

Reinhard Zimmermann

England und Deutschland: Unterschiedliche Rechtskulturen?

Reinhard Zimmermann
England und Deutschland:
Unterschiedliche Rechtskulturen?

Dieses Werk ist lizenziert unter einer
[Creative Commons](#)
[Namensnennung – Weitergabe unter gleichen](#)
[Bedingungen](#)
[4.0 International Lizenz.](#)



erschienen als Heft 1 in der Reihe
„Widerstand – Demokratie – Internationalität“
im Universitätsverlag Göttingen 2019

Reinhard Zimmermann

England und
Deutschland:
Unterschiedliche
Rechtskulturen?

Widerstand
Demokratie
Internationalität
Heft 1

Universitätsverlag
Göttingen
2019

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.

Gefördert von:



Die Beauftragte der Bundesregierung
für Kultur und Medien

Herausgeber der Reihe
Georg-August-Universität Göttingen
Wilhelmsplatz 1
37073 Göttingen

Stiftung Adam von Trotz, Imshausen e.V.
Im Trottenpark 1
36179 Bebra-Imshausen

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die
Homepage des Verlags sowie über den Göttinger
Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen
Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen
(<https://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar.
Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Layout und Covergestaltung:
mediendesign | aronjungermann

© 2019 Universitätsverlag Göttingen
<https://univerlag.uni-goettingen.de>
ISBN: 978-3-86395-421-5
DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2019-1203>
eISSN: 2698-8828

Vorwort zur Reihe

Adam von Trott zu Solz (1909–1944) ist erst 35 Jahre alt, als er am 26. August 1944 in Berlin-Plötzensee hingerichtet wird – wenige Wochen nach dem missglückten Attentat auf Hitler am 20. Juli. Der Staat „ist zur Willkür geworden“ hatte er bereits als junger Jurastudent kurz nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten 1933 an seinen Vater geschrieben.

Adam von Trott war von Beginn an Gegner des nationalsozialistischen Regimes und setzte sich seit 1939 aktiv für dessen Sturz ein. Darüber hinaus entwickelte er weitreichende Ideen für ein freies, gemeinsames Europa der Zukunft. Er war ein liberal-demokratisch denkender und handelnder Mensch, gehörte zum Kern der Widerstandsgruppe Kreisauer Kreis und war in enger Zusammenarbeit mit Claus Schenk Graf von Stauffenberg an der Verschwörung vom 20. Juli 1944 beteiligt.

Zum Gedenken an den Göttinger Alumnus und Widerstandskämpfer haben die Universität Göttingen und die Stiftung Adam von Trott, Imshausen e.V. im Jahr 2018 das Projekt „Widerstand – Demokratie – Internationalität“ ins Leben gerufen. Gemeinsam organisieren sie Veranstaltungen und initiieren Projekte, die die Auseinandersetzung mit dem historischen Erbe Adam von Trotts für die aktive Gestaltung von Gegenwart und Zukunft nutzbar machen. Dazu gehören öffentliche Vorträge, Tagungen und Konferenzen, Projektseminare, Stipendienprogramme sowie Bildungsangebote für Schülerinnen und Schüler.

Ein herzlicher Dank gilt in diesem Zusammenhang den Bundestagsabgeordneten Thomas Oppermann und Michael Roth sowie den Göttinger Professoren Andreas Busch und Arnulf Quadt, die sich in besonderem Maße für das Kooperationsprojekt eingesetzt haben.

Die vorliegende Schriftenreihe vereint Texte, Vorträge und Reden, die seit 2014 an der Universität und der Stiftung, insbesondere im Zuge von Veranstaltungen in Gedenken an Adam von Trott, entstanden sind. Gemein ist allen Texten ein – teils unmittelbarer, teils mittelbarer – Bezug zur Person Adam von

Trott und zu den Themen des Kooperationsprojekts: Widerstand und Verantwortung, Demokratie und Frieden, Internationalität und Europa. In einigen Beiträgen steht Adam von Trott selbst im Mittelpunkt der Ausführungen. In anderen Beiträgen, wie beispielsweise in den seit 2016 jährlich stattfindenden Adam-von-Trott-Lectures, stellen die Projektthemen die Brücke zum Leben und Wirken Adam von Trotts her.

Ziel der Reihe ist es, besonders wichtige Beiträge aus der gemeinsamen Arbeit zu dokumentieren und einer interessierten Öffentlichkeit dauerhaft zugänglich zu machen. In diesem Sinne sind alle Texte neben der gedruckten Version auch auf der Seite des Universitätsverlags Göttingen online frei verfügbar.

Wir wünschen Ihnen eine anregende Lektüre!

Prof. Dr. Ulrike Beisiegel
Präsidentin der Georg-August-Universität Göttingen
(2011–2019)

Dorothee Engelhard
Vorstandsvorsitzende der Stiftung Adam von Trott,
Imshausen e.V.

Weitere Informationen zu der Kooperation zwischen der Universität Göttingen und der Stiftung Adam von Trott sind unter www.uni-goettingen.de/trott zu finden.

England und Deutschland: Unterschiedliche Rechtskulturen?

von Reinhard Zimmermann*

* In einzelnen Punkten leicht erweiterte schriftliche Fassung meiner Adam-von-Trott-Lecture vom 28. Oktober 2016. Der Vortragsstil ist weitgehend beibehalten worden. Sowohl der Vortrag selbst als auch dessen schriftliche Fassung können vieles nur kurz und im Überblick erwähnen, was eigentlich einer intensiven Vertiefung, und zum Teil auch Differenzierung, bedürfte. Für eine solche Vertiefung bieten die dem Text hinzugefügten Fußnoten Hinweise.

Inhalt

Einleitung: Adam von Trott zu Solz und England

Eigenheiten des englischen Rechts im Vergleich zum deutschen: Zwölf Beobachtungen

- (i) Richterpersönlichkeit oder anonymer Spruchkörper?
- (ii) Entscheidungsstil
- (iii) *Concurring* und *dissenting opinions*
- (iv) Allgemeine Zuständigkeit oder spezialisierte Gerichte?
- (v) Zahl der Richter
- (vi) Juristenausbildung
- (vii) Karrierewege
- (viii) *Iura novit curia?*
- (ix) Wer sind die Rechtshonoratioren?
- (x) Gesetzlicher Richter?
- (xi) *Case law* v. Kodifikationsprinzip
- (xii) Netzwerke

Die andere Seite der Medaille: Sechs Entwicklungslinien

- (i) Fallrecht in Deutschland
- (ii) Gesetzesrecht in England
- (iii) *The search for principle*
- (iv) Historische Verbindungen
- (v) *Common law* v. *civil law*?
- (vi) Europäisierung des Rechts

Schluss: „Our mutual enemy is indolence ...“

Einleitung: Adam von Trott zu Solz und England

Adam von Trott zu Solz (1909–1944) studierte in München, Berlin und Göttingen Jura; das Jurastudium hatte im Imshäuser Zweig der Familie Tradition. Im Jahre 1931 promovierte er mit einer Arbeit über Hegels Staatsphilosophie und das Internationale Recht.¹ Stärker noch als die Rechtswissenschaften, denen er sich nicht zuletzt aus familiärem Pflichtgefühl widmete, prägte ihn und seinen geistigen Horizont eine tiefe Sympathie für England und die Engländer.² Eine angelsächsische Prägung war ihm gewissermaßen in die Wiege gelegt worden. Seine Großmutter war Amerikanerin,³ die mit ihren Töchtern, also auch mit der Mutter von Adam von Trott, Englisch sprach. Adam wuchs unter der Obhut einer englischen Kinderfrau auf, die „nurse“ genannt wurde. Er lernte englische Kinderreime und Kinderlieder; später las seine Mutter mit ihm viktorianische Internats-Klassiker.⁴ Seine erste unmittelbare Begegnung mit England hatte er, als er im Januar 1929 an einer einwöchigen Tagung der Christlichen Studentenbewegung von Großbritannien in Liverpool teilnahm. Er nahm diesen Aufenthalt zum Anlass für einen *term* als Gaststudent am *Mansfield College* in Oxford; dadurch wurde sein politisches Interesse für England geweckt.⁵ Im Anschluss an die Zeit am *Mansfield College* veröffentlichte von Trott unter

¹ Dies alles nach Benigna von Krusenstjern, „daß es Sinn hat zu sterben – gelebt zu haben“: Adam von Trott zu Solz 1909-1944 – Biographie (2009), 86-109, 130-176, 202-204.

² von Krusenstjern (oben Fn. 1), 140.

³ Zu ihren Vorfahren gehörte der erste *Chief Justice* der amerikanischen Union, John Jay: von Krusenstjern (oben Fn. 1), 20; vgl. auch Jens Peter Meincke, Adam von Trott zu Solz, Juristenzeitung 1989, 582 f. (582). John Jay war seinerseits Abkömmling einer hugenottischen Familie, die nach der Aufhebung des Edikts von Nantes zunächst nach England geflohen und dann nach New York weitergezogen war.

⁴ von Krusenstjern (oben Fn. 1), 23, 30, 70.

⁵ von Krusenstjern (oben Fn. 1), 115-129.

dem Titel „Impressions of a German Student in England“⁶ einen Aufsatz, den er selbst als „kleinen Beitrag zur Ebnung des Weges gegenseitiger Anerkennung und Sympathie“⁷ beschrieb. Er betonte darin den Geist der englischen Tradition und das starke, dem Engländer eingeborene Gefühl von Kontinuität, das die Gestaltung der Zukunft inspiriere. In Deutschland entfalte sich demgegenüber die zukunfts-gestaltende Energie in Ablehnung der Vergangenheit.⁸ Nachdem 1929 die Tradition deutscher Rhodes-Stipendien wiederbelebt worden war, bewarb sich Adam von Trott um ein solches Stipendium, das er dann auch zugesprochen bekam. So ging er ab Oktober 1931 für zwei Jahre nach Oxford zurück (diesmal an das *Balliol College*), um dort den Grad eines *Bachelor of Arts* zu erwerben.⁹ Auch später war er mehrfach in England, bis hin zum Ausbruch des Krieges.¹⁰ Bis in sein letztes Lebensjahr träumte er von Oxford und entbehrte den Austausch mit seinen englischen Freunden.¹¹

Auch heute üben England und die englische Kultur eine große Anziehungskraft auf viele Menschen aus. Zur englischen Kultur gehört zweifellos das *common law*: seit dem hohen Mittelalter war es Bestandteil der politischen Verfassung, Element des nationalen Bewusstseins und Grundlage der sozialen Ordnung des Königreichs.¹² Das wurde besonders deutlich im frühen 17. Jahrhundert, als einflussreiche Mitglieder des Juristenstands unter Führung von Sir Edward Coke sich auf die Seite der Parlamentspartei stellten und in ihrem Kampf gegen die absolutistischen Prärogativen der Krone vor allem auf das

⁶ The World's Youth 5 (1929), 135 und 138.

⁷ Zitiert nach von Krusenstjern (oben Fn. 1), 127.

⁸ Adam von Trott, Impressions of a German Student in England, The World's Youth 5 (1929), 135.

⁹ von Krusenstjern (oben Fn. 1), 179-226. Zur Geschichte der Rhodes-Stipendien Philip Ziegler, Legacy: Cecil Rhodes, the Rhodes Trust and Rhodes Scholarships (2008); Adam von Trott wird dort auf S. 175 erwähnt.

¹⁰ Vgl. die Übersicht bei von Krusenstjern (oben Fn. 1), 534 f.

¹¹ von Krusenstjern (oben Fn. 1), 493.

¹² Dazu R.C. van Caenegem, The Birth of the English Common Law, 2. Aufl. (1988).

common law setzten. Der Sieg des parlamentarischen Systems konnte damit auch als Sieg des *common law* gegen das römische Recht begriffen werden, das seinerseits als Machtinstrument der Tudor- und Stuart-Könige erschien (*princeps legibus solutus*).¹³ Seither bildet das *common law* mit seinem freiheitsverbürgenden Nimbus einen wesentlichen Integrationsfaktor des englischen Nationalbewusstseins.¹⁴

Was lässt nun das *common law* heute für einen deutschen Juristen als besonders eigenartig erscheinen? Ich möchte in diesem Vortrag zunächst anhand von zwölf Beobachtungen einen Eindruck von charakteristischen Unterschieden zwischen deutschem und des englischem „Rechtsstil“ geben.¹⁵ In einem zweiten Schritt sollen dann die Gegensätze zwischen

¹³ Vgl. dazu bereits etwa Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 4. Aufl. (1966), 217-219.

¹⁴ Das wird deutlich z.B. in Sir William Blackstones *Commentaries on the Laws of England*, 11. Aufl. (1791), wo es gleich einleitend (S. 6) heißt: „And, first, to demonstrate the utility of some acquaintance with the laws of the land, let us only reflect for a moment on the singular frame and polity of the land, which is governed by this system of laws. A land, perhaps the only one in the universe, in which political and civil liberty is the very end and scope of the constitution“. Zur Bedeutung von Blackstones *Commentaries* vgl. etwa John W. Cairns, *Blackstone, An English Institutist: Legal Literature and the Rise of the Nation State*, *Oxford Journal of Legal Studies* 4 (1984), 318-360 (339-360).

¹⁵ Zum Konzept des „Rechtsstils“ vgl. Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. (1996), 62-73. Speziell für das Thema dieses Vortrags vgl. bereits Hein Kötz, *Deutsches und englisches Recht: Justiz im Stilvergleich*, in: Hein Kötz, *Undogmatisches* (herausgegeben von Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann) (2005), 39-48; *idem*, *The Jurisdiction of Choice: England and Wales or Germany?*, *European Review of Private Law* 6 (2010), 1243-1257 mit Hinweis, unter anderem, auf den „Commercial Flavour of English Contract Law“ (1248-1252); Lord Hope of Craighead, „The Strange Habits of the English“, in: Hector MacQueen (Hg.), *The Stair Society: Miscellany VI* (2009), 309-320.

den beiden Rechtskulturen – Deutschland und England¹⁶ dabei verstanden als Exponenten der Traditionen des *civil law* und des *common law*¹⁷ – relativiert werden.¹⁸

¹⁶ Wenn hier und im Folgenden von England die Rede ist, sind damit, auch wenn dies nur gelegentlich besonders hervorgehoben wird, England und Wales gemeint, die eine Jurisdiktion bilden. Nicht mitgemeint sind Nordirland und insbesondere Schottland, die eigenständige Jurisdiktionen sind. Gleichwohl ist für beide, wie für England und Wales, der *Supreme Court* in London das höchste Gericht (für Schottland freilich nicht im Hinblick auf Strafsachen). – Im Übrigen befasst sich dieser Vortrag in erster Linie mit dem Privatrecht (im Gegensatz zum öffentlichen Recht).

¹⁷ *Civil law* ist ein schillernder Begriff; der Oxford Companion to Law führt zehn unterschiedliche Bedeutungen auf: vgl. Reinhard Zimmermann, *The Civil Law in European Codes*, in: David L. Carey Miller, Reinhard Zimmermann (Hg.), *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincenary Essays* (1997), 259-293 (262 f.). Hier wird *civil law*, wie im rechtsvergleichenden Diskurs zumeist, als zusammenfassende Bezeichnung der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen bezeichnet, die allesamt in der Tradition des römisch-kanonischen *ius commune* stehen. Zum *ius commune* (oder „Gemeinen Recht“) vgl. im Überblick den Eintrag von Nils Jansen, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (2009), 916-920; Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band I (1995), 7-42. Auch der Begriff des *common law* hat unterschiedliche Bedeutungen, „die sich jeweils im Gegensatz zu anderen Gegenständen entwickelten“: Stefan Vogenauer, *Common law*, in: *Handwörterbuch* (wie soeben), 280-283.

¹⁸ Zum Konzept der Rechtskultur Ralf Michaels, *Rechtskultur*, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (2009), 1255-1259; Peter Mankowski, *Rechtskultur* (2016). Zum Konzept der Rechtstradition demgegenüber H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, 4. Aufl. (2010).

Eigenheiten des englischen Rechts im Vergleich zum deutschen: Zwölf Beobachtungen

„It happened on April 19, 1964. It was bluebell time in Kent. Mr. and Mrs. Hinz had been married some 10 years, and they had four children, all aged nine and under. The youngest was one. Mrs. Hinz was a remarkable woman. In addition to her own four, she was foster-mother to four other children. To add to it, she was two months pregnant with her fifth child.

On this day they drove out in a Bedford Dormobile van from Tonbridge to Canvey Island. They took all eight children with them. As they were coming back they turned into a lay-by at Thurnham to have a picnic tea. The husband, Mr. Hinz, was at the back of the Dormobile making the tea. Mrs. Hinz had taken Stephanie, her third child, aged three, across the road to pick bluebells on the opposite side. There came along a Jaguar car driven by Mr. Berry, out of control. A tyre had burst. The Jaguar rushed into this lay-by and crashed into Mr. Hinz and the children. Mr. Hinz was frightfully injured and died a little later. Nearly all the children were hurt. Blood was streaming from their heads. Mrs. Hinz, hearing the crash, turned round and saw this disaster. She ran across the road and did all she could. Her husband was beyond recall. But the children recovered.“

Dies ist nicht der Beginn eines Romans oder einer Kriminalgeschichte. Es handelt sich vielmehr um den Beginn einer Gerichtsentscheidung: *Hinz v. Berry, Court of Appeal*, [1970] 40-46 (42), per Lord Denning M.R.¹⁹ Mrs. Hinz klagte auf Schadensersatz wegen einer „prolonged morbid depression“, die sie aus Anlass dieser familiären Katastrophe erlitten hatte. Wir

¹⁹ Das Kürzel M.R. steht für „Master of the Rolls“, das heißt den Präsidenten der Zivilabteilung des *Court of Appeal*. Der Titel eines „Master of the Rolls“ geht bis in das 13. Jahrhundert zurück; ursprünglich handelte es sich offenbar um einen Kanzleibeamten im *Court of Chancery*, der für die Aufbewahrung der Akten („rolls“) zuständig war.

haben es also mit einer Fallgestaltung zu tun, die im englischen Recht unter der Überschrift „nervous shock“ behandelt wird. Das Hauptproblem liegt darin, dass Mrs. Hinz lediglich ein sekundäres Opfer („secondary victim“) des Unfalls ist. In erster Linie – der deutsche Jurist würde sagen: unmittelbar – hatte Mr. Berry mit seinem Jaguar ja ihren Ehemann getötet und sieben ihrer Kinder verletzt. Freilich erkennen die englischen Gerichte eine „duty of care“, deren Verletzung zum Schadensersatz führt, ausnahmsweise auch gegenüber einem sekundären Opfer an. Der Kläger muss dann jedoch in enger Nähebeziehung zum Unfallopfer gestanden und eine erkennbare seelische Krankheit („recognizable psychiatric illness“) erlitten haben. Ferner ist eine besondere räumliche und zeitliche Nähe erforderlich: Der Kläger muss den Unfall oder dessen unmittelbare Auswirkungen („immediate aftermath“) selbst wahrgenommen haben.²⁰ So lag es hier, und Lord Denning, dem die beiden anderen an der Entscheidung beteiligten Richter, Lord Pearson und Sir Gordon Willmer zustimmten, wies deshalb die Berufung gegen die Ausgangsentscheidung, in der Mrs. Hinz eine Summe von £4.000 zugesprochen worden war, zurück.

Zum Problem der Schockschäden gibt es eine Reihe weiterer Entscheidungen der englischen Gerichte, in denen die einschlägigen Grundsätze bestätigt und verfeinert wurden. Das gilt etwa für die *Alcock*-Entscheidung des *House of Lords* von 1992,²¹ wo das schockauslösende Ereignis die Massenpanik war, die beim FA Cup Halbfinale zwischen dem FC Liverpool und Nottingham Forest am 15. April 1989 im Hillsborough Stadion ausbrach und 96 Tote sowie 766 Verletzte forderte.

²⁰ Eine moderne Analyse der „Schockschadensrechtsprechung“ in England findet sich in der Dissertation von Michael Fischer, *Der Schockschaden im deutschen Recht und im Common Law* (2016), 76-85, 99-101, 125-133, 160-171; zu *Hinz v. Berry* vgl. S. 99 f.

²¹ *Alcock v. Chief Constable of the South Yorkshire Police*, [1992] 1 AC 310 (HL).

Entscheidungen zu derartigen Schockschäden gibt es auch im deutschen Recht. So heißt es im ersten Leitsatz der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11. Mai 1971: „Die seelische Erschütterung ... durch die Nachricht vom tödlichen Unfall eines Angehörigen begründet einen Schadensersatzanspruch gegen den Verursacher des Unfalls nicht schon dann, wenn sie zwar medizinisch erfassbare Auswirkungen hat, diese aber nicht über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen hinausgehen, denen nahe Angehörige bei Todesnachrichten erfahrungsgemäß ausgesetzt sind. Der Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB deckt nur Gesundheitsbeschädigungen, die nach Art und Schwere diesen Rahmen überschreiten.“²² Und der dieser Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt wird mit den dürren Worten wiedergegeben: „Der Ehemann der Klägerin wurde am 6. März 1965 im Alter von 64 Jahren durch den Personenkraftwagen des Beklagten tödlich verletzt. Mit der Klage verlangt die damals 50 Jahre alte Klägerin Ersatz für Gesundheitsschäden, die sie selbst gelegentlich des Unfalls des des Ehemannes erlitten haben will.“²³

Nehmen wir diese beiden in etwa gleichzeitigen Entscheidungen, die des englischen *Court of Appeal* von 1970 und des Bundesgerichtshofs von 1971, zum Ausgangspunkt für unsere zwölf Beobachtungen.

(i) Richterpersönlichkeit oder anonymer Spruchkörper?

Es fällt sofort auf, wieviel stärker persönlich geprägt die englische Entscheidung ist. Die zitierte Passage stammt von Alfred Thompson Denning, Lord Denning of Whitchurch, einem der bekanntesten englischen Richter des 20. Jahrhunderts.²⁴ Er lebte von Januar 1899 bis März 1999, starb also in

²² BGHZ 56, 163-173 (163).

²³ BGHZ 56, 164.

²⁴ Näher zu ihm Reinhard Zimmermann, „Fiat Justitia!“: Alfred Thompson Denning, Baron Denning of Whitchurch (1899-1999) und sein Beitrag zur

seinem 101. Lebensjahr und war der am längsten amtierende Richter der neueren englischen Rechtsgeschichte. „Ich besitze alle Tugenden außer derjenigen der Resignation“, sagte er gelegentlich und schob den Gedanken an einen Abschied aus dem Richteramt immer wieder, letztlich bis zu seinem 84. Lebensjahr, hinaus. Schon im Alter von 45 Jahren – und damit ungewöhnlich jung für englische Verhältnisse – war er zum Richter am *High Court* ernannt worden; bereits vier Jahre später wurde er zum Richter am *Court of Appeal* und abermals neun Jahre später (1957) zum Richter am damals höchsten britischen Gericht, dem *House of Lords*, berufen. Damit hatte er einen Status erreicht, der im Allgemeinen als Gipfel einer englischen Juristenkarriere betrachtet wird. Gleichwohl war er froh, als *Master of the Rolls* an den *Court of Appeal* zurückkehren zu können. Da vor das *House of Lords* nur eine ausgesprochen geringe Zahl von Fällen gelangt, versprach er sich von diesem Amt einen erheblich größeren Einfluss auf die englische Rechtsentwicklung. Er kommentierte diesen Aspekt seiner Karriere, indem er das *House of Lords* mit dem Himmel verglich: Jeder wolle dorthin kommen, aber doch nicht zu rasch. Von der Entscheidung des Bundesgerichtshofs wissen wir demgegenüber nur, dass sie vom VI. Zivilsenat stammt, der hauptsächlich für Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche aus unerlaubten Handlungen zuständig ist. Aus dem Internet lässt sich entnehmen, dass im Mai 1971 Rudolf Pehle Vorsitzender dieses Senats war. Im öffentlichen Bewusstsein ist dieser Name nicht lebendig und er war es auch nie. Auch unter Juristen erreichen Senatsvorsitzende des Bundesgerichtshofs nur in Ausnahmefällen einen nennenswerten Bekanntheitsgrad. Aus der veröffentlichten Entscheidung ist nicht zu entnehmen, welche weiteren Richter des VI. Zivilsenats an der Entscheidung beteiligt waren; unbekannt ist auch, wer die Entscheidung als Berichterstatter vorbereitet hat.

Entwicklung des englischen Privatrechts, in: Diethelm Klippel, Hans-Jürgen Becker, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Colloquia für Dieter Schwab zum 65. Geburtstag* (2000), 153-183 (153-174).

Stärker individualisiert ist auch die Zitation der Entscheidung. Sie erfolgt in England anhand der Namen der Prozessparteien (*Hinz v. Berry*), während in den Kopfzeilen des Entscheidungsabdrucks in Deutschland die Parteinamen anonymisiert werden (vorliegend: Hu. [Bekl.] w. Ha. [Kl.]; mitgeteilt wird dann das Aktenzeichen). Zitiert wird die Entscheidung anhand ihrer Fundstelle in der sogenannten „amtlichen“ Sammlung (BGHZ 56, 163-173).²⁵

(ii) Entscheidungsstil

Mit dem Vorstehenden verbunden ist die Tatsache, dass auch der englische Entscheidungsstil sehr viel stärker persönlich geprägt ist als der deutsche. Es begegnen Ironie, Witz und Sarkasmus, literarische Zitate und allgemein-philosophische Erwägungen,²⁶ und auch das Bekenntnis zu eigenen Vorlieben

²⁵ Die mit dem Kürzel BGHZ bezeichnete Sammlung von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs wird herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft; diese entscheiden, welche Entscheidungen dort, weil in ihren Augen besonders wichtig, abgedruckt werden. „Amtlicher“ Charakter im eigentlichen Sinne des Wortes kommt dieser Sammlung aber nicht zu. Die meisten dieser Entscheidungen, und weitere, werden, häufig gekürzt, in den gängigen juristischen Zeitschriften abgedruckt; unter diesen ist die Neue Juristische Wochenschrift der Marktführer.

²⁶ Auch Zitate aus den römischen Rechtsquellen; vgl. *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd*, [2003] 1 AC 32 (HL), 113-115 (paras 157-160) per Lord Rodger; dazu Lord Hoffmann, *Fairchild and After*, in: Andrew Burrows, David Johnston, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Judge and Jurist: Essays in Memory of Alan Rodger of Earlsferry* (2013), 63-70 (63 f.). Lord Rodger (ein Schüler des deutsch-jüdischen Emigranten David Daube) war im Ausgangspunkt, und blieb Zeit seines Lebens, Gelehrter des römischen Rechts. Zu seiner Karriere vgl. Stefan Vogenauer, Reinhard Zimmermann, Alan Rodger: Gelehrter auf dem Richterstuhl, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 20 (2012), 305-314. Näher zu Lord Rodgers Entscheidungsstil Lord Reed, *The Form and Language of Lord Rodger's Judgments*, in den soeben zitierten *Essays in Memory of Lord Rodger*, 121-131. Allgemein vgl. Mads Andenas, *Duncan Fairgrieve, Simply a Matter of Style? Comparing Judicial Decisions*, *European Business Law Review* 25 (2014), 361-387.

und Gefühlen. „In summertime village cricket is the delight of everyone“, beginnt eine andere Entscheidung von Lord Denning. „Nearly every village has its own cricket field where the young men play and the old men watch.“ Evoziert wird hier mit deutlicher Nostalgie die Welt des guten alten England, in die nunmehr bedauerlicherweise ein „newcomer“ einbricht, kein Liebhaber des Cricket, der am Rande des Platzes ein Haus baut und sich dann auch noch darüber beschwert, dass der Schlagmann mitunter eine Sechs erzielt, so dass der Ball in seinem Garten landet.²⁷ Typisch für Lord Denning sind nicht nur seine immer wieder zum Ausdruck gebrachte Liebe für die anmutigen Landschaften und die schönen alten Dörfer Englands mit ihrer intakten Sozialstruktur sowie seine Wertschätzung bescheidener und ordentlicher Menschen,²⁸ sondern auch sein Stakkato von kurzen Sätzen. In der Karikatur: Lord Dennings Urteile sind mitunter literarische Kostbarkeiten. Spannend zu lesen. Oft amüsant. Und stets um Verständlichkeit bemüht.²⁹ Interessant ist auch, dass es in England keine Schulung im Schreiben von Urteilen gibt. „When I became a judge in 1995, no one gave me any instruction or even tips on how to write a judgment“, schildert Lord Rodger of

²⁷ *Miller and another v. Jackson and others*, [1977] QB 966 (CA).

²⁸ Dazu Dennis R. Klinck, „This other Eden“: Lord Denning’s Pastoral Vision, *Oxford Journal of Legal Studies* 14 (1994), 25-55; Zimmermann (oben Fn. 24), 174-178.

²⁹ Zu berücksichtigen ist freilich zum einen, dass Lord Denning ein besonders eigenwilliger Stilist war. Zum anderen hat es in den letzten beiden Jahrzehnten einen gewissen Wandel gegeben: „Judgments are becoming slightly more like reports of investigations, rather than individual and personalised judgments“: Matthew Dyson, *Judicial Decision-Making in England and Wales*, in: Jürgen Basedow, Holger Fleischer, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Legislators, Judges, and Professors* (2016), 97-150 (147). Das hängt zusammen mit der heute stärkeren Verbreitung von „composite judgments“; vgl. unten Fn. 34.

Earlsferry seine eigene Erfahrung.³⁰ Dahinter steht die Einstellung, dass sich kaum als Richter eignet, wer erst noch lernen muss, wie man ein Urteil schreibt.³¹

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs verfasst seine Entscheidungsbegründung demgegenüber wie die anderen Senate dieses Gerichts, und wie im Prinzip auch alle anderen Gerichte, in einer Ausdrucksweise, der jedes persönliche Element fehlt. Die Bekundung persönlicher Ansichten und Gefühle ist ebenso anathematisiert wie der Gebrauch persönlicher Pronomina; und wenn junge Juristen in Deutschland eines lernen, dann ist es der unpersönliche und nüchterne „Gutachtenstil“, der dazu anhält, alle entscheidungserheblichen juristischen Fragen in logischer Reihenfolge zu prüfen und dabei den Eindruck zu vermitteln, die Argumentation strebe unabhängig von der Person des Verfassers des Gutachtens in unangreifbarer Objektivität auf die eine richtige Entscheidung zu. Die Folge ist, unter anderem, dass sich eine Entscheidung wie die andere liest.³²

(iii) Concurring and dissenting opinions

Court of Appeal, Supreme Court und Bundesgerichtshof sind Gerichte, die ihre Entscheidungen in Richterkollegien treffen.

³⁰ Lord Rodger, *The Form and Language of Judicial Opinions*, *Law Quarterly Review* 118 (2002), 226-247 (246).

³¹ Mit diesen pointierten Worten schildert Lord Neuberger of Abbotsbury die herkömmliche Einschätzung, die er selbst freilich ablehnt; vgl. das Zitat bei Andenas/Fairgrieve, *European Business Law Review* 25 (2014), 386.

³² An anderer Stelle habe ich den Gutachtenstil so zu beschreiben versucht: „This way of thinking is designed to cure students of any temptation to approach [a] case with an unselfconscious sense of what is right and wrong. It nurtures a mental discipline that is widely regarded as a specific attribute of lawyers. It both encourages and inspires a style of writing which is precise, detached and ‘neutral’; or, one might also say, entirely colourless and devoid of literary grace and personal flavor. And it possesses a sublime, if faintly pedantic, inherent logic“: Reinhard Zimmermann, *Characteristic Aspects of German Legal Culture*, in: Mathias Reimann, Joachim Zekoll (Hg.), *Introduction to German Law*, 2. Aufl. (2005), 1-51 (38).

Am *Court of Appeal* sind dies in der Regel jeweils *panels* (Richterbänke) von drei, am *Supreme Court* von fünf (in besonders wichtigen Fällen auch mehr als fünf) Richtern; der *Supreme Court* hat im Jahre 2009 die Aufgaben des *Appellate Committee* des *House of Lords* übernommen.³³ Der Tradition entspricht es, dass ein Richter nach dem anderen, in der Reihenfolge der Seniorität, seine Meinung (*opinion*) zu dem Rechtsstreit, und damit sein Urteil, abgibt,³⁴ lange Zeit mündlich, im Anschluss an die Verhandlung („*ex tempore judgments*“), heute in der Regel schriftlich (als „*reserved judgment*“).³⁵ Dabei kann er sich

³³ Dazu Wolfgang Ernst, *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten: „group choice“ in europäischen Justiztraditionen* (2016), 258 f; George Gretton, *Farewell to their Lordships?*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 13 (2005), 514-517, der zum Regime vor der Begründung des *Supreme Court* schreibt: „[T]he House of Lords is an institution which provokes incredulity. It is a Chamber of Parliament, but is unelected. ... A committee of the House of Lords sits as a court. Its members are peers who are judges: thus to be appointed as a judge in the House of Lords is to be appointed a peer. Whilst peers who are not judges do not sit in the committee, the judges do take part in the legislative business of the House. The head of those judges, the Lord Chancellor, is also a member of the Cabinet, and thus belongs simultaneously to the judicial, the executive, and the legislative branches of government. So much for the separation of powers.“ Zur Entwicklung auch etwa das klassische Buch von John P. Dawson, *The Oracles of the Law* (1968), 89 f.

³⁴ Zu Richtermehrheiten in der Justiztradition Englands Ernst (oben Fn. 33), 255-264. Ernst, 277-282, weist aber auch auf die „eher unterschwellige“ Entwicklung in den letzten zwanzig Jahren hin, Urteile „mehr und intensiver kollegial zu beraten“ und zu einem „composite judgment“ zu kommen, das die Rechtsansichten aller Richter widerspiegelt und vereint. Diese Entwicklung begegnet teilweise Bedenken, indem etwa geltend gemacht wird, „[that] the law is better served by the application of multiple strands of brilliant reasoning“ (Zitat nach Ernst, 281) als durch einen richterlichen Einheitsbrei. Zum „collegial decision-making“ in England auch Dyson (oben Fn. 29), 125-129, auch er mit Hinweis auf „a modern trend away from individual judgments“ (128); Andenas/Fairgrieve, *European Business Law Review* 25 (2014), 366-370, 371 f.

³⁵ Lord Rodger, *Law Quarterly Review* 118 (2002), 229-232. Lord Rodger schätzte, dass auch 2002 noch etwa 30 % der Urteile des *Court of Appeal* *ex*

dem Urteil eines anderen Richters anschließen, aber auch ein mehr oder weniger ausführlich begründetes eigenes Urteil verfassen. Dieses Urteil kann sich in der Begründung, aber auch im Ergebnis von dem der anderen zur Entscheidung berufenen Richter unterscheiden. Schreibt ein Richter sein eigenes, individuell unterschriebenes Urteil und stimmt dabei der Mehrheitsmeinung zu, spricht man von einer *concurring*, ansonsten von einer *dissenting opinion*. Eine *dissenting opinion* kann scharfe Kritik an der Mehrheitsmeinung enthalten.³⁶ In der Tat sind wichtige Entscheidungen schon mit einer Mehrheit von 3 : 2 getroffen worden.³⁷ Dabei kann die Ermittlung der *ratio decidendi* „of the court“, also der Entscheidung des für den Fall zuständigen Gerichts insgesamt, Schwierigkeiten bereiten – so etwa, wenn die Richtermehrheit ihre im Ergebnis übereinstimmenden Urteile auf unterschiedliche Gründe stützt.³⁸ Der Ermittlung einer *ratio decidendi* bedarf es aber zur Gewährleistung der Stabilität und Sicherheit des Rechts in einem Präjudizienystem, denn das Gebot des *stare decisis*, also

tempore gegeben wurden. Aus der Tradition mündlicher Entscheidungen erklärt sich, dass bis heute mitunter der Begriff „speech“ für „opinion“ verwendet wird. Es kommt gelegentlich vor, dass ein *barrister* versucht, ein Urteil als nicht überzeugend einzustufen, weil es „nur“ *ex tempore* ergangen ist. Für New South Wales vgl. *Valentine v. Eid*, New South Wales Law Reports 27 (1992), 615 (621): „It is notorious that the formidable case load in the District Court necessarily demands frequent *ex tempore* judgment which does not suggest itself as a source for systematic derivation of precedent.“

³⁶ Lord Brown of Eaton-under-Heywood, *Dissenting Judgements*, in: Andrew Burrows, David Johnston, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Judge and Jurist: Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry* (2013), 29-37.

³⁷ Ein Beispiel bietet *M'Alister or Donoghue v. Stevenson*, [1932] AC 562 (HL), eine für die Entwicklung des englischen Rechts der unerlaubten Handlungen zentrale Entscheidung, in deren Mittelpunkt eine verweste Schnecke stand, die aus einer undurchsichtigen Flasche mit „ginger beer“ über die Eiscreme der Klägerin, Mrs. Donoghue, gegossen wurde. Vgl. dazu die Glosse „... his soul goes sliding on forever“, Neues von der Mrs. Donoghue-Forschung, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1 (1993), 435-438.

³⁸ Näheres zur Ermittlung der *ratio decidendi* bei Ernst (oben Fn. 33), 266-274.

der Präjudizienbindung, bezieht sich auf eben diese *ratio decidendi* und nicht auf *obiter dicta* (nebenbei geäußerte Rechtsansichten).³⁹

Im Gegensatz zu den englischen Gerichten, in denen die Richterbänke *ad hoc* zusammengestellt werden, ist der Bundesgerichtshof in fest abgegrenzte Spruchkörper (Senate) untergliedert, die mit sieben oder acht Richtern besetzt sind, von denen aber nur jeweils fünf an den einzelnen Entscheidungen mitwirken. Auch hier kann die Urteilsfindung schwierig sein, und auch hier können unterschiedliche Auffassungen der beteiligten Richter aufeinanderprallen. Davon dringt jedoch nichts nach außen. Die Entscheidung ist eine Entscheidung des Spruchkörpers insgesamt, in dem einleitend erwähnten Beispiel des VI. Zivilsenats. Auch insoweit wird also alles getan, um den Eindruck der einen zutreffenden und überzeugend begründeten Entscheidung zu vermitteln. Anders ist dies in Deutschland nur beim Bundesverfassungsgericht, für das im Jahre 1970 die Möglichkeit individualisierter Sondervoten der Richter des zur Entscheidung berufenen Senats eingeführt wurde.⁴⁰

(iv) Allgemeine Zuständigkeit oder spezialisierte Gerichte?

Der *Supreme Court* hat eine grundsätzlich universelle Zuständigkeit. Wirtschaftsrecht, Erbrecht, Vertragsrecht, Verwal-

³⁹ Zur *rule of precedent* siehe etwa Stefan Vogenauer, Precedent, Rule of, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2009), 1170-1172; Dyson (oben Fn. 29) 100-102. Das bis heute wohl führende Lehrbuch ist Rupert Cross, James W. Harris, Precedent in English Law, 4. Aufl (1991).

⁴⁰ Für ein Plädoyer zugunsten von Jurisdiktionen mit „polyphonischem“ (im Gegensatz zu „monophonischem“) Entscheidungsstil vgl. Lord Mance, In a Manner of Speaking: How Do Common, Civil, and European Law Compare?, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Recht* 78 (2014), 231-251.

tungsrecht, Verfassungsrecht, Strafrecht: Die gesamte Bandbreite von Rechtsstreitigkeiten wird vor ein und demselben Gericht aufgerollt. In Deutschland gibt es demgegenüber fünf oberste Gerichtshöfe des Bundes – den Bundesgerichtshof in Karlsruhe, das Bundesarbeitsgericht in Erfurt, den Bundesfinanzhof in München, das Bundessozialgericht in Kassel und das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig – sowie als weiteres Bundesgericht das Bundespatentgericht. Hinzu kommt als eigenständiges Gericht das Bundesverfassungsgericht.

(v) Zahl der Richter

Die Zahl der Richter am *Supreme Court* beträgt zwölf.⁴¹ Der Bundesgerichtshof ist demgegenüber in zwölf Zivilsenate, fünf Strafsenate und acht „Spezialsenate“ unterteilt; insgesamt gehören ihm zur Zeit 129 Richter an. Am Bundesverfassungsgericht sind 16 Richter tätig, und an den anderen obersten Gerichten 57 (Bundesverwaltungsgericht), 38 (Bundesarbeitsgericht), 60 (Bundesfinanzhof), 42 (Bundessozialgericht) und 47 (Bundespatentgericht). Insgesamt stehen also den zwölf Richtern am *Supreme Court* nicht weniger als 389 Richter an obersten Gerichten in Deutschland gegenüber.⁴² Diese erstaunliche Diskrepanz macht deutlich, dass überhaupt nur eine ausgesprochen geringe Zahl von Fällen zum *Supreme Court* gelangt. Dafür sind eine Reihe von Gründen verantwortlich, in erster Linie die im Vergleich zu Deutschland außerordentlich hohen Prozesskosten.⁴³ Diese wiederum erklären sich unter anderem

⁴¹ Genauer gesagt, nicht mehr als zwölf: *Constitutional Reform Act* 2005, s. 23 (2). Nach der Pensionierung von Lord Toulson im Juli 2016 ist die Zahl der Vollzeitrichter am *Supreme Court* zeitweise auf elf gesunken. Die Vakanz wird in derartigen Fällen durch einen von Fall zu Fall bestimmten Ergänzungsrichter (darunter auch pensionierte Richter) gefüllt. Zur Entwicklung Ernst (oben Fn. 33), 258; vgl. auch Dyson (oben Fn. 29), 106 f.

⁴² Nicht berücksichtigt sind dabei ehrenamtliche Richter, die am Bundesarbeitsgericht und am Bundessozialgericht tätig sind, und auch nicht die 65 Richter am Bundespatentgericht ohne juristische Ausbildung.

⁴³ Zum Thema der Prozesskosten in Zivilverfahren gibt es zwei neuere, vergleichende Untersuchungen: Christopher Hodges, Stefan Vogenauer,

daraus, dass, in den Worten von Hein Kötz, der englische Zivilprozess sich zum deutschen „wie der Rolls Royce zum Volkswagen“ verhält.⁴⁴ Vor den *Supreme Court* gelangen deshalb auch vor allem die „großen Fälle“, in denen es um sehr hohe Streitwerte oder um wichtige Fragen von öffentlichem Interesse geht und nicht z.B. die vielen kleinteiligen Verbraucherstreitigkeiten, mit denen es der Bundesgerichtshof nicht selten zu tun hat. Zu berücksichtigen ist auch, dass Entscheidungen des *Court of Appeal*, der seinen Sitz in London hat, größeres Gewicht und größeres Prestige haben als die Entscheidungen der über 20 deutschen Oberlandesgerichte von Zweibrücken bis Naumburg und Rostock.

(vi) Juristenausbildung

Für die Zulassung als Anwalt und für die richterliche Karriere sind in Deutschland ein vier- bis fünfjähriges Jurastudium, ein zweijähriges Referendariat und zwei juristische Staatsexamina erforderlich. In England ist ein universitäres Jurastudium für den juristischen Nachwuchs heute zwar die Regel, aber (aus deutscher Sicht erstaunlich) *nicht* Voraussetzung für die Berufung zum Anwalt oder Richter. So hatte der eingangs erwähnte Lord Denning Mathematik studiert; der gegenwärtige Präsident des *Supreme Court*, Lord Neuberger of Abbotsbury, ist ein ausgebildeter Chemiker, und Lord Sumption, der 2012 zum Richter am *Supreme Court* berufen wurde, ist ein Mittelalterhistoriker, der bislang, neben weiteren Werken, vier von fünf geplanten Bänden einer umfassenden Geschichte des

Magdalena Tulibacka (Hg.), *The Costs and Funding of Litigation* (2010); Mathias Reimann (Hg.), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Comparative Study* (2012). In diesem Zusammenhang relevante Unterschiede zwischen englischem und deutschem Recht betreffen nicht nur die Höhe der Gerichts- und Anwaltskosten, sondern auch die Frage, ob die Kosten beider Parteien am Ende vom Verlierer des Rechtsstreits getragen werden müssen, die Zulässigkeit von Erfolgshonoraren, die Verfahren der Sachverhaltsaufklärung, und die Verfügbarkeit von Prozesskostenhilfe.

⁴⁴ Kötz, in: Undogmatisches (oben Fn. 15), 48.

Hundertjährigen Krieges vorgelegt hat.⁴⁵ In einer englischen Zeitung wurde Lord Sumption mit der Aussage zitiert „I think that it is best not to read law as an undergraduate“.⁴⁶ Wer kein Jurastudium aufzuweisen hat, wird durch die Absolvierung eines sogenannten „conversion course“ Jurist, auch dies freilich erst seit den 1970er Jahren.⁴⁷ Solche von privaten Akademien oder Universitäten angebotenen Intensivkurse können in einem Jahr absolviert werden, kosten zwischen £4.000 und £11.000, und führen zum Erwerb eines *Graduate Diploma in Law*. Im Übrigen vertraut man in England weithin, wie früher ausschließlich, auf den Erwerb praktischer Erfahrung durch praktische Tätigkeit („learning on the job“). Das entspricht der von dem großen amerikanischen Richter Oliver Wendell Holmes formulierten Einsicht „The life of the law has not been logic; it has been experience.“⁴⁸ Und es entspricht einem tief verwurzelten Misstrauen gegenüber Experten: „No lesson seems to be so deeply inculcated by the experience of life as that you should never trust experts. If you believe the doctors, nothing is wholesome; if you believe the theologians, nothing is innocent; if you believe the soldiers, nothing is safe. They all require to have their strong wine diluted by a very large admixture of insipid common sense.“⁴⁹

Im Übrigen kann es vorkommen, dass Juristen aus anderen Jurisdiktionen in England zum Richter, und gerade auch

⁴⁵ Traditionell besonders populär war im Übrigen das Studium der Altertumswissenschaften („classics“); ein Beispiel aus neuerer Zeit bietet Lord Wilberforce. Zu ihm Maarten Bos, Ian Brownlie (Hg.), *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (1999).

⁴⁶ Vgl. auch Dyson (oben Fn. 29), 117.

⁴⁷ Zuvor war für die rechtspraktischen Berufe nicht einmal der erfolgreiche Abschluss eines *conversion course* Voraussetzung: Dyson (oben Fn. 29) 117.

⁴⁸ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* (1881), 1.

⁴⁹ So Robert Gascoyne-Cecil, 3rd Marquess of Salisbury, britischer Premierminister von 1885-1886, 1886-1892, und 1895-1902, in einem Schreiben an den seinerzeitigen Vizekönig von Indien, Edward Bulwer-Lytton; vgl. die wunderbare Biographie von Andrew Roberts, *Salisbury: Victorian Titan* (paperback edition, 1999), 218.

zum Richter am *Supreme Court* (bzw. früher: *House of Lords*) ernannt werden. Das gilt natürlich für die beiden schottischen Richter, die jeweils dem höchsten britischen Gericht angehören.⁵⁰ Zudem waren von 1995–2005 bzw. 1995–2009 zwei südafrikanische Juristen Mitglied des *House of Lords*: Lord Steyn, dessen Vater Juraprofessor an der Universität Stellenbosch gewesen war und der seinerseits dort Jura studiert hatte, sowie Lord Hoffmann, der sein juristisches Studium an der *University of Cape Town* absolviert hatte und Autor eines Lehrbuchs zum südafrikanischen Beweisrecht ist.⁵¹ Beide kamen als Rhodes-Stipendiaten nach Oxford.

(vii) Karrierewege

Ganz unterschiedlich sind auch die juristischen Karrierewege. So ist zum einen in England der Anwaltsberuf zweigeteilt.⁵² Ein junger Jurist kann entweder *solicitor* oder *barrister* werden. Der *solicitor* ist beratend tätig. Er dient als erste Anlaufstelle für juristische Probleme aller Art, er gestaltet Verträge und Testamente und bereitet Prozesse vor. *Solicitors* können sich zu gro-

⁵⁰ In Schottland gilt nicht englisches Privatrecht; vielmehr ist das schottische Privatrecht eine unkodifizierte „Mischrechtsordnung“; vgl. unten Fn. 125.

⁵¹ Auch das südafrikanische Privatrecht ist eine unkodifizierte „Mischrechtsordnung“; vgl. unten Fn. 87-89. Von 2000 bis 2009 war mit Lord Scott ein weiterer Südafrikaner, der an der *University of Cape Town* einen *Bachelor of Arts* erworben hatte, Mitglied des House of Lords.

⁵² Für Zweigert/Kötz (oben Fn. 15) 208-212 (208) ist diese Unterscheidung eine charakteristische Besonderheit des englischen Rechtswesens. Doch kannte auch das gelehrte Recht auf dem Kontinent zwei Anwaltsberufe, die je verschiedene Aufgaben übernahmen: „Die Advokaten berieten die Parteien in rechtlicher Hinsicht und verfassten im schriftlichen Verfahren regelmäßig auch die Schriftsätze. Die Prokuratoren traten dagegen vor Gericht auf und konnten als postulationsfähige Vertreter dort wirksam Prozesshandlungen vornehmen“: Peter Oestmann, *Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren* (2015), 120 f. Die Unterschiede, so Oestmann weiter, ebneten sich im 18. Jahrhundert ein, bevor sich im 19. Jahrhundert die einheitliche Bezeichnung „Rechtsanwalt“ durchsetzte.

ßen Anwaltsfirmen zusammentun (Clifford Chance, Freshfields, Linklaters, etc.). Der *barrister* ist demgegenüber der forsenisch tätige Anwalt, der auf das Auftreten vor Gericht (vor den Gerichtsschranken = „bar“) spezialisiert ist. *Barristers* dürfen sich nicht in Sozietäten zusammenschließen, sondern nur in einer sehr lockeren Bürogemeinschaft („chambers“) tätig sein. Im Übrigen gehören sie einer der vier Anwaltsvereinigungen an, die als *Inns of Court* bekannt sind (*Lincoln’s Inn*, *Inner Temple*, *Middle Temple*, und *Gray’s Inn*) und deren Tradition bis auf das späte 14. Jahrhundert zurückreicht.⁵³ „Inn“ bedeutet so viel wie Gaststätte, und in der Tat handelt es sich um Räumlichkeiten, in denen man (auch) speisen kann. Bis heute ist es so, dass ein Anwaltsaspirant während seiner Lehrlingszeit („pupillage“) in einem der *Inns of Court* eine bestimmte Anzahl von Essen absolviert haben muss, bevor er dort zugelassen werden kann.⁵⁴ Nach mindestens zehn Jahren erfolgreicher Praxis kann ein *barrister* zum *Queen’s Counsel* (Q.C.) ernannt werden und trägt dann eine Seidenrobe („he takes silk“). Nach weiteren Jahren erfolgreicher Praxis als Q.C. kann er auf eine Berufung zum Richter hoffen (muss dabei aber vielfach eine erhebliche Einbuße seines Einkommens in Kauf nehmen),⁵⁵ in der Regel zunächst zum *High Court*, dann zum *Court of Appeal* und schließlich, möglicherweise, zum *Supreme*

⁵³ J.H. Baker, *The Third University of England: The Inns of Court and the Common Law Tradition* (1990); vgl. auch *idem*, *An Introduction to English Legal History*, 4. Aufl. (2002), 159-162.

⁵⁴ An das *dinner* können sich Vorträge oder Debatten anschließen. Ein Freund, der Mitglied von *Gray’s Inn* ist, schreibt mir dazu Folgendes: „There are two requirements: (1) Twelve dinners must be eaten, and (2) one is not permitted to use the lavatory during meals (in my days doors were closed and guarded) ... I was told that [the latter] was to train barristers not to need a ‚comfort break‘ during a Court hearing, but I am prepared to accept that this is apocryphal. ... Nowadays there is no educational content.“

⁵⁵ Ein erfolgreicher *barrister*, der auf Wirtschaftssachen spezialisiert ist, kann mehrere Millionen £ im Jahr verdienen; die Gehaltsskala für Richter reicht demgegenüber bis 250.000 £. Finanziell attraktiv sind demgegenüber die Pensionsansprüche von Richtern. Im Übrigen werden viele Richter nach ihrer Pensionierung als Richter in Schiedsverfahren tätig.

Court.⁵⁶ Der Weg zur Tätigkeit als Richter ist also ebenso lang wie anstrengend; ein prospektiver Richter muss sich über viele Jahre hinweg als *barrister* bewährt haben. Da Richter traditionell aus ihren Reihen ausgewählt werden, gelten *barrister* nicht selten als die eigentliche Anwaltselite. Entsprechend begehrt und, im Vergleich zu den Bewerbern knapp, sind die Plätze zur Ableistung einer *pupillage* bei einem etablierten *barrister*. Der Tradition entspricht es, dass ein *barrister* nicht unmittelbar mit (potentiellen) Klienten in Kontakt tritt. Vielmehr führt jemanden, der einen Anspruch gerichtlich geltend machen möchte, der Weg in der Regel zunächst zu einem *solicitor*, der dann seinerseits einen *barrister* einschaltet. Eine Prozesspartei bezahlt damit von vornherein mindestens zwei Anwälte.

In Deutschland gibt es demgegenüber keine „split profession“, sondern nur einen einheitlichen Anwaltsberuf. Richter ist ein beamtenähnlich ausgestalteter Karriereberuf.

(viii) *Iura novit curia?*

Das Verfahren vor englischen Gerichten ist traditionell stärker antagonistisch ausgestaltet als in Deutschland.⁵⁷ Der Richter ist im Grunde in der Rolle eines Schiedsrichters, vor dem das Drama des Prozesses abrollt. Die *barrister* entwickeln in lebendiger Rede und Gegenrede den Prozessstoff und die für ihre Sache erfolgversprechenden Argumente; zudem benennen sie die einschlägigen Rechtsquellen. Der Richter greift in seiner Entscheidung in der Regel nur auf Argumente und auf Rechtsquellen (!) zurück, die vor ihn gebracht worden sind. Es gilt damit nicht der für uns selbstverständliche Satz „*iura novit*

⁵⁶ Nur in ganz seltenen Ausnahmefällen ist bislang ein *barrister* unmittelbar zum Richter am *Supreme Court* (oder zuvor: *House of Lords*) ernannt worden. Die Karriere des zuvor erwähnten Lord Sumption bietet dafür ein Beispiel, das einzige in mehr als fünfzig Jahren.

⁵⁷ Diesen Punkt hebt Kötz in seinen beiden oben (Fn. 15) erwähnten Aufsätzen hervor; vgl. auch etwa Dyson (oben Fn. 29), 130-137.

curia“ (das Gericht kennt das Recht).⁵⁸ Der Zivilprozess in Deutschland wird demgegenüber aus englischer Sicht nicht selten mit dem ebenso kuriosen wie missverständlichen Begriff „inquisitorisch“ bezeichnet.

(ix) Wer sind die Rechtshonoratioren?

Die „Rechtshonoratioren“ (Max Weber),⁵⁹ die den Stil einer Rechtsordnung prägen und höchstes Ansehen genießen, sind in England die Richter.⁶⁰ Das zeigt sich rein äußerlich schon daran, dass sie mit ihrer Ernennung zum *High Court* zum Ritter geschlagen werden (und dann nicht mehr Vivian Ramsay, sondern Sir Vivian heißen),⁶¹ und bei ihrer Ernennung zum *Sup-*

⁵⁸ Aufgrund der *Civil Procedure Rules* von 1999, die auf den „Woolf Report“ von 1996 zurückgehen, spielen Richter heute aber eine aktivere Rolle in Zivilverfahren („active case management“); vgl. im Überblick Christoph Graf Bernstorff, Einführung in das englische Recht, 4. Aufl. (2011), 156 f. Insbesondere die Richter des *Supreme Court* beteiligen sich (für einen mit dem herkömmlichen englischen Prozessstil vertrauten Beobachter in überraschendem Maße) aktiv an der mündlichen Verhandlung (und tragen dabei keine Perücken oder Roben, sondern Straßenanzüge). Zudem weisen sie die Parteien durchaus auch selbst auf ihrer Meinung nach einschlägige Rechtsquellen hin. Voraussetzung dafür, dass solche Quellen im Urteil verwendet werden dürfen, ist allerdings, dass das Gericht die Parteivertreter mit entsprechenden Abschriften ausstattet und dass sie Gelegenheit haben, sich zu den Quellen zu äußern.

⁵⁹ Dazu Max Rheinstein, Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluss auf Charakter und Funktion der Rechtsordnungen, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 34 (1970), 1-13.

⁶⁰ Einige Fakten zur Richtersoziolegie (insbesondere „diversity“) bei Dyson (oben Fn. 29), 112-122; vgl. auch die *Judicial Diversity Statistics 2015* im *Judicial Office Statistics Bulletin* (30. Juli 2015).

⁶¹ Interessanterweise wird ein derartiger Ritterschlag nicht, jedenfalls nicht automatisch, Personen zuteil, die aus Großbritannien als Richter an den Europäischen Menschenrechtsgerichtshof nach Straßburg oder zum Europäischen Gerichtshof nach Luxemburg entsandt werden; ein Beispiel bietet Paul Mahoney, Richter am Straßburger Gericht von 2012-2016.

reme Court bis 2009 zu einem Baron des Vereinigten Königreichs erhoben wurden und auch seither noch immer den Höflichkeitstitel eines „Lord“ erhalten.⁶²

Professoren haben demgegenüber in England herkömmlich nur untergeordneten Status,⁶³ was der Maxime entspricht: „those who can, do; those who can't, teach“. Sie sind bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts hinein in Gerichtsentscheidungen kaum zitiert worden (jedenfalls soweit sie noch am Leben waren; dies ist die „only read when dead“-Regel);⁶⁴ und sie haben in der Regel auch nicht proaktiv gedacht, sondern ihre vornehmste Aufgabe darin gesehen, das Fallrecht der Gerichte zu kommentieren und zu ordnen.⁶⁵

Umgekehrt gilt das deutsche Recht als Professorenrecht nach dem für die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts verbreiteten Satz: „Jurisprudenz, das heißt Pandekten, und Pandekten, das heißt Windscheid.“⁶⁶ Damit ist angespielt auf das große und ungemein einflussreiche Lehrbuch von Bernhard Windscheid zum zeitgenössischen römischen Recht, ein Recht, das in Teilen Deutschlands noch galt, das aber auch

⁶² Vgl. unten Fn. 77 und 79.

⁶³ „The profession in London sneers at us as impractical ...“: Thomas Erskine Holland (*Reader* und später *Professor of International Law* in Oxford) in einem Brief an Oliver Wendell Holmes; zitiert nach Stefan Vogenauer, *An Empire of Light? Learning and Lawmaking in the History of German Law*, *Cambridge Law Journal* 64 (2005), 481. Den leitmotivischen Ausgangspunkt von Vogenauers Aufsatz bildet ein Zitat aus John Austins Buch (*The Province of Law Determined* [1832]): die vom römischen Recht geprägte deutsche Rechtskultur sei im Vergleich „the region of order and light“.

⁶⁴ „[B]ooks of living authors are not usually to be cited“: *Taylor v. Curtis*, (1816) 6 Taunt 608 (610) (*English Reports* 128, 1172); dazu neuerdings Alexandra Braun, *Burying the Living? The Citation of Legal Writings in English Courts*, *American Journal of Comparative Law* 58 (2010), 27-52; Lord Neuberger of Abbotsbury, *Judges and Professors – Ships Passing in the Night?*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 77 (2013), 233-250 (234-242).

⁶⁵ Vgl. etwa Dawson (oben Fn. 33), 95-97; Lord Neuberger of Abbotsbury (vorige Fn.), 240 („lack of an academic legal culture“).

⁶⁶ Zitiert nach Ulrich Falk, Bernhard Windscheid, in: Michael Stolleis (Hg.), *Juristen: Ein biographisches Lexikon* (2001), 673.

darüber hinaus eine einheitliche intellektuelle Klammer für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in Deutschland bildete.⁶⁷ Bis in das 19. Jahrhundert hinein waren die Juristenfakultäten in Deutschland als Spruchkollegien auch Rechtsprechungsorgane gewesen.⁶⁸ Der Professor genießt in Deutschland nach wie vor ein vergleichsweise hohes Sozialprestige, und die deutsche Rechtskultur ist nach wie vor in charakteristischer Weise wissenschaftlich geprägt. Übrigens lässt sich schon der Begriff der „Rechtswissenschaft“ kaum präzise ins Englische übertragen.

(x) Gesetzlicher Richter?

Das Prinzip des gesetzlichen Richters ist in Deutschland ein Justizgrundrecht (Art. 101 Abs. 1 Grundgesetz), das außerordentlich ernst genommen wird. Nach abstrakt-generellen Kriterien muss *ex ante* festgelegt sein nicht nur, welches Gericht, sondern auch, welcher Richter oder welches Richterkollegium innerhalb eines Gerichts für einen Rechtsstreit zuständig ist. Vertretungsregeln müssen bestimmen, wer im Falle von Urlaub und Krankheit einspringt, und es muss klar sein, welche Richter innerhalb eines überbesetzten Spruchkörpers an welchem Verfahren beteiligt sind. Das Bundesverfassungsgericht wacht über die Umsetzung und Einhaltung des Prinzips des gesetzlichen Richters mit Argusaugen.⁶⁹ Dahinter stehen die

⁶⁷ Vgl. Reinhard Zimmermann, Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht: Die Geschichte einer Emanzipation durch „Auseinanderdenken“, in: Reinhard Zimmermann, Rolf Knütel, Jens Peter Meinicke (Hg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (1999), 1-39 (4-7). Im Zeitalter des „Gemeinen Rechts“, d.h. des in Europa rezipierten römisch(-kanonischen) Rechts vor dem Zeitalter der Kodifikationen (vgl. dazu die Nachweise oben Fn. 17), hatte die *communis opinio doctorum* lange Zeit normative Wirkung: vgl. z.B. Coing (oben Fn. 17), 124 f.

⁶⁸ Vgl. im Überblick Reinhard Zimmermann, Wider „die verderbliche Einseitigkeit“, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 77 (2013), 300-308 (303 f.).

⁶⁹ Vgl. insbesondere die in BVerfGE 95, 322 veröffentlichte Entscheidung („Spruchgruppen“), die sogar, was sehr selten vorkommt, als Entscheidung

Erfahrungen mit der Willkürjustiz im Rahmen der Perversion der Rechtsordnung während der Zeit des „Dritten Reiches“.

Für einen deutschen Juristen immer wieder erstaunlich ist die Tatsache, dass es in England ein Prinzip des gesetzlichen Richters nicht gibt. In der Zivilabteilung des *Court of Appeal* verteilt der *Master of the Rolls* die Fälle, im *Supreme Court* dessen Präsident; früher, im *Appellate Committee* des *House of Lords*, tat dies der dienstälteste Richter. Lord Goff of Chieveley, der jahrelang der dienstälteste Richter war, entgegnete mir einmal auf die Frage, wie er die hereinkommenden Fälle verteile, mit der entwaffnenden Bemerkung „Well, I go to Lord Hoffmann and say to him ‚Lennie, this might interest you‘“.⁷⁰ Dabei spielt die Arbeitsbelastung, aber auch eine gewisse fachliche Spezialisierung eine Rolle. So kümmern sich zum Beispiel Lady Hale und Lord Wilson of Culworth um das Familienrecht, Lord Clarke of Stone-cum-Ebony um das Seehandelsrecht oder Lord Mance um Versicherungs- und Kartellrecht. Fälle aus Schottland werden zunächst einem der beiden schottischen Richter anvertraut, die dem *Supreme Court* kraft Konvention angehören.

des Plenums des Bundesverfassungsgerichts ergangen ist. Es ging um die interne Besetzung der Senate des Bundesfinanzhofs, die sich nach Kriterien wie Eilbedürftigkeit und Arbeitsbelastung richtete. Hierin sah das Bundesverfassungsgericht einen Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG.

⁷⁰ Vgl. auch Lord Denning: „Als Master of the Rolls habe ich mehr zu sagen. Ich suche die Fälle aus[, die ich entscheide]“: vgl. Zimmermann (oben Fn. 24) 155. – Vgl. zum englischen System auch Dyson (oben Fn. 29) 123 f. Interessanterweise wird die Entscheidung über die politisch brisante Frage, ob das Parlament der Einleitung des Austrittsverfahrens nach Art. 50 EUV („Brexit“) zustimmen muss, von einer mit allen Richtern des *Supreme Court* besetzten Richterbank getroffen werden. Damit soll Vorwürfen, die entscheidenden Richtern seien nach ihrer Sympathie für oder gegen „Europa“ ausgesucht worden, von vornherein ein Riegel vorgeschoben werden. (Derartige Vorwürfe sind, angesichts der Tatsache, dass er Gründungsmitglied des *European Law Institute* war und sich aktiv an dessen Arbeit beteiligt, in der Presse gegenüber Lord Thomas of Cwmgiedd erhoben worden, der als einer von drei Richtern an der erstinstanzlichen Entscheidung mitgewirkt hat.)

(xi) *Case law* v. Kodifikationsprinzip

Ein prägendes Charakteristikum der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, und damit auch des deutschen Rechts, wird ganz allgemein darin gesehen, dass ihr Privatrecht kodifiziert ist.⁷¹ Das Bürgerliche Gesetzbuch konstituiert eine Zäsur gegenüber älteren Schichten des Rechts und vorkodifikatorischen Rechtsquellen, auf die heute nicht mehr zurückgegriffen wird; und es bildet gleichzeitig einen autonomen Interpretationsraum, der für die Rechtsanwendung maßgeblich ist.⁷² Die Entscheidung von Fällen soll, der Idee nach, aus dem Gesetz abzuleiten sein.⁷³

Das englische Privatrecht ist demgegenüber nicht durch eine vergleichbare kodifikatorische Zäsur geprägt. Es gilt als Fallrecht (*case law*), das durch bestimmte Regeln der Präjudizienbindung (*stare decisis*) stabilisiert wird.⁷⁴ Dabei können bis heute Gerichtsentscheidungen aus vergangenen Jahrhunderten präjudizielle Bedeutung haben.

⁷¹ Charakteristisch z.B. Jack Beatson, *Has the Common Law a Future?*, *Cambridge Law Journal* 56 (1997), 291-314 (295): „By contrast civilian systems are essentially codified legislative systems and owe their inspiration to the Napoleonic codes“. – Zur Idee der Kodifikation Jan Peter Schmidt, *Kodifikation*, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (2009), 986-990; Reinhard Zimmermann, *Codification: The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, *European Review of Contract Law* 8 (2012), 367-399.

⁷² Für Deutschland vgl. Reinhard Zimmermann, *Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Entwicklung des Bürgerlichen Recht*, in: Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band I (2003), 1-33.

⁷³ In der Ideologie vieler Rechtslehrer bildet das BGB deshalb einen Wendepunkt der deutschen Rechtsgeschichte. Dagegen Zimmermann (oben Fn. 68) 14 f.

⁷⁴ Im Überblick Glenn (oben Fn. 18), 237-287. Zur Präjudizienbindung vgl. oben Fn. 39.

(xii) Netzwerke

Schließlich sollte auch erwähnt werden, dass die englische Gesellschaft in einem weitaus stärkeren Maße als die deutsche bis heute eine Klassengesellschaft ist. Wer es sich leisten kann, schickt seine Kinder auf Privatschulen (*public* [oder: *independent*] *schools*) wie Eton, Winchester, Charterhouse, Malvern oder Gresham.⁷⁵ Sofern eine solche Schule zugleich (oder ausschließlich) Internat (*boarding school*) ist, sind die Gebühren so hoch, dass sie das durchschnittliche englische Jahreseinkommen weit übersteigen. Auf diesen Schulen werden Netzwerke geknüpft, die Karrieren bestimmen können. Das setzt sich fort an den Universitäten; denn obwohl es eigentlich über 100 Universitäten in England und Wales gibt, zählen doch vor allem Oxford und Cambridge als privilegierte Ausbildungsstätten. Charakteristisch ist insoweit in der humoristischen Fernsehserie „Yes Minister“ die Bemerkung des Staatssekretärs Sir Humphrey Appelpy (der natürlich am „Baillie College“ in Oxford war, während „sein“ Minister, Jim Hacker, nur an der *London School of Economics* studiert hat): „We must preserve what is good in our country. We must preserve the universities. Both of them.“ In der Tat haben offenbar 75 Prozent der „senior judiciary“, also der Richter vom *High Court* an aufwärts, in Oxford oder Cambridge studiert,⁷⁶ unter den gegenwärtig am *Supreme Court* tätigen Richtern sieben der acht Engländer und insgesamt neun von elf.⁷⁷ Blickt man auf alle 20

⁷⁵ Hierzu auch Dyson (oben Fn. 29), 123 mit dem Hinweis darauf, dass 71 % der „senior judiciary“ zu *public schools* gegangen sind, verglichen mit 7 % der Bevölkerung insgesamt.

⁷⁶ The Guardian, 28. August 2014 unter dem Titel „Elitism in Britain – breakdown by profession“; Dyson (oben Fn. 29), 123.

⁷⁷ Englische Richter: Baron Neuberger of Abbotsbury: Christ Church, Oxford (Studienfach: Chemie); Baroness Hale of Richmond: Girton College, Cambridge; Baron Mance: University College, Oxford; Baron Clarke of Stone-cum-Ebony: King’s College, Cambridge; Lord Wilson of Culworth: Worcester College, Oxford; Lord Sumption: Magdalen College, Oxford (Studienfach: Geschichte); Lord Carnwath of Notting Hill: Trinity College, Cambridge. Demgegenüber hat Lord Hughes of Ombresley an der Universität von Durham studiert. Schottische Richter: Lord Reed: Balliol College,

seit seiner Etablierung im Jahre 2009⁷⁸ am *Supreme Court* tätigen oder tätig gewesenem Richter, ist das Verhältnis noch krasser.⁷⁹ Nun sind natürlich Oxford und Cambridge auch in der englischen (und europäischen) Universitätslandschaft etwas ganz Besonderes.⁸⁰ Die Universität ist nur eine Art Mantel für die verschiedenen *Colleges* – in Cambridge 31, in Oxford 38, die das eigentliche Zentrum der Ausbildung darstellen. Die dem *College* angehörenden Studenten werden von den dort tätigen *teaching fellows* in Kleinstgruppen unterrichtet, wobei sie in der Regel Woche für Woche Essays schreiben, die dann korrigiert und diskutiert werden. Im *College* spielt sich auch zum großen Teil das soziale Leben der Studenten ab: sie woh-

Oxford (und Universität Edinburgh); Lord Hodge: Corpus Christi, Cambridge (und Universität Edinburgh). Der nordirische Richter am *Supreme Court*, Lord Kerr of Tonaghmore, hat an der Queen's University in Belfast studiert. – Allerdings gibt es inzwischen Bestrebungen, die faktische Beschränkung auf Oxford und Cambridge etwas aufzubrechen. So kommen von den acht „judicial assistants“, die Anfang 2016 am *Supreme Court* tätig waren, immerhin drei nicht von diesen beiden Universitäten. Zur Institution der „judicial assistants“ (eingeführt erst 2000/2001 von Lordingham im Sinne einer Professionalisierung und Modernisierung des *Supreme Court*) vgl. Tatyana Nesterchuk, *The View from Behind the Bench: The Role of Judicial Assistants in the UK Supreme Court*, in: Andrew Burrows, David Johnston, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Judge and Jurist: Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry* (2013), 99-110; Dyson (oben Fn. 29), 141 f. Zudem hat der gegenwärtige Präsident des *Supreme Court*, Lord Neuberger of Abbotsbury, ein Stipendium ins Leben gerufen, das gerade Absolventen anderer Universitäten fördern soll.

⁷⁸ Vgl. Fn. 33.

⁷⁹ Außer den soeben (Fn. 77) genannten Baron Saville of Newdigate: Brasenose College, Oxford; Baron Collins of Mapesbury: Downing College, Cambridge; Baron Rodger of Earlsferry: New College, Oxford; Baron Brown of Eaton-under-Heywood: Worcester College, Oxford; Baron Phillips of Worth Matravers: King's College, Cambridge; Lord Dyson: Wadham College, Oxford; Baron Walker of Gestingthorpe: Trinity College, Cambridge; Baron Hope of Craighead: St. John's College, Cambridge; Lord Toulson: Jesus College, Cambridge.

⁸⁰ Vgl. im Überblick etwa Jan Morris, Oxford (1987); Peter Sager, Cambridge: Eine Kulturgeschichte (2008).

nen dort, jedenfalls in den ersten Jahren ihres Studiums, treffen sich zu den Mahlzeiten und zu Festen, und sie spielen Rugby oder rudern für ihr *College*.⁸¹ Viele der *Colleges* sind alt und traditionsreich (in Oxford zum Beispiel *Balliol* 1263, *Merton* 1264, *Oriel* 1326, *New College* 1379, *Magdalen* 1458, *Brasenose* 1509, *Christ Church* 1546); wohl am berühmtesten ist *The College of All Souls of the Faithful Departed* (kurz: *All Souls*), das zum Gedenken an die Gefallenen des Hundertjährigen Krieges gegründet wurde. Es zeichnet sich dadurch aus, dass dem *College* nur *fellows* angehören, also keine Studenten ohne Hochschulabschluss. Die zu *All Souls* gehörende *Codrington Library* ist eine der schönsten Bibliotheken der Welt.⁸² Oxford und Cambridge sind dezidiert elitäre Organisationen, die nur die besten Schulabsolventen aufnehmen und mit Aufnahmequoten von 17,5 % (Oxford) bzw. 21 % (Cambridge) werben. Die besten Absolventen der Universität Oxford können sich um ein *Fellowship* im *All Souls College* bewerben; ein solches *Fellowship* ist „gleichsam das Oxforder ‚Gütesiegel‘ schlechthin“.⁸³

⁸¹ Adam von Trott fiel, als er in dem außergewöhnlich kalten Winter 1929 zum ersten Mal in Oxford (am Mansfield College) war, auf, dass der Abbruch des Rudertrainings infolge der zugefrorenen Flüsse größere Aufregung verursachte als die Not der Armen: von Krusenstjern (oben Fn. 1) 120.

⁸² Zur Gründungsgeschichte Birke Häcker, A Case Note on All Souls v. Cod[d]rington (1720), *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 76 (2012), 1051-1077.

⁸³ von Krusenstjern (oben Fn. 1), 124. Adam von Trott erwog kurz, um in Deutschland nicht „von den Hitleristen gedemütigt zu werden“, eine Bewerbung um ein *Prize Fellowship* im *All Souls College*, sah dann aber davon ab, da er in seinem Abschlussexamen nur einen Grad Zweiter Klasse erreichte, „eine Bewerbung für All Souls unterhalb der Ersten Klasse [aber] nicht üblich“ war (von Krusenstjern, 224).

Die andere Seite der Medaille: Sechs Entwicklungslinien

Soweit die Auflistung bestimmter Eigenheiten des englischen Rechts und der englischen Rechtskultur. Gleichzeitig ist England aber auch Teil einer europäischen (oder „westlichen“) Rechtskultur.⁸⁴ Dass es überhaupt so etwas gibt wie eine europäische Rechtskultur, und was ihre prägenden Elemente sind, ist uns nach und nach erst wieder seit etwa 40 Jahren bewusst geworden,⁸⁵ im Zuge der zunehmenden Europäisierung von Recht und Rechtswissenschaft unter den Auspizien (vor allem) der Europäischen Union.⁸⁶ Unsere Aufmerksamkeit ist damit verstärkt auf bestehende Gemeinsamkeiten und Konvergenzlinien zwischen den nationalen Rechtsordnungen gelenkt worden und auf die Wiederentdeckung historischer Verbindungen. Für mich war dieses Thema – historische, gegenwärtige und mögliche künftige Verbindungen zwischen *civil law* und *common law* – von besonderem Interesse, seit ich als Student an einem juristischen Sommerkurs der Universität Cambridge teilgenommen habe und seit ich dann, ein paar Jahre später, einen Lehrstuhl an der *University of Cape Town* er-

⁸⁴ Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Culture* (1983).

⁸⁵ Peter Häberle, *Europäische Rechtskultur* (1994); Reinhard Zimmermann, *Römisches Recht und europäische Kultur*, *Juristenzeitung* 2007, 1-12. Für Mankowski (oben Fn. 18), 479-520 ist demgegenüber Bezugsgegenstand für Rechtskultur nach wie vor in erster Linie die Nationalität.

⁸⁶ Für alle Details vgl. etwa, was das Privatrecht betrifft, Reinhard Zimmermann, *Comparative Law and the Europeanization of Private Law*, in: Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (paperback edition, 2008), 539-578; sowie die relevanten Einträge in Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (2009) und in Christian Twigg-Flesner (Hg.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law* (2010).

hielt – in einem Land also, das zu den sogenannten „Mischrechtsordnungen“ gehört.⁸⁷ Denn das südafrikanische Privatrecht beruht auf dem römisch-holländischen Recht, also dem römischen Recht, wie es im 17. Jahrhundert, zur Zeit der europäischen Besiedlung des Kaps der Guten Hoffnung, in der Republik der Vereinigten Niederlande gegolten hat, geriet dann aber seit 1806 unter starken englischen Einfluss.⁸⁸ Die römische Tradition und das *common law* sind dort zu einer lebendigen Synthese zusammengewachsen.⁸⁹ Ich möchte deshalb im zweiten Teil dieses Vortrages auf sechs Entwicklungslinien hinweisen, die die Eigenartigkeit des englischen Rechts erheblich relativieren. Auch insoweit kann es natürlich nur um eine beispielhafte und auf einige wenige Punkte konzentrierte Skizze gehen.

(i) Fallrecht in Deutschland

Auch in einem kodifizierten Privatrecht wie dem deutschen bestehen weite Räume für richterliche Rechtsfortbildung – und das heißt für Fallrecht. Ein Beispiel bietet die eingangs erwähnte Rechtsprechung zu den Schockschäden.⁹⁰ Zur Frage

⁸⁷ Dazu allgemein Jacques du Plessis, *Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems*, in: Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (paperback edition, 2008), 477-512; Reinhard Zimmermann, *Mischrechtsordnungen*, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (2009), 1068-1071.

⁸⁸ Dazu Reinhard Zimmermann, *Das römisch-holländische Recht in Südafrika* (1983); *idem*, *Römisch-holländisches Recht*, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (2009), 1314-1318; Eduard Fagan, *Roman-Dutch Law in its South African Historical Context*, in: Reinhard Zimmermann, Daniel Visser (Hg.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa* (1996), 33-64.

⁸⁹ Vgl. im Einzelnen die Beiträge in Reinhard Zimmermann, Daniel Visser (Hg.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa* (1996).

⁹⁰ Zum Folgenden näher Fischer (oben Fn. 20), 63-76, 86-99, 114-125, 151-160.

eines möglichen Schadensersatzes für psychische Beeinträchtigungen von Angehörigen eines Unfallopfers gibt es keine Regelung im BGB und auch keine Anhaltspunkte in den Materialien aus der Zeit seiner Beratung. Maßgeblich ist allein die Grundsatznorm des deutschen Rechts der unerlaubten Handlungen, wonach Schadensersatz schuldet, wer „vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt“ (§ 823 Abs. 1). Allgemein anerkannt war (und ist), dass grundsätzlich nur der unmittelbar Geschädigte einen Anspruch geltend machen kann. Wer nur mittelbar geschädigt ist, geht demgegenüber leer aus.⁹¹ Daraus schien zu folgen, und wurde auch zunächst gefolgert, dass Angehörige des Unfallopfers (außer in den Sonderfällen der §§ 844 f. BGB) keine Ansprüche geltend machen können.

Das änderte sich mit einer Entscheidung des Reichsgerichts vom September 1931. „Ist derjenige, der ein Kind tödlich überfährt, für die bei dessen Mutter eintretende Schockwirkung schadensersatzpflichtig?“ heißt es dort einleitend, und im Folgenden wird diese Frage bejaht.⁹² Damit war der Ersatz von Schockschäden im Grundsatz anerkannt. Die Entscheidung des Reichsgerichts war ein Akt der Rechtsfortbildung, denn ein Anspruch, der bislang abgelehnt worden war, wurde nunmehr aufgrund eines veränderten Verständnisses des Gesetzes anerkannt. Seither haben die Gerichte die Details der Anspruchsberechtigung geklärt, und die deutsche Rechtswissenschaft hat einen dogmatischen Rahmen entwickelt. Der, wenn man so will, entscheidende „Trick“ besteht

⁹¹ Dadurch soll eine ausufernde Haftung vermieden werden. Wenn also A den B im Straßenverkehr verletzt, schuldet er ihm Schadensersatz für seine Heilungskosten und auch für die ihm dadurch entstandenen weiteren Vermögensschäden (etwa: der B hat durch den Krankenhausaufenthalt verursachte Einkommenseinbußen). A schuldet aber nicht dem Arbeitgeber von B Schadensersatz für den bei ihm durch den Ausfall des B entstandenen Umsatzrückgang.

⁹² RGZ 133, 270.

darin, den Angehörigen als nicht bloß mittelbar, sondern als unmittelbar in seiner Gesundheit verletzt zu betrachten. Der Bundesgerichtshof hat hierfür besondere Anforderungen aufgestellt, und um diese geht es in der eingangs mitgeteilten Entscheidung BGHZ 56, 163 ff. Interessant ist, dass ein Angehöriger Schockschadensersatz auch bei bloßer Benachrichtigung verlangen kann (so lag es in BGHZ 56, 163 ff.), während die englischen Gerichte eine enge räumliche und zeitliche Nähe zur Handlung des Schädigers fordern; *Hinz v. Berry*⁹³ ist insoweit ein gutes Beispiel. Das Fallrecht zu den Schockschäden ist heute in einem der führenden Kommentare zum BGB über mehr als zehn Randziffern hinweg erläutert.⁹⁴

Derartige Rechtsfortbildungen durch die Gerichte, in erster Linie natürlich Reichsgericht und Bundesgerichtshof, sind seit Inkrafttreten des BGB ein geläufiges Phänomen.⁹⁵ Sie können sich aus vielen verschiedenen Anlässen ergeben – etwa dem Auftreten neuer Rechtsfragen oder Wandlungen der herrschenden sozialen Anschauungen – und werden dadurch begünstigt, dass das BGB nur einen sehr abstrakten, auslegungsoffenen und damit anpassungsfähigen normativen Rahmen bereitstellt,⁹⁶ ganz anders als das Preußische Allgemeine

⁹³ [1970] Q.B. 40.

⁹⁴ Hartmut Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band II, 7. Aufl. (2016), § 249, Rdz. 149-156; Gerhard Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band V, 6. Aufl. (2013), § 823, Rdz. 141-145. Für eine europäisch-rechtsvergleichende Darstellung, samt einschlägigen Quellen, vgl. Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, 3. Aufl. (2009), 1539-1619.

⁹⁵ Im Überblick dazu *Historisch-kritischer Kommentar/Zimmermann* (oben Fn. 72) 19-22. Der amerikanische Rechtsvergleichler John P. Dawson (oben Fn. 33), 432-502, spricht insoweit von einer Fallrechtsrevolution. Zu „juristischen Entdeckungen“ vgl. Hans Dölle, *Juristische Entdeckungen* (1958), nachgedruckt in Thomas Hoeren (Hg.), *Zivilrechtliche Entdecker* (2001), 5-33.

⁹⁶ Dazu die Beiträge von Okko Behrends und Jan Schröder, in: Okko Behrends, Wolfram Henckel (Hg.), *Gesetzgebung und Dogmatik* (1989), 9-36 und 37-66; im Überblick auch *Historisch-kritischer Kommentar/Zimmermann* (oben Fn. 72), 18 f.

Landrecht, das sich an einer möglichst detailgenauen Regelung versuchte.⁹⁷ Insgesamt ist das BGB damit heute von dichten Schichten von Fallrecht umhüllt, mit dem Rechtsprechung und Lehre auf ganz ähnliche Weise umzugehen haben, wie es Richter und Professoren in England mit dem dortigen *case law* tun.⁹⁸

(ii) Gesetzesrecht in England

Das englische Recht besteht demgegenüber keineswegs nur aus Fallrecht. In einem systematischen Gesamtüberblick des englischen Privatrechts heißt es pointiert: „Statutes and other enactments are the most substantial part of English law. The basic principles of many branches of law have been specifically created by statute.“⁹⁹ Selbst in traditionellen *common law*-Bereichen wie dem Vertragsrecht hat es in den letzten Jahrzehnten einen raschen Bedeutungszuwachs gesetzlicher Regelungen gegeben (*Law Reform [Frustrated Contracts] Act* 1943, *Law Reform [Contributory Negligence] Act* 1945, *Misrepresentation Act* 1967, *Unfair Contract Terms Act* 1977, *Contract [Rights of Third Parties] Act* 1999), und einige Bereiche sind sogar kodifiziert (Wechselrecht, Gesellschaftsrecht, Recht des Warenkaufs).¹⁰⁰ Es gibt eine *Statute Law Review* und eine *Statute Law Society*. Interessanterweise gibt es seit 1965 auch – anders

⁹⁷ Dazu z.B. Phillip Hellwege, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2009), 50-55.

⁹⁸ Vgl. allgemein Stefan Vogenauer, Richterrecht, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2009), 1304-1306.

⁹⁹ John Bell, Sources of Law, in: Andrew Burrows (Hg.), English Private Law, 3. Aufl. (2013), 1.25. Zum Verhältnis von *common law* und Gesetzesrecht Beatson, Cambridge Law Journal 56 (1997), 219-314 mit besonderer Stoßrichtung gegen den herkömmlichen „oil and water approach“ (300); *idem*, The Role of Statute in the Development of Common Law Doctrine, Law Quarterly Review 117 (2001), 247-272.

¹⁰⁰ Für den Warenkauf gilt seit 1893 der *Sale of Goods Act*, neugefasst im Jahre 1979; vgl. dazu etwa Michael Bridge, The Sales of Goods, 3. Aufl. (2014).

als in Deutschland – eine *Law Commission*, deren Aufgabe darin besteht, „to take and keep under review all the law ... with a view to its systematic development and reform, including in particular the codification of such law ...“.101 Mit nur geringer Überspitzung lässt sich daher behaupten, dass das Thema Rechtsreform durch Gesetzgebung in England ernster genommen und systematischer angepackt wird als bei uns. Es hat sogar bereits einen (schließlich nicht weiterverfolgten) Versuch der Kodifizierung des englischen Vertragsrechts gegeben,102 und neuerdings hat Andrew Burrows (*All Souls College*, Oxford) ein *Restatement* des englischen Vertragsrechts vorgelegt: ein System von klaren und bündigen Regeln, die dann jeweils in einem Kommentar ausführlich erläutert werden.103 Bemerkenswert ist schließlich, dass die englischen Gerichte bei der Anwendung und Auslegung von Gesetzen heute nicht mehr, wie bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts hinein, einen strikten Buchstabengehorsam praktizieren und der *literal* oder

101 *Section 3 (1) Law Commissions Act 1965*. Dazu Jens M. Scherpe, Die Entstehung von Gesetzen in England und Wales, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 78 (2014), 361-382 (370-374); Sir Geoffrey Palmer, *The Law Reform Enterprise: Evaluating the Past and Charting the Future*, *Law Quarterly Review* 131 (2015), 402-423; Matthew Dyson, James Lee, Shona Wilson Stark (Hg.), *Fifty Years of the Law Commissions: The Dynamic of Law Reform* (2016). Als besonders interessanten Erfahrungsbericht aus Schottland vgl. George L. Gretton, *Of Law Commissioning*, *Edinburgh Law Review* 17 (2013), 119-151.

102 Harvey McGregor, *Contract Code: Drawn up on behalf of the English Law Commission* (1993); neuerdings vgl. Andrew Tettenborn, *Codifying Contracts – An Idea Whose Time has Come?*, *Current Legal Problems* 67 (2014), 273-295.

103 Andrew Burrows, *A Restatement of the English Law of Contracts* (2016); vgl. zuvor bereits von demselben Autor, *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment* (2012). Die Idee eines „restatement“ kommt aus den Vereinigten Staaten; vgl. Ralf Michaels, *Restatements*, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (2009), 1295-1299.

plain meaning rule huldigen,¹⁰⁴ sondern, wie die deutschen Gerichte, einem an Sinn und Zweck der jeweiligen Norm orientierten, also teleologischen, Ansatz folgen.¹⁰⁵

(iii) *The search for principle*

Mit dem erwähnten Aufstieg der Rechtsprechung in Deutschland korrespondiert in England ein Bedeutungszuwachs der Wissenschaft, freilich erst seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts.¹⁰⁶ Inspiriert wurde er, nicht zuletzt, durch deutsch-

¹⁰⁴ Zum „Zeitalter der Buchstabentreue“ im englischen Recht Stefan Vogenauner, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* (2001), 780-962. Diese Phase prägt bei vielen deutschen Juristen bis heute die Einschätzung des englischen Rechts. Dabei wird leicht vergessen, dass es ein „Zeitalter der Buchstabentreue“ auch in den kontinentalen Rechtsordnungen gegeben hat: Vogenauner, 475-490.

¹⁰⁵ „The courts now adopt a purposive approach which seeks to give effect to the true purpose of legislation ...“: *Pepper (Inspector of Taxes) v. Hart*, [1993] AC 593 (617) per Lord Griffiths (HL). Vgl. bereits Zweigert/Kötz (oben Fn. 15), 260; im Einzelnen Vogenauner (oben Fn. 104), 963-1252. Vogenauner kann damit insofern von einer „fundamentalen Einheit“ der Auslegungspraxis in den europäischen Rechtsordnungen sprechen: Stefan Vogenauner, *Auslegung von Rechtsnormen*, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (2009), 130-134 (134).

¹⁰⁶ Neil Duxbury, *Jurists and Judges: An Essay on Influence* (2001), 101-113; Alexandra Braun, *Giudici e Accademia nell'esperienza inglese* (2006), 462-471; Lord Rodger of Earlsferry, *Judges and Academics in the United Kingdom*, *University of Queensland Law Journal* 19 (2010), 29-41; die Beiträge von Keith Stanton und Alexandra Braun, in: James Lee (Hg.), *From House of Lords to Supreme Court: Judges, Jurists and the Process of Judging* (2011), 201-226 and 227-253; Lord Neuberger of Abbotsbury, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 77 (2013), 244-250; Martin Flohr, *Richter und Universitätsjuristen in England*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 77 (2013), 322-344; Jack Beatson, *Legal Academics: Forgotten Players or Interlopers?*, in: Andrew Burrows, David Johnston, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Judge and Jurist: Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry* (2013), 532-541.

jüdische Emigranten der 1930er Jahre.¹⁰⁷ Denn deren wichtigstes, aus der deutschen Rechtskultur stammendes Vermächtnis für ihr neues Heimatland bestand darin, ein Bewusstsein zu wecken für den Rang des Rechtsgelehrten im Gefüge der juristischen Professionen und für seine Bedeutung für die Pflege und Fortbildung des Rechts. Die Konvention, lebende Autoren in Entscheidungen der Gerichte nicht als Autorität zu zitieren, ist stillschweigend aufgegeben worden; es kam zu einem massiven Ausbau des Hochschulwesens (seit den 1950er Jahren hat sich die Zahl der Rechtslehrer verzehnfacht), und es gibt heute eine selbstbewusste Wissenschaftlergeneration, zu deren Habitus eine prononcierte Grundlagen- und Prinzipienorientierung ebenso gehört wie die Betonung elementarer Rationalitätsanforderungen, denen das Recht genügen muss.¹⁰⁸ Gleichzeitig steht nicht mehr unbedingt die Judikatur im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit.

Insbesondere aber lassen sich überaus eindrucksvolle Beispiele des Einflusses von Professoren, über die Gerichte, auf die Entwicklung des Privatrechts in England nennen;¹⁰⁹ es gibt Anzeichen für eine Integration der *legal communities*;¹¹⁰ und

¹⁰⁷ Dazu die Beiträge in Jack Beatson, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Jurists Uprooted: German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain* (2004).

¹⁰⁸ Martin Flohr, *Rechtsdogmatik in England* (in Vorbereitung für 2017), Kapitel 7.

¹⁰⁹ Für das Bereicherungsrecht vgl. Reinhard Zimmermann, *Bereicherungsrecht in Europa: Eine Einführung*, in: *idem* (Hg.), *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts* (2005), 30-41; Flohr (oben Fn. 108), Kapitel 5, und sogleich im Text.

¹¹⁰ William Twining, *The Role of Academics in the Legal System*, in: Peter Cane, Mark Tushnet (Hg.), *Oxford Handbook of Legal Studies* (2003), 920-949, der für England (921-929, 928) von einer „complex symbiotic relationship between the senior judiciary and established legal scholars“ spricht. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch die Einführung von „judicial assistants“ (oben Fn. 77), „recent university graduates, who also brought a fresh openness to academic work“ (Dyson [oben Fn. 29], 141); ferner etwa die Tatsache, dass inzwischen auch Professoren zu Richtern ernannt werden können, als einer der ersten der *Rouse Ball Professor* der Universität Cambridge, Jack Beatson.

es besteht schließlich auch ein wachsendes Bewusstsein dafür, dass Rechtsentwicklungen außerhalb Englands (und der Welt des *common law*) zur Kenntnis genommen werden sollten, wobei auch hier die Wissenschaft eine wichtige Vermittlerrolle spielt.¹¹¹ In seiner *Maccabean Lecture* vom Mai 1983 hob mit Lord Goff of Chieveley zum ersten Mal ein prominenter Richter sehr prononciert das partnerschaftliche Zusammenwirken von Richtern und Rechtsgelehrten hervor: „[T]he roles of judge and jurist, though distinct, are complementary; they should be co-operative ... The search for principle is a task which judge and jurist share together ... We should welcome each other’s assistance in our work; and ... recognise and appreciate ... the nature of our respective contributions in the unceasing restoration and embellishment of the mosaic which is the common law.“¹¹² Das waren damals noch ungewohnte Töne. Heute ist die Vorstellung eines Dialogs zwischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, wie wir ihn aus dem deutschen Recht kennen,¹¹³ auch in England etabliert. Übrigens

¹¹¹ Sir Thomas Bingham, „There is a World Elsewhere“: The Changing Perspectives of English Law, *International and Comparative Law Quarterly* 41 (1992), 513-529; Basil Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years* (2003); Lord Mance, *Foreign Laws and Languages*, in: Andrew Burrows, David Johnston, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Judge and Jurist: Essays in Honour of Lord Rodger of Earlsferry* (2013), 85-97.

¹¹² Die *Maccabean Lecture* (unter dem Titel „The Search for Principle“) ist als Appendix wieder abgedruckt in der Festschrift für Lord Goff: *The Search for Principle: Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley* (1999), 313-329; vgl. auch etwa *Spiliada Maritime Corp v. Cansulex Ltd*, [1987] AC 460 (HL) per Lord Goff: „[J]urists are pilgrims with us [i.e. the judiciary] on the endless road of unattainable perfection; and we have it on the excellent authority of Geoffrey Chaucer that conversations among pilgrims can be most rewarding.“

¹¹³ Vgl. für Deutschland etwa Dawson (oben Fn. 33), 505 („extraordinarily effective working partnership between courts and legal scholarship“); Wulf Goette, *Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung in Deutschland am Beispiel des Gesellschaftsrechts*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 77 (2013), 309-321; allgemein für die „civil law countries“ Alexandra Braun, *Professors and Judges in*

war Lord Goff zu Beginn seiner Laufbahn selbst Universitätsdozent (*lecturer*) in Oxford gewesen – in einer privaten Unterhaltung bemerkte er einmal scherzhaft: „I am really a failed academic“ –, bevor er in die Praxis ging und schließlich zum dienstältesten Richter am *House of Lords* aufstieg. Zusammen mit einem Kollegen aus Cambridge hatte Goff in den 1960er Jahren ein Lehrbuch mit dem Titel „The Law of Restitution“ geschrieben, in dem er eine Vielzahl fallrechtlicher und gesetzlicher Haftungsstatbestände unter einem einzigen „principle of unjust enrichment“ zusammenfasste.¹¹⁴ Im Jahre 1991 hatte er dann als Richter die Gelegenheit, dieses allgemeine Bereicherungsprinzip in die Praxis umzusetzen.¹¹⁵ Damit eröffnete er dem englischen Recht einen bislang überhaupt noch nicht kartographierten Kontinent. Die erforderliche Kartographierungsarbeit, die ihrerseits wiederum auf die Praxis ausstrahlte, übernahm Peter Birks, als *Regius Professor of Civil Law* in Oxford automatisch *Fellow* des *All Souls College*.¹¹⁶ Er war der wohl charismatischste und einflussreichste englische Rechtswissenschaftler des 20. und beginnenden 21. Jahrhunderts, dem ganz maßgeblich die Herausbildung dogmatischen Rechtsdenkens in England zu verdanken ist.¹¹⁷ Inspiriert war er dabei durch

Italy: It Takes Two to Tango, *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006), 665-681.

¹¹⁴ Robert G. Goff, Gareth Jones, *The Law of Restitution*, 1. Aufl. (1966), 7. Aufl. (2007), heute 9. Aufl. bearbeitet von Charles und Paul Mitchell (2016).

¹¹⁵ *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, [1991] 2 AC 548.

¹¹⁶ Peter Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* (1985, revidierte Ausgabe 1989); sowie später, unter teilweiser Abkehr von seiner zuvor vertretenen Lehre und beeinflusst von der deutschen Juristin Sonja Meier, Peter Birks, *Unjust Enrichment*, 1. Aufl. (2003), 2. Aufl. (2005). Sonja Meier hatte ihre Thesen vor allem in dem Buch *Irrtum und Zweckverfehlung: Die Rolle der unjust-Gründe bei rechtsgrundlosen Leistungen im englischen Recht* (1999) vorgelegt.

¹¹⁷ Vgl. Reinhard Zimmermann, Peter Birks und die Privatrechtswissenschaft in England, *Juristenzeitung* 2004, 1064-1066. Zum dogmatischen Rechtsdenken in England vgl. die oben Fn. 108 zitierte Arbeit von Flohr.

das römische Recht,¹¹⁸ durch seine Vertrautheit mit der stärker rationalen Tradition des schottischen Rechts,¹¹⁹ und durch seine Verbindungen nach Deutschland.

(iv) Historische Verbindungen

Unsere Einschätzung englischen Rechts und englischen Rechtsdenkens ist in vielen Punkten von Stereotypen der Vergangenheit geprägt. Das zeigt sich in allen drei soeben genannten Punkten,¹²⁰ es zeigt sich aber auch etwa in der pointierten Aussage eines berühmten englischen Rechtshistorikers, das englische Recht habe in nobler Isolation von Europa geblüht.¹²¹ Heute wird demgegenüber immer deutlicher, dass England von der kontinentalen Rechtskultur niemals völlig abgeschnitten war; vielmehr bestand ein ständiger intellektueller Kontakt, der das englische Recht maßgeblich und charakteristisch geprägt hat.¹²² Schon in seinem Ursprung handelte es sich um normannisches Feudalrecht nach dem für das mittelalterliche Europa typischen Muster.¹²³ Auf Jahrhunderte

¹¹⁸ Dazu Peter Birks, Roman Law in Twentieth-century Britain, in: Jack Beatson, Reinhard Zimmermann, Jurists Uprooted: German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain (2004), 249-268.

¹¹⁹ Vgl. etwa Peter Birks, More Logic and Less Experience: The Difference between Scots Law and English Law, in: David L. Carey Miller, Reinhard Zimmermann (Hg.), The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays (1997), 167-190. Birks war selbst von 1981-1987 Professor für Römisches Recht (*civil law*) an der Universität Edinburgh gewesen.

¹²⁰ Vgl. ferner oben Fn. 29, 34, 58 und 77.

¹²¹ „And so English law flourished in noble isolation from Europe“: J.H. Baker, An Introduction to English Legal History, 3. Aufl. (1990), 35; in der 4. Aufl. (2002), 29 ist das Wort „noble“ gestrichen.

¹²² Im Einzelnen dazu Reinhard Zimmermann, Der europäische Charakter des englischen Rechts: Historische Verbindungen zwischen civil law und common law, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 4-51. Die folgende Zusammenfassung findet sich auch bereits in Zimmermann, Juristenzeitung 2007, 11 f.

¹²³ R.C. van Caenegem, The Birth of the English Common Law, 2. Aufl. (1988).

hinaus blieben Latein und Französisch die Sprachen des englischen Rechts. Die katholische Kirche brachte das kanonische Recht,¹²⁴ der internationale Handel die *lex mercatoria*. In Oxford und Cambridge wurde nach dem in ganz Europa üblichen Muster römisches Recht gelehrt und studiert. Auch aus Schottland, wo ein besonders reger intellektueller Kontakt vor allem zu Frankreich und den Niederlanden gepflegt wurde,¹²⁵ gelangte römisch-rechtliches Gedankengut nach England. Das englische *common law* wurde überlagert durch ein an gemeineuropäischen Gerechtigkeitsvorstellungen (*aequitas*) geprägtes *ius honorarium*, die *equity*.¹²⁶ Den hochmittelalterlichen Vorgang der Verschriftlichung des Rechts finden wir in England ebenso wie auf dem Kontinent. Gleiches gilt für die Verbreitung des Literaturtyps der Institutionenlehrbücher in der frühen Neuzeit.¹²⁷ Vermittler des kontinuierlichen Prozesses der Rezeption und Adaptation waren Schriftsteller von Bracton über Blackstone bis Birks und Richter wie Hale, Holt, Mansfield oder Blackburn. Das moderne englische Vertragsrecht ist durch massive Anleihen bei Autoren wie Pothier und Domat, Grotius, Pufendorf, Burlamaqui und Thibaut geprägt worden.¹²⁸

¹²⁴ Richard H. Helmholz, *Canon Law and the Law of England* (1987); *idem*, *Roman Canon Law in Reformation England* (1990).

¹²⁵ Zur *civilian tradition* in Schottland vgl. die Beiträge in Robin Evans-Jones (Hg.), *The Civil Law Tradition in Scotland* (1995). Da das schottische Recht aber schon im Mittelalter, und dann erneut ab 1707, unter den Einfluss des englischen Rechts geriet, sprechen wir von einer „Mischrechtsordnung“. Dazu im Einzelnen die Beiträge in Kenneth Reid, Reinhard Zimmermann (Hg.), *A History of Private Law in Scotland* (2000).

¹²⁶ Dazu im Überblick Martin Illmer, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (2009), 400-404.

¹²⁷ Dazu im Überblick Klaus Luig, *Institutionenlehrbücher*, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (2009), 880-884; Cairns, *Oxford Journal of Legal Studies* 4 (1984), 321-327.

¹²⁸ Dazu vor allem A.W.B. Simpson, *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, *Law Quarterly Review* 91 (1975), 247-278; James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (1991), 134-160;

Natürlich hat in vielen Fällen der römisch inspirierte Anstoß zu ganz unrömischen Ergebnissen geführt; doch das war im kontinentalen Recht nicht anders. „The real question in this case“, heißt es etwa in der berühmtesten der sogenannten Krönungszugsentscheidungen,¹²⁹ „is the extent of the application in English law of the principle of the Roman law which has been adopted and acted on in many English decisions“. Dieses den Ausgangspunkt bildende Prinzip ist die gemeinrechtliche Regel „debitor speciei liberatur casuali interitu rei“: Der Schuldner wird durch zufälligen Untergang des zu leistenden Gegenstands von seiner Leistungspflicht frei.¹³⁰ Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts hatten englische Gerichte damit begonnen, diese Regel in die Parteivereinbarung hinein zu interpretieren.¹³¹ Sie bedienten sich dazu eines ebenfalls aus dem römischen Recht stammenden dogmatischen Kunstgriffs: der Einfügung einer (stillschweigenden) auflösenden Bedingung.¹³² Damit waren die Grundlagen der „doctrine of

vgl. allgemein auch David Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations* (1999), der sein Werk mit dem Satz eröffnet, das englische Schuldrecht sei aus der Vermischung einheimischer Ideen und verfeinerter römischer Gelehrsamkeit entstanden.

¹²⁹ *Krell v. Henry*, [1903] 2 KB 740 (CA) 747 f. Henry, der Beklagte, hatte vom Kläger für zwei Tage eine Wohnung an der *Pall Mall* gemietet, um von dort aus die festliche Prozession aus Anlass der Krönung von König Edward VII. zu sehen, die für den 26. Juni 1902 geplant war. Wegen einer Peritonitis des Monarchen musste die Krönungszeremonie jedoch kurzfristig verschoben werden.

¹³⁰ Dazu Hermann Dilcher, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten* (1960), 185 ff.

¹³¹ *Taylor v. Caldwell*, (1863) 3 B & S 826 (English Reports 122, 309); dazu etwa Max Rheinstein, *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht* (1932), 173-182; G.H. Treitel, *Unmöglichkeit, ‚Impracticability‘ und ‚Frustration‘ im anglo-amerikanischen Recht* (1991); Martin Schmidt-Kessel, *Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht: Limits of Frustration* (2003), 45-89.

¹³² Dazu näher Reinhard Zimmermann, „Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter ...“: *Conditio tacita*, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts, *Archiv für die civilistische Pra-*

frustration of contract“ gelegt. Sie entspricht funktional der im kontinentalen *ius commune* auch aus römischen Bausteinen zusammengesetzten, als solche dem römischen Recht aber ebenfalls unbekanntem Lehre von der *clausula rebus sic stantibus*.¹³³ Wer sich nicht auf bestimmte, in den römischen Quellen vorfindliche Lösungen fixiert, sondern die immanente Flexibilität der darauf begründeten Tradition und ihre Fähigkeit zur Weiterentwicklung und produktiven Assimilation berücksichtigt,¹³⁴ wird wenig Schwierigkeiten haben, auch das englische Privatrecht als Ausprägung einer europäischen Rechts-tradition zu begreifen.

Und was für die Regeln des Privatrechts selbst gilt, gilt in gleichem Maße für die Regeln zum Umgang mit demselben und zu seiner Fortbildung.¹³⁵ So war England in Sachen Gesetzesauslegung über Jahrhunderte hinweg „eine von vielen Provinzen des gemeineuropäischen *ius commune*“,¹³⁶ und moderne Wahrnehmungsunterschiede ergeben sich in erster Linie aus Phasenverschiebungen in der Entwicklung von einem Zeitalter der Billigkeitsauslegung über die Herrschaft der

xis 193 (1993), 121-173. Zu *implied terms* im modernen englischen Vertragsrecht Martin Schmidt-Kessel, Implied Term – auf der Suche nach dem Funktionsäquivalent, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 96 (1997), 101-155; Wolfgang Grobecker, Implied Terms und Treu und Glauben: Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive (1999).

¹³³ Dazu Zimmermann, Archiv für die civilistische Praxis 193 (1993), 134-136.

¹³⁴ Dazu etwa Harold J. Berman, Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition (1983), 9; Glenn (oben Fn. 1818), 155-165; Reinhard Zimmermann, Savignys Vermächtnis, Juristische Blätter 1998, 273-293 (279-281).

¹³⁵ Vgl. zum Folgenden bereits Reinhard Zimmermann, Europa und das römische Recht, Archiv für die civilistische Praxis 202 (2002), 243-316 (304-311).

¹³⁶ So pointiert Vogenauer (oben Fn. 104), 1324, mit ausführlicher Beweisführung 669-779.

strengen Buchstabentreue bis zum modernen zweckorientierten Ansatz.¹³⁷ Auch im Umgang mit Präjudizien, also Vorentscheidungen der Gerichte, unterschieden sich *ius commune* und englisches Recht über lange Zeit hinweg nicht wesentlich. Denn zum einen wurde auch in der kontinentaleuropäischen Jurisprudenz dem Gerichtsgebrauch (*usus fori*) bis zum 18. Jahrhundert erhebliches Gewicht eingeräumt.¹³⁸ Zum anderen war auch für das englische Recht eine flexible Haltung gegenüber Vorentscheidungen der Gerichte charakteristisch; die seit 1960 wieder aufgelockerte Doktrin des *stare decisis* setzte sich erst im Laufe des 19. Jahrhunderts durch.¹³⁹

(v) *Common law v. civil law?*

Im allgemeinen Bewusstsein ebenso wie im rechtsvergleichenden Diskurs verläuft die Haupttrennungslinie innerhalb der europäisch geprägten „westlichen“ Rechtsordnungen zwischen denjenigen des *civil law* und des *common law*.¹⁴⁰ Dabei wird das Trennende überbetont; gelegentlich ist sogar von einem unüberbrückbaren epistemologischen Graben die

¹³⁷ Diese Entwicklung schildert Vogenauer in seiner in Fn. 104 zitierten Monographie vergleichend für das englische und das kontinentaleuropäische Recht. Vgl. auch Vogenauer, Auslegung von Rechtsnormen (oben Fn. 105), 130-134, unter besonderer Hervorhebung der Bedeutung der historischen Perspektive. Zur Bedeutung der vergleichenden Perspektive im Bereich der Methodenlehre vgl. Stefan Vogenauer, Sources of Law and Legal Methodology in Comparative Law, in: Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (Hg.), Oxford Handbook of Comparative Law (paperback edition, 2008), 869-898.

¹³⁸ Ulrike Müßig, Geschichte des Richterrechts und der Präjudizienbindung auf dem europäischen Kontinent, Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 28 (2006), 79-106.

¹³⁹ Stefan Vogenauer, Zur Geschichte des Präjudizienrechts in England, Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 28 (2006), 48-78; *idem*, Precedent, Rule of (oben Fn. 39), 1170-1172.

¹⁴⁰ Vgl. etwa Glenn (oben Fn. 18), Kapitel 5 und 7; Uwe Kischel, Rechtsvergleichung (2015), §§ 5 und 6.

Rede.¹⁴¹ Gleichzeitig wird nicht selten der Eindruck vermittelt, die der Sphäre des *civil law* angehörenden Rechtsordnungen einerseits und die vom *common law* geprägten Rechtsordnungen andererseits seien einander im Wesentlichen ähnlich. Doch wie bei der Dichotomie *civil law/common law* das Trennende, so wird *innerhalb* beider Bereiche das Verbindende überbetont.¹⁴² Das zeigt sich etwa, was das *civil law* betrifft, bei einem Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht. Aus einer langen Liste charakteristischer Unterschiede¹⁴³ seien hier nur zwei hervorgehoben.

Der Stil höchstrichterlicher Entscheidungen ist in Deutschland und England zwar in Manchem unterschiedlich, aber doch in beiden Rechtsordnungen diskursiv geprägt. Es geht den einen Streit entscheidenden Richtern darum, durch ihre Urteilsbegründung die beteiligten Parteien bzw. die juristische Öffentlichkeit von der Richtigkeit des Urteils argumentativ zu überzeugen. Das führt nicht selten zu langen, mitunter

¹⁴¹ Pierre Legrand, Legal Traditions in Western Europe: The Limits of Commonality, in: R. Jagtenberg, E. Örucü, A.J. de Roo (Hg.), *Transfrontier Mobility in Law* (1995), 63-84.

¹⁴² Vgl. bereits, für das Vertragsrecht, Zimmermann, *Juristische Blätter* 1998, 283-286, wo anhand der *Principles of European Contract Law* (zu diesen Reinhard Zimmermann, *Principles of European Contract Law*, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts* (2009), 1177-1180) Beispiele nebeneinander gestellt werden, in denen das englische und in denen das deutsche oder französische Recht „europäische Außenseiter“ sind. Seit den großen Schuldrechtsreformen in Deutschland (2002) und Frankreich (2016), die diese nationalen Eigenheiten auf den Prüfstand gestellt haben, sind manche dieser Beispiele freilich überholt. – Zur Vielgestaltigkeit des *civil law* gerade auch dort, wo es auf dem römischen Recht beruht, vgl. Zimmermann, *Civil law* (oben Fn. 17), 267-290.

¹⁴³ Amüsant im Hinblick auf akademische Karriere traditionen auch etwa Stefan Vogenauer, *Paths to the Chair – The French Experience*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 12 (2004), 218-223.

allzu langen Urteilen.¹⁴⁴ Urteile der *Cour de cassation* sind demgegenüber ganz ungewöhnlich knapp, zumeist nicht länger als ein oder zwei Seiten; sie bestehen aus einem Satz, wobei die Urteilsbegründung in den Entscheidungstenor vermittels einer Reihe von Nebensätzen eingeschoben wird, die mit Wendungen wie „attendu que ...“ oder „considérant que ...“ eingeleitet werden.¹⁴⁵ Diese höchst formale Form der Streitentscheidung lässt die materiellen Erwägungen, die die Entscheidung tragen, vielfach gar nicht deutlich werden.¹⁴⁶ Die „majesté de la loi“ erfordert, nach französischem Verständnis, dass das Urteil „in schlackenloser Reinheit als Akt einer anonymen Subsumptionsbehörde in Erscheinung trete“;¹⁴⁷ daraus erklärt sich, dass Zitate von Präjudizien und Nachweise aus dem juristischen Schrifttum in den Urteilen der *Cour de cassation* vollkommen fehlen. Weiterhin erklärt sich vor diesem Hintergrund, dass französische Jurastudenten nicht, wie in Deutschland, in der Falllösungstechnik geschult werden, sondern im Verfassen von *commentaires d'arrêt*, d.h. von Kommen-

¹⁴⁴ Dazu Lady Justice Arden, Judgment Writing: Are Shorter Judgments Achievable?, *Law Quarterly Review* 128 (2012), 515-520; Andenas/Fairgrieve, *European Business Law Review* 25 (2014), 377-379.

¹⁴⁵ Zweigert/Kötz (oben Fn. 15), 121 („Die Urteile des Kassationshofs ... sind nach Inhalt, Aufbau und Diktion in hohem Maße charakteristisch für den besonderen Stil französischen Rechtsdenkens“); Dawson (oben Fn. 33) 400-415; Kischel (oben Fn. 140) 465 f.

¹⁴⁶ „... äußerstes Maß an Verdichtung und Verknappung des Urteilstextes“: Zweigert/Kötz (oben Fn. 15), 121; Dawson (oben Fn. 33), 411 („The majestic parade of whereas clauses is cast as an exercise in logic, working down inevitably from some provision of the code or statute“); Kischel (oben Fn. 140), 466 („Die rechtliche Begründung besteht oft nur aus dem Hinweis auf die je einschlägigen Vorschriften“).

¹⁴⁷ Zweigert/Kötz (oben Fn. 15), 121. Es gibt freilich Anzeichen für eine Reform; vgl. etwa Denis Mazeaud, *Motivez! Motivez!*, *La Semaine Juridique, Édition générale* 2016, 893; dagegen aus traditioneller französischer Sicht Philippe Malaurie, *Pour: la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre: le judge-made law à la manière européenne*, *La Semaine Juridique, Édition générale* 2016, 546.

turen, die sich um eine Erklärung der jeweiligen Entscheidungen bemühen.¹⁴⁸ Entsprechend betrachten auch Professoren das Verfassen von Entscheidungsanmerkungen als zentralen Bestandteil ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit. Das französische Recht wäre daher mit dem Begriff „Professorenrecht“ sicherlich nicht richtig charakterisiert;¹⁴⁹ eher entspricht deren Fokussierung auf Gerichtsentscheidungen, und damit ihre im Wesentlichen reaktive Rolle, dem traditionellen Bild des Rechtsgelehrten im *common law*.

Ebenso überraschend ist für den deutschen Juristen, der sich mit französischem Privatrecht befasst, dass es in manchen Bereichen nur allgemeine Prinzipien, die im *Code civil* niedergelegt sind, und Einzelfallentscheidungen gibt. Was fehlt, ist eine Zwischenschicht von Begriffen, Fallnormen und Feinsystematik, die die Rechtsanwendung steuern und die wir in Deutschland als Rechtsdogmatik bezeichnen.¹⁵⁰ So liegt etwa die Berechnung des vertraglichen Schadensersatzes in der *appréciation souveraine du juge du fond*, und das heißt: dem Ermessen des Instanzrichters.¹⁵¹ Es wäre damit unmöglich, für Frankreich ein Buch von über 500 Seiten über „The Law of Contract Damages“ zu schreiben, wie dies Adam Kramer 2014 für England getan hat, oder auch ausführliche Kommentierungen zu Surrogations- und Differenzmethode, Mindestschaden, Aufwendungsersatz, Rentabilitätsvermutung, abs-

¹⁴⁸ Jean-Sébastien Borghetti, Legal Methodology and the Role of Professors in France, in: Jürgen Basedow, Holger Fleischer, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Legislators, Judges, and Professors* (2016), 209-222 (212-217).

¹⁴⁹ „To put things bluntly, I think that it is wrong to present French law, as is often done, as a typical ‘continental’ legal system ...“; „I would even venture to say that judges in France actually have greater power than in common law systems ...“: Borghetti (oben Fn. 148), 217, 222.

¹⁵⁰ Reinhard Zimmermann, Gerhard Wagner, *Perspektiven des Privatrechts*, *Archiv für die civilistische Praxis* 216 (2016), 1-12 (1-6).

¹⁵¹ Borghetti (oben Fn. 148) 220 f.; vergleichend auch etwa Konstanze Brieskorn, *Vertragshaftung und responsabilité contractuelle* (2010), 230-243.

trakter und konkreter Schadensberechnung, oder auch kleinem und großem Schadensersatz, wie wir sie in Deutschland finden.¹⁵²

Dasselbe gilt aber auch für das sogenannte „anglo-amerikanische“ *common law*. George Bernhard Shaw wird der Satz zugeschrieben: „Britain and America are two nations divided by a common language.“ Ähnlich aperçuhaft ließe sich sagen, England und die USA hätten „two legal systems divided by a common law“. Zwar besteht kein Zweifel daran, dass (abgesehen von Louisiana)¹⁵³ in den USA englisches *common law* rezipiert worden ist. Doch haben sich seither die beiden Rechtskulturen deutlich auseinanderentwickelt. Man braucht nur einmal die *Harvard Law Review* und die *Law Quarterly Review*, zwei der führenden juristischen Zeitschriften in beiden Ländern, miteinander zu vergleichen, um zu sehen, dass hier in Form, Inhalt, Stil und Adressatenkreis ein ganz erheblicher Unterschied besteht.¹⁵⁴ Charakteristisch für die diskursprägenden Eliteuniversitäten in den USA ist eine Auseinanderentwicklung von Theorie und Praxis,¹⁵⁵ die einhergeht mit einer Geringschätzung von „doctrinal scholarship“: die begrifflich-sys-

¹⁵² Vgl. z.B. Volker Emmerich, Wolfgang Ernst, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 7. Aufl. (2016), Vor § 281, Rdz. 12-47; § 281, 131-155.

¹⁵³ Dazu Joachim Zekoll, Zwischen den Welten – Das Privatrecht von Louisiana als europäisch-amerikanische Mischrechtsordnung, in: Reinhard Zimmermann (Hg.), Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht: Impressionen aus der Neuen Welt (1995), 11-44.

¹⁵⁴ Einen Eindruck von der US-amerikanischen rechtswissenschaftlichen Zeitschriftenkultur vermittelt Reinhard Zimmermann, Law Reviews – Ein Streifzug durch eine fremde Welt, in: Reinhard Zimmermann (Hg.), Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht: Impressionen aus der Neuen Welt (1995), 87-131.

¹⁵⁵ Vgl. bereits Harry T. Edwards, The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession, Michigan Law Review 91 (1992), 34-78; Ward Farnsworth, The Role of Academics in the Legal System, in: Peter Cane, Mark Tushnet (Hg.), Oxford Handbook of Legal Studies (2003), 929-935. Die Entwicklung geht also gerade in die andere Richtung als in England.

tematische Rekonstruktion des geltenden Rechts gilt dort vielfach nicht als wertvolle wissenschaftliche Betätigung. Im Zentrum der Aufmerksamkeit steht stattdessen eine Vielfalt „externer“ Betrachtungsweisen des Rechts (*law and economics, critical legal studies, law and feminism, law and critical race theory, law and literature*, etc.). Auch etwa die Idee einer normativen Eigenständigkeit des Privatrechts findet in den USA kaum Unterstützung.¹⁵⁶

(vi) Europäisierung des Rechts

Insgesamt gibt es, was das Verhältnis von englischem und deutschem Recht betrifft, erhebliche Konvergenzen.¹⁵⁷ Sie werden verstärkt durch die Rechtsakte der EU und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, die England und Deutschland (bislang) in gleicher Weise betreffen wie die anderen Mitgliedstaaten der EU. Hinzu kommen die Europäische Menschenrechtskonvention (die in England zum Erlass des *Human Rights Act* 1998 geführt hat) und die Rechtsprechung des Menschenrechtsgerichtshofs in Straßburg. Im rechtsvergleichenden Diskurs über eine europäische oder gar globale Rechtsharmonisierung spielt das englische Recht seit jeher eine bedeutende Rolle. Das zeigt sich in den internationalen Wissenschaftlergruppen, die Dokumente wie die *Principles of European Contract Law*, die UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*, den *Draft Common Frame of Reference* oder auch den Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen

¹⁵⁶ Vgl. nunmehr aber das Programm eines *new private law* („a group of scholars arguing for the normative distinctiveness of private law and proposing a reconstructive, rather than deconstructive, approach to its traditional concepts“); dazu Eike Götz Hosemann, „The New Private Law“: Die neue amerikanische Privatrechtswissenschaft in historischer und vergleichender Perspektive, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 78 (2014), 37-70 (Zitat auf S. 70).

¹⁵⁷ Vgl. auch Basil Markesinis, *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century* (1994); James Gordley, *Common law and civil law: Eine überholte Unterscheidung*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1 (1993), 498-518.

Kaufrechts ausgearbeitet haben.¹⁵⁸ Zum gegenseitigen Verständnis tragen institutionalisierte Austauschprogramme und andere Formen der Zusammenarbeit bei, und Jahr für Jahr gehen viele der besten jungen Juristen auf den Spuren von Adam von Trott zum Postgraduiertenstudium nach England. Für mich persönlich ist die Zusammenarbeit mit englischen Juristen in den verschiedensten Zusammenhängen immer besonders anregend und bereichernd gewesen. Wenn durch das sogenannte „Brexit-Referendum“ vom 23. Juni 2016 all dies in Frage gestellt sein sollte, würde das zu einer ganz erheblichen Provinzialisierung des Diskurses über das europäische Recht führen. Eine unserer Aufgaben als Rechtswissenschaftler sehe ich darin, eine solche Provinzialisierung so weit wie möglich zu verhindern. Das würde, denke ich, im Geist des Mannes sein, dem diese Vorlesung gewidmet ist.

¹⁵⁸ Allgemein dazu Reinhard Zimmermann, „Wissenschaftliches Recht“ am Beispiel (vor allem) des europäischen Vertragsrechts, in: Christian Bumke, Anne Röthel (Hg.), *Privates Recht* (2012), 21-48; Horst Eidenmüller, Nils Jansen, Eva-Maria Kieninger, Gerhard Wagner, Reinhard Zimmermann, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, *Juristenzeitung* 2012, 269-289.

Schluss: „Our mutual enemy is indolence ...“

Lassen Sie mich deshalb noch einmal aus dem kleinen Aufsatz zitieren, den der zwanzigjährige Adam von Trott „Zur Ebnung des Weges gegenseitiger Anerkennung und Sympathie“¹⁵⁹ zwischen Deutschland und England geschrieben hat: „My visit to England“, heißt es da,¹⁶⁰ „has further convinced me of the fact that the more youth and student organisations exchange visits, the better; in future they will need a closer cooperation; all of us are linked together in a close bond; fate has brought us together to face a common struggle – our mutual enemy is indolence. ... [I]ndolence always bars the way to further progress. It tempts us to explain away our own failings, and we are led to seek the dull comfort of stagnation and inactivity“. Das gilt heute nicht weniger als damals, im Jahre 1929, und es gilt für junge Menschen in England und Deutschland genauso wie für ältere. *Indolence* bedeutet so viel wie Gleichgültigkeit oder Teilnahmslosigkeit. Das wäre auch in der gegenwärtigen politischen Situation die falsche Haltung. Die Rechtsvergleichung im Verhältnis von Deutschland und England, wie im Verhältnis zu anderen Rechtsordnungen, macht aufmerksam auf Unterschiede und Gemeinsamkeiten; sie weckt Interesse, sich mit der jeweils anderen Rechtsordnung zu beschäftigen; sie fördert das Verständnis für das fremde Andere wie auch für das nur scheinbar selbstverständliche Eigene; und sie ermöglicht schließlich auch den Bau von Brücken für einen gemeinsamen Weg in die Zukunft.

¹⁵⁹ Oben Fn. 7.

¹⁶⁰ *The World's Youth* 5 (1929), 138.

Anhand von zwölf Beobachtungen zeigt Reinhard Zimmermann die charakteristischen Unterschiede zwischen der deutschen und englischen Rechtskultur auf. Dabei fungieren die Länder Deutschland und England als Exponenten der Traditionen des *civil law* und des *common law*. In einem zweiten Schritt fokussiert Zimmermann den Blick auf die Verbindungslinien beider Rechtsordnungen. So entsteht ein differenziertes Bild, das deutlich die gegenseitige Beeinflussung und Bezugnahme der Rechtssysteme aufeinander verdeutlicht.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

ISBN 978-3-86395-421-5
eISSN 2698-8828

Universitätsverlag Göttingen