

Studien zur
europäischen Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des
Max-Planck-Instituts
für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie
Frankfurt am Main

Band 328



Vittorio Klostermann
Frankfurt am Main
2022

Heinz Mohnhaupt

Rechtsvergleichung als Erkenntnismethode

Historische Perspektiven
vom Spätmittelalter
bis ins 19. Jahrhundert



Vittorio Klostermann
Frankfurt am Main
2022

Umschlagbild:

Christoph Meiners,
Historische Vergleichung der Sitten, und Verfassungen, der Gesetze,
und Gewerbe, des Handels, und der Religion, der Wissenschaften,
und Lehranstalten des Mittelalters mit denen unsers Jahrhunderts
in Rücksicht auf die Vortheile und Nachtheile der Aufklärung,
Band 1, Hannover 1793
(Foto: Otto Danwerth)

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten
sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© Vittorio Klostermann GmbH
Frankfurt am Main 2022

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der
Übersetzung. Ohne Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet,
dieses Werk oder Teile in einem photomechanischen oder sonstigen
Reproduktionsverfahren oder unter Verwendung elektronischer Systeme
zu verarbeiten, zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Druck und Bindung: docupoint GmbH, Barleben
Typographie: Elmar Lixenfeld, Frankfurt am Main

Gedruckt auf Eos Werkdruck.

Alterungsbeständig  ISO 9706 und PEFC-zertifiziert 

Printed in Germany
ISSN 1610-6040
ISBN 978-3-465-04536-6

Inhalt

Vorwort	VII
1. Die Differentienliteratur als Ausdruck eines methodischen Prinzips früher Rechtsvergleichung	1
2. Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode	21
3. Historische Vergleichung als Erkenntnismethode. Die vergleichende Beobachtung von Recht und Staat im 18. Jahrhundert	41
4. Vergleichende Beobachtung von Staat, Gesellschaft und Recht im 18. Jahrhundert als Vorform der modernen Rechtsvergleichung	67
5. Reisen, vergleichen, erkennen. Zu Praktiken juristischer Erkenntnis durch Komparatistik... ..	89
6. Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht vom späten 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts. Beobachtungen zur deutschen Bezugnahme auf Italien	107
7. Universalrechtsgeschichte und Vergleichung bei Eduard Gans	141
8. Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode zwischen Philosophie und Empirie im Werk P.J.A. Feuerbachs	167
9. Rechtsvergleichung in Mittermaiers »Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes« (1829–1856)	199
10. Historische und aktuelle Dimensionen der Rechtsvergleichung: Vergleichende Geographie und Anthropologie	223
Textnachweise	247

Wer wie ich das Glück hatte, im Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte zu arbeiten, kam nicht umhin, seine Forschungen vergleichend anzulegen. Das gilt auch – und nun umso mehr – für die im Namen des Instituts seit dem 1. Januar 2021 auf Rechtsgeschichte schlechthin ausgerichtete Arbeit einschließlich der Erweiterung auf Rechtstheorie, womit sich der Forschungsrahmen über Europa hinaus auch in eine globale Dimension erstreckt. Wenn sich heute die vergleichende Beobachtung des Rechts auf alle Rechtsräume richtet – wie es z. B. schon Johann Stephan Pütter im 18., Paul Johann Anselm von Feuerbach im 19. und Ernst Rabel im 20. Jahrhundert gefordert hatten –, so gerät auch das Vergleichen selbst in den Sog historischer Beobachtung, sei es als methodisches Prinzip oder als wissenschaftlich-disziplinärer Emanzipationsprozess. Das war und ist eine Erfahrung des – methodisch noch immer ungefestigten – Vergleichsverfahrens aktuellen und historischen Rechts.

Eine Geschichte der Vergleichung gibt es jedoch nicht; wohl aber Geschichten vergleichender Beobachtungen. Diese in den verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen, Subdisziplinen, Fächern und Forschungsbereichen aufzudecken, ist das Ziel der hier versammelten Aufsätze, die in den letzten Jahren verfasst und größtenteils bereits veröffentlicht worden sind. Die nun abgedruckten Textfassungen wurden um Druckfehler bereinigt, der neuen Rechtschreibung angepasst und editorisch vereinheitlicht. Um das Zitieren nach der Originalversion zu erleichtern, ist die ursprüngliche Paginierung angegeben. Kleinere inhaltliche Überschneidungen, die sich aus dem Produktionszeitrahmen ergaben, sind wegen des jeweiligen thematischen Zusammenhangs nicht getilgt worden.

Die historische Vergleichung verfügt über eine lange Tradition als Erkenntnismittel auf fast allen wissenschaftlichen und außerwissenschaftlichen Beobachtungsfeldern, die auch das Recht – wenn ursprünglich auch nicht vorrangig – umfassen. Sie hat ihre Vorbilder in einer unspezifischen Komparatistik, die seit dem 17. Jahrhundert auf vielen Wissenschaftsfeldern angewendet wurde und damit zu deren allmählichen und uneinheitlich disziplinären Verselbständigung beitrug (Anatomie, Sprachen, Geographie usw.). Das eigentlich banale Verfahren des Vergleichens kann wissenschaftlichen Rang erlangen, wenn es darum geht, nach begründeten Kriterien nachvollziehbare Entscheidungen über Wert oder Unwert, über Gemeinsamkeiten und Unterschiede der verglichenen Gegenstände zu treffen. Auf dem Rechtssektor zielt die Vergleichung regelmäßig darauf ab, angesichts konkurrierender Rechtsinstitute oder

Rechtsordnungen optimale Lösungen und Rezeptionen für Staat und Gesellschaft zu ermöglichen. »Comparatio«, »similitudo« oder »ordo exemplorum« bilden die Untersuchungskriterien, um Eigenart, Differenzen und Verallgemeinerungsfähigkeit bestimmen zu können. Die Differentienliteratur des 16. bis 18. Jahrhunderts, mit der thematisch die Reihe der hier zusammengestellten Untersuchungen beginnt, ist ein frühes Beispiel einer den Rechtsquellenpluralismus nach Einheitlichkeit und Unterschieden ordnenden Bestandsaufnahme. Der universalistische Gleichheitsgedanke der Aufklärung strebte mit Hilfe der Vergleichung eine Vereinheitlichung des Rechts und Gleichheit der ständischen Gesellschaft an. In der Kodifikationsbewegung bildete daher der Rechtsquellenvergleich ein bevorzugtes Anwendungsfeld der vergleichenden Erkenntnisstrategie.

Seit der Antike ist vergleichendes Beobachten praktiziert und auch in Lexika und Wörterbüchern der Philosophie behandelt worden. Die philosophischen und soziologischen Definitionen stimmen darin überein, dass die Betrachtung zweier Objekte im Hinblick auf ihr gegenseitiges Verhältnis erfolgt, das dadurch quantitativ und qualitativ konkretisierbar wird. Sehr anschaulich hat Jonathan Swift in seinem erstmals 1726 anonym erschienenen Roman »Gulliver's Travels« dieses erkenntnisfördernde Verhältnis beschrieben: »Undoubtedly philosophers are in the right when they tell us that nothing is great or little otherwise than by comparison« (Book 2, Chapter 1). Die Philosophie bezeichnet dieses Vergleichsverfahren als das Gegeneinanderhalten zu beobachtender Gegenstände. Somit erweisen sich Theorie und Praxis des Vergleichens zugleich als ein allgemeines kulturelles Phänomen des Erkenntnis- und Wissenserwerbs, das auch eine historische Vorstufe moderner Rechtsvergleichung bildete. Rudolf von Jhering hat den außerwissenschaftlichen und vor allem rechtswissenschaftlichen Ertrag des Vergleichens gleichermaßen betont, wenn er emphatisch erklärt: »Meine Sucht zu vergleichen beschränkt sich aber nicht bloß auf dasjenige, was mich persönlich betrifft; sie erstreckt sich auf alles, was mir in den Wurf kommt« (vgl. in diesem Band S. 90). Dieses Jhering-Zitat könnte dem vorliegenden Band als ein Motto dienen. Durch das Vergleichen erhält die »universitas literarum« eine dauerhafte aufklärerische Dimension jenseits aller staatlichen und nationalen Grenzen – sowohl im aktuell synchronen als auch historisch diachronen Vergleich.

Mit der Veröffentlichung dieser Aufsatzsammlung folge ich gerne einer Anregung von Andreas Thier (Universität Zürich). Spontan hat das Direktorium des Max-Planck-Instituts für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie diese Publikation befürwortet. Ich danke Marietta Auer, Thomas Duve und Stefan Vogenauer herzlich für die Aufnahme in die Reihe der »Studien zur europäischen Rechtsgeschichte«. Ein besonderer Dank gilt dem Redaktionsleiter unseres Institutes, Otto Danwerth, für die äußerst umsichtige editorische Betreuung und freund-

schaftliche Beratung in allen Fragen dieser Publikation, ebenso wie den mit diesem Band befassten Redaktionskolleginnen Beate Jaeger und Karin Reichstein.

Frankfurt am Main, im August 2021
Heinz Mohnhaupt

1. Die Differentienliteratur als Ausdruck eines methodischen Prinzips früher Rechtsvergleichung

I. Rechtsquellenvielfalt und Vergleichung?

Die Beschäftigung mit »europäischer Rechtsgeschichte« bedeutet immer auch Untersuchung von Rechtsordnungen unterschiedlicher quantitativer und qualitativer Geltung. Dem römisch-kanonischen *ius commune* Europas – also dem alten Einheitsrecht – stand ein lokal, regional, territorial oder ständisch definiertes *ius speciale* bzw. *ius particulare* ergänzend zur Seite oder widersprechend entgegen, das als *ius patriae* nach der Theorie den Vorrang besaß. Das *ius commune* galt subsidiär;¹ beim heutigen europäischen Gemeinschaftsrecht ist es umgekehrt.

Es bestand somit in allen Ländern des alten Europa bis in das 19. Jahrhundert ein extremer Rechtsquellenpluralismus, innerhalb dessen das römisch-kanonische *ius commune* zunächst noch bis zum 16. Jahrhundert eine stabilisierende Einheit verbürgte. Trotz seiner nur subsidiären Geltungskraft konnte das *ius commune* beim Fehlen eines *ius particulare* oder *ius speciale* in den Rang einer primären Rechtsquelle und Entscheidungsgrundlage für die Gerichte aufsteigen. Die unterschiedlichen Rechtsquellenebenen des gemeinen und partikularen Rechts, die in allen europäischen Ländern eine Mehrebenenstruktur repräsentieren, waren somit nicht eindeutig voneinander abgeschichtet, sondern konnten sich wech- | 440 | selseitig durchdringen.² Im Zeitalter des *Usus moder-*

1 Für das Alte Reich lautete die Rangordnung der Rechtsquellen z. B. im Reichsabschied von 1654: »Statuta und Gewohnheiten, [...] Reichsabschiede und gemeine Rechte« (§ 105), in: Neue und vollständigere Sammlung der Reichsabschiede [...], III, ed. H. CHR. VON SENCKENBERG, Franckfurt am Mayn 1747, S. 600; cf. auch J. B. WERNHER (Praeses), De jurisprudentia et jure in genere [resp. J. D. HAERPFFER], Vitembergae 1702, S. 28: »Ad hoc jus [sc. commune] regulariter recurrendum est, quoties jura localia, provincialia, et leges imperii deficient.«

2 Cf. H. MOHNHAUPT, Zum Verhältnis von Region und »ius particulare« in Europa während des 16. bis 18. Jahrhunderts. Historische Notizen zu einem

nus wurde sogar die Theorie vertreten, dass in Deutschland zwei gemeine Rechte existierten, nämlich die des einheimischen deutschen und die des fremden römischen Rechts.³ Bei der gleichfalls zunehmenden Unsicherheit der Geltungskraft und Anwendungsmöglichkeit des alten gemeinen Rechts auf neue soziale Tatbestände konnte es daher nicht ausbleiben, dass trotz der scheinbar wohlgeordneten Subsidiarität des *ius commune* beide Rechtsbereiche zueinander in Widerstreit gerieten. Vier Tendenzen werden bei der Ordnung der unterschiedlichen Rechtsquellenebenen erkennbar:

- 1) Die Harmonisierung divergierender Regelungen innerhalb des *ius commune*.
- 2) Eine Klärung des Kollisionsverhältnisses zwischen *ius commune* und heimischem *ius patriae*.
- 3) Die Vereinheitlichung und Harmonisierung innerhalb bestehenden Partikularrechts. Ein Motto lautet: von der *coutume* zur *coutume generale*⁴ oder von der *consuetudo particularis* zur *consuetudo generalis*.⁵
- 4) Auf der Grundlage der bestehenden partikularen Rechte und des gemeinen Rechts die Schaffung eines neuen staatlichen Einheitsrechts in der Gestalt der Kodifikationen der Aufklärungsepoche. Ein Stichwort lautet: durch »Vergleichung« zur – meist imaginären – »Gleichheit«.

Diese vier Tendenzen der Stoffordnung repräsentierten in kontinuierlicher Reihenfolge unterschiedliche Rechtsepochen von der spätmittelalterlichen Legistik über die territorialen und lokalen Gesetzgebungen sowie den *Usus modernus* bis zur Kodifikationsepoche des 18. Jahrhunderts. Die Auflösung des Konflikt- und Kollisionsverhältnisses zwischen den unterschiedlichen Rechtsquellenebenen und die dazu notwendige Ordnung des divergierenden Rechtsstoffs konnte nur mit |441| Hilfe einer vergleichenden Methode bewältigt werden. Man wird innerhalb dieses Zeitraums noch nicht von »Rechtsvergleichung« im heutigen Sinne sprechen können, sondern eher von den Anfän-

aktuellen Thema, in: E. SCIACCA (Hg.), *L'Europa e le sue regioni*, Palermo 1993, S. 226–238.

- 3 STINTZING/LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, 3. Abteilung, 1. Halbband, München und Leipzig 1898, S. 58; cf. auch KL. LUIG, *Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, in: *Ius Commune* 3 (1970), S. 71, 79.
- 4 Cf. z. B. P. TAISAND, *Coutume générale des pays duché de Bourgogne*. Dans lequel cette coutume est expliquée par le droit romain [...], Dijon 1698; L. DE HÉRICOURT, *Nouvelles observations sur la coutume generale et sur les coutumes locales de Vermandois* (1728), in: *Le Coutumier de Vermandois*, Tome I, Partie III, Paris 1728; weitere Nachweise bei A. GOURON et O. TERRIN, *Bibliographie des coutumes de France*, Genève 1975, z. B. S. 107, 108, 198, 235, 236.
- 5 KL. LUIG, *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*, in: *Ius Commune* 1 (1967), S. 200.

gen einer vergleichenden Beobachtung unterschiedlicher Rechte und Rechtsordnungen,⁶ um Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum Zwecke möglicher Vereinheitlichungen oder Rechtsbereinigung aufzudecken. Die historische Dimension der modernen Rechtsvergleichung kann jedoch anhand solcher frühen komparatistischen Techniken aufgehellt werden.

Eine Voraussetzung für derartige »Vergleichungen« war eine gemeinsame Rechtstradition mit unterschiedlichen Rechtsordnungen; eine zweite Voraussetzung bildeten die Ähnlichkeit oder der Gleichlauf der Rechtsgestaltungsprobleme und ihrer Lösungsmöglichkeiten. Das bedeutete besonders eine Ähnlichkeit der Vergleichstatbestände – neben den rechtlichen auch der sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Grundlagen. Das entspricht dem Anspruch der spätantiken und mittelalterlichen Philosophie:

»Accipitur generaliter [sc. comparatio] pro aliquorum inter se collatione. Cicero vocat contentionem [...]

Comparatio fit inter ea, quae sunt eiusdem speciei. Simplicius. Comparisonem non habent inter se, quae non communicant in eadem natura.«⁷

Die Differentienliteratur ist ein Anwendungsfall dieser *comparatio*.⁸

II. Antike Vorbilder

Die gezielte Gegenüberstellung des römischen Rechts vor allem mit dem kanonischen Recht innerhalb der Gattung des *ius commune* bildet im legistischen Mittelalter den Hauptzweck und Gegenstand der sogenannten Differentienliteratur.⁹ Auflistung und Herausarbeitung der Gegensätze, Unterschiede und Abweichungen – nämlich der *differentiae* – zwischen zwei Rechtsquellenbereichen oder Rechts- |442| ordnungen charakterisieren generell diese Literaturgattung.

6 Cf. H. MOHNHAUPT, Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht vom späten 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts. Beobachtungen zur deutschen Bezugnahme auf Italien, in: A. MAZZACANE und R. SCHULZE (Hg.), Die deutsche und italienische Rechtskultur im »Zeitalter der Vergleichung« (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 15), Berlin 1995, S. 40–48, in diesem Band S. 41–65.

7 R. GOELENUS, Lexicon philosophicum, quo tanquam clave philosophiae fores aperiuntur, Francofurti 1613, S. 416 f.

8 H. MOHNHAUPT, Rechtsvergleichung, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, IV. Band, Berlin 1990, col. 405.

9 Ausführlich zur Differentienliteratur der Kommentatorenzeit N. HORN, Die legistische Literatur der Kommentatorenzeit, in: H. COING (Hg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Band I: Mittelalter (1100–1500), München 1973, S. 315, 345–347.

Die Erfassung der *differentiae* geht auf die antike Argumentationslehre zurück und ist in der Topik begründet. Die Lehre von der *definitio* sowie die der *genera* und *species* stehen in engem Zusammenhang. Die Unterteilung der *genera* in *species* erlaubt die Herausarbeitung der *differentiae specifica*,¹⁰ die im Wege vergleichender Betrachtung erfasst und analysiert werden können. Die aristotelische Topik stellt darauf ab, Schlüsse aus Prämissen zu gewinnen. Aristoteles benutzt dazu vier Werkzeuge – *instrumenta* –, unter denen die *differentiae* eine entscheidende Rolle spielen, um das Auffinden der Gattungs- und Artunterschiede sowie der Ähnlichkeiten bei verschiedenen Gattungen zu ermöglichen.¹¹ In der *Topica* des Aristoteles heißt es:

»instrumenta autem, per quae habundemus syllogismis sunt quatuor: unum quidem propositiones sumere, secundum vero quotiens unumquodque dicitur posse dividere, tertium differentias invenire, quartum autem similitudinis consideratio [...] est autem prima quidem propositio ab eo quod multipliciter dicitur, secunda autem a differentiis, tertia a similibus.«¹²

Für Unterscheidungen, Gegenüberstellungen und Vorrangbestimmungen von verschiedenen Rechten beruft sich die Differentienliteratur teilweise ausdrücklich auf Aristoteles:

»Quoniam, ut ait Aristot. opposita iuxta se posita, evidentia et meliora se ipsis apparent, [...] distinguendo subiiciam, quid in ipsis contrarietariis et diversitatibus obtineat de iure canonico et quid de iure civili, et quando, et ubi, et circa quae ius canonicum iuri civili praeiudicat.«¹³

Die Aufstellung sogenannter Differenzkataloge ist in diesem Sinne bereits in der antiken Lehrbuch-Literatur ein gebräuchliches Verfahren.¹⁴ Das Gliederungsschema, die Definitionspraxis, die Einteilung nach Gattungen und Arten, die Herausarbeitung von Unterschieden – bzw. – und die Abgrenzung |443| gemeinsamer und spezifischer Merkmale gehören zu den gemeinsamen Ordnungsprinzipien antiker systematischer Lehrbücher.¹⁵

10 H. COING, Europäisches Privatrecht, Band I: Älteres gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985, S. 18–20; M. HERBERGER, Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz (Ius Commune, Sonderhefte 12), Frankfurt am Main 1981, S. 18.

11 TH. VIEHWEG, Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 3. Aufl., München 1965, S. 8–10.

12 ARISTOTELES, *Topica*, in: Aristoteles Latinus V 1–3, Translatio Boethii [...], ed. L. MINIO-PALUELLO, Bruxelles/Paris 1969, Top. I. 13; 105 a 20–30 (S. 19).

13 Prosdocius de Comitibus, De differentiis inter ius canonicum et ius civile, in: Tractatus universi iuris, duce et auspice Gregorio XIII. Pontifice Maximo [...], Venetiis 1584, S. 190 (b), vor Nr. 1.

14 Cf. M. FUHRMANN, Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike, Göttingen 1960, S. 27, 40, 114, 140.

15 Ebenda, S. 139–142, vor allem mit Bezug auf Aristoteles und Anaximenes.

Prägend für die Differentienliteratur wird ebenfalls Ciceros *Topica*, die ihrerseits auf aristotelischem Einfluss beruht. Ciceros *Topoi* ziehen für die Technik des Problem Denkens entweder das »Ganze« in Betracht oder bestimmte Relationen, die für Stoffordnung und Urteilsbildung auch auf die – hier maßgebliche – *differentia* und *comparatio* abstellen:

»Ducuntur etiam argumenta ex eis rebus quae quodam modo affectae sunt ad id de quo quaeritur. Sed hoc genus in pluris partis distributum est. Nam alia coniugata appellamus, alia ex genere, alia ex forma, alia ex similitudine, alia ex differentia, alia ex contrario, alia ex adiunctis, alia ex antecedentibus, alia ex consequentibus, alia ex repugnantibus, alia ex causis, alia ex effectis, alia ex comparatione maiorum aut parium aut minorum.«¹⁶

Von Bedeutung ist im Zusammenhang der hier verfolgten komparatistischen Beobachtungstechnik und Methode der Begriff der *differentia specifica*. Die *species* ist dadurch gekennzeichnet, dass eine *differentia* auf das übergeordnete *genus* zurückbezogen werden kann. Eine *differentia specifica* liegt demnach dann vor, wenn das betreffende Merkmal eine *species* von allen anderen *species* unterscheidet, die unter dasselbe *genus* fallen.¹⁷ Ciceros Definition lautet: »Genus est notio ad pluris differentias pertinens; forma est notio cuius differentia ad caput generis et quasi fontem referri potest.«¹⁸

Die Rückbeziehung der *differentia specifica* auf das *genus* äußert sich demnach darin, dass erst der Vergleich einer Art mit der Gattung – also eine Rückbeziehung (*relatio*) im Verhältnis *genus/species* – Auskunft über das »Spezifische« einer entsprechenden *differentia* gibt.¹⁹ Der Vergleich kann somit in zweifacher Weise angestellt werden, nämlich einmal im Verhältnis der verschiedenen Arten untereinander und zum anderen im Verhältnis der spezifischen Differenz der Arten zur übergeordneten Gattung. Die häufige Vergleichung im legistischen Mittelalter von *ius canonicum* und *ius civile*²⁰ als Bestandteile des als ein gemeinsames Ganzes |444| anzusehenden *ius commune* wird als ein Anwendungsfall dieser Vergleichsmethode erkennbar, nämlich als Vergleich der Arten einer gleichen Gattung.

Die praktische juristische Verwendung dieser Klassifizierungselemente lässt sich in den Institutionen des Gaius beobachten.²¹ Gaius benutzt jedoch *genus*

16 CICERO, *Topica* III (11); cf. auch FUHRMANN, Lehrbuch (Anm. 14), S. 12–14.

17 Dazu grundlegend HERBERGER, Dogmatik (Anm. 10), S. 51 f.

18 CICERO, *Topica* VII (31).

19 So die treffende Interpretation von HERBERGER, Dogmatik (Anm. 10), S. 51.

20 So z. B. der BARTOLUS zugeschriebene »Tractatus de differentiis inter ius canonicum et ius civile Bartoli Saxoferratei« mit nachgewiesenen Ausgaben zwischen 1472 bis 1598; cf. dazu HORN, Legistische Literatur (Anm. 9), S. 347. Weitere Beispiele unter III 1.

21 Dazu ausführlich: FUHRMANN, Lehrbuch (Anm. 14), S. 104–121.

und *species* ohne terminologische Präzisierung. Der komparatistische Ansatz wird jedoch bei ihm in der Gegenüberstellung und Unterscheidung »parallelgeordneter Begriffe« deutlich sichtbar. Die Verwendung des Begriffs *differentia* und der Verbform *differre* zeigt dieses methodische Betrachtungsziel an. Die Auflistung der *differentiae* dient zur Bildung von Differenzkatalogen z. B. über Fideikommiss und Testament und unterschiedliche Adoptionsformen.²² Die Ermittlung der *differentiae* – ohne dass dieser Begriff immer gebraucht wird – erlaubte es, darüber zu entscheiden, welche Rechtselemente der betrachteten Rechtinstitute sich durch eine Gemeinsamkeit auszeichnen, die durch die typischen Formulierungen *communis est* oder *tantum conveniunt*²³ bestimmt ist. Der auf diese Weise vorgenommene Vergleich dient der Präzisierung der Begrifflichkeit der unterschiedenen Rechtsinstitute und ihrer Definitionsfähigkeit. In Zedlers Lexikon wird dieser Zusammenhang zwischen *differentia* und *definitio* klar herausgestellt:

»Da aber die Differenz ein Stücke der Definition wird, und diese der Grund aller übrigen Schlüsse seyn soll: so müssen wir uns bemühen, jederzeit eine differentiam specificam, wo nur unsere Erkenntniß zureicht, zu suchen; damit wir einen vollkommen hinreichenden Grund aller Schlüsse haben mögen.«²⁴

Zum Zwecke definitorischer Festlegung werden *genus* und *differentia specifica* noch bis in das 17. Jahrhundert innerhalb des von Jan Schröder so bezeichneten »causae-Schema« an zweiter Stelle als methodisches Arbeitsprinzip für Darstellung und Stoffordnung aufgeführt.²⁵ Danach hat man zur Abhandlung einzelner Themen folgende Punkte zu erörtern: 1) *Nomen*; 2) *Genus et differentia specifica*; 3) *Causae*; 4) *Accidentia*; 5) *Circumstantia*; 6) *Suspicio*; 7) *Effecta*; 8) *Divisio*; 9) *Cognata*; 10) | 445 | *Opposita*.²⁶ Dieser von Brunemann so bezeichnete »methodus [...] : II. Investigetur genus et differentia«.²⁷ erscheint in der Differentienliteratur zu einer eigenen Literaturgattung verselbständigt, die auf antiken Ordnungs-

22 GAIVS, Institutiones II, 246–289; I, 97–108.

23 Z. B. GAIVS, Institutiones I, 103, 106, 109.

24 Grosses vollständiges Lexicon aller Wissenschaften und Künste [...], 7. Band, verlegt J. H. ZEDLER (Halle und Leipzig, 1734), col. 889; cf. als Beispiel: GEORGIUS LAUTERBEGUS (Lauterbeck), Definitiones aliquot ex utroque iure collectae, et in ordinem alphabeticum redactae, in: Idem, Differentiarum iuris canonici et civilis libri duo [...], Jenae 1598, S. 467–502.

25 J. SCHRÖDER, Die privatrechtliche Methodenlehre des Usus modernus, in: D. SIMON (Hg.), Akten des 16. Deutschen Rechtshistorikertages Frankfurt am Main, 11. bis 16. September 1986 (Ius Commune, Sonderhefte 30), Frankfurt am Main 1987, S. 273–278.

26 So die Aufstellung bei J. BRUNNEMANN, Enchiridion logicae iuridicae ex institutione Joh. Brunnemanni [...], cura JOH. CHRISTOPHORI HARTUNGII, Jenae 1716, S. 295 f.; cf. dazu SCHRÖDER, Methodenlehre (Anm. 25), S. 273.

27 BRUNNEMANN, Enchiridion (Anm. 26), S. 295 f.

elementen aufbaut und Vergleichung unterschiedlicher Rechte und Rechtsordnungen zum Gegenstand hat. Seit dem Ende des 16. Jahrhunderts erfährt die Differentienliteratur eine enorme Verbreitung in Europa, besonders aber in Deutschland²⁸ – und hier vor allem durch Dissertationen.²⁹

Überprüft man diese Differentienliteratur auf Aussagen zur theoretischen und methodologischen Grundlegung der *comparatio*, so findet man nur ganz wenige Hinweise, die auf ein reflektiertes komparatistisches Verfahren schließen lassen. Eine gewisse Ausnahme bildet Oldendorp, der bereits im Widmungsbrief seiner *Collatio iuris civilis et canonici* auf den allgemeinen Nutzen der Vergleichung |446| für den Erkenntnisgewinn bei den Studenten hinweist: »certe nulla consultationis pars est excellentior, quam quae conferendi iudicio proficiscitur.«³⁰ Unter den acht Worterklärungen, die er unter dem Titel »De varia significatione collationis« behandelt, betreffen Punkt VII und VIII die von Oldendorp vorgenommene Vergleichung des *ius civile* mit dem *ius canonicum*:

- 28 Cf. die bibliographischen Übersichten zu den Stichworten *collationes*, *differentiae* und *comparatio* bei M. LIPENIUS, *Bibliotheca realis iuridica*, Tom. I, Lipsiae 1757, S. 258–262, 282; LIPENIUS, *Bibliotheca*, *Supplementa ac emendationes*, collegit [...] A. E. SCHOTT, Lipsiae 1775, S. 93–95, 105; LIPENIUS, *Bibliotheca*, *Supplementa*, Vol. 2, collegit [...] R. C. DE SENCKENBERG, Lipsiae 1789, S. 87 f., 97 f.; LIPENIUS, *Bibliotheca* [...] *Supplementorum*, Vol. 3, auctore L. G. MADIHN, Vratislaviae 1817, col. 312–314, 338; LIPENIUS, *Bibliotheca* [...] *Supplementorum*, Vol. 4, auctore L. G. MADIHN, Vratislaviae 1823, col. 207–210, 222; B. B. G. STRUVE, *Bibliotheca iuris selecta* [...], emendavit [...] CHR. G. BUDER, editio octava, Jenae 1756, S. 302–308; CHR. G. RICCIUS, *Zuverlässiger Entwurff von Stadt-Gesetzen oder Statutis vornehmlich der Land-Städte* [...], Franckfurt und Leipzig 1740, Vorrede, S. 38, 54, 64 f., 76–79, 96–99, 137–144, 272, 298; J. PH. ORTH, *Nöthig und nützlich erachteter Anmerkungen über die so genante erneuerte Reformation der Stadt Frankfurt am Main*, vierte und letzte Fortsetzung [...], Frankfurt am Main 1757, S. 113–130; J. J. MOSER, *Bibliotheca iuris publici S. R. Germanici Imperii*, 1. Theil, Stuttgart 1729, S. 326 f., 392–397; J. ST. PÜTTER, *Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie*, Göttingen 1767, S. 203–222; *Collectio quorundam statutorum provinciarum et urbium Germaniae, Wetzlariae* 1734, Praefatio: *Dissertationes statuta concernentes*.
- 29 Nachweise bei F. RANIERI (Hg.), *Wortregister zur Sprache des Usus Modernus Pandectarum*, zusammengestellt aus juristischen Dissertationen deutscher Universitäten des 17.–18. Jahrhunderts: A–F (interne Diskussionsgrundlage), Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main 1985, S. 316–319 (*differentia*), 162 f. (*collatio*); DERS. (Hg.), *Juristische Dissertationen deutscher Universitäten 17.–18. Jahrhundert*, Band II (interne Diskussionsgrundlage), Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main 1985, *Inhaltlich-systematisches Register*: 03/06:00 (*differentiae*).
- 30 J. OLDENDORP, *Collatio iuris civilis et canonici, maximam adferens boni et aequi cognitionem*, Coloniae 1541, *Epistola nuncupatoria*, (S. III f.).

»VII conferre, est in comparationem deducere, gegen eynander halten, uberlegen [...] VIII Proxime accedit, quod conferre in pauca, accipimus pro concludere breviter, quae diffusius sunt dicta [...] Eo modo loquimur hic de collatione.«³¹

Es ist bemerkenswert, dass der Vorgang der Vergleichung hier nicht nur die Gegenüberstellung meint, sondern auch die aus den festgestellten Unterschieden zu ziehende Schlussfolgerung. Direkt angeschlossen ist ein kurzer einführender Text über die Praxis der Vergleichung mit dem bezeichnenden Titel: »De vero conferendi usu«, der auf die philosophischen Grundlagen verweist und den Erkenntniswert der Vergleichung hervorhebt:

»Verissima sane omnium philosophorum diffinitio est: nullum esse commodiorem modum ad cognoscendas rerum differentias, et ex his proinde res ipsas, quam si invicem conferantur. Sic enim quae iuxta se ponuntur (ut vulgo dici solet) magis elucescunt.«³²

Im Rückblick auf die Justinianischen Novellen und Constitutionen erklärt Oldendorp das »conferre leges« ausdrücklich zu einer Aufgabe der »prudentissimi legislatores«. Wenn sich der Hinweis auch nur auf die römischen »leges« bezog, so zeigte er doch einen frühen Zugang zum Gesetzgebungsvergleich, wie er dann im späten 18. Jahrhundert und besonders im 19. Jahrhundert gebräuchlich wurde. Oldendorp betont aber auch – unter Berufung auf Cicero – den Nutzen des *usus conferendi* sowohl »in scholis, tum in iudiciis et publicis consultationibus« als ein generelles wissenschaftliches Erkenntnismittel.³³ Oldendorp meinte damit auch den Vergleich zwischen den Zeiten – modern gesprochen den diachronen Vergleich: »confer [...] cum studiis totoque foro posterioris seculi.« Der Vergleich bezieht sich dabei keineswegs nur auf die Rechte, sondern vor allem auch auf die | 447 | allgemeinen staatlichen Umstände und ihre permanenten Veränderungen, die es zu erkennen gelte: »Confer regnorum ac populorum conditiones novas cum veteribus.«³⁴ Auch diese Länder und Zeiten übergreifende Vergleichstechnik wird vor allem im Aufklärungszeitalter des 18. Jahrhunderts zu einem allgemeinen Verfahren,³⁵ dessen historische Vorläufer hier erkennbar werden. Oldendorp betont jedoch besonders den Vorteil der *collatio* zwischen römischem und kanonischem Recht für die Gerichtspraxis und die Rechtsanwälte. Beim Zitieren und Argumentieren mit den römischen *leges* oder dem päpstlichen *Decretum* werde immer

31 Ebenda, (S. XII): De vario significatione.

32 Ebenda, (S. XIII): De vero conferendi usu.

33 Ebenda.

34 Ebenda, (S. XIV).

35 H. MOHNHAUPT, Historische Vergleichung (Anm. 6), S. 42–47, in diesem Band S. 41–65.

wieder wechselseitig auf die Unzuständigkeit des jeweiligen Gerichtes verwiesen, woraus nur unnützer Streit entstehe. Oldendorp fordert, den gesamten gesetzgeberischen Hintergrund der römischen und kirchlichen Gesetze vergleichend zu untersuchen:

»Itaque de vero conferendi usu sic accipe. Primum, retinenda semper est brevitatis [...]. Deinde, in locis ex iure collatis perpendi auctorem, et illius consilium, hoc est, quis, ob quam causam, cui, qua de re, et quando statuerit tale ius. In his enim consistunt et aperiuntur tibi statim circumstantiae negotiorum. Quae quum diversae sint: nihil est mirandum, si de quibusdam speciebus varient ius civile et canonicum. Tum ex collatione facta apparebit tibi lux quaedam mirabilis.«³⁶

Diese erleuchtende Erkenntnis werde bei allen rechtlichen Tätigkeiten dazu dienen, die »similium negotiorum aequitatem« erfolgreich verfolgen zu können. *Aequitas* hat eine doppelte Bedeutung im Sinne von Gerechtigkeit und Gleichheit, die in dieser Sentenz einander zu durchdringen scheinen. Auf jeden Fall dient die Ver-»Gleichung« als methodisches Instrument zur Ermittlung der Unterschiede dazu, auch *aequitas* in ihrer Doppelbedeutung erkennbar zu machen. So erweist sich die *differentia* als ein Kriterium und Maßstab für die Entscheidung über Gleichheit oder Ungleichheit – und das heißt über Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit von Rechten und Rechtsordnungen: »Differentia dicuntur, quae in aliquo conveniunt; in aliquo distinguntur.«³⁷ Die Formulierung »in aliquo conveniunt« öffnet das Feld der differenzierenden Betrachtung und Vergleichung weit über das Recht hinaus auf grundsätzlich alle wissenschaftlichen Disziplinen und der Erkenntnis zugängliche Phänomene der erfahrbaren Lebenswelten. Die Vielzahl der Gegenstände |448| der im 17. und 18. Jahrhundert sich ausweitenden Differentienliteratur spiegelt das wider.³⁸ Im Jahrhundert der Aufklärung wird aber für diese Verbreitung der Differentienliteratur noch zusätzlich der naturwissenschaftliche Impuls der Quantifizierung und der Erhebung messbarer Daten in allen Lebensbereichen entscheidend. Die exakten Naturwissenschaften geben das Beispiel für Erkenntnis und rationale Erklärung durch Bestandserhebungen, statistische Daten, genaue Zahlen und Zustandsermittlungen.³⁹ Im 19. Jahrhundert nannte Emerico Amari dieses Verfahren die Suche nach den Konstanten der sozialen Physik.⁴⁰

36 OLDENDORP, *Collatio* (Anm. 30), (S. XVf.): De vero conferendi usu.

37 J. MICRAELIUS, *Lexicon philosophicum terminorum philosophis usitatorum* [...], Stetini 1662, col. 384.

38 Cf. dazu einige der unter III gegebenen Themenbeispiele innerhalb der Gattung der Differentienliteratur.

39 Cf. COING, *Europäisches Privatrecht* (Anm. 10), S. 46; H. MOHNHAUPT, *Historische Vergleichung* (Anm. 6), S. 41–47.

40 E. AMARI, *Critica di una scienza delle legislazione comparate II* (1857), Palermo: ristampa 1969, S. 258 (Capitolo VIII, nr. XCV).

III. *Differentiae* und *comparatio* zwischen verschiedenen Rechten

Untersucht man die Differentienliteratur mit ihren Bestandsaufnahmen der *differentiae* für den Bereich des Rechts über einen größeren Zeitraum seit dem Spätmittelalter bis zum 18. Jahrhundert,⁴¹ so zeigt sich sofort, dass der Kreis des zum Vergleich aufgebotenen Rechtsstoffs allmählich immer weiter gezogen wird und zunehmend über das Differenzverhältnis zwischen römischem und kanonischem Recht sowie zwischen *ius commune* und *ius patriae* weit hinausreicht und auch außerjuristische Wissens- und Wissenschaftsgebiete umfasst.

Im Vordergrund steht jedoch der Rechte-Vergleich, wobei das römische Recht überwiegend den Maßstab bildet, an dem und mit dem andere Rechte gemessen werden. Der Abstand zum römischen Recht wird gesehen und bewusst gemacht. Differenzen werden akribisch aufgelistet und was vom römischen Recht obsolet geworden war, wurde abgestoßen. Das Verhältnis von gemeinem Recht sowie territorialem und lokalem Recht musste neu geordnet werden. Das bedeutete Vergleichung zwischen römischem Recht und allen anderen konkurrierenden Rechten, vor allem mit heimischem Recht.

Die *collationes et differentiae* zeigen in der umfangreichen vergleichenden Differentienliteratur insoweit auch die Problemfelder des Rechts an, das noch vor dem Hintergrund einer als Einheit gedachten und zu gestaltenden Rechtsordnung gesehen wird. Die in der Differentienliteratur häufig gebrauchten Begriffe wie |449| *consonantio iuris*,⁴² *convenientia iuris*,⁴³ *concordantia*⁴⁴ oder *harmonia*⁴⁵ signalisieren dabei entweder eine Idee der Rechtseinheit, die einer Vergangenheit angehört und inzwischen durch territoriale und lokale Rechtsgeltungsräume und umgreifende »Differenzierung« gekennzeichnet ist; oder sie zielen auf eine Rechtseinheit, die es im Rahmen der durch »Vergleichung« zu ermittelnden Möglichkeiten wieder herzustellen gilt. Die Masse der festgestellten Unterschiede begünstigte jedoch keinen Optimismus, Rechtseinheit herzustellen und Rechtsunsicherheit umfassend beseitigen zu können. Die Zustandsermittlung war jedoch eine erste Voraussetzung zur Therapie der vom *ius commune* sich entfernenden und sich differenzierenden allgemeinen Rechtszustände. Die nachfolgend aufgeführten Beispiele vielfältig verglichener Rechte und Rechtsmaterien zeigen zugleich auch an, dass die unterschiedlichen Rechtsbereiche sich zu wissenschaftlichen Teildisziplinen emanzipiert haben, deren

41 Cf. oben die Literaturnachweise in Anm. 28 und 29.

42 Cf. z. B. J. C. WAGNER, *Consonantiae et differentiae iuris*, Heidelbergae 1602.

43 Cf. S. T. WEICKER, *Dissertatio de convenientia et disconvenientia juris communis et statutarii Noribergensis quoad materiam inventarii*, Gissae 1710.

44 Cf. J. G. RANGONIS, *Dissertatio ad Aut. Wincklerum Epistolica* [...], seu de *concordantia Juris Lubecensis cum communi et Suecano, Gryphiswaldae* 1697.

45 H. GIESEBERTUS, *Periculum I. et II. statutorum harmoniae practicae*, Lubecae 1652.

Rückführung unter ein gemeinsames Dach nicht erwartet werden konnte. Eine andere Frage war, ob nicht die verlorene Einheit des *ius commune* im umfassenden wissenschaftlichen Sinn im Wege einer allgemeinen oder zumindest einer überregionalen bzw. nationalen Gesetzgebung neu formiert werden konnte. Damit ist der Blick auf die Kodifikationsbewegung im Vernunftrechtszeitalter gelenkt, für die die bilanzierende Arbeit der Differentienliteratur als eine Vorbereitungsstufe durch Rechtswissenschaft gesehen werden kann.

1. *Differentiae iuris civilis et canonici*

Abgesehen von vergleichenden Beobachtungen zum Verhältnis zwischen langobardischem und römischem Recht in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts⁴⁶ gehört die Gegenüberstellung von römischem und kanonischem Recht als den beiden *species* innerhalb des *genus ius commune* zu den ersten und wichtigsten Themen der Differentienliteratur.⁴⁷ Bartolus' *Tractatus de differentiis inter ius canonicum et |450| ius civile* bildet dafür ein frühes Beispiel.⁴⁸ Der Traktat beschränkt sich auf Gegenüberstellungen und Unterschiede aus dem Prozessrecht. Begründungen gibt der Autor dafür nicht. Der eindeutig praktische Bezug der Thematik erlaubt die Vermutung, dass der Traktat als Anleitung und Hilfe für Richter und forensische Praxis – wie häufig bei der Differentienliteratur dieser Gattung⁴⁹ – geschrieben wurde. Der reiche Differenzkatalog betrifft vier Prozessrechtsgebiete, nämlich Einleitung und Ordnung der gerichtlichen Untersuchung, Urteil und Prozesshandlung, Urteilsvollstreckung sowie Appellation. Die Differentien werden durch elementare Gegenüberstellungen kenntlich gemacht: »De iure civili non debet compromitti cum iuramento [...]. Sed de iure Canonico, etiam cum sacramento est permissum compromittere.«⁵⁰ Die entsprechenden Belege aus dem römischen und kanonischen Recht werden für die unterschiedlichen Bestimmungen angegeben, aber nicht näher kommentiert

46 A. DE BARULO, *Differentiae inter ius Langobardorum et Romanorum*, Venetiis 1537; Nachweise bei HORN, *Legistische Literatur* (Anm. 9), S. 348.

47 Umfassende Übersicht über die frühen Untersuchungen zu diesem Thema bei J. PORTEMER, *Recherches sur les »Differentiae juris civilis et canonici« au temps du Droit classique de l'Eglise. L'expression des »Differentiae«*. Thèse, Paris 1946, S. 57 ff.

48 Cf. oben Anm. 20 und HORN, *Legistische Literatur* (Anm. 9), S. 345–348. Zur ungesicherten Autorschaft von Bartolus cf. R. STINTZING, *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des fünfzehnten und zu Beginn des sechzehnten Jahrhunderts*, Leipzig 1867, S. 69 f.; PORTEMER, *Recherches* (Anm. 47), S. 72, 77 f.

49 Cf. die Hinweise bei PORTEMER, *Recherches* (Anm. 47), S. 116 f., 128, 133.

50 BARTOLUS, *Differentiae* (Anm. 20), *Differentia I*.