen Methodenlehre werden nicht sonderlich wohlwollend aufgenommen. Gerügt wird etwa, dass sich die französischen Gerichte »nicht klar zu einer subjektiven oder einer objektiven Interpretationslehre bekennen« (234). Vielleicht hätte ihnen die Lektüre des Larenz weitergeholfen? Überhaupt scheint außerhalb Deutschlands ein allgemein niedrigerer methodischer Standard zu herrschen: »Im Gegensatz zu den deutschen haben die französischen Gerichte keinen festen Katalog von vier Methoden aufgestellt. Sofern sie sich überhaupt um eine Systematisierung bemühen, unterscheiden sie zwischen grammatikalischer und logischer Interpretation« (234) – was Vogenauer aber nicht daran hindert, auf einhundertundelf Seiten das bewährte Viererschema durchzudeklinieren (232–343). Niemanden wird es wohl verwundern, dass er dabei zu dem Ergebnis kommt: »Der Prozeß der richterlichen Entscheidungsfindung verläuft also nicht, wie es die Lektüre der Urteilsgründe auf den ersten Blick vermuten läßt, grundlegend anders als in den

11 JOSEF ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl, 2. Auflage, Frankfurt a. M. 1972, 124–126.

12 Siehe DIETRICH BUSSE, Semantik der Praktiker: Sprache, Bedeutungsexplikation und Textauslegung in der Sicht von Richtern, in: FRIEDRICH MÜLLER u. RAINER WIMMER, Neue Studien zur Rechtslinguistik, Berlin 2001, 46 m. w. N.

übrigen europäischen Rechtsordnungen« (232). Nachdem vergleichsweise knapp auch noch auf die Gesetzesauslegung im Recht der Europäischen Gemeinschaften eingegangen (344–429) und der EuGH dafür gerügt wurde, dass er nicht systematisch überprüfe, ob sich planwidrige Gesetzeslücken feststellen lassen (394), widmet sich Vogenauer dann der historischen Entwicklung der Gesetzesauslegung auf dem Kontinent und den »gemeinsamen Wurzeln der kontinentalen Methodik« (430–663).

Ähnlich wie schon Jan Schröder vor ihm sieht Vogenauer eine Entwicklung von einer relativ freien Gesetzesinterpretation zu einer im späten 18. Jahrhundert einsetzenden strengeren Bindung an den Wortlaut, die im ausgehenden 19. Jahrhundert wiederum einer mehr zweckorientierten Auslegungslehre weiche; während die an Einfluss gewinnende subjektive Auslegungstheorie die Spielräume der Auslegung stetig verengt habe, sei der Umgang mit dem Gesetz dank des Aufkommens der objektiven Auslegungstheorie dann aber großzügiger geworden.<sup>13</sup> Es fragt sich allerdings, ob es diese Wende überhaupt gegeben hat: Schon vor geraumer Zeit hat Regina Ogorek darauf hingewiesen, dass es nicht nur möglich ist, zu jeder Zeit des 19. Jahrhunderts sowohl für die strenge als auch für die großzügige Auslegungsvariante etwa gleich viele Belege zu finden, sondern dass sogar häufig dieselben Autoren, denen die Patenschaft für das eine Konzept übertragen wurde, mit der gleichen Berechtigung auch für das Gegenmodell eingesetzt werden könnten.<sup>14</sup> Die von Schröder und Vogenauer vertretene Wandlungsthese wird dadurch aber brüchig und müsste durch komplexere Deutungsmuster ersetzt werden; so hat Regina Ogorek vermutet, dass sich weder die Theorie und schon gar nicht das Verfahren der Interpretation grundsätzlich ge-

wandelt habe, sondern nur die Legitimationstopoi ausgetauscht wurden, welche die interpretative Rechtsfortbildung durch den Richter von dem Makel der Kompetenzanmaßung befreien sollten.

Dem ist Vogenauer aber nicht nachgegangen; statt dessen hat er nachzuweisen versucht, auch die englische Auslegungslehre habe dieselben Entwicklungsschritte durchlaufen, da schon Jahrhunderte vor dem Beitritt zu den Europäischen Gemeinschaften ein ganz anderer Rezeptionsvorgang stattgefunden habe und die englischen Juristen wesentliche Bestandteile ihrer Auslegungslehre aus dem *ius commune* übernommen hätten. Nahezu alle englischen Auslegungsregeln und -maximen der frühen Neuzeit ließen sich auf das gemeine Recht zurückführen, so dass England auch insoweit bis zum Ende des 18. Jahrhunderts »eine von vielen Provinzen des gemeineuropäischen *ius commune*« gewesen sei (1324). Letztlich habe sich die kontinentale Entwicklung in England genau wiederholt: Während bis zum frühen 19. Jahrhundert eine Billigkeitsauslegung geherrscht habe, für die der Wortlaut des Gesetzes nicht das entscheidende Auslegungskriterium gewesen sei, habe nach 1830 die Herrschaft der *literal rule* und damit das Zeitalter der strengen Buchstabentreue eingesetzt, mit der man die englische Praxis der Gesetzesauslegung heute unrichtigerweise identifiziere. Die *literal rule* erweise sich daher nicht als englische Besonderheit, sondern lediglich als das etwas verzögerte englische Gegenstück zur *école d'exégèse* und der Begriffsjurisprudenz; dementsprechend weiche sie dann Mitte des 20. Jahrhunderts einem zweckorientierten Ansatz, durch den der Anschluss an die deutsche, französische und europarechtliche Praxis wiederhergestellt werde. Die These von einem fundamentalen Unterschied der Auslegungskriterien

13 JAN SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft*, München 2001, ist gleichzeitig mit der Arbeit Vogenauers erschienen; dieser schöpft aber erkennbar aus Schröders früheren Studien und kommt dementsprechend auch zu ähnlichen Ergebnissen, die Jan Schröder dann wiederum konsequent als überzeugend angesehen hat, vgl. JAN SCHRÖDER (Fn. 2) 373.

14 REGINA OGOREK, *Vom Subjekt zum Objekt und wieder zurück*, in: RJ 4 (1985), 52–61, 53 ff.

lasse sich deshalb nicht bestätigen; vielmehr könne man »eine fundamentale Einheit der europäischen Auslegungspraxis feststellen«.

Stefan Vogenauers Reinterpretation der Geschichte der englischen Methodenlehre ist ebenso groß angelegt wie gewagt. Angesichts dessen, dass Vogenauer sich rühmt, nicht die nationalen Methodenlehren der Rechtswissenschaft, sondern die tatsächliche Vorgehensweise der Gerichte untersuchen zu wollen, fragt man sich, woher Vogenauer seine Erkenntnisse zur Auslegungspraxis der englischen Gerichte vor 1750 schöpft – schließlich geben die Plea Rolls, Year Books und Named Reports die Entscheidungsgründe nicht oder nur sehr eingeschränkt wieder.<sup>15</sup> Letztlich bleibt Vogenauer daher nicht viel anderes übrig, als die »Books of Authority« und vor allem William Blackstones 1765 erschienene »Commentaries on the Laws of England« heranzuziehen, in denen dieser das englische Recht nach einem aus dem römischen Recht entlehnten Institutionenschema einteilte und zu zeigen versuchte, dass das Common Law als ein auf naturrechtlicher Grundlage beruhendes System von Rechtssätzen dargestellt und verstanden werden könne. Die »Commentaries« wurden daher weithin als erste systematische Darstellung des englischen Rechts gepriesen, doch galt dieses Lob mehr der für Studenten geeigneten Einführung in das Recht als der vollständigen und genauen Erfassung des geltenden Rechts; als repräsentativ für die Auslegungspraxis der englischen Gerichte können sie aber kaum gelten.<sup>16</sup> Deutlich gemacht wird dies dem mit der englischen Rechtsgeschichte nicht vertrauten Leser indes nirgends; statt dessen heißt es nur, ein »Katalog der Auslegungskriterien« finde sich im ersten Band der »Commentaries«, deren Aussagen zur Interpretation von Gesetzen die Gerichte »als verbindlich« angesehen hätten (670).

Verschwiegen wird auch, dass die Gesetzesauslegung in der Gerichtspraxis lange Zeit eine völlig untergeordnete Rolle spielte, da das englische Parlament vor dem 19. Jahrhundert nur in den seltensten Fällen Gesetze verabschiedete, welche darauf abzielten, ein bestimmtes Rechtsgebiet erschöpfend und mit dem Anspruch auf Vollständigkeit zu regeln; vielmehr waren sie in aller Regel bloße Gelegenheitsgesetze, durch die einzelne, im Common Law entwickelte Regeln abgeändert wurden, wenn ihre Anwendung nach Ansicht des Parlaments in der Praxis zu Missständen geführt hatte. Auch diese Gesetze sind aber nur vor dem Hintergrund des Common Law verständlich, da sie sich seiner Begriffe und Kategorien bedienen und die Existenz der von den Gerichten entwickelten Ansprüche und Doktrinen ohne weiteres voraussetzen. Die Verwiesenheit der Statutes auf das Common Law wird von Vogenauer indes mit Hilfe der funktionalen Methode und des bewährten Viererkannons schlicht auf »einen Unterfall der systematischen Auslegung« reduziert (674). Was aber »Systematik« im Common Law bedeutet, wird nicht thematisiert, ebensowenig wie das Verhältnis von Gesetz und Rechtsprechung; dagegen wird durch das einseitige Abstellen allein auf Gesetzesinterpretation ein verzerrtes Bild von der Arbeitsweise der englischen Juristen gezeichnet, in dem ein an Präjudizien geschultes heuristisches Problemdenken und die Auswirkungen dieses Vorgehens auf die Gewinnung von Rechtsregeln nicht mehr vorkommt. Es entsteht der Eindruck, juristische Methode sei vor allem Auslegung der Gesetze. Nimmt man dies hin, so scheinen die Gegensätze nach genügend langer Betrachtung in der Tat nur noch unbedeutend, die Gemeinsamkeiten aber zu überwiegen.

Wieder einmal hat sich die *praesumptio similitudinis* bewährt. Mit Genugtuung kann Voge-

15 Dies änderte sich erst mit den von Sir James Burrow seit 1766 herausgegebenen Reports, durch die das so genannte Modern Reporting der Entscheidungen eingeleitet wird; vgl. KENT LERCH, England, in: Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa (1800–1945), hg. v. FILIPPO RANIERI, Frankfurt a. M. 1992, 327–403.

16 Siehe MICHAEL LOBBAN, The Common Law and English Jurisprudence 1760–1850, Oxford 1991, 47.



nauer als Ergebnis festhalten, die Vorgehensweise der englischen und der kontinentalen Gerichte bei der Gesetzesauslegung sei »weitgehend identisch«; daher könne die Behauptung, das vereinheitlichte Recht drohe sich auf beiden Seiten des Kanals aufgrund unterschiedlicher Auslegungsmethoden in verschiedene Richtungen zu entwickeln, auch nicht als Argument gegen eine Kodifikation des europäischen Zivilrechts angeführt werden (1300). Glaubt man Jan Schröder, so hat Vogenauer damit nicht nur »das gängige und immer noch verbissen wiederholte Vorurteil vom unüberbrückbaren Gegensatz zwischen der englischen und der kontinentalen Rechtskultur« widerlegt, sondern auch »schlagend den Nutzen der Rechtsgeschichte für rechtsvergleichende Untersuchungen« gezeigt: »Gerade die rechtshistorische Disziplin muß dankbar sein für dieses Buch, das ihr ein glänzendes Beispiel dafür in die Hand gibt, wie sich scheinbare systematische Gegensätze auflösen lassen, wenn man die Dinge nur richtig in den geschichtlichen Entwicklungszusammenhang einordnet.«<sup>17</sup> Dem ist kaum

noch etwas hinzuzufügen. Vergessen scheinen die kritischen Stimmen aus den eigenen Reihen, die vor der allzu großen Bereitschaft der Rechtsvergleicher, die Vermutung der Ähnlichkeit aufzustellen, warnten und den Rechtshistorikern nahe legten, sie täten vielleicht gut daran, genau im Gegensatz zur Rechtsvergleichung eine *praesumptio dissimilitudinis* aufzustellen, eine Vermutung der Andersartigkeit des vergangenen Rechts.<sup>18</sup> Angesichts der Erfolge, die die produktive Unbekümmertheit der Rechtsvergleicher auch ohne jede Reflexion über das eigene Tun zeitigt, verblassen solche skeptischen Einwände indes schnell. Mögen sie auch Zwillingsschwestern von einem Holz sein: Die Rechtsgeschichte wirkt morsch und hinfällig, während die Rechtsvergleichung in bestem Saft zu stehen scheint. Sollte die Arbeit Vogenauers aber den neuesten Stand der rechtsvergleichenden Methode repräsentieren, so steht zu befürchten, dass das »Holz vom gleichen Stamm« im Kern verrottet ist.

**Kent Lerch**

<sup>17</sup> SCHRÖDER (Fn. 2) 374.

<sup>18</sup> ALBRECHT CORDES, Was erwartet die (mittelalterliche) Rechtsgeschichte von der Rechtsvergleichung und anderen vergleichend arbeitenden Disziplinen?, in: ZEuP 7 (1999) 544–552.