

Juristische Kommentare: Ein internationaler Vergleich

Herausgegeben von
DAVID KÄSTLE-LAMPARTER,
NILS JANSEN und
REINHARD ZIMMERMANN

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

133

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

133

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann



Juristische Kommentare: Ein internationaler Vergleich

Herausgegeben von

David Kästle-Lamparter, Nils Jansen
und Reinhard Zimmermann

Mohr Siebeck

David Kästle-Lamparter ist Akademischer Rat a. Z. am Institut für Rechtsgeschichte der Universität Münster.

orcid.org/0000-0002-1437-1932

Nils Jansen ist Direktor am Institut für Rechtsgeschichte der Universität Münster.

orcid.org/0000-0002-3334-7786

Reinhard Zimmermann ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht und Professor an der Bucerius Law School, Hamburg.

orcid.org/0000-0003-0348-7929

ISBN 978-3-16-158338-4 / eISBN 978-3-16-158339-1

DOI 10.1628/978-3-16-158339-1

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577

(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist seit 01/2023 lizenziert unter der Lizenz ‚Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International‘ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Privatrechtliche Kommentare im internationalen Vergleich

Verbreitung, Varianz, Verwandtschaft

Reinhard Zimmermann

I.	Kommentare allgemein: Geschichte und Funktionen.....	442
II.	Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch.....	446
III.	Kommentare zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch.....	449
IV.	Kommentare zum <i>Code civil</i>	453
	1. <i>Code civil français</i>	453
	2. Exkurs: <i>Code civil</i> und <i>Code des obligations suisse</i>	458
	3. <i>Code civil belge</i>	460
V.	Kommentare zum <i>Codice civile</i>	461
VI.	Kommentare zum <i>Burgerlijk Wetboek</i>	463
VII.	Kommentare zum <i>Código civil</i>	465
	1. <i>Código civil español</i>	465
	2. <i>Código civil português</i>	466
VIII.	Zwischenfazit.....	467
IX.	Kommentare in kontinentaleuropäisch geprägten Ländern außerhalb Europas.....	470
	1. Zivilgesetzbücher von Chile, Brasilien und Argentinien.....	470
	2. Zivilgesetzbuch von Japan (<i>Minpō</i>).....	473
X.	Kommentare in Transformationsstaaten.....	474
	1. <i>Kodeks cywilny</i> (Polen).....	474
	2. <i>Graschdanski kodeks Rossijskoi Federazii</i> (Russische Föderation).....	476
XI.	Kommentare im „englischen common law“.....	477
	1. <i>Blackstone</i> und seine Nachfolger; <i>Sir Edward Coke</i>	477
	2. Gesetzesrecht.....	481
	3. <i>Restatements</i>	483
	4. Englisch Recht im Wandel.....	485
XII.	Kommentare in Nordamerika.....	487
	1. <i>United States</i>	487
	2. Kanada.....	491
	3. Der Sonderfall Quebec.....	492
XIII.	Kommentare in Mischrechtsordnungen.....	494
	1. Südafrika.....	494
	2. Schottland.....	497
	3. Israel.....	499
XIV.	Kommentare in Zeiten von Europäisierung und Globalisierung des Rechts.....	502
	1. Europäisierung und Globalisierung.....	502

2. Europäisches Privatrecht.....	503
3. Transnationales Privatrecht über Europa hinaus.....	506
4. Herausforderungen.....	507
5. „Wissenschaftliche Werke in besonderer Form“.....	510
6. Exkurs: Völkerrecht.....	512
XV. Bilanz und Ausblick.....	513

I. Kommentare allgemein: Geschichte und Funktionen

Juristische Literatur zeichnet sich durch großen Formenreichtum aus: Monographien und Zeitschriftenaufsätze, Lehrbücher, Handbücher und Enzyklopädien, Kommentare und Festschriften, Entscheidungsanmerkungen, Rezensionen, Sammelbände, Textsammlungen oder auch Ausbildungsliteratur.¹ Für die deutsche Rechtswissenschaft des 20. und 21. Jahrhunderts ist der Kommentar ein besonders charakteristisches Publikationsmedium. So sind zum Bürgerlichen Gesetzbuch im letzten halben Jahrhundert immer neue Kommentare zu den bereits bestehenden und ihrerseits ständig neu aufgelegten hinzugekommen: einbändige, zweibändige, mehrbändige, vielbändige (der „Staudinger“² umfasst in der „Online-Grundausrüstung“ gegenwärtig 114 Bände mit etwa 73.000 Seiten), praxisorientierte, Handkommentare, Studienkommentare, *nur* elektronisch verfügbare, *auch* elektronisch verfügbare oder nur in traditioneller Buchform publizierte: es gibt nichts, was es nicht gibt. Vor allem aber gibt es alles mehrfach. Ein Myrmidoneneheer von Wissenschaftlern (und wissenschaftlich interessierten Praktikern) befasst sich immer wieder mit demselben Material, wobei sich durchaus fragen lässt, ob Aufwand und Erkenntnisgewinn in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen.³ Dabei sind Kommentare im Grundsatz für praktisch wie wissenschaftlich tätige Juristen außerordentlich nützlich, nach Auffassung wohl der meisten in Deutschland sozialisierten Juristen sogar unverzichtbar. Der Jahr für Jahr neu erscheinende „Palandt“⁴ ist geradezu zu einem Flaggschiff deutscher Zivilrechtskultur geworden.⁴

¹ Dazu allgemein für Deutschland *D. Willoweit*, Juristische Literatur des 20. Jahrhunderts, in: *ders.* (Hg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, 3–61.

² Er war einer der beiden ersten Großkommentare zum BGB, bestand aber in der 1. Auflage (München, 1889–1903) nur aus bescheidenen sechs Bänden.

³ Vgl. bereits den Beitrag *R. Zimmermann*, Juristische Bücher des Jahres: Eine Leseempfehlung, *Neue Juristische Wochenschrift* 2011, 3557–3563, 3557 f.

⁴ Gegenwärtig aktuell ist die 79. Auflage, 2020. Unter den nunmehr zehn Kommentatoren ist übrigens nur ein Hochschullehrer; er ist für die Kommentierung des IPR zuständig, das nicht im BGB geregelt ist. Die Kommentierung des BGB teilen sich damit neun Praktiker: sechs Richter oder pensionierte Richter und drei Notare. Das wohl einflussreichste

Kommentare gibt es freilich nicht nur in Deutschland, sondern in vielen anderen europäischen wie außereuropäischen Rechtsordnungen. Damit ist das Thema dieses Bandes benannt: Welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede gibt es in der Kommentarkultur der nationalen Rechtsordnungen? Was sind die prägenden Entwicklungstendenzen und wie lassen sie sich erklären? Hat die Kommentarkultur des einen oder anderen Landes grenzüberschreitende Wirkung entfaltet? Und wie steht es in einer Welt zunehmender Globalisierung von Recht und Rechtswissenschaft mit der transnationalen Rechtsliteratur? Gibt es auch hier Kommentare und, wenn ja, was sind ihre Eigenheiten? Im Zentrum der Betrachtung steht, der disziplinären Verankerung der weitaus meisten Autoren entsprechend, das Bürgerliche Recht. Ausgangspunkt ist das Buch von *David Kästle-Lamparter* mit dem Titel „Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart“, das im Jahre 2016 erschienen ist. Geht es dort, was die Gegenwart betrifft, um den Aufstieg des Gesetzeskommentars in Deutschland, so wird in diesem Band der Blick vergleichend geweitet.

Kästle-Lamparter definiert als Kommentar jeden Text, der sich strukturell an einen anderen Text anlehnt und diesen fortlaufend erläutert.⁵ Diese Definition wird auch hier zugrunde gelegt. Erfasst sind damit nicht nur Gesetzeskommentare moderner Prägung; vielmehr kommen als Referenztexte eines Kommentars auch etwa „nicht-legislative Kodifikationen“,⁶ Kompilationen, Rechtsaufzeichnungen oder Werke des juristischen Schrifttums in Betracht, sofern sie als autoritativ betrachtet werden. Kommentare in diesem Sinne hat es in der europäischen Rechtstradition, soweit sie auf das römische Privatrecht zurückreicht, seit eh und je gegeben. Für die römische Jurisprudenz der klassischen Zeit spielten Kommentare zu den Darstellungen des Zivilrechts durch *Massurius Sabinus* und *Quintus Mucius Scaevola*, zum Edikt des Prätors oder auch zu einzelnen Gesetzen wie etwa den Zwölftafeln eine besonders wichtige Rolle.⁷

Das zweite Leben des römischen Rechts begann im hohen Mittelalter mit der Glossierung der Texte des *Corpus iuris civilis*. Auch die von den Glossatoren zusammengestellten Glossenapparate, bis hin zur *Glossa ordinaria* des *Accursius*, unterfallen der soeben genannten Definition, und so lässt sich durchaus von einer Neuentdeckung des juristischen Kommentars durch die

Buch des deutschen Bürgerlichen Rechts im sprichwörtlichen Land des Professorenrechts wird damit nicht von Professoren geprägt.

⁵ *D. Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart, 2016, 9.

⁶ Vgl. zu diesem Begriff *N. Jansen*, The Making of Legal Authority: Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective, 2010.

⁷ *W. Waldstein/J. M. Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, 11. Aufl., 2014, 223 f.; *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 5), 20–24.

Glossatoren sprechen.⁸ Die auf die Glossatoren folgende Rechtsschule wird heute nach dem für sie charakteristischen Literaturtyp vielfach geradezu als diejenige der „Kommentatoren“ bezeichnet.⁹ Damit einher geht die Entwicklung von Einzelerläuterungen, die zwischen die Zeilen des Referenztextes oder an dessen Rand geschrieben wurden, zu einem selbständigen Kommentar, der diesen Referenztext fortlaufend erläutert, ohne ihn selbst mitabzudrucken.

Die Kommentarform prägte den juristischen Humanismus ebenso wie die spanische Spätscholastik.¹⁰ Auch in der Zeit des *Usus modernus* entstanden bedeutende Kommentarwerke; das gilt für *Johann Brunnemann*, „Commentarius in quinquaginta libros pandectarum“ (1670) ebenso wie für das den Epochenamen prägende Werk „Specimen usus moderni Pandectarum“ (1690–1712) von *Samuel Stryk* oder auch für den im römisch-holländischen Recht besonders einflussreichen „Commentarius ad pandectas“ (1698/1704) von *Johannes Voet*. Im Vergleich von *Brunnemann* zu *Stryk* und *Voet* zeigt sich eine Weiterentwicklung insoweit, als die Kommentierung nicht mehr an den einzelnen *leges* der Digesten orientiert ist, sondern nur noch der Ordnung der Titel folgt. Der Bezug auf den Referenztext ist also deutlich gelockert. Abgeschlossen wurde die Zeit des *Usus modernus* wie auch der großen Blüte der Kommentare zum römischen Quellencorpus durch die „Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld: ein Commentar für meine Zuhörer“ (seit 1790) von *Christian Friedrich Glück*, nach seinem Tode fortgesetzt von *Christian Friedrich Mühlenbruch* und anderen: ein Werk, das sich auf 63 Bände auswuchs, gleichwohl aber Fragment geblieben ist.¹¹

Kommentiert wurden natürlich nicht nur die Digesten, sondern auch die Institutionen und der Codex. Der „In quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius“ (1642/1655) von *Arnold Vinnius* wurde zu einem der am weitesten verbreiteten, und damit einflussreichsten, romanistischen Bücher der neueren Privatrechtsgeschichte.¹² Im Übrigen erschienen auch Kommentare zu Büchern anderer Autoren, die als Standardwerke angesehen wurden. So war es

⁸ So die Überschrift der einschlägigen Analyse von *Kästle-Lamparter*, *Welt der Kommentare* (Fn. 5), 105–181.

⁹ Vgl. z.B. *P. Koschaker*, *Europa und das römische Recht*, 4. Aufl., 1966, 87–105. *F. Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, 80–96, spricht von „Konsiliatoren“. Früher war, beeinflusst durch die abschätzige Beurteilung von *Savigny*, der Begriff „Postglossatoren“ verbreitet.

¹⁰ Vgl. insgesamt den historischen Überblick über die Zeit des *ius commune* bei *Kästle-Lamparter*, *Welt der Kommentare* (Fn. 5), 19–57; zum kanonischen Recht und zu germanistischen Rechtsquellen (mit dem Beispiel des *Decretum Gratiani* und des *Sachsenspiegels* als Referenztexten) vgl. 181–205.

¹¹ Zu Glück und seinem Werk vgl. *A. Hirata*, *Die Vollendung des usus modernus pandectarum: Christian Friedrich von Glück (1755–1831)*, ZRG (rom.) 123 (2006), 330–342.

¹² Dazu *R. Zimmermann*, *Arnold Vinnius – Leben, Umfeld, Werk und Wirkung*, in: *A. Vinnius, Institutionenkommentar – Schuldrecht, Text und Übersetzung*, hg. v. K. Wille, 2005, xi–xxvii.

ja bereits in Rom gewesen, als *Pomponius Quintus Mucius Scaevolas* Darstellung des *ius civile* kommentiert hatte und *Ulpian* diejenige des *Massurius Sabinius*; so war es bei den spanischen Spätscholastikern, wenn sie die „Summa Theologica“ *Thomas von Aquins* kommentierten;¹³ und so war es im 18. Jahrhundert, als das Vernunftrecht anhand der autoritativen Schriften von *Hugo Grotius* („De iure belli ac pacis“) und *Samuel Pufendorf* („De iure naturae et gentium“) unterrichtet und diskutiert wurde.¹⁴ In den nördlichen Niederlanden wurde in deren „Goldenem Zeitalter“ *Hugo Grotius*’ „Inleiding tot de Hollandische Rechtsgeleertheyd“ (1631) immer wieder kommentiert,¹⁵ handelte es sich hierbei doch nach allgemeiner Auffassung um das eigentliche Gründungsdokument derjenigen Spielart des *ius commune*, die als römisch-holländisches Recht bekannt wurde¹⁶ – *Dionysius Godefridus van der Keessel* schrieb ihr in seinen „Praellectiones iuris hodierni ad Hugonis Grotii Introductio ad Iurisprudentiam Hollandicam“ Ende des 18. Jahrhunderts fast gesetzesgleiche Autorität zu.¹⁷ Einer der international berühmtesten deutschen Juristen des 18. Jahrhunderts, *Johann Gottlieb Heineccius* (damals Professor an der westfriesischen Universität Franeker), gab 1726 eine von ihm kommentierte Neuauflage von *Vinnius*’ Institutionenkommentar heraus:¹⁸ der interessante Fall eines Kommentars zu einem Kommentar (oder eines „Superkommentars“).¹⁹

Für die Historische Rechtsschule war der Kommentar demgegenüber nicht mehr die angemessene Literaturform; an seine Stelle trat, kulminierend in

¹³ Dazu *N. Jansen*, Methoden, Institutionen, Texte, ZRG (germ.) 128 (2011), 1–71, 45.

¹⁴ Nachweise auch dazu bei *Jansen*, Methoden (Fn. 13), 45 f.

¹⁵ Nähere Angaben dazu bei *R. Zimmermann*, Römisch-holländisches Recht – ein Überblick, in: *R. Feenstra/R. Zimmermann* (Hg.), Das römisch-holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert. 1992, 9–59, 30 f.

¹⁶ Überblick bei *R. Zimmermann*, Römisch-holländisches Recht, in: *J. Basedow/K. J. Hopt/R. Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (HWBEuP), 2009, 1314–1318. Zu dessen Fortwirkung bis heute vgl. noch unten XIII.1.

¹⁷ „[...] cuius tanta est in foro auctoritas, ut fere legis vel consuetudinis in scripturam redactae instar esse videatur“. *Van der Keessels* „Praellectiones“ sind erst von 1961–1967 in fünf Bänden publiziert worden, mit Übersetzung ins Afrikaans. *Grotius*’ „Inleiding“ als Referenztext wird zwar nicht mit abgedruckt, aber fortlaufend erläutert. Zu Lebzeiten von *Van der Keessel* sind nur seine „Theses selectae juris Hollandici et Zelandici, ad supplendam Hugonis Grotii Introductionem ad jurisprudentiam Hollandicam“ (1800) erschienen.

¹⁸ Diese Ausgabe liegt der deutschen Übersetzung von *A. Vinnius*, Institutionenkommentar (Fn. 12) zugrunde, die deshalb auch die Kommentare von *Heineccius* enthält.

¹⁹ Während *Heineccius* nur hin und wieder eigene Kommentare einstreut, wendet *Peter Müller* dieses Verfahren in sehr viel größerem Stil im Hinblick auf eines der berühmtesten Werke des deutschen *Usus modernus* an, *G. A. Struves Syntagma iurisprudentiae secundum ordinem pandectarum*, 3. Aufl., Frankfurt a.M., 1738, Nachdruck 2016. Die „additiones“ von Müller folgen den Erläuterungen von *Struve* Punkt für Punkt und sind in der Regel deutlich länger als diese.

Bernhard Windscheids dreibändiger Darstellung des Pandektenrechts,²⁰ das systematisch aufgebaute Lehrbuch, das zwar immer noch am römischen Recht, aber nicht mehr an der Legalordnung der *Digesten* (und auch nicht am System der Institutionen), sondern am Pandektensystem orientiert war.²¹ Nicht nur systematisch, sondern auch inhaltlich hatten sich zuvor bereits die Vertreter des Vernunftrechts vom römischen Quellencorpus zu lösen versucht: mit der Folge, dass auch die von ihnen verfasste Literatur sich strukturell nicht an einen autoritativen Referenztext anlehnen konnte. Vielmehr bildeten hier mit Hilfe der Vernunft erkannte Begriffe und Prinzipien den Ausgangspunkt.²²

Was nun die Funktionen betrifft, die ein Kommentar erfüllen kann, so sieht *Kästle-Lamparter*²³ in ihm Erläuterungsbuch, Wissensspeicher, Wissensfilter, Wissensorganisator, Wissensgestalter, juristischen Feinmechaniker, Brückenbauer,²⁴ Stabilisator, Kritiker und Erneuerer. Manche dieser Funktionen gehen ineinander über (schon, indem ein Kommentar einen Text erläutert, gestaltet er Wissen; indem er den Wissensbestand filtert, stabilisiert er das Recht; indem er das Recht erneuern hilft, übt er auch Kritik an dem Bestehenden), und nicht alle von ihnen sind in jedem Kommentar gleichermaßen erfüllt; nicht selten treten gerade die zuletzt genannten, produktiven Funktionen in den Hintergrund oder werden gar nicht erst angestrebt. Im Übrigen besteht eine Aufgabe moderner Gesetzeskommentare darin, sowohl anwendungsbezogen als auch theoriegeleitet zu sein und damit Wissenschaft und Praxis zu verbinden.²⁵

II. Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch

In Deutschland ist die zweite Blüte der Kommentarliteratur untrennbar mit der Kodifikation des Privatrechts verbunden.²⁶ Das gilt im 19. Jahrhundert

²⁰ *B. Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl., Frankfurt a.M., 1891, danach fortgeführt von *T. Kipp* bis zur 9. Aufl., 1906.

²¹ Dazu *J. P. Schmidt*, Pandektensystem, in: HWBEuP (Fn. 16), 1132–1136.

²² Dazu *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 5), 49–57. *C. Wolff* behielt in seinem „*Ius Naturae*“ (8 Bde., Frankfurt a.M. u.a., 1740–1748), einem Hauptwerk des Vernunftrechts, in gewisser Weise aber den Stil eines Kommentars bei.

²³ *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 5), 311–332.

²⁴ Dazu auch *H. Mohnhaupt*, Zum Verhältnis zwischen Kodifikation und Rechtsprechung am Beispiel von Kommentaren und Rechtsprechungssammlungen zum ABGB, in: B. Dölemeyer/H. Mohnhaupt (Hg.), 200 Jahre ABGB (1811–2011), 2012, 121–157, 132: „[Der Kommentar] überbrückt historische Zeiträume und kulturelle Grenzen, indem er das fest gebündelte normative Wissen des Gesetzbuchs an die neuen Anforderungen der sozialen Welt anzupassen versucht“.

²⁵ Vgl. *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 5), 282–285, 301–303.

²⁶ Detaillierte Analyse des Aufstiegs des Gesetzeskommentars in Deutschland bei *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 5), 209–288.

bereits für die kodifizierten Partikularrechte z.B. in Baden,²⁷ in Österreich²⁸ und sogar in Preußen; auch wenn das preußische Allgemeine Landrecht von Wissenschaft und Lehre zunächst stark vernachlässigt wurde,²⁹ entstand doch in den Jahren von 1852–1856 ein vierbändiger „Kommentar in Anmerkungen“ von *Christian Friedrich Koch*, einem Gerichtsdirektor in Neisse. Es gilt, auf der Ebene des Reiches, im Strafrecht und im Handelsrecht³⁰ (mit *Hermann Staub*s Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch als herausragendem, ja geradezu schulemachendem Beispiel – er erschien 1893 in erster und schon im Jahre 1900 in 6./7. Auflage und wird heute als fünfzehnbändiger Großkommentar zum Handelsgesetzbuch fortgeführt),³¹ bis sich dann um die Jahrhundertwende der BGB-Kommentar zu einem, letztlich sogar *dem*, Leitmedium des Privatrechtsdiskurses zu entwickeln begann.³²

Die führenden Großkommentare waren die von *Gottlieb Planck* und *Julius von Staudinger* herausgegebenen;³³ der eine (Planck) erschien von 1897–1902 in sieben Bänden (1./2. Auflage), der andere (Staudinger) von 1898–1903 in sechs Bänden.³⁴ Anders als noch im 19. Jahrhundert (und damals grundsätzlich auch in den Gebieten kodifizierten Rechts)³⁵ bildete nun nicht mehr das System des zeitgenössischen römischen Rechts den zentralen Referenzpunkt für Privatrechtsdiskurs und juristische Ausbildung, sondern das BGB und damit das staatlich erlassene Gesetzesrecht. Von erheblicher Bedeutung waren inso-

²⁷ Für Baden vgl. *J.N.F. Brauer*, Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzoglich Badische bürgerliche Gesetzgebung, 6 Bde., Karlsruhe, 1809–1819; *M. Hachenburg*, Das Badische Landrecht unter Berücksichtigung des Rheinischen Rechts annotiert nach der Rechtsprechung der Deutschen Gerichte, Mannheim, 1887; allgemein zu den Gebieten französischen Rechts *K. H. Neumeyer*, Die wissenschaftliche Behandlung des kodifizierten französischen Zivilrechts bis zur Dritten Republik, in: H. Coing/W. Wilhelm (Hg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. 1, 1974, 173–195.

²⁸ Dazu unten III.

²⁹ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte (Fn. 9), 334.

³⁰ *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 5), 70 f.

³¹ Zu *Staub*, einem Anwalt in Berlin, vgl. *T. Henne/R. Schröder/J. Thiessen* (Hg.), Anwalt – Kommentator – „Entdecker“: Festschrift für Hermann Staub zum 150. Geburtstag, 2006; *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 5), 224–230.

³² *N. Jansen*, Vom Aufstieg des Kommentars und Niedergang des Lehrbuchs: Fünfzehn Beobachtungen zur Entwicklung juristischer Literaturformen in Deutschland im 20. Jahrhundert, in diesem Band, 25–44.

³³ Dazu *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 5), 246–255.

³⁴ Planck war Richter und Politiker. Bekannt ist er heute vor allem als Redaktor des Familienrechts in der Ersten Kommission zur Vorbereitung des BGB und als Generalreferent in der Zweiten Kommission; er war damit „unter den vielen Vätern des BGB einer der einflussreichsten“: *G. Kleinheyder/J. Schröder* (Hg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 6. Aufl., 2017, 545. Staudinger war Richter und Ministerialbeamter in Bayern.

³⁵ *Koschaker*, Europa (Fn. 9), 292.

weit die Beschlüsse der in der Eisenacher Konferenz vom März 1896 versammelten Professorenschaft.³⁶ Im Jahre 1910 erschien zum ersten Mal der sogenannte Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB, der sein Programm (die „besondere Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts“) bereits im Titel trug, 1921 ein von *Hans Theodor Soergel* herausgegebener Kommentar „unter Verwertung der gesamten Rechtsprechung und Rechtslehre“. Beide entwickelten sich im Laufe der Zeit zu weiteren Großkommentaren.

Einen langfristig wirksamen Impuls setzte in den zwanziger und dreißiger Jahren *Adolf Baumbach* mit seinen Taschenkommentaren, die ab 1933 den Namen „Liebmanns Kurzkommentare“ trugen und dann, nach dem Verkauf des Verlages Otto Liebmann an C.H. Beck, als „Beck’sche Kurzkommentare“ bekannt wurden.³⁷ Der Palandt³⁸ trägt, auch wenn die 79. Auflage (2020) trotz des gedrängten Druckbildes und trotz der notorischen Abkürzungen³⁹ einschließlich Register 3.245 Seiten umfasst, bis heute diesen Reihentitel.⁴⁰ Seit 1979 erscheint deshalb in demselben Verlag unter dem Namen des Gründungsherausgebers *Othmar Jauernig* ein deutlich kürzeres Erläuterungswerk.⁴¹ Mit dem um dieselbe Zeit begonnenen „Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch“ (1. Auflage von 1978–1983 in zunächst sieben Bänden) begann dann die Proliferation der BGB-Kommentare, von der einleitend die Rede war und die dazu geführt hat, dass eine Literaturgattung, die nicht zuletzt dazu dient, einen Überblick über Rechtsprechung und Schrifttum zu bieten, ihrerseits massiv zur Unübersichtlichkeit beiträgt. Eine Sonderstel-

³⁶ *E. Friedberg*, Die künftige Gestaltung des deutschen Rechtsstudiums nach den Beschlüssen der Eisenacher Konferenz, Leipzig, 1896.

³⁷ Dazu näher *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 5), 73–75.

³⁸ Oben Fn. 4.

³⁹ Dazu *J. Basedow*, Euro-Zitrone für den Palandt, ZEuP 1 (1993), 656 f.

⁴⁰ Alle bisher genannten Kommentare (Staub, Planck, Staudinger, Reichsgerichtsrätekommentar, Baumbach, Soergel, Palandt) sind nicht von Professoren gegründet und/oder herausgegeben worden; Baumbach war Richter, Soergel bayerischer Hofrat. Otto Palandt, nach dem der heute berühmteste zivilrechtliche Kommentar benannt ist (ohne dass er je auch nur einen Paragraphen kommentiert hätte) war Präsident des Reichsjustizprüfungsamts. Zu diesem, und zur Rolle von Otto Palandt, neuerdings *M. Würfel*, Das Reichsjustizprüfungsamt, 2019. Auch die Autoren waren ganz überwiegend Praktiker: „Vereinfacht lässt sich sagen, dass das Verfassen von Kommentaren die Sache der Praktiker war, während die Professoren es vorzogen, systematische Lehrbücher zu schreiben“: *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 5), 240; vgl. auch bereits *Willoweit*, Juristische Literatur (Fn. 1), 58 f.

⁴¹ Jauernig war Professor in Heidelberg. Alle am „Jauernig“ beteiligten Autoren sind Hochschullehrer; das mag daran liegen, dass das Werk jedenfalls auch für Juristen in der Ausbildung gedacht ist. Allgemein *Willoweit*, Juristische Literatur (Fn. 1), 59: „Erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts ist ein zunehmendes, breiteres Interesse von Angehörigen juristischer Fakultäten zu beobachten, schriftstellerische Energien in die Erklärung von Gesetzestexten zu investieren“.

lung unter den deutschen Kommentaren hat der „Historisch-kritische Kommentar zum BGB“,⁴² der den Traditionszusammenhang sichtbar macht, in dem das Gesetz steht und die Erfahrungen aus über 100 Jahren Umgang mit ihm erschließt; und der damit historische Rechtsvergleichung bis an die Schwelle der Gegenwart bietet. In der Regel werden hier nicht einzelne Normen, sondern Normenkomplexe kommentiert. Episode blieb der Versuch der Etablierung von stärker sozialwissenschaftlich orientierten „Alternativkommentaren“ zu einer Reihe von Gesetzen, darunter dem BGB. Sie positionierten sich politisch links von der herrschenden Meinung, vernachlässigten dabei aber aus Sicht der herrschenden Meinung das Kerngeschäft einer praxistauglichen juristischen Erläuterung.⁴³

Mit dem Aufstieg des Kommentars korrespondiert in Deutschland der Niedergang des großen Lehrbuchs;⁴⁴ einstmals wohl etablierte Werke werden heute vielfach nicht mehr fortgeführt. Orientierung sucht der moderne Jurist im Palandt und nicht mehr in einem Werk wie dem von *Windscheid/Kipp*. Hinter dieser Entwicklung stehen, so *Nils Jansen*, letztlich eine zunehmende Differenzierung von Rechtssystem und Rechtswissenschaft und damit verbundene Differenzierungen im Rechtsbegriff. So sei einerseits zweifelhaft, wie weit das richterrechtlich überformte und in Mehrebenensystemen zersplitterte Recht der Gegenwart sich in Form kohärenter Systeme noch angemessen abbilden lässt; andererseits werde heute nicht mehr bezweifelt, dass die Judikatur die Wissenschaft als Protagonisten der Rechtsfortbildung abgelöst hat.⁴⁵

III. Kommentare zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch

Die Annahme des BGB im Reichstag und seine Verkündung im Sommer des Jahres 1896 bildeten den Startschuss für die Erarbeitung und Publikation der beiden Großkommentare von *Planck* und *Staudinger*. Zu dieser Zeit gab es in Österreich bereits eine lange Tradition von Kommentierungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB) von 1811. Der erste, bereits 1811–1813 in vier Bänden erschienene Kommentar stammte mit *Franz von Zeiller* von „dem bedeutendsten Kopf dieser Gesetzgebung“⁴⁶ selbst.⁴⁷ Wie in

⁴² Herausgegeben von *M. Schmoeckel/J. Rückert/R. Zimmermann*: Bd. I, 2003, Bde. II/1 und II/2, 2007, Bde. III/1 und III/2, 2013, Bd. IV, 2018.

⁴³ Vgl. etwa Alternativkommentare: Anspruch und Kritik (1987); dazu *Kästle-Lamparter*, *Welt der Kommentare* (Fn. 5), 88–90.

⁴⁴ Dazu *Jansen*, *Deutschland* (Fn. 32), 42–44.

⁴⁵ *Jansen*, *Deutschland* (Fn. 32), 43.

⁴⁶ *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte* (Fn. 9), 336.

⁴⁷ *F. v. Zeiller*, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, 4 Bde., Wien, 1811–1813. Dazu *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte* (Fn. 9), 336: „Zeiller ist auch der bedeutendste

Deutschland *Planck* als einer der Väter des BGB, war von *Zeiller* prädestiniert, die Zielsetzungen des Gesetzgebers authentisch zu vermitteln und damit also, in seinen eigenen Worten,

„[d]ie Reichhaltigkeit dieses, auf einen sehr mäßigen Umfang eingeschränkten, Gesetzbuches zu entwickeln, die Gerechtigkeit der einzelnen Vorschriften durch ihre Begründung einleuchtender zu machen, und die Anwendung derselben durch eine nähere Anleitung zu erleichtern.“⁴⁸

In seinem Überblick über die Kommentarliteratur zum ABGB im 19. Jahrhundert unterscheidet *Heinz Mohnhaupt* in Anbetracht der „permanenten Ausweitung der kommentierten Rechtsquellenfundamente“⁴⁹ mehrere Typen: in der Anfangszeit den exegetischen Kommentar, wie ihn nach von *Zeiller* etwa *Franz Xaver Nippel*⁵⁰ und *Joseph Winiwarter*⁵¹ vorlegten; später dann die Erläuterung des ABGB anhand der inzwischen ergangenen Rechtsprechung,⁵² vor allem aber, im Anschluss an die Erneuerung der österreichischen Rechtswissenschaft durch *Joseph Unger*,⁵³ „die Wiederanknüpfung des öster-

Kommentator seines eigenen Werkes geworden“; *Mohnhaupt*, Kodifikation und Rechtsprechung (Fn. 24), 136, mit Hinweis auch auf zwei weitere Kommentare zum ABGB aus der Feder von v. *Zeiller*.

⁴⁸ v. *Zeiller*, Kommentar (Fn. 47), vii f.; vgl. auch *Mohnhaupt*, Kodifikation und Rechtsprechung (Fn. 24), 136; nach von *Zeiller* habe ein „guter Kommentar“ Text, Erklärungen, Gründe und Anwendungsregeln zu enthalten.

⁴⁹ *Mohnhaupt*, Kodifikation und Rechtsprechung (Fn. 24), 141.

⁵⁰ *F.X.J.F. Nippel*, Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesamten deutschen Länder der österreichischen Monarchie, mit besonderer Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses, 9 Bde., Grätz, 1830–1839. In Bd. 1, vi, schreibt *Nippel*, er habe bei seiner Arbeit „weniger nach Originalität, als nach Beförderung und Verbreitung der Wahrheit und des practischen Nutzens“ gestrebt. *L. Pfaff/F. Hofmann*, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bde., Wien, 1877–1887, Bd. I/1, 62 tadeln die „ermüdende Weitschweifigkeit der Darstellung“ – zudem würden die gesamten vier Bände von *Zeiller* wiederholt, „zwar bona fide [...] aber in naiver Verkennung der ökonomischen Seite des Autorrechts“.

⁵¹ *J. Winiwarter*, Das Oesterreichische bürgerliche Recht, systematisch dargestellt und erläutert, 5 Bde., Wien, 1831–1838, der sein Werk als „Commentar“ (Bd. 1, v), gleichzeitig aber auch als „Lehr- oder Handbuch“ (Bd. 1, vii) bezeichnet. In der Tat ist der Text des ABGB zwar „wörtlich eingeschaltet“, dessen Paragraphen reflektieren aber nicht die Gliederung des Werkes. *Winiwarter* weist selbst darauf hin (Bd. 1, viii), dass er sich hin und wieder eine Abweichung von der Ordnung des Gesetzbuches erlaubt habe. *Pfaff/Hofmann*, Kommentar I/1 (Fn. 50), 62 bezeichnen *Winiwarters* Darstellung als scharfsinnig, doch schlage bei ihm der Scharfsinn „nicht selten in Spitzfindigkeit und Paradoxie“ um. – *Nippel* war Richter, *Winiwarter* Hochschullehrer.

⁵² *A. Riehl*, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch erläutert durch die Spruchpraxis des k.k. obersten Gerichtshofes bis 1879 sammt ausführlichen Citaten aller einschlägigen Gesetzesstellen, 2 Bde., Wien, 1879. *Riehl* war Advokat.

⁵³ *Unger*, dem einflussreichsten Juristen Österreichs in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, ging es darum, die österreichische Rechtswissenschaft nach dem Vorbild der

reichischen Partikularrechts an das gemeine Recht“ (in diesem Sinne *Ludwig Ritter von Kirchstetter*⁵⁴ sowie *Leopold Pfaff/Franz Hofmann*⁵⁵). Ende des 19. Jahrhunderts habe dann das ABGB seine (vermeintliche oder tatsächliche) Autonomie endgültig eingebüßt,⁵⁶ indem das Gesetzbuch „[n]ach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der Literatur“ erläutert wurde: so der Untertitel der 6. Auflage, 1892, des von *Moritz von Stubenrauch* begründeten Kommentars.⁵⁷ „Die Brauchbarkeit und Beliebtheit des Stubenrauch’schen Commentars zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche beruht darauf, dass derselbe ein möglichst anschauliches Bild des jeweiligen Standes der Theorie und Praxis im Ganzen wie im Einzelnen darzubieten bezweckt“.⁵⁸ Das hatte zuvor auch *Joseph Unger* anerkennend hervorgehoben.⁵⁹

historischen Schule in Deutschland zu pandektisieren (in seinen eigenen Worten: „[...] den reichen Strom deutscher Wissenschaft auf die brach liegenden Fluren der österreichischen Jurisprudenz zu leiten“: *J. Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I: Allgemeiner Teil, 1.–4. Abteilung, Leipzig, 1856, vi). Dazu, und zur Studienreform durch Graf Thun-Hohenstein, der ebenfalls eine Abwendung vom Naturrecht und eine Eingliederung der österreichischen in die deutsche gemeinrechtliche Wissenschaft anstrebte, *R. Zimmermann*, „In der Schule von Ludwig Mitteis“: Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge, *RabelsZ* 65 (2001), 1–38, 5–9.

⁵⁴ Kommentar zum Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche mit vorzüglicher Berücksichtigung des gemeinen deutschen Privatrechts, Leipzig/Wien 1868. Das Zitat findet sich im Vorwort dieses Werkes, wo *Kirchstetter* auch seiner Überzeugung Ausdruck gibt, das ABGB sei wie das preußische Allgemeine Landrecht, „modificirtes gemeines Recht“. *Kirchstetter* (ein Anwalt) beruft sich auf *Unger* und dessen „System“ (und stellt sein Werk in eine Reihe mit dem Kommentar von *Koch* zum Landrecht und *Carl Georg Wächters* „Handbuch zum Württembergischen Privatrecht“).

⁵⁵ *Pfaff/Hofmann*, Kommentar (Fn. 50). Das Werk ist Fragment geblieben. Beide Autoren (Hochschullehrer in Wien und Schüler von *Unger*) bekennen sich dazu, einer Schule anzugehören, „die gegen die bloß exegetische Methode nachdrücklichen Widerspruch erhoben hat“ (Bd. I/1, iii), bemühen sich aber darum, Exegese und System miteinander zu verbinden; die Form eines Kommentars brauche jedenfalls kein Hindernis zu sein, den Ergebnissen systematischer Untersuchungen (wie sie *Unger*, aber auch *Pfaff* selbst durchführten) ihre Gestalt zu geben. *Pfaff* und *Hofmann* stützen sich neben dem „neuen Stoff, den Literatur, Praxis und Gesetzgebung bieten“ als erste seit von *Zeiller* auch auf die offiziellen Materialien zum ABGB. – Übrigens hatten *Pfaff/Hofmann*, Kommentar I/1 (Fn. 50), xii, zunächst den Gesetzestext, „der sich ohnehin in jedes Juristen Händen befindet“, weglassen wollen. Das sei ihnen jedoch „von mehreren Seiten widerraten“ worden.

⁵⁶ *Mohnhaupt*, Kodifikation und Rechtsprechung (Fn. 24), 147.

⁵⁷ *M. v. Stubenrauch*, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch sammt den dazu erflossenen Nachtrags-Verordnungen [...], mit Rücksicht auf das practische Bedürfniß, 3 Bde., Wien, 1853–1858. *Stubenrauch* war Professor in Lemberg und Wien.

⁵⁸ *M. v. Schuster/K. Schreiber*, in der Vorrede zur 8. Auflage, 1902, des Commentars zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche von weiland Dr. *Moritz von Stubenrauch*, Bd. 1, 1902, iv. Auch *Pfaff/Hofmann*, Kommentar I/1 (Fn. 50), 64, rühmen die „umfassende Benutzung der Literatur und der Entscheidungen der Gerichte“.

Damit war der Typ des modernen Kommentars entstanden, wie er dann auch für die deutsche Rechtsentwicklung maßgeblich wurde; „tunlichst vollständige Berücksichtigung“ von Literatur und Rechtsprechung, jedoch nicht „bloße Materialiensammlung“, sondern der Anspruch, den Stoff „in geistiger Verarbeitung dar[zu]bieten“. ⁶⁰ So nimmt es denn nicht wunder, dass auch heute die österreichische Kommentarlandschaft, in kleinerem Maßstab, der deutschen entspricht. Es gibt einen Großkommentar zum ABGB, herausgegeben von *Attila Fenyves*, *Ferdinand Kerschner* und *Andreas Vonkilch*, der den berühmten, 1931–1935 von *Heinrich Klang* begründeten Kommentar zum ABGB in vier Bänden fortführt, ⁶¹ sowie einen weiteren Großkommentar, begründet von *Michael Schwimann*, der als „ABGB-Praxiskommentar“ firmiert, ⁶² es gibt einen Kurzkommentar (seit 2005) ⁶³ und einen Taschenkommentar (seit 2010) ⁶⁴ zum ABGB, und es gibt seit 1983/1984 den mittelgroßen, zweibändigen Kommentar von *Peter Rummel*. ⁶⁵ Mittelgroß, wenngleich einbändig, vor allem aber als Online-Kommentar konzipiert, ist ein von *Andreas Kletečka* und *Martin Schauer* herausgegebenes Werk. ⁶⁶ Für ein Land mit nur fünf staatlichen juristischen Fakultäten ⁶⁷ ist das eine ganze Menge.

⁵⁹ Aus der Vorrede zur vierten bis sechsten Auflage des Stubenrauch'schen Kommentars (Fn. 57), abgedruckt in der 8. Aufl., 1902–1903, iii.

⁶⁰ *E. Strohal*, Vorwort zur 4. Auflage von Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 1914, viii. Strohal war ein österreichischer Jurist, zunächst Professor in Graz, seit 1895 dann Professor in Leipzig. Er war sowohl für die Entwicklung des österreichischen wie des deutschen Rechts von großer Bedeutung.

⁶¹ *H. Klang* (Hg.), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 4 Bde., 1931–1935; heute *A. Fenyves/F. Kerschner/A. Vonkilch* (Hg.), Großkommentar zum ABGB – Klang, 3. Aufl., erscheint seit 2000 und ist ausgelegt auf 30 Bände.

⁶² *M. Schwimann* (Hg.), Praxiskommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bde. 1–5, 1987–1990; die 4. Aufl. hg. v. *G. Kodek* in 10 Bänden, 2011–2017.

⁶³ *H. Koziol/P. Bydlinski/R. Bollenberger* (Hg.), Kurzkommentar zum ABGB, 2005; 6. Aufl., 2020.

⁶⁴ *M. Schwimann* (Hg.), ABGB Taschenkommentar, 2010; 4. Aufl. hg. v. *M. Schwimann* und *M. Neumayr*, 2017.

⁶⁵ *P. Rummel* (Hg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bde., 1983/1984; 4. Aufl. hg. v. *P. Rummel* und *M. Lukas*, 2014. – Heinrich Klang war Richter und Hochschullehrer, die Herausgeber der modernen Kommentare zum ABGB sind fast ausnahmslos Hochschullehrer (Kodek und Neumayr allerdings primär Richter). Auch was die Bearbeiter betrifft, sind österreichische Kommentare vorrangig Produkte der Wissenschaft; das gilt vor allem für die von *Klang* und *Rummel* begründeten Kommentare. Demgegenüber sind unter den Autoren des *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* eine Reihe von Praktikern.

⁶⁶ ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2010 (4.300 Seiten und fast 60 Autoren).

⁶⁷ Außer Wien, Graz, Salzburg, Linz und Innsbruck bieten auch die Wirtschaftsuniversität Wien und eine private Hochschule (ebenfalls in Wien) eine Juristenausbildung an.

Ebenfalls in die Zeit vor den ersten BGB-Kommentaren reicht übrigens die Kommentartradition in der Schweiz⁶⁸ zurück. Die bedeutendste Privatrechtskodifikation in diesem Land vor Erlass von Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht (und eine der bedeutendsten des 19. Jahrhunderts überhaupt) war das Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1853–1856. Hierzu verfasste ihr Redaktor, *Johann Caspar Bluntschli*, ein Erläuterungswerk in vier Bänden,⁶⁹ ganz ähnlich wie dies *Franz von Zeiller* für sein ABGB getan hatte.⁷⁰ Als dieses Gesetzbuch 1887 revidiert wurde („neue Redaktion“), war es wiederum der Redaktor dieser Revision, *Albert Schneider*, der „auf Grundlage des Bluntschli’schen Kommentars“ eine „allgemeinfaßliche“ Erläuterung publizierte.⁷¹

IV. Kommentare zum *Code civil*

1. *Code civil français*

Wie das ABGB ist der *Code civil* ein Kind der Aufklärung, von ebenfalls nur mäßigem Umfang und damit, wie man denken sollte, einer Kommentierung bedürftig, die seine „Reichhaltigkeit [...] entwickel[t].“⁷² Und in der Tat entstand im 19. Jahrhundert zunächst eine blühende Kommentarliteratur mit vielfach mehrbändigen Werken, darunter *Claude Étienne Delvincourt*,⁷³ *Charles Bonaventure Marie Toullier*,⁷⁴ *Alexandre Duranton*,⁷⁵ *Raymond-Théodore Troplong*⁷⁶ und *Charles Demolombe*⁷⁷.

Diese Werke sind Produkte der sogenannten „École de l’exégèse“,⁷⁸ und diese hat traditionell einen schlechten Ruf; die Rede ist von einer „unfrucht-

⁶⁸ Zu dieser im Überblick noch unten IV.2.

⁶⁹ *J. C. Bluntschli*, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, mit Erläuterungen herausgegeben, 4 Bde., 2. Aufl., Zürich, 1854–1856.

⁷⁰ Oben Fn. 47.

⁷¹ *A. Schneider*, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Zürich, 1888. (Besonders hingewiesen wird auf „zahlreiche Figuren in Holzschnitt zum Erbrecht“.)

⁷² Oben Fn. 48.

⁷³ *C. E. Delvincourt*, Institutes de droit civil français, 3 Bde., Paris, 1808; in späteren Auflagen umbenannt in „Cours de Code Napoléon“ bzw. „Cours de Code civil“.

⁷⁴ *C. B. M. Toullier*, Le droit civil français, suivant l’ordre du Code, 8 Bde., Paris, 1811–1818.

⁷⁵ *A. Duranton*, Cours de droit français suivant le Code civil, mir zugänglich nur die 3. Aufl., 21 Bde., Paris, 1834–1837.

⁷⁶ *R.-T. Troplong*, Droit civil expliqué suivant l’ordre des articles du Code, 23 Bde., Paris, 1834–1855.

⁷⁷ *C. Demolombe*, Cours de Code Napoléon, 31 Bde., Paris, 1845–1887. Trotz des enormen Umfangs behandelt Demolombe kaum zwei Drittel des *Code civil*. – Die meisten der eben erwähnten Autoren (Delvincourt, Toullier, Duranton, Demolombe) waren Hochschullehrer.

⁷⁸ *J.-L. Halpérin*, Histoire du droit privé français depuis 1804, 2. Aufl., 2012, 37–75.

baren positivistischen Phase“, in der man sich „mit einer grammatischen und logischen Exegese des Gesetzestextes begnügte und die Rechtsprechung ganz außer acht ließ“. ⁷⁹ Nun gab es, als *Delvincourt* und *Toullier* ihre Werke publizierten noch kaum Rechtsprechung und Literatur, die hätte ausgewertet werden können; man musste sich erst einmal mit den Normen des *Code civil*, mit ihrer Bedeutung und ihrem systematischen Zusammenhang, vertraut machen. Im Übrigen sah man aber auch, dass der *Code civil* ganz überwiegend dazu bestimmt gewesen war, einheitliches, nicht neues Recht zu schaffen ⁸⁰ und dass deshalb *droit ancien* und römisches Recht die am besten geeigneten Hilfsmittel zur Interpretation und Lückenfüllung des neuen Gesetzbuches waren: „C'est sur-tout dans les écrits des jurisconsultes romains qu'[on] trouvera des guides sûrs et des règles de décision infaillibles“. ⁸¹ Als im Laufe der Zeit immer mehr auf der Grundlage des *Code civil* entstandenes Material zu verarbeiten war, änderten sich auch Argumentationshaushalt und Zitierpraxis der Kommentare; so sind die Kommentare von *Troplong* und *Demolombe* voll von Hinweisen auf die einschlägige Rechtsprechung; ⁸² immer noch aber wurden auch römisches Recht und die Autoren des *ius commune* ausgewertet. ⁸³ Auch wirkt die auf alle Einzelheiten eingehende und mit vielen Fallbeispielen gespickte Darstellung nicht steril oder scholastisch; für den modernen

⁷⁹ K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, 95; Kästle-Lamparter, Welt der Kommentare (Fn. 5), 71 greift die Wahrnehmung für die auf die „École d'exégèse“ folgenden Zeit auf, wenn er davon spricht, der Gesetzeskommentar habe sich „aus der Schmutzdecke subalternen Wortexegese befreien können“. Kritisch zur verbreiteten Wahrnehmung der „École d'exégèse“ aber z.B. A. Bürge, Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 1995, 2 und *passim*, z.B. 272 („Mythos“) vgl. auch P. Rémy, Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIXème siècle, Annales d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique 2, 1985, 91–105 und die Nachweise bei Halpérin, Histoire du droit (Fn. 78), 73. Hier scheint sich eine ähnlich revisionistische Sicht vorzubereiten wie zur Begriffsjurisprudenz und Pandektistik im deutschen 19. Jahrhundert.

⁸⁰ Dazu aus heutiger Sicht J. Gordley, Myths of the French Civil Code, American Journal of Comparative Law 2 (1994), 459–505.

⁸¹ *Toullier*, Le droit civil I (Fn. 74), 3. Aufl., 1820, 94 (no. 149). H. Kooiker bezeichnet deshalb die Kommentatoren des *Code civil* der ersten Jahrzehnte nach Inkrafttreten des *Code civil* als „école romaniste“: Lex Scripta Abrogata: De derde renaissance van het Romeinse recht, Teil I, 1996, 196–253 (sehr interessant zu *Toullier* 203–211).

⁸² Bei *Troplong* finden sich die Nachweise in Fußnoten, bei *Demolombe* im Text.

⁸³ Auch dazu *Kooiker*, Lex Scripta Abrogata (Fn. 81), 254–289, mit dem Hinweis, dass diese Autoren der „École classique“ oder „École de l'exégèse“ sich dadurch mit ihrer Annahme eines geschlossenen Rechtsquellensystems auf der Basis des *Code civil* in Widerspruch setzten. Nur theoretisch, nicht aber in der praktischen Durchführung sind deshalb die Werke von *Troplong* und *Demolombe* dem ersten der von *Mohnhaupt*, Kodifikation und Rechtsprechung (Fn. 24) erwähnten Kommentartypen zuzurechnen, die die Kodifikation „autonom“ zu verstehen versuchten.

Leser eigenartig sind allerdings die blumige Rhetorik⁸⁴ und die kaum gezügelte Weitschweifigkeit der Argumentation. Mit Kommentaren *à la Planck* und *Staudinger* oder auch *Stubenrauch* und *Pfaff/Hofmann* haben diese Werke in der Tat wenig gemein.⁸⁵

Übrigens verschwimmt mitunter die Grenze zwischen Kommentar und *traité*. Während bei *Troplong* die Diskussion nicht nur streng der Reihenfolge der Artikel des *Code civil* folgt, sondern jeweils auch mit dem Abdruck des Textes des kommentierten Artikels beginnt, werden in anderen Werken nicht einzelne Vorschriften, sondern thematisch zusammenhängende Abschnitte kommentiert,⁸⁶ häufig ohne Abdruck der Vorschriften selbst.⁸⁷ In einem Kommentar wie dem von *Demolombe* ist es ausgesprochen schwer, sich überhaupt zu orientieren. Die Darstellung folgt zwar dem System des *Code civil*; doch die Diskussion z.B. des eigenhändigen Testaments beginnt mit einer Gliederungsübersicht („Sommaire“), die nicht weniger als 83 Punkte umfasst; erst dann folgt der Wortlaut des hier einschlägigen Art. 970 *Code civil*.⁸⁸ Durchlaufend gegliedert ist Band 21 des „Cours de Code Napoléon“ nach diesen jedem Abschnitt vorangestellten Gliederungsübersichten. Hinzu kommt, dass nicht jeder mit einer Gliederungsübersicht beginnende Abschnitt tatsächlich einer Norm des *Code civil* gewidmet ist (so wird z.B. das *testament par acte public* über drei verschiedene Abschnitte hinweg behandelt, die sich über insgesamt 135 Seiten und 164 Gliederungspunkte erstrecken),⁸⁹ und dass umgekehrt nicht jeder Norm ein eigener Abschnitt entspricht.

Mit *Demolombe* endete die Ära der Kommentare zum *Code civil*. An die Stelle der „exegetischen“ Erläuterung in Folge der Legalordnung trat nun eine von der deutschen Pandektistik inspirierte systematisch-dogmatische Herangehensweise, für die das Handbuch (*traité*) sich als die geeignetere Publikationsform erwies.⁹⁰ Von der Ordnung des *Code civil* waren die Handbücher in ihrer Struktur oft weit entfernt.

⁸⁴ Insbesondere *Demolombe* legt viel Emphase in seine Darstellung mit Ausdrücken wie „Bien plus!“, „Eh bien!“, „Non, certainement!“, „Comment!“ und mit dem Aufwerfen ganzer Serien von Fragen („Quelle est, au juste, la conséquence qu’il faut en deduire? Le législateur exige-t-il seulement que le testateur *ait pu lire*? Exige-t-il, au contraire, que le testateur *ait lu*?“ [zu Art. 978 *Code civil*, der sich mit dem „mystischen“ Testament befasst]).

⁸⁵ *J.-S. Borghetti*, *Legal Commentaries in France: Will Mammoths Come Back to Life?*, in diesem Band, 45–60.

⁸⁶ *Borghetti*, France (Fn. 85), 49 f.

⁸⁷ So bereits in einem frühen Kommentar wie *Toullier*; vgl. etwa *Le droit civil français V* (Fn. 74), 3. Aufl., 1821, 268, 289, 369 zum eigenhändigen, öffentlichen und mystischen Testament.

⁸⁸ *C. Demolombe*, *Traité des donations entre-vifs et de testaments*, Bd. 4, Paris, 1884 (= *Cours de Code Napoléon*, Bd. 21), 54–57.

⁸⁹ *Demolombe*, *Traité des donations* (Fn. 88), 171–306, nn. 163–327.

⁹⁰ *Borghetti*, France (Fn. 85), 50–52.

Von großer Bedeutung für diese Transformation war das „Handbuch des französischen Civilrechts“ des Heidelberger Professors *Karl Salomo Zachariae* (seit 1842 „von Lingenthal“)⁹¹ in der Übersetzung durch *Charles Aubry* und *Charles-Frédéric Rau* (1839–1846, seit der 4. Auflage 1869–1879 unter dem Titel „*Cour de droit civil, d’après la méthode de Zachariae*“).⁹² Dass während des gesamten 20. Jahrhunderts keine Kommentare zum französischen Zivilrecht geschrieben wurden,⁹³ ist aus deutscher Sicht durchaus merkwürdig. *Borghetti* nennt für dieses Phänomen zwei Gründe: zum einen die systematischen und inhaltlichen Defizite des *Code civil* und zum anderen die herausragende Bedeutung des Fallrechts für die französische Rechtsentwicklung.⁹⁴ Doch lassen sich jedenfalls für das ABGB ganz ähnliche Defizite benennen, und sowohl ABGB wie BGB wurden im Laufe der Zeit von Fallrecht überwuchert – für das deutsche Recht hat *Dawson* geradezu von einer Fallrechtsrevolution gesprochen.⁹⁵ Allerdings sind die Entscheidungen der obersten Gerichte in Deutschland und Österreich diskursiv angelegt und spiegeln damit die für die deutsche Rechtskultur charakteristische Verbindung von Theorie und Praxis:⁹⁶ Professoren haben sich hier traditionell immer auch als Gestalter und Vordenker des Rechts verstanden. Dem kurzen und kryptischen Entscheidungsstil französischer Gerichte entsprechend,⁹⁷ werden französische Juristen demgegenüber vor allem darin geschult, Kommentare zu Gerichtsentscheidungen (*commentaires d’arrêt*) zu schreiben und damit diese Entscheidungen nachzuvollziehen sowie zu erläutern.⁹⁸

Die Fokussierung französischer Rechtswissenschaftler auf die Rechtsprechung geht einher mit einer weitgehenden Vernachlässigung wissenschaftlicher Literatur durch die Gerichte, so dass für den Literaturtyp, der wie kein anderer vom Vorhandensein einer integrierten Gemeinschaft von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft lebt und eine solche Gemeinschaft befördert, kein besonderer Bedarf bestand. Hinzu kommt, was die Perpetuierung der Kommentarkultur im Österreich des 20. Jahrhunderts im Gegensatz zu Frank-

⁹¹ Zu ihm neuerdings *C. Baldus*, Der Prophet im fremden Land? Zum 250. Geburtstag von Karl Salomo Zachariae, ZEuP 27 (2019), 724–741.

⁹² *Halpérin*, Histoire du droit (Fn. 78), 57 („Aubry et Rau apportèrent une ‚véritable révolution‘ dans la méthode d’exposition du droit civil“).

⁹³ *Borghetti*, France (Fn. 85), 52.

⁹⁴ *Borghetti*, France (Fn. 85), 52–59.

⁹⁵ *J. P. Dawson*, The Oracles of the Law, 1968, 432–502.

⁹⁶ Dazu das rechtsvergleichende Symposium „Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung“: *R. Zimmermann*, Wider die „verderbliche Einseitigkeit“: Einführung in das Symposium, *RabelsZ* 77 (2013), 300–387, 300–308.

⁹⁷ Dazu aus vergleichender Sicht *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 79), 121.

⁹⁸ *J.-S. Borghetti*, Legal Methodology and the Role of Professors in France, in: *J. Basedow/H. Fleischer/R. Zimmermann* (Hg.), Legislators, Judges, and Professors, 2016, 209–222, 212–217.

reich betrifft, der prägende Einfluss deutscher Rechtsdogmatik und damit auch des deutschen „Rechtsstils“ im südöstlichen Nachbarland, während der westliche Nachbar sich seit dem Ersten Weltkrieg gegenüber deutschen Einflüssen weitgehend abschottete.⁹⁹

Das bedeutet natürlich nicht, dass die von juristischen Kommentaren wahrgenommenen Funktionen in Frankreich keine Rolle spielen würden. Statt des Palandt verwendet der französische Zivilrechtswissenschaftler aber eine annotierte Ausgabe des *Code civil*, in der zu jeder Vorschrift die einschlägige Rechtsprechung nachgewiesen, zudem abschnittsweise auch eine Bibliographie gegeben wird.¹⁰⁰ Daneben kann auf moderne systematische Lehrbuchliteratur zurückgegriffen werden, die die vielbändigen Handbücher des französischen Zivilrechts, die im Anschluss an *Aubry* und *Rau* erschienen sind (*Baudry/Lacantinerie*, *Planiol/Ripert*, *Ghestin*, und andere), stark zurückgedrängt hat, sowie auf juristische Enzyklopädien, wie insbesondere den „*Jurisclassiseur civil*“ und das „*Répertoire Dalloz*“ (ein in Deutschland und Österreich unübliches juristisches Publikationsgenre). Charakteristisch für Frankreich ist auch die Sammlung bedeutender Urteile im Bereich des Privatrechts.¹⁰¹

Erst in jüngster Zeit, seit der Reform großer Teile des französischen Schuldrechts im Jahre 2016, sind auch in Frankreich wieder Kommentarwerke erschienen, die in der Legalordnung die Bedeutung der neuen Vorschriften auszuloten versuchen.¹⁰² Darin scheint zunächst einmal eine Renaissance der Gesetzesexegese zu liegen. Ob damit auch ein erster Schritt zu einer der deutschen ähnlichen Kommentarkultur getan ist, lässt sich heute noch nicht sagen; es hängt, wie *Borghetti* resümierend feststellt, nicht zuletzt davon ab, inwieweit französische Professoren es künftig als ihre Aufgabe ansehen, unmittelbar das Gesetz und nicht nur dessen Interpretation durch die Gerichte zu kommentieren.¹⁰³ Eine Rolle dürfte in diesem Zusammenhang auch spielen, ob und inwieweit die französischen Gerichte bereit sind, ihren traditionellen Urteilsstil zu ändern; immerhin gibt es Anzeichen einer Reform.¹⁰⁴

⁹⁹ Den Punkt erwähnt auch *Borghetti*, France (Fn. 85), 52 f.

¹⁰⁰ Vgl. z. B. den *Code civil* von Dalloz, 119. Aufl., 2020.

¹⁰¹ *H. Capitaint/F. Terré/Y. Lequette/F. Chénéédé*, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 2 Bde., 13. Aufl., 2015.

¹⁰² *F. Terré*, La réforme du droit des obligations, 2016; *O. Deshayes/T. Genicon/Y.-M. Laithier*, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: Commentaire article par article, 2. Aufl., 2018; *G. Chantepie/M. Latina*, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2. Aufl., 2018.

¹⁰³ *Borghetti*, France (Fn. 85), 60.

¹⁰⁴ Vgl. etwa *D. Mazeaud*, Motivez! Motivez!, La Semaine Juridique, Édition générale 2016, 893; dagegen *P. 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.

2. Exkurs: *Code civil* und *Code des obligations suisse*

Eine Quelle der Inspiration für französische Juristen könnte ein französischsprachiger Kommentar zu den beiden großen Zivilrechtskodifikationen der Schweiz sein: Der „Commentaire Romand“ zum Obligationenrecht und zum Zivilgesetzbuch, der im Jahre 2003 mit dem ersten von zwei Bänden zum Obligationenrecht zu erscheinen begann.¹⁰⁵ Hier handelt es sich um einen Kommentar deutschen Stils, in dem der Stand von Rechtsprechung und Literatur dargestellt und, wo nötig, kritisch reflektiert wird. Vorbild ist der seit 1992 erscheinende „Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht“, der im selben Verlag erscheint;¹⁰⁶ ursprünglich war sogar lediglich dessen Übersetzung ins Französische geplant gewesen. Der „Commentaire Romand“ hat sich als ein Standardwerk etabliert, das in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ebenso wie der „Basler Kommentar“, regelmäßig zitiert wird. Seine Entstehung verdankt er nicht einem Mangel an Kommentarliteratur zum schweizerischen Privatrecht, sondern der Dominanz der deutschsprachigen juristischen Literatur (einschließlich insbesondere der Kommentare) in einem mehrsprachigen Land. Etwa zwei Drittel der schweizerischen Bevölkerung sind deutschsprachig, ein knappes Drittel französischsprachig. Deutschschweizer Autoren (und Richter) begnügen sich vielfach damit, nur deutschsprachige Literatur zu zitieren; umgekehrt ist es schwer vorstellbar, dass ein französischsprachiger Autor (oder Richter) deutschsprachige Literatur zum Recht der Schweiz nicht zur Kenntnis nimmt.¹⁰⁷ Der „Commentaire Romand“ überträgt eine im deutschsprachigen Teil der Schweiz ungemein erfolgreiche juristische Literaturform in eine französisch geprägte Umwelt, trägt dadurch aber in gewisser Weise auch dazu bei, den Bruch in der schweizerischen Rechtskultur zu vertiefen.

Der eben erwähnte „Basler Kommentar“ erschien als Reaktion auf die Tatsache, dass die beiden altetablierten, vielbändigen (deutschsprachigen)¹⁰⁸ Großkommentare, der „Zürcher Kommentar“ und der „Berner Kommentar“, das Bedürfnis der Rechtspraxis und des Rechtsunterrichts nach aktueller und

¹⁰⁵ Heute *Code des Obligations* I, 2. Aufl., 2012; *Code des Obligations* II, 2. Aufl., 2017; *Code Civil* I, 2010; *Code Civil* II, 2016. Ich danke Pascal Pichonnaz für Hintergrundinformationen und Einschätzungen zur Kommentarkultur in der Schweiz. Einen sehr guten Überblick bieten auch *P. Tercier/C. Roten*, *La recherche et la rédaction juridiques*, 7. Aufl., 2016, Rn. 1083–1108.

¹⁰⁶ Bei Helbing Lichtenhahn: heute *Obligationenrecht* I, 7. Aufl., 2020; *Obligationenrecht* II, 5. Aufl., 2016; *Zivilgesetzbuch* I, 6. Aufl., 2018; *Zivilgesetzbuch* II, 6. Aufl., 2019.

¹⁰⁷ Vgl. etwa *M. Devinat/P. Pichonnaz*, *L'égalité des langues officielles devant les cours suprêmes: regards croisés sur le droit canadien et le droit Suisse*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 136 (2017) I, 271–287, 281 f. Diese Aussage bezieht sich auf Richter; anekdotisch hört man aber auch von Zeitschriftenherausgebern immer wieder, dass deutschsprachige Autoren französischsprachige Literatur nicht berücksichtigen.

¹⁰⁸ Nur der Gesetzestext wird in den drei offiziellen Sprachen wiedergegeben.

einigermaßen handlicher Information über das geltende Recht „in action“ nicht mehr erfüllen konnten.¹⁰⁹ Beide Großkommentare gehen in ihren ersten Auflagen auf die Entstehungszeit des Schweizerischen Zivilgesetzbuches zurück¹¹⁰ und sind offenbar vom Vorbild des deutschen Rechts inspiriert. Ein „Handkommentar“, in dem in einem Band nicht nur Obligationenrecht und Zivilgesetzbuch, sondern auch weitere praxisrelevante Nebengesetze abgedruckt und kommentiert sind, kam im Jahre 2007 heraus.¹¹¹ Er erwies sich jedoch mit 3.672 Dünndruckseiten und über das Normale hinausgehendem Format, entgegen seinem Namen, als wenig handlich; in der neuesten, dritten Auflage (2016) sind daraus zehn Bände im Kleinformat geworden, darunter drei zum Zivilgesetzbuch und fünf zum Obligationenrecht. Es gibt weitere, kleinere Kommentare, auch zu privatrechtlichen Spezialgebieten.¹¹² Seit 2005 erscheint bei Stämpfli eine Reihe „Kommentare zum Familienrecht“; das Logo ist FamKomm/CommFam. Unter den bisher erschienenen Bänden ist auch einer auf Französisch.¹¹³ Insgesamt ist damit die Schweiz, vor allem die Deutschschweiz, mit Kommentaren ausgesprochen gut ausgestattet – angesichts von nur sechs deutschsprachigen Fakultäten (gegenüber vier französischsprachigen), lässt sich wohl sagen: überausgestattet. Jedenfalls ist auch in der Schweiz

¹⁰⁹ Gesamtüberblick über die lieferbaren Bände auf den Homepages der Verlage Schulthess („Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht“) und Stämpfli („Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht“). Zu beiden Kommentaren, die für das schweizerische Privatrecht fast emblematischen Status haben, ausführlich *Tercier/Roten*, *La recherche* (Fn. 105), Rn. 1093–1100. Sie weisen darauf hin, dass beide Kommentare im Laufe der Zeit enorm angeschwollen sind (beim „Zürcher Kommentar“ von ursprünglich 6 auf (im Jahre 2016) 70 Bände; der „Berner Kommentar“ umfasst sogar mehr als 100 Bände. Die Orientierung fällt schwer; so waren im Jahre 2016 vom Berner Kommentar sechs Auflagen begonnen worden, ohne dass auch nur eine von ihnen vollendet worden wäre; selbst von der ersten Auflage fehlt eine Kommentierung der Art. 852–926 Obligationenrecht. „Dans ces conditions, il n’est pas toujours aisé de savoir quelle est la dernière version parue d’un volume et de quelle édition il s’agit“, wie *Tercier/Roten* (Rn. 1100) mit mildem Understatement anmerken. Mitunter wird sogar die Kommentarform verlassen; so etwa in Berner Kommentar, Bd. VI, 2. Abteilung, 1. Teilbd., 1. Unterteilbd., 2007; es geht um den Konsumentenkredit, erläutert von *H. Giger*. Im Vorwort ist von einem „[dem] speziellen Verhältnis angepasste[n] methodische[n] Vorgehen“ die Rede: damit ist eine *systematische* Darstellung der gesamten Materie gemeint.

¹¹⁰ Beide zunächst unter dem Titel „Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch“, der eine 1909 von *Max Gmür* (Professor in Bern), der andere 1911 von *A. Egger*, *Arnold Escher*, *H. Oser*, *Alex Reichel* und *C. Wieland* (vier von ihnen Hochschullehrer in Zürich, Basel und Fribourg, einer Bundesrichter) begründet. Die Änderung des Titels (vgl. die vorige Fn.) erklärt sich daraus, dass auch andere privatrechtliche Gesetze, vor allem natürlich das Obligationenrecht, in die Kommentierung einbezogen wurden.

¹¹¹ Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2007, mit neun Herausgebern.

¹¹² Vgl. z. B. *D. Abt/T. Weibel* (Hg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 4. Aufl., 2019.

¹¹³ *A. Leuba et al.* (Hg.), *Protection de l’adulte*, 2013. Auf Deutsch z. B. *A. Büchler* (Hg.), *Eingetragene Partnerschaft*, 2006.

die Befürchtung zu hören, dass Professoren vor lauter Kommentieren zu wenig dazu kommen, Monographien und andere grundlegende Werke zu verfassen.¹¹⁴ Nach französischem Vorbild erscheint für französischsprachige Juristen eine „annotierte“ Ausgabe von Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht.¹¹⁵

3. *Code civil belge*

Für Belgien gilt Ähnliches wie für Frankreich. Auch hier gab es Werke, die der *École de l'exégèse* zuzurechnen sind, darunter ein monumentales von *François Laurent* in 33 Bänden.¹¹⁶ Danach brach auch hier die Kommentarkultur ab. Das hat sich bis heute nicht geändert;¹¹⁷ wie in Frankreich gibt es lediglich akademisch anspruchslose, annotierte Textausgaben des belgischen *Code civil/Burgerlijk Wetboek* mit Nachweisen (und Kurzzusammenfassungen) der jeweils einschlägigen Rechtsprechung und Bibliographie.¹¹⁸ Ob sich das (wie möglicherweise in Frankreich) mit der Neukodifikation des belgischen Privatrechts¹¹⁹ ändern wird, bleibt abzuwarten.

¹¹⁴ Vgl. *P. Pichonnaz*, *Droit des obligations – Partie Générale: Revue des publications – Literaturspiegel 2006–2009*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 129 (2010), 95–124, 123 f. Bezeichnenderweise heißt es in einer Einführung zum Schweizerischen Recht: „In Switzerland, the most important works of legal scholars are considered to be the ‘Commentaries’ [...] and Treatises“, *J. Voyame*, Introduction, in: F. Dessemontet/T. Ansay (Hg.), *Introduction to Swiss Law*, 3. Aufl., 2004, 8. In dem Buch von *Tercier/Roten*, *La recherche* (Fn. 105), Rn. 983–1263 nimmt in dem Abschnitt „La doctrine suisse“ die Kommentarliteratur den größten Platz ein. – Großkommentare werden in der Schweiz wohl zumeist von Professoren geschrieben, für den Basler Kommentar, den „Commentaire Romand“ und den Handkommentar ist eine Mischung von Professoren und Praktikern charakteristisch (auch wenn die Herausgeber so gut wie ausschließlich Professoren sind).

¹¹⁵ *A. Braconi/B. Carron* (Hg.), *CC & CO annoté*, 10. Aufl., 2016.

¹¹⁶ *F. Laurent*, *Principes de droit civil français*, 33 Bde., Brüssel, 1869–1879. Laurent war Professor in Gent. Zu ihm und seinem Werk zuletzt *D. Heirbaut*, *Weg met De Page? Leve Laurent? Een pleidooi voor een andere kijk op de recente geschiedenis van het Belgische privaatrecht*, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 55 (2017), 267–318. Ebenfalls von Laurent stammt ein *Cours élémentaire de droit civil*, 4 Bde., Paris, 1878. Ein weiteres zeitgenössisches Werk ist *V. Thiry*, *Cours de droit civil, annoté au point de vue de la doctrine et de la jurisprudence belges et françaises*, 4 Bde., Paris/Liège, 1892/1893. Etwas später dann *G. Beltjens*, *Encyclopédie du Code civil, annoté d’après les principes juridiques, la doctrine des auteurs belges et français reproduite ou analysée, les décisions de tribunaux et des cours de Belgique et de France*, 6 Bde., 3. Aufl., 1905–1907. Dieses Werk stellt, obwohl als Enzyklopädie bezeichnet, stärker als die anderen, die äußerlich an einen „Traité“ erinnern, den Text des *Code civil* in den Vordergrund (der auch mit abgedruckt wird).

¹¹⁷ Freundlicher Hinweis von Dirk Heirbaut, Gent.

¹¹⁸ Vgl. etwa *M. Dambre/S. Stijns/G. Verschelden*, *Burgerlijk Wetboek geanteerd*, 2019.

¹¹⁹ Dazu *D. Heirbaut*, *The Sleeping Beauty Awakens: Belgium’s New Law of Inheritance as a First Step in the Greatest Recent Recodification Program in Western Europe*, *ZEUP* 26 (2018), 391–415.

V. Kommentare zum *Codice civile*

Anders als in den bisher behandelten Ländern verlief die Entwicklung in Italien; hier kamen, wie so häufig, französische und deutsche Einflüsse zum Tragen. Da der *Codice civile* von 1865 weithin eine italienische Version des *Code civil* war, ist es nicht überraschend, dass auch die italienische Rechtswissenschaft sich an Frankreich orientierte. So wurden sowohl vor als auch nach 1865 viele Werke der französischen Rechtsliteratur ins Italienische übersetzt, und dadurch kam es mit der Rezeption der *École de l'exégèse*, auch zu einer Übernahme der französischen Kommentarkultur.¹²⁰ So wurden etwa die Kommentare von *Delvincourt* und *Toullier*, von *Demolombe* und *Laurent* übersetzt, und es entstanden italienische Kommentare, die der *Scuola dell'esegesi* zugerechnet werden (*Cattaneo/Borda*, *Borsari*, *Delvitto*, *Vignali/Scalamandrè* und andere).¹²¹ Seit den 1880er Jahren vollzog sich dann ein ähnlicher Wandel wie in Frankreich: man begann sich für historische Rechtsschule und Pandektenwissenschaft deutscher Provenienz zu interessieren. Ins Italienische übersetzt wurden nunmehr Werke wie *Savignys* „System des heutigen Römischen Rechts“ und die Pandektenrechtslehrbücher von *Karl Ludwig Arndts* und *Bernhard Windscheid*; und das Genre des Kommentars, dem das Odium der nunmehr glücklich überwundenen exegetischen Schule anhaftete, trat in den Hintergrund.

Anders als in Frankreich verschwand es aber nicht. Das lag an der fortdauernden Verbindung zur deutschen Rechtswissenschaft und der dadurch vermittelten Kenntnis auch des Kommentars moderner deutscher Prägung. Deutsche Kommentare wurden zur Vorbereitung des *Codice civile* von 1942 herangezogen,¹²² und 1943 begann ein italienischer Großkommentar, herausgegeben von *Antonio Scialoja* und *Giuseppe Branca*, zu erscheinen.¹²³ Zu einer Explosion der Kommentarliteratur in Italien kam es aber nicht bereits infolge des Inkrafttretens des neuen *Codice civile*, sondern erst seit den 1970er Jahren. Offenbar wurde, wie *Francesco Paolo Patti* schreibt,¹²⁴ der Kommentar auch in Italien als besonders geeignete Literaturform betrachtet, die wünschenswerte Verbindung zwischen Theorie und Praxis zu gewährleisten und, zudem, durch Einbindung der zunehmenden Zahl außerhalb der Kodifikation stehenden privatrechtlichen Einzelgesetze, dem als krisenhaft empfundenen Phänomen der „*decodificazione*“ entgegenzuwirken.

¹²⁰ Einzelheiten bei *F.P. Patti*, Kommentare zum italienischen Zivilgesetzbuch: Geschichte, Struktur und Funktion, in diesem Band, 61–86.

¹²¹ Details bei *Patti*, Italien (Fn. 120), 63–66.

¹²² *Patti*, Italien (Fn. 120), 68.

¹²³ *Commentario del codice civile*, seit 1940.

¹²⁴ *Patti*, Italien (Fn. 120), 69.

Heute gibt es mit *Scialoja/Branca* (fortgeführt zunächst von *Francesco Galgano* sowie nunmehr von *Giorgio De Nova*) und mit einem seit 1987 hinzugekommenen Werk von *Piero Schlesinger*¹²⁵ (fortgeführt von *Francesco Busnelli*) zwei wahre Kommentarungetüme; beide umfassen mehr als einhundert Bände von zum Teil monographischem Charakter, beide sind bis heute nicht abgeschlossen und bringen jährliche Neuauflagen einzelner Bände auf den Markt. Hinzu kommen seit 1991 bzw. 2009 zwei weitere Großkommentare, die von *Paolo Cendon* bzw. *Enrico Gabrielli* herausgegeben werden.¹²⁶ Sie sind weniger ausufernd und folgen stringenteren Vorgaben, was Kohärenz und Erscheinungsweise betrifft. Am anderen Ende der Skala steht als Pionier unter den Kurzkommentaren der vom Palandt inspirierte *Cian/Trabucchi* (von dem es einen speziell für das Rechtsanwaltsexamen hergerichteten und deshalb auf Referenzen zur Rechtsprechung beschränkten Zwilling gibt),¹²⁷ dem inzwischen weitere Kurzkommentare zur Seite getreten sind, darunter ein (heute) zweibändiger von *Pietro Rescigno* und der dreibändige von *Guido Alpa* und *Vincenzo Mariconda*.¹²⁸ Von mittlerer Länge ist der heute neunbändige Kommentar von *Giovanni Perlingieri*.¹²⁹

Diese Fülle von Kommentaren, an denen womöglich noch größere Heerscharen von Wissenschaftlern mitarbeiten¹³⁰ als in Deutschland, ist umso erstaunlicher, als sie zu einer ebenfalls abundanten Enzyklopädie- und Handbuchliteratur hinzutritt. Beide Literaturtypen reichen auf die Zeit der Krise der exegetischen Schule zurück und sind für die italienische juristische Literatur lange Zeit prägend gewesen. So begannen in den 1880er Jahren sowohl die „Enciclopedia giuridica italiana“ als auch „Il digesto italiano“ zu erscheinen, das eine Werk aus 50 Bänden bestehend und unvollendet, das andere aus 49 Bänden und mit dem Stichwort „Zucchero e i suoi succedanei“ im Jahre 1921 vollendet.¹³¹ Hinzu kamen später weitere vielbändige Enzyklopädien, darunter der „Nuovo digesto italiano“ (1937–1940), der „Novissimo digesto italiano“ (1957–1975), der „Digesto delle discipline privatistiche“ (seit 1988)

¹²⁵ Il Codice civile: Commentario, seit 1970.

¹²⁶ *P. Cendon* (Hg.), Commentario al codice civile, 7 Bde., 1991, 26 Bde., 2008–2010; *E. Gabrielli* (Hg.), Commentario del codice civile, 34 Bde., 2009–2015.

¹²⁷ *G. Cian/A. Trabucchi* (Hg.), Commentario breve al codice civile, 1981; heute 13. Aufl., 2018. Der Zwilling erscheint als „Complemento giurisprudenziale: edizione per prove concorsuali ed esami“.

¹²⁸ *P. Rescigno* (Hg.), Codice civile, 2 Bde., heute 10. Aufl., 2018; *G. Alpa/V. Mariconda* (Hg.), Codice civile commentato, 3 Bde., heute 3. Aufl., 2013.

¹²⁹ *G. Perlingieri* (Hg.), Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, 9 Bde., heute 3. Aufl., 2010.

¹³⁰ In Italien sind die für das 20. Jahrhundert erwähnten Kommentare von Hochschul Lehrern gegründet worden, die aber auch fast immer erfolgreiche Rechtsanwälte sind. Auch die Bearbeiter sind fast nur Hochschullehrer (die in der Regel auch als Rechtsanwälte tätig sind); im Kommentar von *Schlesinger* haben aber auch Richter und Notare mitgewirkt.

¹³¹ Il digesto italiano, Turin, 1884–1921.

und die „Enciclopedia giuridica Treccani“ (seit 1991). Zu den bekanntesten vielbändigen systematischen Darstellungen des Zivilrechts (*trattati* = Handbücher oder Großlehrbücher) zählen das von *Massimo Bianca* verfasste „Diritto Civile“ und der von *Pietro Rescigno* herausgegebene „Trattato di diritto privato“.¹³² Daneben gibt es natürlich kürzere Lehrbücher (*manuali*) und, wie in Frankreich, Ausgaben des *Codice civile* „annotato con la giurisprudenza“.

Im Allgemeinen scheint der akademische Wert von Kommentaren in Italien nicht besonders hoch eingeschätzt zu werden;¹³³ jedenfalls kann ein junger Autor sich Ansehen nur durch das Verfassen von Monographien erwerben. Anders sieht es aus, wenn einem ausgewiesenen Kenner einer bestimmten Materie zum Beispiel ein Band des *Scialoja/Branca* anvertraut wird – wobei aber die Grenzen zwischen der Publikation eines solchen Kommentarbandes und einer Monographie durchaus fließend sind. Anders als in Deutschland werden Kommentare (wie juristische Literatur allgemein) in Gerichtsurteilen nicht zitiert. Dadurch wird die Vermittlerfunktion von Kommentaren in gewisser Weise frustriert; sichtbar ist sie jedenfalls nur insoweit als, umgekehrt, Kommentare die Rechtsprechung zitieren und auswerten. Gleichwohl ist der Kommentar im italienischen Recht ein vergleichsweise erfolgreiches juristisches Diskursmedium, während die herkömmlichen Literaturformen der *trattati* und der Enzyklopädien den Bedürfnissen des Marktes nicht mehr sehr gut entsprechen und sich demgemäß offenbar im Niedergang befinden. Jedenfalls was den Niedergang der *trattati* betrifft, bestehen Parallelen zum deutschen und französischen Recht.

VI. Kommentare zum *Burgerlijk Wetboek*

Auch in der niederländischen und spanischen Privatrechtsentwicklung war zunächst die französische Prägung dominant, bevor sich dann andere Einflüsse geltend machten, darunter vor allem der deutsche. Das *Burgerlijk Wetboek* von 1838 entsprach weithin dem *Code civil*, und so waren auch die ersten Erläuterungswerke stark vom französischen Recht und von einer exegetischen Herangehensweise geprägt.¹³⁴ Das wichtigste von ihnen war *Gerhardus*

¹³² *M. Bianca*, *Diritto civile*, 7 Bde. (einige von ihnen in erster, andere in zweiter, dritter, fünfter oder sechster Auflage), 1993–2017; *P. Rescigno* (Hg.), *Trattato di diritto privato*, 2. Aufl., 22 Bde., seit 1995.

¹³³ Dazu und zum Folgenden *Patti*, Italien (Fn. 120), 81–84.

¹³⁴ *J. Jansen*, *Der Blaue Engel und die Grüne Reihe: Die Rolle des Kommentars in der niederländischen privatrechtlichen Publikationskultur*, in diesem Band, 87–106. Überblick über die niederländische Literatur seit 1820 (als zunächst noch der *Code civil* unmittelbar galt) bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts bei *Kooiker*, *Lex Scripta Abrogata* (Fn. 81), 408–436. Er unterscheidet, was die Rechtsquellenlehre betrifft, zwischen einer Groninger und einer Leidener Schule.

Diephuis „Het Nederlandsch burgerlijk regt naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek“, das schon in seinem Titel die Inspiration durch *Touiller*, „Le droit civil suivant l’orde du Code“, zeigt.¹³⁵ Mit *Diephuis* begann dann freilich auch der Übergang zu einer von der Historischen Schule angeregten systematischen statt an der Reihenfolge der Gesetzesnormen ausgerichteten Darstellung, wie sie in seinem Handbuch „Het Nederlandsch Burgerlijk Regt“¹³⁶ geboten wurde. An der Abfolge der Gesetzesartikel ausgerichtet (die, anders als bei *Diephuis*, in der Regel auch mit abgedruckt wurden), gleichwohl aber auch systematisch orientiert waren die Werke zweier anderer bedeutender niederländischer Privatrechtler des 19. Jahrhunderts, *C. W. Opzoomer* und *N. K. F. Land*.¹³⁷ Im 20. Jahrhundert verstand sich dann das fünfteilige Werk von *Adriaan Pitlo*, das unter dem Titel „Het Nederlands Burgerlijk Wetboek“ seit 1946 erschien, als Kommentar.¹³⁸ *Jelle Jansen* klassifiziert es als Lehrbuch.¹³⁹ *Pitlo* folgte jedoch soweit wie möglich der Legalordnung und druckte die jeweils behandelten Artikelnummern fett am Rand der Seite ab. Gewisse kommentarartige Züge trägt auch die Standardhandbuchreihe zum niederländischen Recht, „Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht“.

Zum neuen niederländischen *Burgerlijk Wetboek*, von dem zentrale Teile 1992 in Kraft getreten sind, gibt es im Wesentlichen (nur) zwei Kommentare,¹⁴⁰ beide aus dem Hause Wolters Kluwer (wo auch die Asser-Reihe erscheint): Die *Groene Serie* (Grüne Reihe), die ihren Ursprung in einer vielbändigen Loseblattsammlung hat (drei Bände, zum Beispiel, zum Recht der unerlaubten Handlungen), heute aber nur noch online erscheint.¹⁴¹ Eher dem Genre der Kurzkommentare entsprechen die Bände „Tekst en Commentaar“ zu den verschiedenen Teilen des *Burgerlijk Wetboek* (in den Niederlanden als „Blauer Engel“ bekannt; der Verlag bewirbt sie mit den beiden Aussagen „Meest geliefd. Meest gebruikt“).¹⁴² Inspiriert ist diese von dem Leidener

¹³⁵ 8 Bde., Groningen, 1844–1855.

¹³⁶ 13 Bde., Groningen, 1869–1890. *Diephuis* war Professor in Groningen.

¹³⁷ *C. W. Opzoomer*, *Het Burgerlijke Wetboek*, verklaard, 16 Teile, Amsterdam, 1874–1911; *N. K. W. Land*, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, 5 Teile, Haarlem, 1889–1894. *Opzoomer* und *Land* waren Professoren in Utrecht bzw. Groningen.

¹³⁸ Vgl. das Vorwort von *A Pitlo* in: ders./G. Meijling, *Het Personenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, 2. Aufl., 1950.

¹³⁹ *J. Jansen*, *Niederlande* (Fn. 134), 97.

¹⁴⁰ Ein dritter, 2010 in erster und 2020 in zweiter Auflage erschienener (kurzer) Kommentar hat sich nach Angaben von *J. Jansen*, *Niederlande* (Fn. 134), 102 f. jedenfalls bislang in Praxis und Wissenschaft nicht durchgesetzt.

¹⁴¹ Die *Groene Serie* besteht heute aus 14 Teilen; derjenige zum Erbrecht, zum Beispiel, wird von *T. J. Mellema-Kranenburg* herausgegeben. Auf der Verlagshomepage wird das Werk als „[g]ezaghebbend artikelsgewijs commentaar“ beschrieben.

¹⁴² Zum Erbrecht vgl. etwa *W. D. Kolkman/B. E. Reinhartz/L. C. A. Verstappen/I. J. F. A. van Vijfeijken*, *Tekst & Commentaar: Erfrecht civiel en fiscaal*, 7. Aufl., 2018.

Professor *Hans Nieuwenhuis* ins Leben gerufene Kommentarreihe offenbar vom deutschen „Jauernig“.¹⁴³ Wie in Frankreich gibt es auch in den Niederlanden eine annotierte Ausgabe des *Burgerlijk Wetboek*; seit 2007 erscheint sie nur noch online unter dem Namen „Lexplicatie“.¹⁴⁴

VII. Kommentare zum *Código civil*

1. *Código civil español*

Spanien hatte, als das Zivilgesetzbuch von 1889 entstand, schon eine lange Tradition der wissenschaftlichen Kommentierung einheimischer Gesetze, wie insbesondere der *Siete Partidas*, der *Leyes de Toro* und der *Nueva Recopilación*.¹⁴⁵ Gleichwohl schauten die Autoren der ersten Welle von Kommentaren, die zum *Código civil* entstanden, auch nach Frankreich (also auf *Toullier*, *Duranton*, *Demolombe* und andere Autoren), was angesichts der starken Prägung dieses Gesetzbuches durch das französische Recht insbesondere im Bereich des Vermögensrechts auch durchaus nahelag. Die spanischen Kommentare des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts, darunter einer in zwölf Bänden von *José María Manresa Navarro* und ein weiterer in 25 Bänden von *Quintus Mucius Scaevola*,¹⁴⁶ lassen sich damit als späte Frucht der *École de l'exégèse* betrachten.

Es folgte dann eine Zeit der Flaute, die *Bruno Rodríguez-Rosado* auf die Erwartung der spanischen Juristen zurückführt, es werde zu einer Neukodifikation des spanischen Privatrechts kommen.¹⁴⁷ Erst im Anschluss an eine Reform von 1974, die weitergehenden Hoffnungen eine Absage erteilte, erschienen wieder zahlreiche Kommentare, darunter seit 1978 ein von *Manuel Albaladejo* herausgegebener in 38 Bänden,¹⁴⁸ mehrere Kurzkommentare, ein vom Justizministerium aus Anlass des einhundertsten Geburtstages des *Códi-*

¹⁴³ Dazu *J. Jansen*, Niederlande (Fn. 134), 102.

¹⁴⁴ *J. Jansen*, Niederlande (Fn. 134), 92 (Fn. 18).

¹⁴⁵ Dazu *B. Rodríguez-Rosado*, Juristische Kommentare in Spanien, mit besonderer Berücksichtigung des Zivilrechts: Erfolg und Misserfolg eines Modells, in diesem Band, 107–121. Auch *J. Stagl*, Juristische Kommentare in Lateinamerika: Behagen und Unbehagen in der Kodifikation, in diesem Band, 123–149, bezieht sich auf die frühneuzeitliche spanische Kommentartradition und hebt insbesondere den Kommentar des *Gregorio López* zu den *Siete Partidas* hervor (von *López* selbst als Glosse bezeichnet).

¹⁴⁶ *J. M. Manresa Navarro*, *Comentarios al Código civil español*, 12 Bde., Madrid, 1890–1907; *Quintus Mucius Scaevola*, *Código civil comentado y concordado extensamente*, 25 Bde., Madrid, seit 1889 in verschiedenen Auflagen. *Manresa Navarro* war Richter, hinter dem Pseudonym *Quintus Mucius Scaevola* stecken offenbar zwei Anwälte.

¹⁴⁷ *Rodríguez-Rosado*, Spanien (Fn. 145), 112.

¹⁴⁸ *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, 1978–2002.

go civil initiiert und zwei vor allem auf die Rechtsprechung bezogene.¹⁴⁹ Im Jahre 2011 erschien in erster und 2016 in zweiter Auflage ein neuer, vierbändiger Kommentar,¹⁵⁰ 2013 der Kommentar von *Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano* in neun Bänden.¹⁵¹ In all diesen Werken, vor allem aber den beiden zuletzt genannte, ist der Einfluss der deutschen Kommentarkultur deutlich spürbar¹⁵² – wie denn insgesamt die deutsche Rechtswissenschaft in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts die spanische prägte.¹⁵³ Spanien ist also mit Kommentaren zu seiner Zivilrechtskodifikation üppig ausgestattet. Wenn *Bruno Rodríguez-Rosado* gleichwohl keine reine Erfolgsgeschichte erzählt, so liegt das daran, dass Kommentare in Spanien eine deutlich geringere Bedeutung haben als in Deutschland und deshalb auch nur selten mehrere Auflagen erleben. Hierfür wiederum seien einerseits die ausgeprägte Trennung zwischen Theorie (und einer stark theoretisch orientierten Ausbildung) und einer weitgehend unwissenschaftlichen Praxis verantwortlich; und andererseits die Tatsache, dass die Zivilrechtslehre sich nicht an der Struktur des *Código civil*, sondern am Pandektensystem orientiere.¹⁵⁴

2. *Código civil português*

In kurioseem Kontrast zur spanischen steht übrigens die wenig entwickelte Kommentarlandschaft in Portugal.¹⁵⁵ Hier gibt es zum *Código civil* von 1966 einen mehrbändigen Kommentar, der von zwei Vätern dieser Kodifikation herausgegeben wurde, inzwischen aber veraltet ist und nicht mehr neu aufgelegt wird.¹⁵⁶ Vor einigen Jahren begann die Católica Lisbon School of Law mit der Herausgabe eines neuen Kommentars, der jedoch bislang unvollendet ist.¹⁵⁷ Im Übrigen gibt es nur einen Praktikerkommentar in einem Band¹⁵⁸ und einen ebenfalls akademisch wenig anspruchsvollen Kommentar in zwei Bänden.¹⁵⁹

¹⁴⁹ Vgl. die Angaben bei *Rodríguez-Rosado*, Spanien (Fn. 145), 113 f.

¹⁵⁰ *A. Cañizares Laso/J. Orduña Moreno/P. de Pablo Contreras/R. Valpuesta Fernández*, Código civil comentado.

¹⁵¹ *R. Bercovitz Rodríguez-Cano* (Hg.), Comentarios al Código, 2013.

¹⁵² *Rodríguez-Rosado*, Spanien (Fn. 145), 117 f.

¹⁵³ Beispielhaft kann hingewiesen werden auf *C. Eckl*, Treu und Glauben im spanischen Vertragsrecht, 2007.

¹⁵⁴ *Rodríguez-Rosado*, Spanien (Fn. 145), 120. – Die spanischen Kommentare des 20. Jahrhunderts sind weit überwiegend Professorenkommentare.

¹⁵⁵ Ich danke Fernando Oliveira e Sá, Lissabon, für seine Hinweise.

¹⁵⁶ *F.A. Pires de Lima/J. de M. Antunes Varela*, Código civil anotado, 6 Bde. (seit 1967); teilweise ist es bei der 1. Aufl. geblieben, andere Bände sind bis zur 2. oder 4. Aufl. fortgeführt worden. Antunes Varela war Justizminister zur Zeit des Erlasses des neuen *Código civil*, Pires de Lima war Mitglied der Redaktionskommission.

¹⁵⁷ *Comentário ao Código civil, Parte Geral*, 2014, *Direito das Obrigações, das Obrigações em Geral*, 2019. Für 2020 sind zwei weitere Bde. angekündigt.

¹⁵⁸ *A. Neto*, Código civil anotado, 20. Aufl., 2018.

VIII. Zwischenfazit

Soweit der Überblick über die Kommentarkultur derjenigen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, die normalerweise im Rampenlicht der Rechtsvergleichung stehen. Erheblichen Einfluss auch außerhalb Frankreichs haben zunächst die der *École de l'exégèse* zugeordneten Kommentare gehabt (Belgien, Italien, Niederlande, Spanien). Später machte sich in vielen Ländern der Einfluss der deutschen Kommentarkultur geltend (Schweiz, Italien, Niederlande, Spanien). Frankreich und Belgien sind die große Ausnahme insoweit, als es dort eine zweite Welle von Kommentaren im 20. Jahrhundert nicht gab. Zwischen der ersten und der zweiten Welle besteht vielfach (Italien, Niederlande, Spanien) ein deutlicher Einschnitt, der offenbar mit dem Einfluss der Historischen Schule zu tun hat.

Es gibt verschieden inszenierte Kommentare: mit Abdruck des Gesetzestextes oder ohne, oder auch mit den Nummern der jeweils kommentierten Norm am Rand der Seite abgedruckt; verfasst unter Verwendung eines komplexen Systems von Abkürzungen oder voll ausgeschrieben; Kommentierung Norm für Norm oder bezogen jeweils auf größere Abschnitte; Gliederung nach der Legalordnung oder nach Sachgesichtspunkten; auf die Exegese des Gesetzeswortlauts fokussiert oder Rechtsprechung bzw. Rechtsprechung und Literatur verarbeitend; mitunter auch die Grenzlinien zu Lehrbuch, Handbuch oder Monographie verwischend. Es gibt Kommentare, die in erster Linie die Ausbildung oder die juristische Praxis im Auge haben und solche, die (auch) einen Beitrag zum akademischen Diskurs leisten wollen; es gibt einbändige, zweibändige und vielbändige Kommentare; es gibt Kommentare, die Fragment geblieben sind, die gelegentlich oder regelmäßig neu aufgelegt werden, oder die ein *monumentum aere perennio* darstellen. Hinzugekommen sind in manchen Ländern Online-Kommentare, so etwa in Deutschland der beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht. Zumeist erscheinen freilich die traditionellen Print-Kommentare auch in einer Online-Version;¹⁶⁰ umgekehrt gibt es Online-Kommentare, die gelegentlich in einer Print-Version erscheinen.¹⁶¹ Und schließlich gibt es Kommentare, die nur in einer Print-Version erscheinen, darunter in Deutschland vor allem der Palandt, in Italien unter anderem

¹⁵⁹ A. M. Correia Rodrigues Prata (Hg.), Código civil anotado, 2 Bde., 2. Aufl., 2019.

¹⁶⁰ Das gilt etwa in Deutschland für den Münchener Kommentar und den Staudinger. Auch in Österreich, der Schweiz und Spanien sind so gut wie alle Kommentare zu der jeweiligen Zivilrechtskodifikation als Buch und online verfügbar; dasselbe gilt für Polen (vgl. unten X.1. und den Beitrag von W. Dajczak, Juristische Kommentare in Polen: Ausländische Standards und die Suche nach einem eigenen Stil, in diesem Band, 175–202. Anders ist die Lage in Italien.

¹⁶¹ So der BeckOK-BGB; gedruckt zuletzt erschienen als H. G. Bamberger/H. Roth/W. Hau/R. Poseck (Hg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2019. Eine Printausgabe gibt es auch von dem ABGB-ON (Fn. 66).

Cian/Trabucchi und Schlesinger. In den Niederlanden erscheint die „Grüne Reihe“ nur noch online, der „Blaue Engel“ dagegen als Buch (und wird in erster Linie auch als solches benutzt), zusätzlich aber auch online. Inwieweit Online-Kommentare sich international durchsetzen werden, ist momentan schwer zu beurteilen; vermutlich wird es mittelfristig dabei bleiben, dass auch Print-Versionen erscheinen, möglicherweise als „print on demand“. Für seinen Online-Großkommentar wirbt der Beck-Verlag damit, dass jede Vorschrift im Rhythmus von drei Monaten *à jour* gebracht wird; in kleineren Jurisdiktionen (Österreich, Schweiz) würde ein derartiger Rhythmus vermutlich nicht umsetzbar sein.

Dem Standard entsprechen heute Kommentare nach dem österreichisch-deutschen (und schweizerischen) Modell, die den Gesetzestext mit abdrucken und in der einen oder anderen Form (insbesondere durch Fettdruck) hervorheben, die über diesen Gesetzestext aber hinausweisen und Rechtsprechung und Rechtswissenschaft mit einbeziehen: dies jedoch nicht im Sinne einer bloßen „Materialiensammlung“, sondern, jedenfalls dem Anspruch nach, in eigenständiger Verarbeitung und systematischer Ordnung. Gleichwohl variiert die Bedeutung der Kommentare ebenso wie ihr Ansehen: nicht besonders bedeutsam in Spanien, Portugal oder den Niederlanden, nicht besonders angesehen in Italien, zentrales juristisches Diskursmedium in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Der Schnelllebigkeit unserer Zeit entsprechend werden moderne Kommentare nicht mehr von einem, sondern von mehreren, vielen oder sehr vielen Autoren geschrieben.¹⁶²

In Frankreich und Belgien starb die Literaturform des Kommentars mit dem Ende der *École de l'exégèse*; ein sehr zaghaftes Wiederaufkeimen finden wir erst in allerjüngster Zeit. Vergleichsweise unterentwickelt ist die Kommentarkultur in den Niederlanden und in Portugal, hypertroph dagegen in Deutschland und Italien, zur Hypertrophie neigend auch in Spanien und (angesichts der geringen Größe des Landes oder Landesteils) Österreich und in der Deutschschweiz. In Deutschland war das Schreiben von Kommentaren bis weit in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts hinein vor allem Sache von Praktikern, und auch heute betätigen sich viele akademisch interessierte Prak-

¹⁶² Kommentare „aus einer Hand“, wie etwa in der Frühzeit zum ABGB (von Zeiller, Nippel, Winiwarter, auch noch von Kirchstetter und Pfaff/Hofmann) oder des *Code civil* (die Kommentare der *École de l'exégèse*), gibt es heute kaum noch. Selbst der Kurzkommentar von Jauernig wird von fünf Personen bearbeitet, derjenige von Koziol/Bydlinski/Bollenberger sogar von nicht weniger als 21 Personen. Das Verzeichnis der Kommentatorinnen und Kommentatoren des Staudinger listet fast 200 Namen; der Staudinger ist also, wie auch die Großkommentare in Österreich, der Schweiz, Italien und Spanien, ein formidables Großunternehmen. Online-Großkommentare, wie etwa derjenige von C.H. Beck, sprengen auch dieses Maß. Er wird damit beworben, dass über 400 Autoren auf umgerechnet etwa 50.000 Seiten alle wichtigen Gesetze zum Zivilrecht kommentieren.

tiker als Kommentatoren.¹⁶³ In Österreich hat demgegenüber das Phänomen kommentierender Professoren eine deutlich längere Tradition. Auch viele Kommentatoren des *Code civil* zur Zeit der *École de l'exégèse* waren Professoren. In Italien und Spanien sind an Kommentaren so gut wie ausschließlich Professoren beteiligt. Dem Aufstieg des Kommentars (und des Kurzlehrbuchs) entspricht in Deutschland und Italien der Niedergang der Großlehrbücher/Handbücher bzw. *trattati*. Auch in Frankreich werden die traditionell einflussreichen, vielbändigen *traités* durch moderne, systematische Lehrbuchliteratur zurückgedrängt. Manche Funktionen der Kommentarliteratur erfüllen in Frankreich und Italien juristische Enzyklopädien – ein Literaturtyp, der in anderen Ländern (Österreich, Deutschland, Schweiz, Niederlande, Spanien, Portugal) unbekannt oder so gut wie unbekannt ist. Bemerkenswert ist auch die Tatsache, dass es in keinem der hier behandelten Länder (außer durch das Buch von *Kästle-Lamparter* in Deutschland) zu einer nennenswerten Reflexion über das Phänomen juristischer Kommentare gekommen zu sein scheint.

Monokausale Erklärungen für die sehr diverse moderne Kommentarlandschaft in den kontinentaleuropäischen Ländern gibt es nicht. Die Niederlande und Österreich sind vergleichsweise kleine Jurisdiktionen, und doch gibt es in der einen eine blühende Kommentarlandschaft, in der anderen nicht. Juristische Enzyklopädien sind in Frankreich und Italien verbreitete Wissensspeicher, existieren aber in dem einen Land neben einer üppigen Vielzahl von Kommentaren, in dem anderen nicht. Deutscher Einfluss trug in Italien und Spanien zum Aufblühen von Kommentarliteratur bei, während in den Niederlanden und in Portugal trotz ebenfalls erheblichem Einfluss deutschen Rechts und Rechtsdenkens von einem Aufblühen keine Rede sein kann. Kommentare können charakteristischer Ausdruck eines intensiven Austauschs von Theorie und Praxis sein (Deutschland), sie können dazu dienen, eine als krisenhaft empfundene Trennung beider Bereiche zu überwinden (Italien), sie können aber auch ganz ungeachtet einer bestehenden Trennung von (unpraktischer) Theorie und (unwissenschaftlicher) Praxis geschrieben werden (Spanien). In Deutschland wird juristische Literatur (einschließlich der Kommentare) in Gerichtsentscheidungen zitiert, in Frankreich nicht. Das mag ein Grund dafür sein, dass Kommentare in Deutschland eine verbreitete Literaturform sind – ihre Autoren können sich über die Rechtsprechung Einfluss auf die Rechtsentwicklung erhoffen –, in Frankreich dagegen (so gut wie) inexistent sind. Doch werden in Italien in überreichem Maße Kommentare geschrieben, obwohl sie in Gerichtsentscheidungen nicht zitiert werden. Unmittelbar benachbarte Jurisdiktionen, die zudem demselben Rechtskreis angehören, können einander, was die Kommentarkultur betrifft, stark ähneln (Deutschland/

¹⁶³ So sind unter den Autoren des Staudinger, d.h. des (aus heutiger Sicht) akademischen Kommentars zum deutschen Privatrecht schlechthin, ein gutes Viertel Praktiker. Zum Palandt vgl. oben Fn. 4.

Österreich/Schweiz), sie können sich aber auch stark voneinander unterscheiden (Spanien/Portugal). Kommentare sind in Ländern verbreitet, in denen die jeweils geltende Zivilrechtskodifikation dem die Lehre beherrschenden Pandektensystem entspricht (Deutschland) und in denen dies nicht der Fall ist (Österreich, Spanien). Der Erlass, oder unmittelbar bevorstehende Erlass, einer Kodifikation ist häufig Auslöser für das Entstehen von Kommentaren (Paradebeispiel sind Deutschland mit seinem BGB von 1900 und die Schweiz mit ihrem Zivilgesetzbuch von 1912), aber nicht immer (Italien im Hinblick auf den *Codice civile* von 1942). Das Fortbestehen einer Kodifikation kann mit dem Fortbestehen einer Kommentarliteratur korrespondieren (Österreich) oder auch nicht (Frankreich).

IX. Kommentare in kontinentaleuropäisch geprägten Ländern außerhalb Europas

1. Zivilgesetzbücher von Chile, Brasilien und Argentinien

Juristische Kommentare werden nicht nur in Ländern geschrieben, die dem romanischen oder dem deutschen Rechtskreis Kontinentaleuropas angehören. Die europäische Rechtskultur, und damit auch die dort vorhandenen Kommentarkulturen, haben eine Vielzahl von Regionen außerhalb Europas geprägt. Lateinamerika und Japan bieten zwei in diesem Band behandelte Beispiele. Eine der bedeutendsten und einflussreichsten Kodifikationen Lateinamerikas ist der chilenische *Código civil* von 1855. Er stammt von *Andrés Bello*, einem der herausragenden Gelehrten seiner Zeit,¹⁶⁴ der sich vor allem auf römisches Recht, unmittelbar sowie vermittelt durch die *Siete Partidas*, aber auch auf Werke wie *Savignys* „System des heutigen Römischen Rechts“ stützte, zudem auf zeitgenössische europäische Rechtsordnungen, darunter insbesondere den *Code civil*. Obwohl die chilenische Kodifikation bis heute in Kraft ist und in einer Reihe lateinamerikanischer Staaten rezipiert wurde (etwa in Kolumbien und Ecuador), ist sie doch nicht Gegenstand einer nennenswerten Kommentarliteratur geworden; nach *Stagl* gibt es bis heute keinen vollständigen Kommentar zu diesem Gesetzbuch.¹⁶⁵ Statt dessen sei (neben Monographien) das große Lehrbuch zur Hauptform der chilenischen Zivilistik geworden und bis heute geblieben. Das mag an einem zeitweise starken Einfluss französischer Rechtskultur liegen, aber auch daran, dass die chilenische Zivilistik sich vom *Código civil* (oberste Gliederungsebene: Personenrecht, Sachenrecht, Erbrecht und

¹⁶⁴ Zu ihm *I. Jaksic*, Andrés Bello, 2001; *J. Kleinheisterkamp*, Development of Comparative Law in Latin America, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. Aufl., 2019, 252–288, 263 f.

¹⁶⁵ *Stagl*, Lateinamerika (Fn. 145), 136.

Schenkungen, Schuldrecht) teilweise emanzipierte.¹⁶⁶ Der auch in Chile durchaus spürbare deutsche Einfluss hat sich bislang vor allem in der monographischen und Lehrbuchliteratur geltend gemacht. In jüngster Zeit sind allerdings zwei Autoren mit historisch orientierten Kommentarprojekten auf den Plan getreten (und knüpfen damit in gewisser Weise an den Geist an, in dem der chilenische *Código civil* einst geschaffen wurde – eines Gesetzbuches, das die Quelle des Rechts nicht in sich trägt, sondern aus der Tradition lebt, in der es steht)¹⁶⁷. Es handelt sich zum einen um eine „Edición crítica, concordada, comentada y anotada“, die unter dem Titel „El Código civil: Su jurisprudencia e historia“ erscheint und großen Wert legt auf die Gesetzgebungsgeschichte des jeweils kommentierten Artikels sowie auf „Quellen und Kontext“.¹⁶⁸ Zum anderen hat *Carlos Amunátegui Perelló* eine mit Angabe der historischen Quellen versehene Ausgabe des chilenischen *Código civil* vorgelegt,¹⁶⁹ die perspektivisch zu einem historischen Kommentar ausgebaut werden soll. Ihm steht dabei durchaus auch der Historisch-kritische Kommentar zum BGB als Vorbild vor Augen.¹⁷⁰

Ganz anders ist das Bild in Brasilien und Argentinien. Beide Länder haben ihr Zivilrecht kürzlich einer Totalrevision unterzogen. In Brasilien ist die Kodifikation von 1916 durch einen *Código civil* von 2002 ersetzt worden,¹⁷¹ in Argentinien die Kodifikation von 1869 durch einen *Código civil y comercial* (also ein einheitliches Zivil- und Handelsgesetzbuch) von 2015.¹⁷² Der brasilianische *Código civil* von 1916 war einerseits der einheimischen Rechtstradition verbunden gewesen, hatte andererseits aber auch Anleihen bei einer Vielzahl der zeitgenössischen europäischen Kodifikationen genommen; insbesondere war er in erheblichem Umfang von deutscher Rechtswissenschaft (*Savigny, Jhering*) und vom BGB beeinflusst worden.¹⁷³ Das zeigt sich etwa an seinem Aufbau nach dem Pandektensystem mit einem Allgemeinen Teil an der Spitze. Dieser Allgemeine Teil ist nach wie vor ein prägendes Merkmal des

¹⁶⁶ So *Stagl*, Lateinamerika (Fn. 145), 136 f.

¹⁶⁷ Formuliert in Anlehnung an *H. H. Jakobs*, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, 1983, 160. Für Chile und die Herangehensweise von *Bello* vgl. *Stagl*, Lateinamerika (Fn. 145), 132 f.

¹⁶⁸ Autor ist *J. Barrientos Grandon*; erschienen sind bisher zwei Bde., 2016. Aufgelistet werden zunächst „Concordancias“; die Kommentierung zerfällt in der Regel in zwei Teile: *Observaciones* (unterteilt wiederum in 1. *Historia* und 2. *Fuentes y contexto*) und *Jurisprudencia*.

¹⁶⁹ *Código civil de Chile: Edición anotada, concordada y con fuentes*, 2019.

¹⁷⁰ Persönliche Mitteilung des Autors.

¹⁷¹ Dazu umfassend *J. P. Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien, 2009.

¹⁷² Dazu z.B. *M. Gonzalo Casas*, Die causa-Lehre in der französischen und argentinischen Privatrechtsreform, *ZEuP* 25 (2017), 68–101, 80–84; *A. Parise*, The Argentine Civil and Commercial Code (2015): Igniting a Third Generation of Codes for Latin America, *ZEuP* 25 (2017), 639–668.

¹⁷³ *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation (Fn. 171), 48–56.

brasilianischen Zivilrechts, denn der *Código civil* von 2002 gleicht strukturell seinem Vorgänger.¹⁷⁴ Der erste Kommentar zum *Código civil* von 1916 stammt vom Verfasser des dem Gesetzbuch zugrundeliegenden Entwurfs, *Clóvis Beviláqua*¹⁷⁵ (hier liegt insoweit eine Parallele zu Österreich, zu *Bluntschli* und seinem Gesetzbuch für den Kanton Zürich, und zu Portugal)¹⁷⁶; er wurde in mehreren Auflagen bis zum Jahre 1959 fortgeführt und blieb nicht der einzige Kommentar.¹⁷⁷ Die Neukodifizierung führte dann zum Erscheinen einer Reihe von Kommentaren unterschiedlicher Güte, Ausführlichkeit und Aktualität.¹⁷⁸ Nach *Stagl* lässt sich damit für Brasilien „von einer echten Kultur des Kommentars“ sprechen, und verantwortlich sein könnte dafür die starke Verbindung zwischen brasilianischem und deutschem Zivilrecht.¹⁷⁹

In Argentinien gab es zunächst nur relativ wenige und teilweise recht kurze Kommentare zum *Código civil* von 1869.¹⁸⁰ In den Jahren 2004 bis 2006 wurde dann freilich ein zwölbändiger Großkommentar vorgelegt, herausgegeben unter anderen von *Ricardo Luis Lorenzetti*.¹⁸¹ *Lorenzetti* wurde später Präsident des Obersten Gerichtshofs von Argentinien und Vorsitzender der Kommission zur Vorbereitung der Neukodifikation des Zivil- und Handelsrechts.¹⁸² In etwa gleichzeitig mit dem neuen Gesetzbuch wurde ein unter der Schirmherrschaft des argentinischen Justizministeriums herausgegebener Kommentar publiziert;¹⁸³ zudem erschienen der Kommentar von *Lorenzetti* in einer an die veränderten Umstände angepassten Neuauflage und zwei weitere Kommentare.¹⁸⁴ In

¹⁷⁴ Zum Pandektensystem in den brasilianischen Kodifikationen, insbesondere zum Allgemeinen Teil im alten und neuen Gesetzbuch ausführlich *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation (Fn. 171), 299–387. Der Allgemeine Teil des neuen Zivilgesetzbuchs ähnelt dem des alten, hat aber wichtige Erweiterungen erfahren. Im Übrigen ist die Reihenfolge der Bücher des Besonderen Teils geändert worden, zudem wurde ein Buch über das Unternehmensrecht aufgenommen.

¹⁷⁵ Zu ihm *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation (Fn. 171), 43–48; *Kleinheisterkamp*, Development (Fn. 164), 271 f.

¹⁷⁶ Vgl. oben Fn. 47, 69, 156.

¹⁷⁷ *Stagl*, Lateinamerika (Fn. 145), 139 f.

¹⁷⁸ Näher *Stagl*, Lateinamerika (Fn. 145), 140 f.

¹⁷⁹ *Stagl*, Lateinamerika (Fn. 145), 140 f.

¹⁸⁰ Vgl. aber *B. Llerena*, *Concordancias y comentarios del Código civil argentino*, 3. Aufl., 10 Bde., 1931. Vgl. im Übrigen (auch zum Folgenden) *Stagl*, Lateinamerika (Fn. 145), 138 f.

¹⁸¹ *Código civil comentado: doctrina – jurisprudencia, bibliografía*, 12 Bde. (2004–2006). Zuvor bereits *A. C. Belluscio/E. A. Zannoni* (Hg.), *Código civil y leyes complementarios comentado, anotado y concordado*, 5 Bde., 1981.

¹⁸² Zu ihm *N. Agular*, *El señor de la corte: la historia de Ricardo Lorenzetti*, 2017.

¹⁸³ *M. Herrera/G. Caramelo/S. Picasso* (Hg.), *Código civil y comercial de la nación comentado*, 6 Bde., 2015.

¹⁸⁴ *R. L. Lorenzetti* (Hg.), *Código civil y comercial de la nación comentado*, 10 Bde., 2014/2015. Weitere Kommentare: *J. C. Rivera/G. Medina* (Hg.), *Código civil y comercial*

der Tat scheint sich damit, stimuliert durch die Neukodifikation, der Kommentar als wichtige juristische Literaturform im 21. Jahrhundert durchzusetzen.¹⁸⁵ Argentinien ist stark von italienischer Einwanderung geprägt, und der italienische Einfluss hat sich auch in seiner Rechtsordnung niedergeschlagen.¹⁸⁶ Die argentinische Kommentarkultur könnte ein Teil dieses Einflusses sein.

2. Zivilgesetzbuch von Japan (*Minpō*)

Japan liegt, von Lateinamerika aus betrachtet, am anderen Ende der Welt. Auch für die Entwicklung des japanischen Zivilrechts ist jedoch die Rezeption ausländischen Rechts maßgeblich gewesen, darunter um die Jahrhundertwende und bis in die 1940er Jahre hinein insbesondere des deutschen Rechts. So ist das Zivilgesetz (*Minpō*) von 1896/1898 stark vom BGB und seinen Entwürfen geprägt (einschließlich einer Übernahme des Pandektensystems), und in den Jahren danach kam es zu einem Phänomen, das *Zentaro Kitagawa* als „Theorierezeption“ bezeichnet hat und das im Wesentlichen in der Übernahme deutscher Rechtsdogmatik bestand.¹⁸⁷ Dabei stützten sich japanische Juristen auch auf die deutsche Kommentarliteratur; einheimische Kommentare wurden demgegenüber kaum geschrieben.¹⁸⁸ Das änderte sich erst in der Zeit seit Ende des Zweiten Weltkriegs, als der Einfluss des deutschen Rechts relativiert und zurückgedrängt wurde.¹⁸⁹ Erst jetzt begann, was sich als Blütezeit der Kommentare bezeichnen lässt und dazu geführt hat, dass, in den Worten von *Fumihiko Nagano*, Kommentare in Japan „genauso üblich sind wie in

de la Nación comentado, 6 Bde., 2015; *A. J. Bueres* (Hg.), Código civil y comercial de la Nación analizado, comparado y concordado, 2 Bde., 2014.

¹⁸⁵ So *Stagl*, Lateinamerika (Fn. 145), 139.

¹⁸⁶ Zum italienischen Einfluss im argentinischen Zivilrecht vgl. etwa *P. Lerner*, El Código civil italiano de 1942 y las reformas al Código civil argentino, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 35 (2002), 517–588. Zum deutschen Einfluss vgl. aber auch *V. Tau Anzoátegui*, La influencia alemana en el derecho argentino, *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas* 25 (1988), 607–631.

¹⁸⁷ Vgl. im Überblick *Z. Kitagawa*, Development of Comparative Law in East Asia, in: *Reimann/Zimmermann*, Handbook of Comparative Law (Fn. 164), 1. Aufl., 2006, 237–260, 239–242.

¹⁸⁸ *F. Nagano*, Entwicklung und Stellenwert juristischer Kommentare in Japan: Literaturformen als Spiegel juristischer Denkweise, in diesem Band, 151–173. Nagano nennt zwei jeweils von einem Autor geschriebene Kommentare aus der Zeit des Erlasses des japanischen BGB; einer dieser Kommentare stammte von einem der Verfasser des Zivilgesetzes. Wenn *Kitagawa*, Development (Fn. 187), 240, insoweit von einer Ära der Kommentare spricht, meint er vermutlich eine eng am Wortlaut orientierte Literatur gerade auch in Form von Lehrbüchern. Dass man sich des Unterschieds von Kommentaren oder Lehrbüchern nicht recht bewusst war, betont denn auch *Nagano*, *loc. cit.*, 153. Vgl. auch *G. Koziol*, Juristische Methodenlehre in Japan, *RabelsZ* 83 (2019), 361–397, 364 f. mit ausdrücklichem Bezug auf die *École de l'exégèse* zur Charakteristik der Jurisprudenz dieser Zeit.

¹⁸⁹ *Kitagawa*, Development (Fn. 187), 242 f.

Deutschland“.¹⁹⁰ Von herausgehobener Bedeutung war zunächst ein Großkommentar zum Zivilgesetz in 26 Bänden, der von 1964 bis 1987 erschienen ist; eine ähnlich groß dimensionierte Neuauflage wurde 2015 nach Erscheinen von 23 Bänden abgebrochen.¹⁹¹ Statt dessen soll nunmehr in demselben Verlag ein neuer Kommentar in (nur noch) 20 Bänden erscheinen. Hinzu getreten ist eine Vielzahl weiterer zivilrechtlicher Kommentare mit jeweils unterschiedlicher Zielrichtung. So gut wie alle japanischen Kommentare sind vom Vorbild der deutschen Kommentarkultur geprägt. Das erscheint angesichts des allgemein nachlassenden Einflusses des deutschen Rechts in Japan in gewisser Weise paradox.

X. Kommentare in Transformationsstaaten

1. *Kodeks cywilny (Polen)*

Sowohl in Lateinamerika als auch in Japan ist die Rechtsentwicklung durch vielfältige Rezeptionsvorgänge geprägt worden. Rechtsvergleichung ist daher in beiden Regionen von ganz erheblicher, gerade auch praktischer, Bedeutung.¹⁹² Ähnliches gilt für die Jurisdiktionen Zentral- und Osteuropas.¹⁹³ Viele der Staaten, die nach dem Ersten Weltkrieg entstanden, hatten aus unterschiedlichen Elementen zusammengesetzte, komplexe Rechtsordnungen. Sie gingen dann durch eine Zeit kommunistischer Herrschaft, die die überkommenen Traditionen zu zerstören versuchte. Nach dem Zusammenbruch des Kommunismus waren sie mit der Aufgabe einer radikalen Neuorientierung ihrer Rechte konfrontiert und suchten dabei teilweise Anschluss an ihr vorkommunistisches Erbe, teilweise aber auch an den Westen.¹⁹⁴ Polen bietet ein gutes Beispiel. Hier galten nach 1918 fünf verschiedene Rechte, so etwa im Süden (dem ehemaligen Kronland Galizien) das ABGB. Zu einer Rechtsvereinheitlichung kam es zunächst nur im Bereich des Schuldrechts, mit dem Obligationengesetzbuch von 1933. Erst 1964, während der kommunistischen Zeit, wurde ein vollständiges Zivilgesetzbuch verabschiedet, das sich seit einer Novellierung im Juli 1990 in einem bis heute andauernden Prozess der Anpassung an die veränderten politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse befindet.¹⁹⁵

¹⁹⁰ *Nagano*, Japan (Fn. 188), 160.

¹⁹¹ Dazu und zum Folgenden *Nagano*, Japan (Fn. 188), 157–160.

¹⁹² *L. Nottage*, The Development of Comparative Law in Japan, in: Reimann/Zimmermann, Handbook of Comparative Law (Fn. 164), 201–227, 202, 226; *Kleinheisterkamp*, Development (Fn. 164), 287.

¹⁹³ *Z. Kühn*, Comparative Law in Central and Eastern Europe, in: Reimann/Zimmermann, Handbook of Comparative Law (Fn. 164), 181–200, 181 f.

¹⁹⁴ *Kühn*, Comparative Law (Fn. 193), 182.

¹⁹⁵ *Dajczak*, Polen (Fn. 160), 181.

Schon bevor Polen 1918 seine Souveränität wiedererlangte, gab es einen Kommentar zum ABGB in polnischer Sprache.¹⁹⁶ Zu einer ersten Blütezeit der Kommentare kam es in den 1930er Jahren, als in einer Vielzahl größerer und kleinerer Verlage Kommentare ganz unterschiedlichen Charakters zu einer Reihe von Gesetzen, darunter dem Obligationengesetzbuch, publiziert wurden.¹⁹⁷ Zum Zivilgesetzbuch von 1964 erschien ein von Richtern des Obersten Gerichtshofs (die zugleich Professoren waren) verfasster Kommentar in drei Bänden;¹⁹⁸ hinzu kam in den 1980 Jahren ein zweites Werk, das überwiegend von Professoren der Universität Thorn stammte.¹⁹⁹ Nach der Wende von 1989 kolonisierten westliche Verlage (C.H. Beck, Lexis Nexis und Wolters Kluwer) das polnische Privatrecht mit der Folge, dass dort heute eine ganz erstaunliche Vielzahl von Kommentaren existiert. So finden sich etwa im Hamburger Max-Planck-Institut fast ein halbes Dutzend Kommentare allein des polnischen Tochterunternehmens von C.H. Beck.²⁰⁰ *Wojciech Dajczak* nennt vier weitere Kommentare der Tochterunternehmen von Lexis-Nexis und Wolters Kluwer, nunmehr, seit Übernahme von LexisNexis, nur noch Wolters Kluwer.²⁰¹

Die unter der Marke Wydawnictwo (= Verlag) C.H. Beck publizierten Kommentare entsprechen in Stil, Struktur und Aufmachung dem deutschen Vorbild, wie es insbesondere im Münchener Kommentar zum BGB verwirklicht ist. Die dominante Position zweier ausländischer bzw. internationaler

¹⁹⁶ *S. Wróblewski*, Komentarz do austriackiego kodeksu cywilnego, 2 Bde., 1904, 1918.

¹⁹⁷ *J. Korzonek/I. Rosenblüth*, Kodeks zobowiązań, 2 Bde., 1934/35; *L. Domański*, Instytucje kodeksu zobowiązań: Komentarz teoretyczno-praktyczny, 1936. Näher dazu und zu anderen Kommentaren dieser Zeit *Dajczak*, Polen (Fn. 160), 178 f. *Dajczak* weist in diesem Zusammenhang hin auf teilweise unorthodoxe Methoden der Kommentierung; so sei in dem Werk von *Domański* die Kommentierung nicht anhand der Vorschriften des Zivilgesetzbuchs, sondern anhand dogmatischer Themen strukturiert worden. Außerdem sei die Kommentierung in ungewöhnlichem Maße historisch orientiert gewesen.

¹⁹⁸ *Z. Resich et al.* (Hg.), Kodeks cywilny: Komentarz, 3 Bde., 1972; zu dessen Bedeutung *Dajczak*, Polen (Fn. 160), 180. Der Kommentar erschien in dem damals bestehenden staatlichen juristischen Verlag. Teilweise vergleichbar insoweit die Situation in der DDR; vgl. *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 5), 93–95, der von einer „Monopolisierung“ der Kommentarliteratur spricht. Die vom Ministerium der Justiz herausgegebenen Kommentare zu den neu geschaffenen DDR-Kodifikationen erschienen im DDR-Staatsverlag.

¹⁹⁹ *J. Winiarz* (Hg.), Kodeks cywilny z komentarzem, 1980; 2. Aufl., 1989.

²⁰⁰ *M. Rozwadowska-Herrmann*, Kodeks cywilny, 2. Aufl., 2007; *E. Gniewek/P. Machnikowski* (Hg.), Kodeks cywilny: Komentarz, 9. Aufl., 2019 („Kodexkommentar“); *K. Pietrzykowski* (Hg.), Kodeks cywilny: Komentarz, 9. Aufl., 2 Bde., 2018 („Großkommentar“); *M. Gutowski* (Hg.), Kodeks cywilny: Komentarz, 2. Aufl., 3 Bde., 2018/2019 („Großkommentar“); *K. Osajda* (Hg.), Komentarze prawa prywatnego, 11 Bde., seit 2016 (dies ist ein Kommentar zum polnischen Privatrecht, darunter vier Bände, einer in zwei Teilbänden, zum *Kodeks cywilny*, 2. Aufl., 2017).

²⁰¹ *Dajczak*, Polen (Fn. 160), 184.

Verlagshäuser bedeutet, dass die heutige polnische Kommentarlandschaft „sich [...] nicht als Ergebnis einer organischen Entwicklung einer nationalen Kommentartradition verstehen lässt“.²⁰² Mit einer Wiederbelebung der vielfältigen Verlags- und Kommentarkultur der 1930er Jahre sei unter diesen Umständen eher nicht zu rechnen.²⁰³ Natürlich haben die Kommentare ein jeweils etwas unterschiedliches Profil.²⁰⁴ Das hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass die hinter den Kommentaren stehenden Autorenkollektive sich vielfach einer auf eine Universität konzentrierten „Schule“ zuordnen lassen; der Kommentar von *Gniewek/Machnikowski* ist von Autoren aus Breslau verfasst, derjenige von *Gutowski* ist im Grunde ein Posener Kommentar, die meisten der Autoren des Kommentars von *Pietrzykowski* sind in Warschau beheimatet, und *Osajda* hat ein Team von jüngeren Autoren um sich geschart, Autoren also einer neuen Generation, die in besonderem Maße offen ist für historische Zusammenhänge und europäisch-vergleichende Perspektiven.²⁰⁵ Kommentare sind in Polen von großer Bedeutung für die Zivilrechtspflege;²⁰⁶ sie bilden, wie etwa auch ihre deutschen Pendanten, eine Brücke zwischen Theorie und Praxis. Das zeigt sich daran, dass an den meisten Kommentaren sowohl Wissenschaftler als auch Praktiker, deren besondere Kompetenz in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis hervorgehoben wird, beteiligt sind. Grundlage der Kommentierung ist, neben dem Gesetzestext, stets vor allem die (höchstrichterliche) Rechtsprechung; daneben geht es den Kommentatoren aber jedenfalls überwiegend auch um einen Beitrag zum dogmatischen Diskurs. Die neuesten Auflagen der in Polen publizierten Kommentare sind in den verlagseigenen Datenbanken „Legalis“ und „Lex“ verfügbar.²⁰⁷

2. *Graschdanski kodeks Rossijskoi Federazii (Russische Föderation)*

Geradezu kümmerlich neben der polnischen nimmt sich die Kommentarlandschaft in Russland aus. Anders als in Polen stellen in Russland Verlage keine „stabilen Gravitationszentren“ für die Autorenkollektive der Höchstgerichte, der Universitäten und des Instituts für Staat und Recht der Russischen Akademie der Wissenschaften dar, die Kommentare verfassen.²⁰⁸ Häufig werden die Verfasser eines Referenztextes als Verfasser eines Kommentars zu demselben tätig; so etwa im Falle der Kommentare zu den verschiedenen Teilen des russischen Zivilgesetzbuches (*Graschdanski kodeks Rossijskoi Federa-*

²⁰² *Dajczak*, Polen (Fn. 160), 198.

²⁰³ So *Dajczak*, Polen (Fn. 160), 198.

²⁰⁴ Näher *Dajczak*, Polen (Fn. 160), 184 f.

²⁰⁵ Persönliche Mitteilung des Herausgebers.

²⁰⁶ *Dajczak*, Polen (Fn. 160), 195–200.

²⁰⁷ *Dajczak*, Polen (Fn. 160), 187.

²⁰⁸ *A. M. Shirvindt*, Juristische Literaturlandschaft in Russland: Eine Kommentarwüste, in diesem Band, 203–226.

zii), das zwischen 1994 und 2008 in Kraft getreten ist.²⁰⁹ Kommentare seien in Russland, so *Andrey Shirvindt*, „ein Mittel der Kommunikation von oben nach unten“.²¹⁰ Es spreche der kundige H6chstrichter oder Rechtswissenschaftler zu schlecht ausgebildeten Rechtsanwendern oder Laien. Simplizität sei deshalb eine Tugend. Im Uberigen strebe kein Kommentar eine vollständige Bestandsaufnahme von Rechtsprechung und Literatur auch nur an.²¹¹ So werde in dem Studienkommentar von *Sergej A. Stepanov*²¹² unter den Rubriken „Wissenschaft“ und „Rechtsprechung“ jeweils nur eine wissenschaftliche Ansicht und eine h6chstrichterliche Leitlinie verzeichnet. Kommentieren wird offenbar nicht als besonders wertvolle Tätigkeit betrachtet; demgema werden einmal begonnene Kommentare nicht selten nicht fortgeführt. Das liegt daran und trägt gleichzeitig dazu bei, dass der Kommentar in Russland nicht zu einem Leitmedium des russischen Rechtsdiskurses geworden ist.²¹³ Statt auf Kommentare verlassen sich Rechtsanwender offenbar in erster Linie auf Datenbanken.²¹⁴

XI. Kommentare im „englischen common law“

1. *Blackstone und seine Nachfolger; Sir Edward Coke*

„Common law“ bedeutet so viel wie „(all)gemeines Recht“, also das ursprünglich von den k6niglichen Gerichten geschaffene und damit im gesamten englischen K6nigreich geltende Recht.²¹⁵ In seinem Kern war es daher Fallrecht; und so wird der Begriff bis heute vielfach als Synonym für das in England (und seinen Tochterrechten) geltende Fallrecht²¹⁶ bzw., wegen der stilpragenden Bedeutung desselben, als Synonym für das Recht Englands (und seiner Tochterrechte) ganz allgemein,²¹⁷ verwendet. In der Tat fehlt es etwa im Privatrecht an einer Gesamtkodifikation; vielmehr wird zur Beschreibung des englischen Rechts gern auf die von *F. W. Maitland* geprägte Metapher eines „seamless

²⁰⁹ Dazu *A. M. Shirvindt*, *Reforming the Russian Civil Code – A Search for a Better Law-Making*, in: Basedow/Fleischer/Zimmermann, *Legislators* (Fn. 98), 41–62.

²¹⁰ *Shirvindt*, *Russland* (Fn. 208), 216.

²¹¹ *Shirvindt*, *Russland* (Fn. 208), 218.

²¹² *S. A. Stepanov* (Hg.), *Kommentarij k Graždanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii* (ucebno-praktieskij), 5. Aufl., 2016.

²¹³ *Shirvindt*, *Russland* (Fn. 208), 224.

²¹⁴ *Shirvindt*, *Russland* (Fn. 208), 225 f.

²¹⁵ Zu den verschiedenen Bedeutungen des Begriffs „common law“ vgl. *S. Vogenauer*, *Common law*, in: HWBEuP (Fn. 16), 280–283.

²¹⁶ Vgl. z. B. *U. Kischel*, *Rechtsvergleichung*, 2015, 243 („Common law als Fallrecht“)

²¹⁷ Vgl. z. B. *Zweigert/K6tz*, *Rechtsvergleichung* (Fn. 79), 177 („Die Entwicklung des englischen common law“).

web“ zurückgegriffen.²¹⁸ Ein solches „seamless web“ ist kaum als Referenztext geeignet, der sich in Form eines Kommentars erläutern ließe. Kommentare im Sinne der eingangs mitgeteilten Definition sind dem englischen Recht deshalb traditionell fremd. Das gilt, obwohl eines der wichtigsten Werke der englischen Rechtsliteratur, *Sir William Blackstones* „Commentaries on the Laws of England“,²¹⁹ den Begriff des Kommentars in seinem Titel trägt. Doch handelt es sich hier um ein Institutionenlehrbuch nach dem seinerzeit in Europa verbreiteten Muster;²²⁰ es steht somit in einer Reihe mit *Hugo Grotius*’ „Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit“²²¹ oder auch mit *Viscount Stairs* „Institutions of the Law of Scotland“ (1681).²²² Warum *Blackstone* den Begriff „Commentaries“ verwendete, bedürfte näherer Untersuchung; wahrscheinlich dachte er an den lateinischen Begriff „commentarius“ im Sinne von schriftlicher Abhandlung, Skizze, Abriss, oder Aufzeichnung.²²³

Worum es *Blackstone* (dem ersten Professor für englisches Recht an einer englischen Universität)²²⁴ zu tun war, beschreibt er in seiner Einleitung zu den „Commentaries“ mit einer schönen Metapher: die Erstellung einer Landkarte des Rechts, die dessen Gestalt, Verbindungslinien und Begrenzungen, dessen Gliederungen und größere Städte markiert und die damit für das englische Recht das leisten könnte, was für das römisch-gemeine Recht schon seit Jahrhunderten, in einer von *Gaius* bis auf *Pothier* reichenden Tradition, geleistet

²¹⁸ Vgl. z.B. *R. C. van Caenegem*, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, 1987, 6–16 („English law is a ‘seamless web’“). Die Redeweise vom „seamless web“ stammt wohl von *F.W. Maitland*; sie findet sich auf S. 1 von Bd. 1 von *F. Pollock/F.W. Maitland*, *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2. Aufl., London, 1898, Nachdruck 1968, ohne sich dort übrigens in erster Linie auf das englische Recht zu beziehen.

²¹⁹ Erschienen in vier Bänden, Oxford, 1765–1769. Dazu etwa *J. Cairns*, *Blackstone, An English Institutionist: Legal Literature and the Rise of the Nation State*, *Oxford Journal of Legal Studies* 4 (1984), 318–360.

²²⁰ Dazu im Überblick *K. Luig*, *Institutionenlehrbücher*, in: *HWBEuP* (Fn. 16), 880–884.

²²¹ Vgl. oben S. 445.

²²² Vgl. unten S. 499.

²²³ *R. Klotz* (Hg.), *Handwörterbuch der lateinischen Sprache*, Bd. 1, 7. Abdruck, 1963, 964; vgl. auch etwa *P. G. W. Glarner* (Hg.), *Oxford Latin Dictionary*, 1982, 352 f., sub 3 („A treatise, textbook“) and sub 4 („[...] a collection of notes, [...]“). Den Begriff „Commentaries“ trägt auch im Titel *G. C. Cheshire* (Hg.), *Stephen’s Commentaries on the Laws of England*, 19. Aufl., 1928; ein Werk das *F. H. Lawson* in seiner Einführung zu Bd. 1 als „an elementary text-book“ bezeichnet. Im Vorwort zur 19. Auflage heißt es, dass das Werk sich auf eine „exposition of general principles“ beschränke; „[d]etailed descriptions of particular topics have for the most part been avoided“.

²²⁴ Biographischer Überblick zu *Blackstone* bei *G. H. Jones*, *Blackstone, Sir William*, in: *A. W. B. Simpson* (Hg.), *Biographical Dictionary of the Common Law*, 1984, 57–61. *Blackstone* wurde 1768 der erste *Vinerian Professor of English Law* an der Universität Oxford.

worden war.²²⁵ Damit legte *Blackstone* die Grundlage für den Gedanken einer wissenschaftlichen Behandlung des englischen Rechts als eines sowohl rationalen als auch erfahrungsgesättigten Systems.²²⁶ Gleichzeitig stimulierte er das Entstehen einer Literatur, die sein Programm für einzelne Rechtsbereiche umsetzte. Im 19. Jahrhundert erlebten deshalb Abhandlungen in Form von „treatises“ eine Blütezeit:²²⁷ „Chitty on Contracts“ (1826), „Lewin on Trusts“ (1837), „Lindley on Partnership“ (1863), „Benjamin on Sale“ (1868) und „Anson on Contract“ (1879) gehören zu den bekanntesten und bis heute fortgesetzten Werken. Einige Autoren gingen dann dazu über, die allgemeinen Prinzipien eines Rechtsgebiets in möglichst konziser Form in Büchern niederzulegen, die zumeist den Titel „Digest“ trugen, so insbesondere *Fitzjames Stephen* für das Beweisrecht,²²⁸ *Sir Frederic Pollock* für das Recht der Personengesellschaften²²⁹ und *Sir Mackenzie Chalmers* für Kaufrecht und Wechselrecht.²³⁰ Das bekannteste Werk, das dieses Format bis in die Gegenwart perpetuiert hat, ist „Dicey’s Conflict of Laws“.²³¹ Diese Digests waren als Schritt auf dem Wege zu einer Kodifikation des betreffenden Rechtsgebiets gedacht²³² und waren inspiriert, unter anderem, durch die Kodifikationen, die seit den 1850er Jahren in Britisch-Indien (zunächst *Crown Colony*, seit 1876 *Empire*) erlassen worden waren.²³³ Am erfolgreichsten waren insoweit die „Digests“ von *Pollock* und *Chalmers*, wurden sie doch zur Grundlage für den *Bills of Exchange Act* (1882), den *Partnership Act* (1890) und den *Sale of Goods Act* (1893).²³⁴ Die

²²⁵ *W. Blackstone*, *Commentaries on the Laws of England*, 12. Aufl., London, 1793, 34, wo er die Aufgabe seiner Vorlesungen (auf der sein Werk beruht) so beschreibt: „[The] academical expounder [...] should consider his course as a general map of the law, marking out the shape of the country, it’s connexions and boundaries, it’s greater divisions and principal cities“. Das „civil law“ bezeichnet *Blackstone* „as a collection of written reason“ (S. 5). Die Einleitung trägt den Titel „Of the Study, Nature, and Extent of the Laws of England“.

²²⁶ Bezeichnenderweise spricht *Blackstone* von der „science thus committed to [my] charge“: *Commentaries* (Fn. 225), 4. Das englische Recht sei bislang in der universitären Ausbildung sträflich vernachlässigt worden „though built upon the soundest foundations, and approved by the experience of ages“ (S. 5).

²²⁷ Dazu vor allem *A. W. B. Simpson*, *The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature*, University of Chicago LR 48 (1981), 632–679, 658–668.

²²⁸ *F. Stephen*, *A Digest of the Law of Evidence*, London, 1876.

²²⁹ *F. Pollock*, *A Digest of the Law of Partnership*, London, 1877.

²³⁰ *M. Chalmers*, *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes and Cheques*, London, 1878; *The Sale of Goods*, London, 1890.

²³¹ Dazu unten S. 483.

²³² *Simpson*, *Rise and Fall* (Fn. 227), 666 f.

²³³ Dazu im Überblick *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* (Fn. 79), 222 f.; *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (Fn. 216), 818.

²³⁴ Zu der (kurzlebigen) Kodifikationsbewegung in England gegen Ende des 19. Jahrhunderts vgl. im Überblick *J. Baker*, *An Introduction to English Legal History*, 5. Aufl., 2019, 233–235.

Digests hatten das Format von Kommentaren insoweit, als den (selbst formulierten und durchnummerierten) „general propositions“ Beispiele („illustrations“), Erläuterungen („explanations“) und Anmerkungen („notes“) beigefügt waren, jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

Schon fast 150 Jahre vor *Blackstone* war übrigens der Begriff des Kommentars in einem Werk des englischen Sachenrechts verwendet worden, und zwar genau in dem eingangs genannten Sinne eines Textes, der sich an einen anderen Text anlehnt und diesen fortlaufend erläutert. Der Referenztext war eine Abhandlung über „Tenures“ (Rechte an Grundstücken) von *Sir Thomas Littleton* aus der Mitte des 15. Jahrhunderts, die ihrerseits als erfolgreichstes Buch in der Geschichte des englischen Rechts gilt und über 90 Auflagen erlebte, einige davon (aus dem *Law French*) ins Englische übersetzt.²³⁵ „Littleton“ (wie die „Tenures“ später vielfach anhand des Namens ihres Autors bezeichnet wurden) sollte das einzige Werk des *common law* werden, das abgedruckt wurde „inside a massive surrounding commentary in the Roman manner“.²³⁶ Diese Kommentierung, eine Art *Glossa ordinaria*, stammte von *Sir Edward Coke*, einem der einflussreichsten englischen Richter (*Chief Justice* der *Common Pleas*);²³⁷ sie hieß „Commentary upon Littleton“ (1628)²³⁸ und war gedacht als erster Teil eines umfassenden Werkes über das englische Recht („Institutes of the Laws of England“). „Coke on Littleton“ blieb trotz aller mit der Lektüre verbundenen Schwierigkeiten²³⁹ bis weit in das 19. Jahrhundert hinein das zentrale Werk des englischen Liegenschaftsrecht (und damit des Sachenrechts allgemein).²⁴⁰

²³⁵ Vgl. etwa *Baker*, Introduction (Fn. 234), 198 (der darauf hinweist, dass Littleton Mitte des 16. Jahrhunderts häufiger wieder aufgelegt worden war als die englische Übersetzung der Bibel; Anfang des 17. Jahrhunderts sei es „not now the name of a lawyer, but of the law itself“ gewesen); *ders.*, Littleton, Sir Thomas, in: *Simpson*, Biographical Dictionary (Fn. 224), 315–317. Nach *Simpson*, Rise and Fall (Fn. 227), 635, „the text came to be treated as though it were itself law; it was regarded with a reverence approaching that accorded to an actual statute“.

²³⁶ *Baker*, Littleton (Fn. 235), 316. In seinem Lehrbuch (Fn. 234), erläutert Baker das, indem er von einer „phrase by phrase gloss on the text“ spricht. Auch *Simpson*, Rise and Fall (Fn. 227), 635, bezieht sich in diesem Zusammenhang auf die Literaturform der Glosse; dazu allgemein bereits oben Fn. 8.

²³⁷ Zu ihm und seiner Karriere im Überblick *J. Baker*, Coke, Sir Edward, in: *Simpson*, Biographical Dictionary (Fn. 224), 117–121.

²³⁸ Um Missverständnisse auszuschließen, hieß es im Untertitel, dass Littleton nicht nur der Name des Autors sei („Not the Name of the Author only, but of the Law itself“).

²³⁹ „[...] a formless but immensely learned and good humoured commentary on the law of property (and much else in passing)“: *Baker*, Coke (Fn. 237), 120; in seinem Lehrbuch (Fn. 234), 200, zitiert *Baker* Maitland mit der Aussage: „[Coke] shovelled out his enormous learning in vast disorderly heaps“.

²⁴⁰ *Baker*, Introduction (Fn. 234), 200.

2. Gesetzesrecht

Das englische Recht besteht, wie schon aus dem eben Gesagten deutlich wurde, nicht nur aus Fallrecht. Vielmehr heißt es in einem systematischen Gesamtüberblick des englischen Privatrechts pointiert, dass Gesetze den wesentlichsten Bestandteil des englischen Rechts bilden.²⁴¹ Doch handelt es sich etwa im Bereich des Schuldrechts zumeist um Einzelgesetze wie den *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*, den *Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945*, den *Misrepresentation Act 1967* oder auch den *Contract (Rights of Third Parties) Act 1999*, die in der Lehrbuchliteratur in ihren jeweiligen systematischen Zusammenhängen erörtert werden; ein Kommentar zu einem derartigen Einzelgesetz wäre keine lohnende Angelegenheit. Anders liegt das in Bereichen, die Gegenstand eines umfassender angelegten Gesetzes geworden sind. Solche Teilkodifikationen gibt es außer im Wechselrecht (1882), Kaufrecht (1893; heute gilt der *Sale of Goods Act 1979*) und Recht der Personengesellschaften (1890)²⁴² auch etwa für das Recht der Kapitalgesellschaften (*Companies Act 2006* mit einer Reihe von Vorläufern bis zurück zur *Joint Stock Companies Act 1844*), das Insolvenzrecht (*Insolvency Act 1986*) und das europarechtlich inspirierte Verbrauchervertragsrecht (*Consumer Rights Act 2015*).²⁴³

Hier finden sich tatsächlich Erläuterungswerke, die sich als Kommentar oder doch als kommentarähnlich bezeichnen lassen; als kommentarähnlich insoweit, als sie sich zwar an einen (gesetzlichen) Referenztext anlehnen, diese aber vielfach nicht „fortlaufend“ erläutern,²⁴⁴ sondern zusammenfassend, in systematisch geordneten Abschnitten oder gegliedert nach Sachgesichtspunkten, die nicht notwendig der Gliederung des erläuterten Textes entsprechen.²⁴⁵ Die Anlehnung an diesen Text ist also vergleichsweise locker; mitun-

²⁴¹ „Statutes and other enactments are the most substantial part of English law“: *J. Bell*, Sources of Law, in: A. Burrows (Hg.), *English Private Law*, 3. Aufl., 2013, 1–35, Rn. 1.25.

²⁴² Vgl. den Nachweis in Fn. 234.

²⁴³ Der volle Titel des *Sale of Goods Act 1893* war „An Act for codifying the Law relating to the Sale of Goods“. Doch handele es sich, so *S. Vogenauer*, bei diesem und anderen „codifying Acts“ jener Zeit nicht um „codes“ in the continental tradition“: *Drafting and Interpretation of a European Contract Law Instrument*, in: G. Dannemann/S. Vogenauer (Hg.), *The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law*, 2013, 82–119, 86; vgl. auch etwa *W.-G. Ringe/S. Otte*, Gesellschaftsrecht, in: V. Triebel/M. Illmer/W.-G. Ringe/S. Vogenauer/K. Ziegler, *Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl., 2012, 192 zum *Companies Act 2006* („[...] kann nach wie vor nicht von einer Kodifikation im deutschen Sinne gesprochen werden“).

²⁴⁴ Vgl. die Definition oben, Text bei Fn. 5.

²⁴⁵ Vgl. für den *Sales of Goods Act* insbesondere Benjamin’s *Sale of Goods*, 10. Aufl., 2017; für den *Companies Act 2006* Palmer’s *Company Law* oder Gore-Brown on *Companies* (beide Werke werden mehrmals jährlich aktualisiert und sind elektronisch zugänglich); für den *Consumer Rights Act* vgl. *S. Whittaker*, *Consumer Contracts*, in:

ter wird er auch nicht in Gänze *verbatim* mitgeteilt, sondern paraphrasiert. Das liegt daran, dass Gesetze in England vor dem Hintergrund des zuvor bestehenden Fallrechts zu verstehen sind, indem sie entweder Lücken füllen bzw. Fehlentwicklungen korrigieren, oder aber (so im Falle der erwähnten Teilkodifikationen) dieses Fallrecht konsolidieren.²⁴⁶ Es überrascht deshalb nicht, dass auch die Erläuterungswerke sich ganz eindeutig auf die Verarbeitung der Rechtsprechung konzentrieren; Schrifttum wird nur am Rande oder überhaupt nicht zitiert.²⁴⁷ Die Erörterung von Kontroversen und die Abgabe eigener, weiterführender Bewertungen sucht man zumeist vergebens. Zudem sind Gesetze in England (einschließlich der erwähnten Teilkodifikationen) nicht auf dem mittleren Abstraktionsniveau der klassischen kontinentaleuropäischen Kodifikationen formuliert, sondern versuchen alle vorhersehbaren Sachverhalte möglichst detailliert zu regeln.²⁴⁸ Sie leisten damit in gewisser Weise bereits selbst, was in vielen kontinentaleuropäischen Ländern ein Kommentar leistet. Mitunter gibt es auch „annotierte“ Leitfäden für einen bestimmten Bereich, so etwa für die Gesetzgebung im Bereich des Insolvenzrechts.²⁴⁹

Jedenfalls äußerlich am ehesten einem Kommentar deutscher Prägung entsprechen Werke wie „Buckley on the Companies Act“²⁵⁰ (ein zweimal jähr-

H. G. Beale (Hg.), *Chitty on Contracts*, 33. Aufl., Bd. 2, 2018, Rn. 38-365–38-426. Dazu näher S. *Enchelmaier*, *Juristische Kommentare in England: False Friends – or Mates?*, in diesem Band, 227–276.

²⁴⁶ Vgl. für den *Sale of Goods Act 1893* etwa P. *Rawlings*, in: Benjamin's *Sale of Goods* (Fn. 245), Rn. 1-002: „[...] [R]ecourse is often had in practice to cases which were decided before the Act of 1893 [...] This is borne out both by the large number of pre-1894 cases which are cited in all textbooks (including the present work), and also by an examination of the precedents relied upon in modern cases. [...] Finally, the Act was never intended to be a comprehensive codification of the law relating to sales: it expressly referred to the general law where the Act was silent“. Für den *Consumer Rights Act 2015* gilt natürlich etwas anderes insoweit, als hier vor allem zuvor ergangene Richtlinien der EU reimplimentiert wurden „in a way which seeks to integrate their requirements into a wider framework. [...] However, the UK legislature did not seek to place all relevant consumer contract law in the *Consumer Rights Act 2015*“: *Chitty on Contracts II/Whittaker* (Fn. 245), Rn. 38-006 und 38-007.

²⁴⁷ Vgl. des Näheren *Enchelmaier*, *England* (Fn. 245), 230–251.

²⁴⁸ Vgl. etwa *Vogenaier*, *Drafting* (Fn. 243), 87 f., der englischen Gesetzen eine deutlich größere „Regelungsdichte“ attestiert; *Enchelmaier*, *England* (Fn. 245), 261 f. Der *Companies Act* umfasste ursprünglich 1.300 (inzwischen knapp 1.400) *sections* und 16 Anhänge und sei damit, so *Enchelmaier*, das längste Gesetz, das der britische Gesetzgeber jemals geschaffen habe. Zum *Consumer Rights Act 2015* schreibt *Enchelmaier* (Fn. 245), 239, er treibe „den Detailreichtum und die Zerklüftung der gesetzlichen Regelungen auf eine neue Spitze“ und mache den Text durch eine Fülle von Querverweisen „nahezu unverständlich“.

²⁴⁹ L. *Sealy/D. Milman/P. Bailey*, *Sealy and Milman: Annotated Guide to the Insolvency Legislation*, 2 Bde., 21. Aufl., 2018.

²⁵⁰ *Dame Mary Arden/D. Prentice/D. Richards*, *Buckley on the Companies Acts*.

lich aktualisiertes Loseblattwerk in drei Bänden), *Doyle und Keay*, „Insolvency Legislation: Annotations and Commentary“²⁵¹ und *A. G. Guest*, „Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques, and Promissory Notes“;²⁵² diese Werke sind streng am Wortlaut des Gesetzes orientiert und teilen diesen auch mit.²⁵³ Dasselbe gilt für „Pollock on Partnership“²⁵⁴ und den Kommentar zum *Sale of Goods Act 1893* von *Sir Mackenzie Chalmers*.²⁵⁵ Die letzten drei Werke gehen zurück auf die die jeweiligen Gesetze vorbereitenden „Digests“.²⁵⁶ Im Übrigen handelt es sich damit jedenfalls im Falle von *Chalmers* auch um weitere Fälle von Erläuterungsbüchern, die vom Verfasser des Gesetzes selbst publiziert worden sind.²⁵⁷

3. Restatements

Ebenfalls auf der Tradition der „Digests“, die gegen Ende des 19. Jahrhunderts entstanden, beruht das Grundlagenwerk von *Albert Venn Dicey* zum Internationalen Privatrecht in England;²⁵⁸ es ist damit das einzige bis heute existierende Werk dieses Genres. Der Sache nach handelt es sich um einen Kommentar ohne Anlehnung an einen *gesetzlichen* Referenztext, ist doch der Kommentator auch der Verfasser des kommentierten Referenztextes. Im Vorwort zur ersten Auflage beschreibt *Dicey* sein Anliegen dahin, die von der Rechtsprechung anerkannten Grundsätze herauszuarbeiten, in der Form systematisch arrangierter Regeln und Ausnahmen darzustellen und durch Kommentare und Beispiele zu erläutern („Rules and Exceptions [...] elucidated by comment and illustrations“).²⁵⁹ Dieselbe Personenidentität von Kommentator

²⁵¹ *L. Doyle/A. Keay* (Hg.), *Insolvency Legislation: Annotation and Commentary*, 8. Aufl., 2019.

²⁵² 18. Aufl., 2016. Hier folgen den drucktechnisch hervorgehobenen Vorschriften des *Bills of Exchange Act* die Abschnitte „Comment“ und „Illustration(s)“.

²⁵³ Für Irland vgl. in demselben Sinne für einen Kernbereich des allgemeinen Privatrechts *B. E. Spierin*, *The Succession Act 1965 and Related Legislation: A Commentary*, 5. Aufl., 2017.

²⁵⁴ *L. C. B. Gower*, *Pollock on the Law of Partnership*, 15. Aufl., 1952.

²⁵⁵ Erste Auflage 1894, 17. Aufl., 1975 und 18. Aufl., 1981 fortgeführt von *M. Mark* und *J. Mance*, die 18. Aufl. dann zum *Sale of Goods Act 1979*.

²⁵⁶ Vgl. oben Fn. 229 f.

²⁵⁷ Vgl. z. B. *G. R. Rubin*, *Chalmers, Sir Mackenzie Dalzell*, in: *Simpson, Biographical Dictionary* (Fn. 224), 107 f.

²⁵⁸ Ursprünglich erschienen unter dem Titel „A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws“, London, 1896. Die Struktur des Werkes ist bis heute gleichgeblieben: *L. Collins* (Hg.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 15. Aufl., 2012. Dazu im vorliegenden Zusammenhang auch *G.-P. Calliess*, *Kommentar und Dogmatik im Recht*, in: *D. Kästle/N. Jansen* (Hg.), *Kommentare in Recht und Religion*, 2014, 381–392, 386 f.

²⁵⁹ Vorwort zur 1. Auflage, hier zitiert nach *A. V. Dicey/A. B. Keith*, *A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws*, 3. Aufl., 1922, xi.

und Verfasser des Referenztextes findet sich bei den von *Andrew Burrows* vorgelegten „Restatements“ zum englischen Bereicherungs- und Vertragsrecht.²⁶⁰ Ein *Restatement* ist eine nicht-legislative Kodifikation (oder: Privatkodifikation), die das in einem bestimmten Bereich geltende Recht, auf das Wesentliche konzentriert, regelförmig und damit in übersichtlicher und gut zugänglicher Weise abzubilden versucht.²⁶¹ Jede Regel, und jeder Unterabschnitt jeder Regel, sind durch einen Kommentar erläutert, der so prägnant wie möglich gehalten ist: er solle die betreffende Regel erläutern und nicht die Lehrbücher ersetzen. Deshalb werden nur die Leitentscheidungen wiedergegeben, und Literaturnachweise sind auf ein Minimum beschränkt.²⁶²

Nicht ganz zutreffend ist es, wenn *Andrew Burrows* das *Restatement* als „a novel concept in relation to English law“²⁶³ bezeichnet. Bald nach Inkrafttreten des BGB bat die Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre²⁶⁴ (die Vorgängerin der Gesellschaft für Rechtsvergleichung) *Edward Jenks*, damals *Reader in English Law* an der Universität Oxford, das englische Privatrecht nach dem Modell einer kontinentalen Kodifikation regelförmig niederzuschreiben. Das tat *Jenks* mit Hilfe von vier Kollegen (*W.M. Geldart*, *R.W. Lee*, *W.S. Holdsworth* und *J.C. Miles*),²⁶⁵ und er bezeichnete sein Werk als „A Digest of English Civil Law“. Ein „Digest“, so *Jenks*, unterscheidet sich von einer Kodifikation hauptsächlich „in that it professes merely to state the rules which are covered by existing authority“.²⁶⁶ eine perfekte Definition für ein *Restatement*. Das Werk erschien zunächst über den Zeitraum von 16 Jahren hinweg in elf Lieferungen sowie 1921 in einer konsolidierten zweiten Auflage, und es enthielt insgesamt 2.223 Paragraphen, unterteilt in einen Allgemeinen Teil (!), Schuldrecht, Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht. Das ist das Pandektensystem, wie wir es im BGB umgesetzt finden. Drucktechnisch davon abgesetzt wurden jeweils die einschlägigen Quellen des englischen Rechts, seien es Gerichtsentscheidungen oder gesetzliche Vorschriften, aufgeführt, gelegentlich auch kürzere Erläuterungen und Fragen. Eine vierte Auflage von

²⁶⁰ *A. Burrows*, *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, 2012; *ders.*, *A Restatement of the English Law of Contract*, 2016.

²⁶¹ *R. Michaels*, *Restatements*, in: HWBEuP (Fn. 16), 1295–1299.

²⁶² *Burrows*, *Unjust Enrichment* (Fn. 260), xi (unter der Überschrift „Type of commentary“).

²⁶³ *Burrows*, *Unjust Enrichment* (Fn. 260), ix.

²⁶⁴ Zu dieser *E. Wadley*, *Einhundert Jahre Rechtsvergleichende Gesellschaften in Deutschland*, 1994, 32–42.

²⁶⁵ *Geldart* war *Vinerian Professor* für englisches Recht, *Lee Professor* für Römischo-holländisches Recht, *Holdsworth All Souls Reader in English Law* (später *Vinerian Professor* für englisches Recht und Autor einer 17-bändigen englischen Rechtsgeschichte) und *Miles Fellow* und *Tutor* am Merton College (alle Oxford).

²⁶⁶ *E. Jenks* (Hg.), *A Digest of English Law*, Bd. 1, 2. Aufl., 1921, iii.

„Jenks' English Civil Law“ wurde von *P.H. Winfield* (damals emeritierter Professor für englisches Recht in Cambridge) unter Vermeidung des etwas missverständlichen Begriffs „Digest“ herausgegeben.²⁶⁷ Diese Privatkodifikation nahmen dann nacheinander zwei deutsche Juristen, *Gustav Schirrmeyer* und *Wilhelm Prochownik*,²⁶⁸ zum Ausgangspunkt einer ausführlichen Kommentierung des englischen Rechts (in deutscher Sprache).²⁶⁹ Zwar blieb dieser Kommentar Fragment; er umfasst lediglich die allgemeinen Lehren und das Vertragsrecht. Aber es handelt sich um ein Pionierwerk – einen Kommentar modernen Stils zu einer ausländischen Rechtsordnung, für die als Referenztext nicht ein Gesetz dient.²⁷⁰

4. *Englisches Recht im Wandel*

Bemerkenswert sind auch andere Versuche, englische Juristen mit dem Kommentarformat vertraut zu machen. So hat *Alexander Schall* im Verlag C.H. Beck einen Kommentar nach deutschem Muster zum *Companies Act* herausgegeben²⁷¹ – freilich in deutscher Sprache und damit für viele englische Juristen schwer zugänglich. In englischer Sprache erscheinen dagegen unter der Marke „Beck – Hart – Nomos Publishing“ Kommentare zu ausländischen, europäischen und internationalen Rechtsquellen; sie werden, um die Struktur des Werkes unmissverständlich deutlich zu machen, als „Article-by-Article Commentary“ bezeichnet und sind (wie auch der Kommentar von *Schall*) überwiegend von deutschen Autoren herausgegeben und verfasst. So sind im Jahre 2019 Kommentare zu „Brüssel II a – Rome III“ (Hg. *Christoph Althammer*), zum „European Financial Services Law“ (Hg. *Mathias Lehmann* und *Christoph Kumpan*) und zur „European Insolvency Regulation“ (Hg. *Moritz Brinkmann*) erschienen; für 2020 angekündigt sind, beispielsweise,

²⁶⁷ *P.H. Winfield*, *Jenks' English Civil Law*, 4. Aufl., 1947. Im Vorwort (ix f.) wird erörtert, ob der Allgemeine Teil beibehalten werden sollte. Doch wurde dieser schließlich nur verschlankt, nicht, wie dies R.W. Lee und Martin Wolff geraten hatten, gänzlich in die anderen Teile überführt.

²⁶⁸ *Prochownik* war Oberlandesgerichtsrat in Hamburg; wegen seiner jüdischen Herkunft wurde er 1933 entlassen und starb an Misshandlungen, die er im KZ Fuhlsbüttel erlitten hatte. An ihn erinnern zwei „Stolpersteine“ am Sievekingplatz 1 und in der Hansastraße 58.

²⁶⁹ *G. Schirrmeyer*, *Das Bürgerliche Recht Englands: Kommentar*, Bd. I/1, 1906; *W. Prochownik*, *Das Bürgerliche Recht Englands: Kommentar*, Bd. I/2, 1910, Bd. II, 1929.

²⁷⁰ *Prochownik* (in seinem Vorwort zu Bd. II) hielt deshalb die Bezeichnung „Kommentar“ für nicht ganz zutreffend; ein Kommentar setze „einen feststehenden Gesetzestext“ voraus. – Ein Parallelwerk von 1931, das aber gerade nicht die Kommentarform gewählt hat, ist *S. Goldschmidt et al.* (Hg.), *Das Zivilrecht Englands in Einzeldarstellungen*, Bd. 1, 1931; es handelt sich um Bd. 2 der von *K. Heinsheimer* begründeten Reihe „Die Zivilgesetze (!) der Gegenwart“.

²⁷¹ *A. Schall* (Hg.), *Companies Act: Kommentar*, 2014.

Kommentare zum Internationalen Erbrecht, zum Europäischen Gesellschaftsrecht und zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Den Rechtsakten, die mit grenzüberschreitendem Warenkauf zu tun haben, ist der von *Peter Mankowski* herausgegebene Kommentar unter dem Titel „Commercial Law“ gewidmet.²⁷² Zu diesen Rechtsakten gehören etwa *CISG*, die *UNIDROIT Principles of International Contracts*, und die *Incoterms*.

Das englische Recht befindet sich im Wandel. So praktizieren englische Gerichte heute nicht mehr, wie noch bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts hinein, einen strikten Buchstabengehorsam, indem sie der *literal* oder *plain meaning rule* huldigen,²⁷³ sondern sie folgen, wie ihre deutschen Pendanten, einem an Sinn und Zweck der jeweiligen Norm orientierten, also teleologischen Ansatz.²⁷⁴ Die Konvention, lebende Autoren in Gerichtsentscheidungen 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.²⁷⁵ Gleichzeitig steht nicht mehr unbedingt nur die Judikatur im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Insbesondere aber lassen sich eindrucksvolle Beispiele des Einflusses von Professoren, über die Gerichte, auf die Entwicklung des Privatrechts in England nennen.²⁷⁶ Die Vorstellung eines Dialogs zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, wie wir ihn aus dem deutschen Recht kennen, ist heute auch in England etabliert.²⁷⁷ Auch für englische Juristen sind Strukturen und syste-

²⁷² *P. Mankowski* (Hg.), *Commercial Law: Article-by-Article Commentary*, 2019.

²⁷³ Zum „Zeitalter der Buchstaben-treue“ im englischen Recht s. *Vogenaier*, *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 des Buchstabengehorsams“ auch in den kontinental-europäischen Rechtsordnungen gegeben hat: *Vogenaier*, *loc. cit.*, 475–490.

²⁷⁴ „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). Dazu näher *Vogenaier*, *Auslegung* (Fn. 273), 963–1252.

²⁷⁵ *M. Flohr*, *Rechtsdogmatik in England*, 2017, 239–293.

²⁷⁶ Für das Bereicherungsrecht vgl. *R. Zimmermann*, *Bereicherungsrecht in Europa: Eine Einführung*, in: ders. (Hg.), *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts*, 2005, 30–41; *Flohr*, *Rechtsdogmatik* (Fn. 275), 157–201.

²⁷⁷ Vgl. etwa *Lord Goff's Maccabean Lecture*, wieder abgedruckt in der Festschrift für Lord Goff: *The Search for Principle: Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley*, 1999, 313–329; *W. Twining*, *The Role of Academics in the Legal System*, in: *P. Cane/M. Tushnet* (Hg.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, 2003, 920–949, 921–929. Im Sommer dieses Jahres wird mit Andrew Burrows einer der führenden Privatrechtswissenschaftler zum Richter am Supreme Court ernannt werden.

matische Zusammenhänge zunehmend wichtig geworden.²⁷⁸ Damit könnte auch das Alphabet als Ordnungskriterium verblassen, das „Halsbury’s Laws of England“ zugrunde liegt: der über 100-bändige Enzyklopädie, die traditionell für englische Praktiker eine ähnliche Rolle als Wissensspeicher, Wissensfilter und Stabilisator spielt wie der Palandt in Deutschland.²⁷⁹ Auch wenn es in England nach wie vor keine Gesamtkodifikation für das Zivilrecht gibt, die den Rechtsstoff in einer Weise autoritativ ordnet, die jedem Juristen vertraut ist,²⁸⁰ könnte sich deshalb neben anderen Literaturformaten, die auf Wissensgestaltung, Kritik, Erneuerung und Wissensorganisation durch Rechtsdogmatik abzielen, auch der Kommentar im Aufwind befinden.

XII. Kommentare in Nordamerika

1. *United States*

Das US-amerikanische Recht wird gewöhnlich im „Kontext des common law“²⁸¹ oder als Bestandteil des „anglo-amerikanischen Rechtskreises“²⁸² behandelt. In der Tat handelt es sich in seinem Ursprung um eines der Tochterrechte des englischen Rechts. Das zeigt sich an vielen Punkten, darunter nicht zuletzt an der Rechtsliteratur. Sie entsprach zunächst dem englischen Modell. Insbesondere *Blackstones* „Commentaries“ waren in Amerika außerordentlich erfolgreich.²⁸³ Eine Art amerikanischen Blackstone verfasste zwischen 1826 und 1830 *Chancellor Kent*.²⁸⁴ Seine vierbändige „Commentaries on American Law“ waren ebenso wenig ein „Kommentar“ wie das Werk von *Blackstone*; es handelte sich in beiden Fällen um aus Vorlesungen entstandene Abhandlungen mit Einführungs- und Überblickscharakter. Von 1832 bis 1845 publizierte ein

²⁷⁸ Vgl. etwa, zur Taxonomie-Debatte, *Flohr*, Rechtsdogmatik (Fn. 275), 203–238, 243–257.

²⁷⁹ *P. B. H. Birks*, More Logic and Less Experience: The Difference between Scots Law and English Law, in: D. L. Carey Miller/R. Zimmermann (Hg.), *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays*, 1997, 167–190, 180: „The alphabetical Halsbury dominates the practitioner’s research“.

²⁸⁰ Darauf weist hin etwa *Lawson*, in: Cheshire, *Stephen’s Commentaries* (Fn. 223), 3: „The writer on English law is at once more and less fortunate than his Continental confrère. He is less fortunate in that he has not the benefit of an authoritative arrangement of his materials, habitually used and familiar to every student of the legal system in question, but he is on the other hand free to choose that order which seems to him to be best adapted to the presentation of his subject“.

²⁸¹ *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 216), § 5.

²⁸² *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 79), 177.

²⁸³ *Simpson*, Rise and Fall (Fn. 227), 668–670.

²⁸⁴ „An indigenous alternative to Blackstone that was hugely successful“: *Simpson*, Rise and Fall (Fn. 227), 670.

Supreme Court Richter und (gleichzeitig!) Professor an der Harvard Law School, *Joseph Story*, neun umfangreiche Abhandlungen (etwa zu „Bailment“, „Conflicts“, „Equity“, „Agency“ und „Partnership“),²⁸⁵ die er allesamt auch als „Commentaries“ bezeichnete und die in erheblichem Umfang auf Material aus dem römischen Recht und der gemeinrechtlichen Tradition (etwa *Pothier*) zurückgriffen.²⁸⁶ Mit *Kent's* „Commentaries“ begann der Prozess, der das US-amerikanische vom englischen Privatrecht trennte,²⁸⁷ die „Commentaries“ von *Kent* und *Story* lieferten dessen intellektuelle Grundlagen.²⁸⁸

In seiner weiteren Entwicklung hat sich das US-amerikanische Recht von seinen englischen Ursprüngen weit entfernt.²⁸⁹ Die zeigt sich nicht zuletzt an der juristischen Literatur,²⁹⁰ vorliegend also an der Frage, ob und in welcher Form es Kommentare gibt.²⁹¹ Ebenso wie in England spielen für das Privatrecht der Vereinigten Staaten Gesetze eine zentrale Rolle, sowohl auf der Ebene der Einzelstaaten als auch des Bundes. Daneben gehören zu den Besonderheiten des US-amerikanischen Privatrechts „Uniform Laws“, die Geltungskraft nur erlangen, wenn sie von den Einzelstaaten ratifiziert werden (etwa der *Uniform Probate Code* oder der *Uniform Commercial Code*²⁹²), und *Restatements*, in denen das für einen bestimmten Bereich geltende (Fall-) Recht in regelförmiger und damit leicht zugänglicher Weise zusammengefasst wird (die meisten davon in zweiter oder dritter Fassung: etwa *Restatement of Contracts, Second* (1981), *Restatement of Agency, Third* (2006), *Restatement of Restitution and Unjust Enrichment, Third* (2011)).²⁹³ „Uni-

²⁸⁵ Überblick bei *Simpson*, Rise and Fall (Fn. 227), 670.

²⁸⁶ Zum eklektischen Geist, in dem *Story* nicht nur englische und amerikanische Quellen verwertete, sondern auch die gemeinrechtlichen und vernunftrechtlichen Autoren *Simpson*, Rise and Fall (Fn. 227), 673. In ihrer Weitschweifigkeit erinnern die Abhandlungen von *Story* an manche Produkte der *École de l'exégèse*, etwa *Demolombe*; auch sie gelten heute als „dreary and tedious“: *D. J. Hutchinson*, *Story*, *Joseph*, in: *Simpson*, Biographical Dictionary (Fn. 224), 491–493.

²⁸⁷ *A. W. B. Simpson*, *Kent*, *James*, in: ders., Biographical Dictionary (Fn. 224), 294.

²⁸⁸ *Hutchinson*, *Story* (Fn. 286), 492.

²⁸⁹ Das betonen natürlich auch *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 79), 233, und *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 216), 360 (gravierende Unterschiede im „Kontext“). Gegen die Redeweise von einem „anglo-amerikanischen“ Recht deshalb *R. Zimmermann*, „Common law“ und „civil law“, Amerika und Europa, in: ders., Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht, 1995, 1–11, 9; *Vogenauer*, Common law (Fn. 215), 281.

²⁹⁰ Zur der sehr unterschiedlichen juristischen Zeitschriftenlandschaft vgl. bereits *R. Zimmermann*, Law Reviews – Ein Streifzug durch eine fremde Welt, in: ders., Amerikanische Rechtskultur (Fn. 290), 87–131.

²⁹¹ Zum Folgenden *M. Reimann*, Legal „Commentaries“ in the United States: Division of Labor, in diesem Band, 277–294.

²⁹² Der erste ist von 16 Bundesstaaten ratifiziert worden, der letztere von so gut wie allen; er gilt als das erfolgreichste Instrument US-amerikanischer Rechtsvereinheitlichung.

²⁹³ Dazu *Michaels*, Restatements (Fn. 261), 1295 f.

form Laws“ werden von einer Uniform Law Commission (zuvor: National Conference of Commissioners on Uniform Sales Laws), mitunter in Zusammenarbeit mit dem American Law Institute, erarbeitet, Restatements vom American Law Institute.²⁹⁴

Interessanterweise gibt es nun eine Art funktionaler Differenzierung, was die Kommentierung dieser verschiedenen Typen bindender und nicht-bindender Regelwerke betrifft.²⁹⁵ Bundesgesetze werden in zwei riesigen, alphabetisch nach Themengebieten geordneten Kompilationen mit „annotations“ veröffentlicht.²⁹⁶ Diese Kompilationen heißen „Code“, haben aber mit einer (systematischen) Kodifikation kontinentalen Stils nichts gemein. Die „annotations“ enthalten Hinweise auf die Gesetzgebungsgeschichte, auf Literatur und Entscheidungen (deren wesentlicher Inhalt kurz zusammengefasst wird); sie sind damit eine reine Materialsammlung. Dieselbe Form von „Codes“ mit „annotations“ gibt es für die US-amerikanischen Einzelstaaten.²⁹⁷ „Uniform Laws“ werden demgegenüber mit „comments“ publiziert, die die Bedeutung der jeweiligen Vorschriften erläutern, also exegetischer Natur sind; *Restatements* enthalten neben solchen „comments“ auch „reporter’s notes“ mit Hinweisen auf Leitentscheidungen und wichtige Literatur. *Mathias Reimann* bezeichnet die „annotations“ als Materialsammlung bzw. Forschungshilfe („research tools“), die „comments“ als Sinnerklärung („explanation of meaning“). Beide Formen von Anmerkungen oder „Kommentaren“ erfüllen also nur einzelne, und zwar jeweils unterschiedliche, Funktionen von Kommentaren deutschen Stils.

Wer Kontextualisierung und kritische Reflexion, Auseinandersetzung mit anderen Ansichten, Entwicklung neuer Ansätze und einen produktiven Beitrag zur Dogmatik sucht, muss auf Werke zurückgreifen die, anders als die bislang erwähnten, äußerlich nicht dem Bild eines Kommentars entsprechen: auf die Lehrbuch- und vor allem Handbuchliteratur („treatises“).²⁹⁸ Es gibt

²⁹⁴ *Restatements* sind seit einiger Zeit auch in Europa zu einer populären Literaturform geworden, vgl. zu England oben S. 483 und zum Europäischen Privatrecht unten S. 504 f. Für das nordische Vertragsrecht vgl. *O. Lando/M.-L. Holle/T. Håstad/B.-E. Reinertsen Konow/P. Møgelvang-Hansen/S. Nysén-Haarala/Á. Ólafsdóttir/L. Zackariasson*, *Restatement of Nordic Contract Law*, 2016.

²⁹⁵ Vgl. die Analyse von *Reimann*, *United States* (Fn. 291), 279–289.

²⁹⁶ *United States Code Annotated* bzw. *United States Code Service*. Zwischen beiden Publikationen gibt es keine wesentlichen substantiellen Unterschiede, sondern vor allem die Konkurrenz zweier Verlage (LEXIS und WestLaw [bzw. nunmehr Thomson West]). Die Sammlung *United States Code Annotated* umfasst mehr als 450 Bände (davon z. B. 17 zu *Bankruptcy* und 22 zu *Labor*).

²⁹⁷ So umfassen zum Beispiel *West’s Annotated California Codes* über 250 Bände, darunter 21 zum *California Civil Code*.

²⁹⁸ „The great enterprise in which the treatise or institutional writer is engaged is the methodizing of disorderly traditional or customary law“: *Simpson*, *Rise and Fall* (Fn. 227), 674. *Simpson* schildert (668–674) die Geschichte der *legal treatises* in den USA und betont

„treatises“ der unterschiedlichsten Formate; das berühmte, von *Williston* begründete Werk zum Vertragsrecht zum Beispiel hat in der 4. Auflage (1995–2013) 31 Bände. „Treatises“ folgen keinem von außen vorgegebenen System, und sie erscheinen, ihrem wissenschaftlichen Charakter entsprechend, unter dem Namen ihrer jeweiligen Autoren. Das ist bei den „annotati- ons“ und „comments“ nicht der Fall; erstere werden durch eine kleine Armee von Juristen²⁹⁹ zusammengestellt, die von den Verlagen bezahlt werden, letz- tere erhalten ihre Autorität durch die Institution(en), in deren Namen sie zu- sammen mit dem Referenztext publiziert werden.

Dass es in den USA keine Kommentare deutschen Stils gibt, führt *Rei- mann* im Wesentlichen auf vier Gründe zurück.³⁰⁰ Zum einen seien bestimmte Literaturformen, die eine oder die andere Kommentarfunktion erfüllen, be- reits etabliert gewesen, als seit Mitte des 20. Jahrhunderts umfassendere Ge- setze das US-amerikanische Recht zu prägen begannen. Zum zweiten nehme das Gesetzesrecht im Verständnis amerikanischer Juristen (ebenso wie engli- scher Juristen) nicht dieselbe zentrale Position ein wie dies in den kontinen- taleuropäischen Rechten der Fall sei. Damit zusammenhängend sei, drittens, der Rechtsbegriff in Amerika weniger regelorientiert als etwa in Deutschland oder Frankreich: Das Recht sei das, wovon die Gerichte sagen, dass es das Recht sei, und das interessiere die Juristen in erster Linie. Und schließlich, viertens, unterscheide sich damit auch die Art und Weise, wie amerikanische Juristen Probleme analysieren und einschlägige Rechtsquellen suchen, von der Herangehensweise ihrer kontinentaleuropäischen Kollegen: es ist das Fallrecht, das den Ausgangspunkt bildet; die gesetzlichen Regeln interessier- ten nur in zweiter Linie. Die letzten drei Punkte gehören zusammen und las- sen sich in der Aussage zusammenfassen: „American lawyers are still heirs to the common law tradition which has not been organized around codes and statutes“.³⁰¹ *Reimann* weist in diesem Zusammenhang auch auf das *West Key Number System* als das „only pervasive organizing mechanism in US law“ hin: und das beziehe sich auf Fallrecht und nicht auf Gesetzesrecht.

Orientierung können amerikanische Juristen zudem, wie englische Juristen im „Halsbury“, in zwei gewaltigen Enzyklopädien finden. Die eine trägt den Titel „Corpus Juris Secundum“³⁰² (wobei freilich das erste „Corpus Juris“ nicht dasjenige von Justinian ist, sondern eine unter diesem Titel publizierte

gleich eingangs, dass sie seit den „Commentaries“ von *Chancellor Kent* einen im Vergleich zu England (dazu oben S. 479) unterschiedlichen Verlauf nahm. Es sei in den USA gewesen, „where the common law treatise reached perhaps its ultimate point of development“.

²⁹⁹ *Reimann*, United States (Fn. 291), 288.

³⁰⁰ *Reimann*, United States (Fn. 291), 289–293.

³⁰¹ *Reimann*, United States (Fn. 291), 290.

³⁰² Seit 1936, 136 Bde. Eine neue, revidierte und ajourierte Reihe, beginnend 2005, umfasst 162 Bde. (Sie heißt nicht etwa „Corpus Juris Tertium“, sondern ebenfalls „Corpus Juris Secundum“.)

Vorgängerencyklopädie³⁰³), die andere den Titel „American Jurisprudence“.³⁰⁴ Doch sind die amerikanischen Juristen nicht nur Erben der *common law tradition*; sie sind auch durch das Säurebad des *legal realism* gegangen, in dem sich der Glaube an das Recht als Gegenstand einer Wissenschaft („legal science“) und das Vertrauen auf die stabilisierende Funktion der Rechtsdogmatik aufgelöst hat.³⁰⁵ „A movement that minimizes the importance of legal doctrine is hardly likely to generate enthusiasm for the work of analysing doctrine and expounding it as the principled science of law“.³⁰⁶ und sie generiert damit auch keinen Enthusiasmus für das Verfassen von wissenschaftlicher Literatur im Sinne von (anspruchsvollen) Kommentaren.

2. Kanada

Der Bundesstaat Kanada besteht aus zehn Provinzen und drei „Territorien“. Überall, außer in der Provinz Quebec, ist englisches *common law* rezipiert worden. Das ergab sich daraus, dass alle diese Gebiete im Laufe des 18. Jahrhunderts Teil des englischen *Empire* wurden. 1867 erlangte Kanada *Dominion*-Status, 1931 durch das Statut von Westminster eine unabhängige Gesetzgebung, und erst 1982 die volle Souveränität. Damit war auch das kanadische Rechtsleben bis weit in das 20. Jahrhundert hinein an England orientiert; seit dem Zweiten Weltkrieg machte sich demgegenüber ein immer stärkerer US-amerikanischer Einfluss bemerkbar. Für das Entstehen einer eigenständigen Kommentarliteratur waren das keine günstigen Umstände. In den Jahren 1832 und 1833 erschien mit der „Epitome of the Laws of Nova Scotia“ eine Art Institutionenlehrbuch, das die „Commentaries“ von *Blackstone* und *Kent* zum Vorbild nahm und ebenfalls vier Bände umfasste.³⁰⁷ Doch stimulierte dieses Werk kein der englischen oder US-amerikanischen

³⁰³ Seit 1914, 71 Bde.; Untertitel: „A Complete and Systematic Statement of the Whole Body of the Law as Embodied in and Developed by All Reported Decisions“. „Systematic“ stimmt insoweit nicht, als jedenfalls die Haupteinträge alphabetisch geordnet sind.

³⁰⁴ 2. Aufl., seit 2005, 142 Bde.; Untertitel: „A Modern Comprehensive Text Statement of American Law: State and Federal“. Die erste Auflage, unter demselben Haupttitel und einem ähnlichen Untertitel ist seit 1936 erschienen. – Sowohl „American Jurisprudence“ als auch das „Corpus Juris Secundum“ werden publiziert von Thomson West. Auch in den Einzelstaaten gibt es ähnliche Enzyklopädien; so etwa „West’s California Jurisprudence 3d“ mit über 100 Bänden, publiziert ebenfalls von Thomson West.

³⁰⁵ Den Punkt erwähnt auch *Reimann*, United States (Fn. 291), 291.

³⁰⁶ *Simpson*, Rise and Fall (Fn. 227), 678 (der so den Niedergang der Tradition von *legal treatises* erklärt).

³⁰⁷ Zu diesem Werk und seinem Autor, *Beamish Murdoch* aus Halifax, vgl. *P. Girard*, Themes and Variations in Early Canadian Legal Culture: Beamish Murdoch and his Epitome of the Laws of Nova Scotia, *Law and History Review* 11 (1993), 101–144; *ders.*, The Making of a Colonial Lawyer: Beamish Murdoch of Halifax, 1822–1842, in: C. Wilton (Hg.), *Essays in the History of Canadian Law*, Bd. 7, 1996, 57–99.

Rechtsentwicklung vergleichbares Aufblühen der Rechtswissenschaft; die kolonialen Verhältnisse waren dazu nicht angetan. Das hat sich seither erheblich geändert. Doch Kommentare gibt es bis heute nur ganz vereinzelt.³⁰⁸ Orientierung finden kanadische Juristen in langen Reihen von „Digests“³⁰⁹ bzw. „Abridgments“, in denen in alphabetischer Reihenfolge die einschlägige Rechtsprechung zu einer Vielzahl von Themenkomplexen mitgeteilt und kurz zusammengefasst wird.³¹⁰

3. Der Sonderfall Quebec

Quebec ist ein Sonderfall insoweit, als durch den *Quebec Act* von 1774 der dortigen frankophonen Siedlergesellschaft die Beibehaltung des französischen Rechts konzidiert wurde.³¹¹ Damit wurde Quebec eine Enklave des *civil law* in einer durch englisches *common law* geprägten Umwelt. In dieser exponierten Situation konnte das Recht von Quebec vom *common law* nicht vollkommen unberührt bleiben und entwickelte sich so im Laufe der Zeit zu einer „Mischrechtsordnung“.³¹² Zunächst allerdings galt das Recht des *ancien régime*, und zwar über 1804 hinaus, da Quebec ja von der französischen Entwicklung abgekoppelt worden war. Von besonderer Bedeutung war hier die *Coutume (de la Prévôté et de la Vicomté) de Paris* (1510/1580), die ihrerseits Gegenstand von Kommentierungen (im strengen Wortsinn) geworden war. Diese stammten zum Beispiel von *Dumoulin*, *Charondas (Louis Le Caron)*, *Claude de Ferrière* und *François Bourjon*.³¹³ In Französisch-Kanada spielte, wie *Helge Dedek* zeigt,³¹⁴ der Kommentar von *de Ferrière* eine wichtige Rolle. Ein 1775 erschienenes, vierbändiges Handbuch des in Quebec geltenden Rechts von *François-Joseph Cugnet*³¹⁵ markiert dann den Beginn einer

³⁰⁸ Vgl. z.B. *L.W. Houlden/C.H. Morawetz*, *Bankruptcy Law of Canada*, 3 Bde., 3. Aufl., 1998, Loseblattsammlung. Referenztext ist der *Bankruptcy Act* 1985.

³⁰⁹ Vgl. z.B. *Canadian Encyclopedic Digest (Ontario Edition)*, seit 1926; 3. Aufl., seit 2002.

³¹⁰ *The Canadian Abridgment*, seit 1935; 3. Aufl., seit 2003. Zum Entstehen des Literaturtyps des Abridgments in England siehe *Baker*, *Introduction* (Fn. 234), 195–197.

³¹¹ Dazu *H. Dedek*, *Der Zugang zu kolonialem Recht: Rechtsliteratur und Kommentare in Kanada*, in diesem Band, 295–316.

³¹² Vgl. im Überblick *M. McAuley*, *Quebec*, in: *V.V. Palmer* (Hg.), *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, 2. Aufl., 2012, 354–380. Zu Mischrechtsordnungen allgemein *J. du Plessis*, *Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems*, in: *Reimann/Zimmermann*, *Handbook of Comparative Law* (Fn. 192), 474–501.

³¹³ Dazu z.B. *A.-J. Arnaud*, *Les origines doctrinales du Code civil français*, 1969, *passim*; *G. Leyte*, *Charondas et le droit français*, *Droits: Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique* 2004, 16–33.

³¹⁴ *Dedek*, *Kanada* (Fn. 311), 303.

³¹⁵ *F.-J. Cugnet*, *Traité abrégé des anciennes loix, coutumes et usages de la colonie du Canada aujourd’huy province de Quebec*, tiré de la prévôté et vicomté de Paris, Quebec, 1775.

einheimischen Literatur über die Anwendung des französischen Rechts.³¹⁶ Dieses Handbuch („*traité*“) hat kommentarartige Züge insoweit, als es sich an der *Coutume de Paris* orientierte. Unter den bis 1866 erscheinenden Werken war, umgekehrt, auch ein „Kommentar“, der in Wirklichkeit jedoch der Gattung der Institutionenliteratur zuzurechnen ist.³¹⁷

Das Jahr 1866 bedeutete mit dem Inkrafttreten des *Code civil du Bas Canada*³¹⁸ eine Zäsur. Nun erschienen „annotierte“ Textausgaben der Kodifikation mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur;³¹⁹ es erschien eine Sammlung von (alten und zeitgenössischen) Rechtsquellen in 21 Bänden;³²⁰ und es erschienen Kommentare – solche, die so benannt waren³²¹ ebenso wie „*traités*“ im Stil von Kommentaren.³²² Im Übrigen versiegte dieses Literaturformat dann freilich, nicht anders als in Frankreich. Daran änderte sich auch mit dem Inkrafttreten des neuen *Code civil du Québec* im Jahre 1994 nichts. Was es gibt, sind „annotierte“ Textausgaben wie diejenige von *Henri Kélada* mit Hinweisen auf die jeweils einschlägige „*Doctrine*“ und „*Jurisprudence*“ und gelegentlich auch mit einem sehr knappen „*Commentaire*“.³²³ Daneben scheint ein Bedürfnis für ausführlichere Kommentare deutschen Stils nicht zu bestehen. Wer einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Diskussion leisten will, schreibt Lehrbücher, Monographien oder Aufsätze in Fachzeitschriften.³²⁴

³¹⁶ *Dedek*, Kanada (Fn. 311), 299 f., 304 f.

³¹⁷ *M. Bibaud*, *Commentaires sur les lois du Bas Canada*, 2 Bde., Montreal, 1859.

³¹⁸ Dazu *Dedek*, Kanada (Fn. 311), 309; *J.E.C. Brierley/R. Macdonald* (Hg.), *Quebec Civil Law*, 1993, 24–32.

³¹⁹ Hierzu *Dedek*, Kanada (Fn. 311), 310.

³²⁰ *C.-C. de Lorimier*, *Bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, Montreal 1871–1890, teilweise unter Mitwirkung von *C.-A. Vilbons*.

³²¹ *T.-J.-J. Loranger*, *Commentaire sur le Code civil du Bas-Canada*, 2 Bde., Montreal, 1873/1879; unvollendet. Vgl. ferner *J.J. Beauchamp*, *The Civil code of the province of Quebec annotated*, 3 Bde., 1904/1905; Supplement in zwei Bänden von *J.F. Saint-Cyr*, 1931. Um einen kritisch-dogmatischen Kommentar handelt es sich hierbei jedoch nicht, sondern eher um eine Materialsammlung; *Beauchamp* sagt im Untertitel selbst, sein Werk enthalte „the French and English texts and that of the Napoleon code, the authorities and the remarks of the codifiers, the ancient laws, the concordance of the articles, the statutory laws, the Canadian doctrine, the Canadian jurisprudence, the French doctrine and the maxims of law with several appendices“.

³²² *G. Trudel*, *Traité de droit civil du Québec*, 17 Bde., seit 1942; nach Bd. 2 von anderen Autoren fortgesetzt. *A. Popovici* bezeichnet dieses Werk als von der *École d'égégèse* inspiriert: *Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit*, McGill LJ 54 (2009), 223–236, 227.

³²³ *Code civil du Québec*, *texte annoté* (2004, Loseblattsammlung).

³²⁴ Charakteristisch ist insoweit, dass in dem Werk von *Brierley* und *Macdonald* (Fn. 318), 126, unter dem Stichwort „Forms and authority of doctrine“ Kommentare nicht auftauchen. Vgl. auch *Dedek*, Kanada (Fn. 311), 312.

XIII. Kommentare in Mischrechtsordnungen

1. Südafrika

Quebec ist eine Mischrechtsordnung mit Zivilrechtskodifikation. Es gibt nun aber auch Mischrechtsordnungen, deren Privatrechtsordnung unkodifiziert geblieben ist. Südafrika bietet ein gutes Beispiel.³²⁵ Es handelt sich in seinem Ursprung um das römisch-holländische Recht, das die niederländischen Siedler seit 1652 mit an das Kap der Guten Hoffnung gebracht hatten. Die britische Besetzung des Kaps im Jahre 1806 hatte dann eine Anglisierung des öffentlichen Lebens, einschließlich des Rechtswesens, zur Folge. Zwar wurde das römisch-holländische Recht nie formell durch englisches Recht ersetzt, doch kam es nunmehr in vielen Bereichen zu einer schleichenden Rezeption englischen Rechts.³²⁶ Ähnlich, aber nicht identisch, verlief die Rechtsentwicklung in den Siedlerrepubliken (und späteren britischen Kolonien) Natal, Transvaal (Zuid-Afrikaansche Republiek) und Oranje-Freistaat. Seit der Gründung der Union of South Africa im Jahre 1910 war es in erster Linie die Aufgabe des südafrikanischen Supreme Court, mit der Appellate Division an der Spitze,³²⁷ eine einheitliche Rechtsprechung auf der Grundlage gewissermaßen zweier „common laws“ (des englischen und des kontinentaleuropäischen in seiner römisch-holländischen Gestalt) zu gewährleisten.³²⁸ Damit bildete sich in den vergangenen mehr als einhundert Jahren ein dichtes Netz einheimischer, genuin südafrikanischer Rechtsprechung heraus, die, vor allem in der Zeit seit dem Zweiten Weltkrieg, kritisch reflektiert, dogmatisch rationalisiert und damit wissenschaftlich aufgearbeitet wurde.³²⁹

An einem verbindlichen oder allgemein anerkannten Referenztext fehlte es damit aber. Den intellektuellen Grundstein für das römisch-holländische Recht bildete zwar nach wie vor *Hugo Grotius*' „Inleiding“.³³⁰ Dieses Werk wurde

³²⁵ Dazu im Einzelnen *R. Zimmermann/D. Visser* (Hg.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, 1996.

³²⁶ Zum Vorstehenden etwa *E. Fagan*, *Roman-Dutch Law in its South African Historical Context*, in: *Zimmermann/Visser*, *Southern Cross* (Fn. 325), 33–64.

³²⁷ Seit dem Umbruch in Südafrika heißt die Appellate Division des Supreme Court Supreme Court of Appeal. Höchstes Gericht ist nunmehr der 1994 neu geschaffene Constitutional Court.

³²⁸ Dazu etwa *D. P. Visser*, *Daedalus in the Supreme Court: The Common Law Today*, *Tydskrif vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 49 (1986), 127–138.

³²⁹ Überblick über die Entwicklung der Rechtsliteratur in Südafrika bei *R. Zimmermann/D. Visser*, *Introduction: South African Law as a Mixed Legal System*, in: *dies.*, *Southern Cross* (Fn. 325), 1–30, 19–30. Überblick über die Bedeutung von Rechtsdogmatik (*legal doctrine*) in Südafrika bei *H. Scott*, *The Death of Doctrine? Private Law Scholarship in South Africa Today*, in: *Basedow/Fleischer/Zimmermann, Legislators* (Fn. 98), 223–248.

³³⁰ Dazu bereits oben S. 445.

deshalb im Laufe des 19. Jahrhunderts zweimal ins Englische übersetzt;³³¹ im Jahre 1926 erschien dann die heute überwiegend benutzte Übersetzung von *Robert Warden Lee*.³³² Professor für *Roman* bzw. *Roman-Dutch Law* zunächst in London, dann in Montreal und schließlich (1921–1956) in Oxford. Derselbe Autor publizierte zehn Jahre später einen regelrechten Kommentar zur „Inleiding“, der bestimmt war „to bridge the gulf between Grotius and the present day“.³³³ Doch hatte *Lee* schon 1915 anerkannt, dass ein Buch aus dem Jahre 1631, welches klassischen Status auch immer es haben mochte, den modernen Leser „in a state of bewilderment as to the nature and content of the Roman-Dutch law administered at the present day by the courts of South Africa“ hinterlasse und hatte deshalb sein eigenes Einführungslehrbuch geschrieben.³³⁴ Werke zum modernen südafrikanischen Privatrecht von ähnlicher Autorität wie *Grotius* (und verfasst in demselben kommentar-gerechten Stil, nämlich in Form prägnanter Propositionen!) gibt es nicht. Formal am nächsten kommt der „Inleiding“ der zweibändige Gesamtübersicht von *Lee* und *Honoré*;³³⁵ er ist inspiriert, indirekt, von der Kodifikation des deutschen bürgerlichen Rechts³³⁶ und bildet deshalb das südafrikanische Privatrecht in Form von allgemeinen Regeln nach Art einer Kodifikation bzw. eines *Restatement* ab;³³⁷ zwischengeschaltet und drucktechnisch vom Haupttext abgesetzt sind jeweils Abschnitte mit Nachweisen und (kurzen) Kommentaren. Dieser Stil ist auch in der Neuauflage beider Bände beibehalten worden,³³⁸ man kann insoweit von einer Art Inchoativkommentierung sprechen.³³⁹

³³¹ Dazu, und zu weiteren Übersetzungen, *R. Zimmermann*, Südafrikanische Übersetzungen gemeinrechtlicher Literatur, ZEuP 5 (1997), 536–549. Es existiert übrigens auch eine lateinische Übersetzung der „Inleiding“; sie stammt von *Johannes van der Linden*, dem letzten bedeutenden Autor des römisch-holländischen Rechts und wurde angefertigt offenbar auf Wunsch von britischen Juristen, die das römisch-holländische Recht anzuwenden hatten, ohne doch die holländische Sprache zu verstehen. Erst eineinhalb Jahrhunderte nach ihrer Fertigstellung konnte eine Publikation dieser Übersetzung realisiert werden: *H. F. W. D. Fischer* (Hg.), *Hugonis Grotii Institutiones Juris Hollandici*, 1962.

³³² *R. W. Lee*, *The Jurisprudence of Holland by Hugo Grotius*, Bd. 1, 1926.

³³³ *R. W. Lee*, *Hugo Grotius (Huib de Groot): The Jurisprudence of Holland*, Bd. 2, 1936.

³³⁴ *R. W. Lee*, *An Introduction to Roman-Dutch Law*, 1915, Zitat auf S. v.

³³⁵ *R. W. Lee/A. M. Honoré* (Hg.), *The South African Law of Obligations*, 1950; *dies.* (Hg.), *The South African Law of Property, Family Relations and Succession*, 1954.

³³⁶ *Lee/Honoré*, *Obligations* (Fn. 335), v. Direktes Modell war das *Restatement* des englischen *common law* von *Jenks*; dazu oben S. 485. So enthielt auch Band 1 von *Lee* und *Honoré* (also der Band über das Schuldrecht) einen Allgemeinen Teil – ein dem südafrikanischen Privatrecht ansonsten ganz fremdes Konstrukt.

³³⁷ *Lee* benutzt im Vorwort zu *Lee/Honoré*, *Obligations* (Fn. 335), v. ausdrücklich den Begriff „to restate [...] the law of South Africa“.

³³⁸ *E. Newman/D. J. McQuoid-Mason*, *Lee and Honoré: The South African Law of Obligations*, 2. Aufl., 1978 (mit stark reduzierten Allgemeinen Teil); *H. J. Erasmus/C. G. van*

Im Übrigen ist es aber nicht weiter erstaunlich, dass sich Kommentare zu Kernbereichen des südafrikanischen *common law* nicht finden.³⁴⁰ Hier dominiert die Lehrbuchliteratur, die, soweit sie von afrikaanssprachigen Autoren verfasst ist, sehr stark vom deutschen Wissenschaftsstil beeinflusst ist.³⁴¹ Der Orientierung dient, wie in England der „Halsbury“, eine 1976 von *W. A. Joubert* begonnene juristische Enzyklopädie („The Law of South Africa“, oder kurz *LawSA*), die insgesamt 63 Bände umfasst; viele von ihnen liegen inzwischen in zweiter oder dritter Auflage vor.³⁴²

Doch besteht auch das südafrikanische Privatrecht nicht nur aus Rechtsprechungsrecht, das sich auf der Grundlage römisch-holländischer Autoritäten und englischen Rechts entwickelt hat. Vielmehr gibt es für wichtige Bereiche des Privatrechts Teilkodifikationen; so im Zivilprozessrecht, Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Arbeitsrecht, Eherecht, Kindschaftsrecht, Wohnungseigentumsrecht und Verbraucherschutzrecht.³⁴³ In vielen dieser Bereiche gibt es einen oder sogar mehrere Kommentare,³⁴⁴ doch nicht in allen. Warum es im Kindschaftsrecht und im Gesellschaftsrecht Kommentare gibt, im Eherecht und Insolvenzrecht aber nicht,³⁴⁵ ist unklar. *Alistair Price* schreibt plausibel, dass ohne autoritativen Referenztext Kommentare nicht leicht denkbar sind.³⁴⁶ Umgekehrt gilt aber nicht, dass ein derartiger Refe-

der Merwe/A. H. van Wyk, Lee and Honoré: Family, Things and Succession, 2. Aufl., 1983.

³³⁹ Im Untertitel trägt den Begriff „Kommentar“ auch *G. Lubbe/C. Murray, Farlam and Hathaway: Contract: Cases, Materials, Commentary*, 1988. Hier handelt es sich aber um Kommentare zu systematisch geordnetem Fallrecht.

³⁴⁰ Es ist insofern kein Zufall, dass sich in dem oben (Fn. 329) erwähnten Literaturüberblick keine Kommentare finden.

³⁴¹ Herausragend in diesem Sinne *J. C. de Wet/J. P. Yeats, Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en Handelsreg*, 1947; eine fünfte Auflage ist 1992 unter der Autorenschaft von *J. C. de Wet* und *A. H. van Wyk* erschienen. Zu *J. C. de Wet*, dem wohl bedeutendsten südafrikanischen Rechtswissenschaftler des 20. Jahrhunderts, *R. Zimmermann/C. Hugo, South African Legal Scholarship in the 20th Century: The Contribution of JC de Wet (1912–1990)*, in: *J. du Plessis/G. Lubbe (Hg.), A Man of Principle: The Life and Legacy of JC de Wet*, 2013, 3–22.

³⁴² Die Parallele zu „Halsbury“ zieht der damalige *Chief Justice Rumpff* in seinem Vorwort. Gewidmet ist die Enzyklopädie seltsamer Weise dem größten Kommentator des römisch-holländischen Rechts, Johannes Voet.

³⁴³ Überblick bei *A. Price, Commentaries in South African Private Law: An Indispensable yet Insufficient Form of Scholarship*, in diesem Band, 317–329.

³⁴⁴ Vgl. z.B. *J. Yeats (Hg.), Commentary on the Companies Act of 2008*, 2018, Loseblatt; *C. J. Davel/A. Skelton, Commentary on the Children’s Act*, 2007, Loseblatt; *T. Naudé/S. Eiselen (Hg.), Commentary on the Consumer Protection Act*, 2015, Loseblatt. Näher dazu *Price, South Africa* (Fn. 343), 322–325.

³⁴⁵ Dazu *Price, South Africa* (Fn. 343), 323 f. Auch etwa *C. G. van der Merwe, Sectional Titles, Share Blocks and Time-sharing*, 2. Aufl., 2013, Loseblatt, ist kein Kommentar.

³⁴⁶ *Price, South Africa* (Fn. 343), 321.

renztext die juristische Diskursgemeinschaft unweigerlich zur Kommentierung herausfordert. Besonders interessant unter den südafrikanischen Kommentaren ist der von *Tjachie Naudé* und *Sieg Eiselen* herausgegebene zum südafrikanischen *Consumer Protection Act*.³⁴⁷ Einerseits ist er offenbar inspiriert von dem 2008 erschienenen Kommentar zu den *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* von *Stefan Vogenauer* und *Jan Kleinheisterkamp*³⁴⁸ (in dem *Tjachie Naudé* das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen kommentiert hat), und damit indirekt vom deutschen Kommentarmodell. Andererseits, und damit verbunden, werden hier nicht nur Rechtsprechung und Literatur nachgewiesen, und geht es auch nicht nur darum, die Anwendung des Gesetzes in der Praxis zu erleichtern. Vielmehr haben sich die Herausgeber und ihre zwölf Koautoren zum Ziel gesetzt, das Verbraucherschutzrecht so weit als möglich in das allgemeine Vertragsrecht zu integrieren und von diesem her zu verstehen, sie geben rechtsvergleichende Hinweise, und sie bieten darüber hinaus auch kritische Reflexion des Gesetzes.³⁴⁹

2. Schottland

Das schottische Privatrecht, eine andere unkodifizierte Mischrechtsordnung, die in mancher Hinsicht eine ähnliche Entwicklung durchlaufen hat wie die südafrikanische,³⁵⁰ hat eine eigenständige Kommentarkultur im Grunde nicht entwickelt.³⁵¹ Dort wo es keine Gesetze gibt, sondern wo heute noch schottisches *common law* gilt, gibt es auch keine Kommentare (*Restatements* sind in Schottland ebenfalls nicht vorgelegt worden). Wichtige Bereiche des Wirtschaftsrechts (also etwa Kaufrecht, Wechselrecht, Insolvenzrecht, Gesellschaftsrecht) sind für das Vereinigte Königreich insgesamt „kodifiziert“ worden,³⁵² und soweit dazu in England Kommentare geschrieben worden sind, werden sie auch in Schottland benutzt (selbst wenn sie sich um Sonderbestimmungen für Schottland vielfach nicht kümmern).³⁵³ Eine Ausnahme bildet ein Werk von *Richard Brown* zum *Sale of Goods Act*, das zwei Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes erschien, um schottischen Juristen „the im-

³⁴⁷ Vgl. Fn. 344.

³⁴⁸ Dazu sogleich unter XIV.3., S. 507.

³⁴⁹ Vgl. die Würdigung bei *Price*, South Africa (Fn. 343), 326.

³⁵⁰ Näher dazu *R. Zimmermann*, „Double Cross“: Comparing Scots and South African Law, in: ders./D. Visser/K. Reid (Hg.), *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective*, 2004, 1–33, 12–21.

³⁵¹ Auch hier ist es deshalb kein Zufall, dass der Überblick von *R. Zimmermann/J. A. Dieckmann*, *Das schottische Privatrecht im Spiegel seiner Literatur*, ZEuP 3 (1995), 898–910, Kommentare nicht erwähnt.

³⁵² Dazu oben unter XI.2.

³⁵³ *Sealy/Milman/Bailey* zum Insolvenzrecht (Fn. 249) enthält aber in Bd. 2 einen längeren Abschnitt zu den *Insolvency (Scotland) Rules*: 562–729 (mit allerdings nur sehr wenig Kommentar, zumeist unter der Überschrift „History“).

portant and almost revolutionary changes made by the Act upon the principles and practice of the Scottish law of sale“ zu erläutern. Dies geschah zunächst unter dem Titel „Notes and Commentaries on the Sale of Goods Act 1893“ (1895),³⁵⁴ in einer zweiten Auflage von 1911 aber als „Treatise on the Sale of Goods with special reference to the law of Scotland“, obwohl es sich nach Form und Inhalt weiterhin um einen Kommentar handelte – das Buch ist nach der Abfolge der *sections* gegliedert, und auf jede *section* folgen „notes“ und „commentary“.

Im Übrigen werden Jahr für Jahr die in und für Schottland erlassenen Gesetze in einer Buchreihe mit „Annotations“ veröffentlicht: „Current Law Statutes Annotated“. Für 2017 sind sieben Bände erschienen, vom *Small Charitable Donations and Childcare Payments Act 2017*³⁵⁵ bis zum *Seat Belts on School Transport (Scotland) Act 2017*.³⁵⁶ Die Erläuterungen (*section* für *section*) sind meist recht kurz; sie informieren in der Regel über die Entstehung des Gesetzes und analysieren dessen Text. Außerdem sind sie gewissermaßen zeitlich eingefroren; über spätere Entwicklungen erfährt der Leser naturgemäß nichts. Manche dieser Erläuterungen sind aber auch sowohl länger als auch tieferschürfend und erscheinen dann als separates Buch, das Neuauflagen erleben kann; so etwa im Falle von *Kenneth G. C. Reids* „Requirements of Writing (Scotland) Act 1995“ (2. Aufl., 2015). Auch die Reports der Scottish Law Commission zu geplanten Reformen des schottischen Rechts, gerade auch in Kernbereichen des Privatrechts, enthalten neben einem Gesetzesentwurf in der Regel ausführliche Erläuterungen zu diesem Entwurf.³⁵⁷ Ansonsten dominieren in Schottland, das überhaupt erst seit den 1960er Jahren eine (zweite) rechtswissenschaftliche Blütezeit erlebt,³⁵⁸ große (und kleinere) Lehrbücher, sowie Monographien; zudem sind bis heute die Institutionenlehrbücher („institutional writers“) der ersten Blütezeit (im Wesentlichen das 18. Jahrhundert mit Ausstrahlung bis weit in das 19. Jahrhundert hinein) von grundlegender Bedeutung, also vor allem die Werke von *Stair*, *McKenzie*, *Bankton*, *Erskine* und *Bell*.³⁵⁹ Wohl von England übernahm Schottland die Neigung, das Alphabet für ein geeignetes Ordnungskriterium zu halten; es gibt deshalb eine Reihe juristischer Enzyklopädien, darunter heute eine 1987 begründete in 25 Bänden und mehreren Ergänzungsbänden,

³⁵⁴ Das Zitat im Satz zuvor ist aus dem Vorwort.

³⁵⁵ Bd. 1 (c. 1).

³⁵⁶ Bd. 7 (asp 7).

³⁵⁷ Vgl. z.B. *Scottish Law Commission*, Report on Requirements of Writing, Scot Law Com No 112 (1988).

³⁵⁸ *K. G. C. Reid*, The Third Branch of the Profession: The Rise of the Academic Lawyer in Scotland, in: *Scots Law into the 21st Century: Essays in Honour of W. A. Wilson*, 1996, 39–49.

³⁵⁹ Vgl. etwa *J. W. Cairns*, Institutional Writings in Scotland Reconsidered, *Journal of Legal History* 4 (1983), 76–117.

die dem Andenken an den *Hugo Grotius* des schottischen Rechts, *James Dalrymple, 1st Viscount of Stair*, gewidmet ist.³⁶⁰ Anders als zu *Grotius'* Inleiding gibt es zu *Stairs* „Institutions of the Law of Scotland“ keine Kommentare.³⁶¹

3. Israel

Eine Mischrechtsordnung ganz eigener Art ist diejenige des Staates Israel.³⁶² Anders als Südafrika, Schottland und Quebec ist hier nicht eine Jurisdiktion des *civil law* allmählich unter den Einfluss des *common law* geraten. Vielmehr war Palästina zur Zeit des britischen Mandats sehr stark vom *common law* beeinflusst, während seit der Staatsgründung im Jahre 1948 eine zunehmende Annäherung an das *civil law* stattfand; das lag vor allem daran, dass viele der Juristen an den Schaltstellen des unabhängigen Israel ihre Ausbildung in Kontinentaleuropa, vor allem in Deutschland, Österreich und Italien, empfangen hatten und vor Nazi-Diktatur und Faschismus nach Palästina hatten fliehen müssen.³⁶³ Hinzu kommt aber, dass Palästina vor der Mandatszeit zum osmanischen Reich gehörte und dass dessen Zivilgesetzbuch (die *Mejelle*)³⁶⁴ zunächst weitertalt und nur schrittweise, durch zunächst englisches, dann kontinentaleuropäisch geprägtes Recht ersetzt wurde; formell abgeschafft wurde die *Mejelle* in Israel erst im Jahre 1984. Hinzu kommt weiterhin der Einfluss des religiösen, das heißt des traditionellen jüdischen Rechts, teils kraft unmittelbarer Geltung (etwa im Eherecht), teils aber auch durch seinen Einfluss auf die Gesetzgebung.³⁶⁵ Und schließlich haben die in Israel

³⁶⁰ *The Law Society of Scotland*, The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopedia, seit 1987. Zuvor Green's Encyclopedia of the Law of Scotland, 14 Bde. (seit 1896) und Encyclopedia of the Laws of Scotland, 16 Bde. (seit 1926). Ebenfalls alphabetisch ist Bell's Dictionary and Digest of the Law of Scotland, 7. Aufl., 1890 (es gibt einen Nachdruck von 2012).

³⁶¹ Ich danke Kenneth Reid für ein Memorandum zum Thema „Kommentare im schottischen Recht“, das er mir freundlicherweise zur Verfügung gestellt hat.

³⁶² Vgl. etwa *T. Gidron/S. Goldstein*, Israel, in: V. V. Palmer (Hg.), *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family* 2. Aufl., 2012, 577–610; *A. Barak*, The Tradition and Culture of the Israeli Legal System, in: A. M. Rabello (Hg.), *European Legal Traditions and Israel*, 1994, 473–492.

³⁶³ Vgl. etwa *F. Oz-Salzberger/E. M. Salzberger*, The Hidden German Sources of the Israeli Supreme Court, *Tel Aviv University Studies in Law* 2000, 79–122; *A. M. Rabello*, An Introduction to the New Israeli Private Legislation: Harmonization of Private Law and Civil Law, in: ders., *Legal Traditions* (Fn. 360), 565–578. Ich danke Talia Einhorn für diese Hinweise.

³⁶⁴ Osmanische Bezeichnung: *mecelle*; arabisch: *majalla*. Dazu *N. Yassari*, Ausstrahlung des europäischen Privatrechts auf islamische Länder, in: HWBEuP (Fn. 16), 150–155, 151 (*Mejelle* als *Restatement* des islamischen Rechts; sie habe aber auch einen „erkennbaren säkularisierenden Effekt“ gehabt).

³⁶⁵ Vgl. *M. Elon* (Hg.), *The Principles of Jewish Law*, 1975, 39–46; *T. Einhorn*, Commentaries in Israeli Law: Foundations and Future of a Mixed Legal System, in diesem

geborenen Juristen, soweit sie in die Wissenschaft strebten und damit später die Juristenausbildung prägten, zunehmend ihre Orientierung in den USA gesucht.³⁶⁶ Damit ist die kontinentaleuropäische Prägung heute verblasst.

Kommentare gab es zum einen zur *Mejelle*.³⁶⁷ Zum zweiten stellt die Tätigkeit des Kommentierens im rabbinischen Judentum „den Redemodus par excellence“ dar.³⁶⁸ Dem rabbinischen Gelehrten geht es um die Aktualisierung und Anwendung autoritativer, da göttlich offenbarter Texte. Eine genuin neue Botschaft kann und darf er nicht verkünden; legitimiert ist das, was er sagt oder schreibt, dadurch, dass er ganz und gar in der Tradition steht. Der Kommentar ist ein besonders geeignetes Medium, diesem „Postulat diskursiver Bindung“ Rechnung zu tragen und dessen Einhaltung zu dokumentieren.³⁶⁹ Im Laufe der Jahrhunderte entstand somit Schicht um Schicht an gelehrten Kommentierungen. So schrieb einer der bedeutendsten jüdischen Gelehrten, *Moses Maimonides*, einen Kommentar zur *Mishnah*,³⁷⁰ der mit den

Band, 331–359, mit Hinweis im Text zu Fußnote 9 auf die *Foundations of Law*, 5740–1980, wonach Lücken zu füllen sind „in the light of the principles of freedom, justice, equity and peace of Jewish Law and Israel’s heritage“.

³⁶⁶ *P. Lahav*, *American Moment[s]: When, How, and Why Did Israeli Law Faculties Come to Resemble Elite U.S. Law Schools?* *Theoretical Inquiries in Law* 10 (2009), 653–697; *Einhorn*, *Israel* (Fn. 365), 354.

³⁶⁷ „Many authors were inspired by the *Mecelle* to write commentaries on it“: *S. Ayoub*, *The Mecelle, Sharia, and the Ottoman State: Fashioning and Refashioning of Islamic Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, *Journal of the Ottoman and Turkish Studies Association* 2 (2015), 121–146, 134. Einen besonders wichtigen dieser Kommentare analysiert Ayoub im Folgenden. Kommentarliteratur spielt im islamischen Rechtsdiskurs traditionell eine zentrale Rolle. Viele bekannte und heute noch genutzte Werke sind Kommentare zu Büchern anderer Gelehrter oder gar „Superkommentare“ (Kommentare zu einem anderen Kommentar). Andere wichtige Kommentare diskutieren Sammlungen der Überlieferungen des Propheten oder den Koran. Ich danke Dominik Krell für diese Hinweise. In der Rechtsprechung der israelischen Gerichte spielt die *Mejelle* kaum eine Rolle; sie wird gelegentlich erwähnt (zumeist in hebräischer Übersetzung), ohne die jeweilige Entscheidung zu tragen; vgl. z.B. *Y. Meron*, *The Mejelle Tested by its Application*, *Israel LR* 5 (1970), 203–215. Ich danke Talia Einhorn für diesen Hinweis.

³⁶⁸ *R. Reichman*, *Kommentare als diskursive Einheiten in der rabbinischen Literatur*, in: *Kästle/Jansen*, *Kommentare* (Fn. 258), 99–124, 99.

³⁶⁹ Das Vorstehende nach *Reichman*, *Kommentare in der rabbinischen Literatur* (Fn. 368), 99 und *E. Otto*, *Kommentieren in den Bibelwissenschaften*, in: *Kästle/Jansen*, *Kommentare* (Fn. 258), 347–361, 353 f.

³⁷⁰ Die *Mishnah* ist die erste schriftliche Fassung (vom Ende des 2. Jahrhunderts AD) der sogenannten „mündlichen Torah“, die Mose nach jüdischer Überlieferung von Gott neben der „schriftlichen Torah“ geoffenbart worden ist. Sie ist ihrerseits im Grunde ein Kommentar zur schriftlichen Torah (d.h. dem ersten Teil der hebräischen Bibel, also dem später in christlicher Tradition sogenannten Pentateuch). Gemeinsam mit der *Gemarah* (die ihrerseits Diskussion und Kommentar der *Mishnah* ist) bildet die *Mishnah* den Talmud. Zur *Mishnah* vgl. etwa *H. M. Zellentin*, *Mishnah*, in: *Religion in Geschichte und Gegenwart*, Bd. 5, 2002, Sp. 1263–1266. Zum mündlichen Recht und zu seiner Verschriftlichung

Summen der christlichen Literatur verglichen worden ist;³⁷¹ zudem erarbeitete er eine Kodifikation (*Mishneh Torah* = Wiederholung des Gesetzes),³⁷² zu der bis Ende des 19. Jahrhunderts mehr als 200 größer dimensionierte Kommentierungen erschienen waren.³⁷³

Und schließlich, drittens, kam es seit den 1950er Jahren in Israel zum sukzessiven Erlass einer Reihe von Teilkodifikationen im Bereich des Privatrechts nach kontinentaleuropäischem Modell: etwa zu den Themen Verjährung (1958), Geschäftsfähigkeit und Vormundschaft (1962), Erbrecht (1965), Stellvertretung (1965), Kaufrecht (1968), Liegenschaftsrecht (1969), Rechtsbehelfe bei Vertragsverletzung (1970), Recht der beweglichen Sachen (1972), Allgemeiner Teil des Vertragsrechts (1973), Ungerechtfertigte Bereicherung (1979) oder auch Trusts (1979).³⁷⁴ Zu den meisten dieser Gesetze erschien in den Jahren von 1972 und 2002 eine Kommentierung³⁷⁵ in einer nach *Gad Guido Tedeschi* benannten Reihe;³⁷⁶ *Tedeschi* war bereits vor seiner Emigration Juraprofessor in Italien (Siena) gewesen.³⁷⁷ Es gab einen zweiten zweimal aufgelegten Kommentar zu einigen dieser Gesetze,³⁷⁸ es gab einen dreibändigen Kommentar zum Erbrechtsgesetz,³⁷⁹ und es gibt eine von *Nahum Rakover* initiierte Kommentarreihe,³⁸⁰ deren Ziel darin besteht, die Gesetze von Standpunkt des jüdischen Rechts aus zu analysieren.

Abgesehen von den Rakover-Kommentaren sind seit 2002 alle anderen Kommentarprojekte zum Stillstand gekommen. Das liegt unter anderem vermutlich daran, dass die zunehmend in den USA ausgebildeten Professoren

vgl. *M. Elon*, *Jewish Law: History, Sources, Principles*, Bd. 1, 1994; zur Mishnah vgl. *dens.*, *Jewish Law (loc. cit.)*, Bd. 3, 1041–1082. Zu den Quellen des jüdischen Rechts auch *Einhorn*, *Israel* (Fn. 365), 335–348.

³⁷¹ *P. Johnson*, *A History of the Jews*, 1987, 186. Zu Maimonides vgl. etwa *M. Heinzmann*, in: *Religion in Geschichte und Gegenwart*, Bd. 5, 2002, Sp. 689 f.

³⁷² Dazu *Elon*, *Jewish Law III* (Fn. 370), 1184–1231.

³⁷³ *Johnson*, *History of the Jews* (Fn. 371), 191; vgl. auch *Elon*, *Jewish Law III* (Fn. 370), 1231–1235 („No other halakhic work has had the distinction of being the subject of so many commentaries“).

³⁷⁴ *Gidron/Goldstein*, *Israel* (Fn. 362), 581 f.; vgl. auch den Abdruck (in englischer Übersetzung) nach *Rabello*, *Introduction* (Fn. 363), 579–769.

³⁷⁵ Hierzu und zum Folgenden *Einhorn*, *Israel* (Fn. 365), 348 f.

³⁷⁶ Diese Kommentare, so *Einhorn*, *Israel* (Fn. 365), hätten sich, mit einer Ausnahme, nicht der Mühe unterzogen, die Ursprünge der betreffenden Rechtsregeln in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen zu ermitteln und zu analysieren; vielmehr sei nur auf Quellen in englischer Sprache zurückgegriffen worden.

³⁷⁷ Vgl. die Beiträge von *A. M. Rabello* und *R. Martini*, beide in: *Rabello*, *Legal Traditions* (Fn. 360), 3–11.

³⁷⁸ *A. M. Rabello/G. Shalev/E. Zamir* (Hg.), *Brief Commentary on Laws relating to Private Law*, 1994; 2. Aufl., 1996.

³⁷⁹ *S. Shilo*, *Commentary on the Succession Law*, 3 Bde., 1992–2002.

³⁸⁰ Vgl. *Einhorn*, *Israel* (Fn. 365), 349 f.

und Dozenten an den juristischen Fakultäten diese Form wissenschaftlicher Tätigkeit nicht mehr für besonders lohnend halten; und dass auch die maßgeblichen Evaluationsinstanzen sie nicht als Prestigeindikatoren betrachten. Jedenfalls vorläufig gescheitert ist offenbar auch das seit Jahrzehnten vorbereitete Projekt einer Gesamtkodifikation des israelischen Rechts;³⁸¹ ein solches israelisches Zivilgesetzbuch hätte möglicherweise ein Referenztext für Kommentierungen werden können.

XIV. Kommentare in Zeiten von Europäisierung und Globalisierung des Rechts

1. Europäisierung und Globalisierung

Die moderne Welt ist zunehmend durch grenzübergreifende Verflechtungen geprägt: in Wirtschaft, Politik, Kultur und vielen anderen Lebensbereichen. Dieses Phänomen wird gemeinhin als Globalisierung bezeichnet. Darauf müssen auch Rechtswissenschaft, Rechtspraxis und Rechtspolitik reagieren. In der Tat ist denn auch ein transnationaler juristischer Diskurs in Gang gekommen, es sind transnationale Vertragsmuster entstanden, und es gibt transnationales Privatrecht, bindendes ebenso wie solches, das eine Art „persuasive authority“ zu gewinnen trachtet.³⁸² Bestimmte Regionen der Welt sind wirtschaftlich, politisch und kulturell aber auch noch deutlich stärker untereinander verflochten als mit dem Rest der Welt. Das gilt insbesondere für die Staaten, die sich in der Europäischen Union zusammengeschlossen haben. Hier gibt es demzufolge auch ein sehr viel intensiveres Geflecht rechtlicher Regeln und juristischen Austauschs.³⁸³ Es gibt einen europäischen Gesetzgeber, eine Rechtsprechung europäischer Gerichte, und, jedenfalls teilweise und in Ansätzen, eine europäische Rechtswissenschaft. Es ist damit zu einer auf vielen Ebenen wirksamen Europäisierung des Privatrechts gekommen.³⁸⁴

³⁸¹ Dazu *A. Barak* (emeritierter Professor der Hebrew University of Jerusalem, ehemaliger Präsident des Obersten Gerichtshofes und Vorsitzender der Kodifikationskommission), Introduction to the Israeli Civil Code, in: K. Siehr/R. Zimmermann (Hg.), *The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective*, 2008, 1–13.

³⁸² Vgl. z.B. *H. Muir Watt*, Globalization and Comparative Law, in: Reimann/Zimmermann, *Handbook of Comparative Law* (Fn. 164), 599–623. Zum Begriff des transnationalen Privatrechts *R. Michaels*, Kommentare zum transnationalen Privatrecht: Grenzen der Entnationalisierung eines nationalen Modells, in diesem Band, 395–416.

³⁸³ *A. v. Bogdandy* spricht von einem „europäischen Rechtsraum“: Der europäische Rechtsraum: Ein Begriff zur Neuausrichtung des Europarechts und besseren Verteidigung europäischer Werte, *Archiv des öffentlichen Rechts* 144 (2019), 321–357.

³⁸⁴ Dazu im Überblick *R. Zimmermann*, Comparative Law and the Europeanization of Private Law, in: Reimann/Zimmermann, *Handbook of Comparative Law* (Fn. 164), 557–598.

Entstanden sind damit sowohl auf europäischer als auch auf über Europa hinausreichender transnationaler Ebene Rechtsquellen, die sich dazu eignen, Gegenstand von Kommentaren zu werden.

2. Europäisches Privatrecht

In Rahmen der Europäischen Union unterscheiden wir den *acquis commun* (also das Substrat des in den nationalen Kodifikationen oder Gemeinrechten niedergelegten Privatrechts) und den *acquis communautaire* (also das Ensemble der von den zuständigen Organen geschaffenen Rechtsakte, die für alle Mitgliedstaaten verbindlich sind).³⁸⁵ Als mögliche Referenztexte des *acquis communautaire* kommen in erster Linie Verordnungen und Richtlinien in Betracht. Richtlinien sind für die Mitgliedstaaten bindendes Recht, bedürfen aber der Umsetzung. Für die Rechtsanwendung durch die (nationalen) Gerichte sind sie deshalb nur mittelbar, im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung, von Belang. Hieraus dürfte sich erklären, dass Gegenstand von Kommentierungen in denjenigen Mitgliedstaaten, die über eine nennenswerte Kommentarkultur verfügen, die nationalen Umsetzungsakte sind.³⁸⁶ Die Richtlinien selbst sind jedenfalls bislang nur ganz ausnahmsweise kommentiert worden.³⁸⁷ Verordnungen sind unmittelbar anwendbares Recht und werden demgemäß, jedenfalls in Deutschland, ausgesprochen häufig und in vielen verschiedenen Formaten kommentiert. Das gilt etwa für die Verordnungen im Bereich des internationalen Privatrechts: sie werden in der Regel in die Kommentarwerke zum BGB integriert, mitunter aber auch zusammen mit anderen Texten zu dem betreffenden Rechtsgebiet kommentiert.³⁸⁸

³⁸⁵ Dazu, und zum Folgenden, *J. Kleinschmidt*, Kommentare im europäischen Privatrecht: Rezeption einer Literaturform, in diesem Band, 361–393.

³⁸⁶ Das betont *Kleinschmidt*, Europäisches Privatrecht (Fn. 385), 366.

³⁸⁷ Vgl. z. B. *S. Grundmann/C. M. Bianca* (Hg.), EU-Kaufrechts-Richtlinie: Kommentar, 2002 (auch in englischer und französischer Ausgabe erschienen). Neuerdings vgl. z. B. *M. Schauer/M. Gruber*, Directive 2011/7/EU on Combating Late Payment in Commercial Transactions, in: *P. Mankowski* (Hg.), Commercial Law: Article-by-Article Commentary, 2019, 1303–1362; *P. Kindler/J. Lieder* (Hg.), Corporate Law: Article-by-Article Commentary, 2020; angekündigt ist *R. Schulze/D. Staudenmayer* (Hg.), EU Digital Law: Article-by-Article Commentary, 2020, mit Kommentierung, unter anderem, der Digitale-Inhalte-Richtlinie und der Warenkauf-Richtlinie (beworben wird dieses Werk mit der kryptischen Aussage „a practically-oriented use cases approach“).

³⁸⁸ Ein Beispiel, im Hinblick auf die Europäische Erbrechtsverordnung, für das erste Modell ist der Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 11, 7. Aufl., 2018, 1739–2072; für das zweite Modell vgl. *A. Dutta/J. Weber* (Hg.), Internationales Erbrecht, 2016. Ein spanisch-italienisch-deutsches Gemeinschaftsunternehmen in einem englischen Verlag ist *A.-L. Calvo-Caravaca/A. Davi/ H.-P. Mansel* (Hg.), The EU Succession Regulation, 2016.

Die internationalprivatrechtlichen EU-Verordnungen könnten aber, darauf weist *Jens Kleinschmidt* hin, auch Anstoß sein für eine Europäisierung von Kommentaren als Diskursmedium:³⁸⁹ denn zum einen haben deutsche Autoren damit begonnen, einschlägige Kommentare in englischer Sprache (und damit auf einen internationalen Leserkreis zielend) zu verfassen und herauszugeben;³⁹⁰ zum anderen sind Kommentare in anderen Ländern und damit auch in anderen Sprachen publiziert worden; sogar in Frankreich und/oder auf Französisch.³⁹¹ Im Bereich des Sachrechts wäre es fast zum Erlass einer Verordnung über ein (optionales) Gemeinsames Europäisches Kaufrecht gekommen; ein entsprechender Vorschlag war im Oktober 2011 vorgelegt worden.³⁹² Bemerkenswert ist nun, dass deutsche Wissenschaftler bereits zu diesem *Vorschlag* zwei Kommentare herausgegeben haben, einer davon in englischer Sprache verfasst.³⁹³ Nachdem dieser Verordnungsvorschlag im Dezember 2014 zurückgezogen worden war, sind beide Kommentare nicht fortgeführt worden; andere, bereits angekündigte Kommentarprojekte wurden nicht weiterverfolgt.³⁹⁴

Zum *acquis commun* sind im Bereich des Vermögensrechts seit den 1980er Jahren von unterschiedlichen Wissenschaftlergruppen eine Reihe von Referenztexten erarbeitet worden, die als Modellregeln, *Restatements*, nicht-legislative Kodifikationen oder Privatkodifikationen bezeichnet werden.³⁹⁵ Im Zentrum der Aufmerksamkeit stand und steht das Vertragsrecht; doch hat die

³⁸⁹ *Kleinschmidt*, Europäisches Privatrecht (Fn. 385), 374 f.

³⁹⁰ Vgl. z.B. *U. Magnus/P. Mankowski* (Hg.), ECPII (= European Commentaries on Private International Law): Commentary, Bd. 1: Brussels Ibis Regulation, 2016; Bd. 2: Rome I Regulation, 2017; Bd. 3: Rome II Regulation, 2019; Bd. 4: Brussels IIbis Regulation, 2018.

³⁹¹ *S. Corneloup* (Hg.), Droit européen du divorce, 2013. *Corneloup*, Professorin an der Universität Paris II, hat in Deutschland Abitur gemacht und ist Mitglied des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht. Vgl. ferner *A. Bonomi/P. Wautelet*, Le droit européen des successions, 2. Aufl., 2016. Die Herausgeber stammen aus Belgien bzw. der Schweiz.

³⁹² KOM(2011) 635 endgültig.

³⁹³ *M. Schmidt-Kessel* (Hg.), Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: Kommentar, 2014; *R. Schulze* (Hg.), Common European Sales Law (CESL): Commentary, 2012. Knapp die Hälfte der Autoren sind freilich Deutsche, viele der anderen haben intensive Verbindungen zur deutschen Rechtswissenschaft. Allgemein zum Phänomen der „Kommentierung vor Anwendbarkeit“, für das es auch Beispiele im Hinblick auf die Europäische Erbrechtsverordnung gibt, vgl. *Kleinschmidt*, Europäisches Privatrecht (Fn. 385), 376 („[...] können [...] zu erwartende Streitstände vorprägen“); *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 5), 98 („Gerade die Kommentierung kann dann den entscheidenden Autoritätsschub bewirken [...]“).

³⁹⁴ Vgl. etwa *D. Staudenmayer* (Hg.), Common European Sales Law: Article-by-Article Commentary of the Regulation on a Common Sales Law of the European Union, 2016 (im Internet, etwa bei Schulthess Juristische Medien beschrieben als „nicht mehr lieferbar“).

³⁹⁵ Zu diesem Phänomen *R. Zimmermann*, „Wissenschaftliches Recht“ am Beispiel (vor allem) des europäischen Vertragsrechts, in: *C. Bumke/A. Röthel* (Hg.), Privates Recht, 2012, 21–48.

Study Group on a European Civil Code derartige Referenztexte auch für die anderen schuldrechtlichen Materien und für Teile des Sachenrechts vorgelegt.³⁹⁶ Die Pionierleistung erbrachte hier die nach ihrem Vorsitzenden sogenannte „Lando-Kommission“ mit den 1995, 2000 und 2003 in drei Teilen vorgelegten *Principles of European Contract Law*.³⁹⁷ Daran anknüpfend sind eine Reihe weiterer Textstufen europäischen Vertragsrechts entwickelt worden, bis hin zum Vorschlag eines „Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts“.³⁹⁸ Inspiriert waren die *Principles of European Contract Law* unter anderem durch die US-amerikanischen *Restatements*,³⁹⁹ und sie sind deshalb auch ganz ähnlich strukturiert. Im Zentrum stehen, auch drucktechnisch abgesetzt und zusätzlich den jeweiligen Bänden gewissermaßen als Essenz vorangestellt, die „black-letter rules“: Regeln nach Art der nationalen Kodifikationen. Hinzu treten dann Kommentare („comments“), die ganz überwiegend exegetischer Natur sind: sie erläutern, was ein bestimmter Begriff oder eine bestimmte Regel bedeuten soll und verdeutlichen das auch anhand von Beispielen („illustrations“). Hinzutreten weiterhin Anmerkungen („notes“), die auf die Grundlagen der jeweiligen Regel in den nationalen Rechtsordnungen hinweisen.⁴⁰⁰ Ähnliches gilt für eine weitere wichtige Textstufe des Europäischen Vertragsrechts, den *Draft Common Frame of Reference*.⁴⁰¹ Der Vorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts ist demgegenüber ohne derartige Kommentare und Anmerkungen publiziert worden. Auch für den *acquis communautaire* im Bereich des Vertragsrechts ist ein *Restatement* vorgelegt worden; es handelt sich hier um die *Principles of the Existing EC Contract Law*, oder *Acquis Principles*.⁴⁰² Ihnen ist der vergleichsweise hilfreichste Apparat von Anmerkungen hinzugefügt worden, da jeweils auch die

³⁹⁶ C. v. Bar/E. Clive (Hg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Bde. 1–4*, 2009. Zum Deliktsrecht vgl. auch *European Group on Tort Law* (Hg.), *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, 2005.

³⁹⁷ O. Lando/H. Beale (Hg.), *Principles of European Contract Law, Part I*, 1995; Parts I and II, 2000; O. Lando/E. Clive/A. Prüm/R. Zimmermann (Hg.), *Principles of European Contract Law, Part III*, 2003.

³⁹⁸ Dazu R. Zimmermann, *The Textual Layers of European Contract Law*, in: H. Scott/A. Fagan (Hg.), *Private Law in a Changing World: Essays for Danie Visser*, 2019, 165–199.

³⁹⁹ Dazu Michaels, *Restatements* (Fn. 261), 1296–1297.

⁴⁰⁰ Zu diesen „notes“ vgl. N. Jansen/R. Zimmermann, „A European Civil Code in All But Name“: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference, *Cambridge LJ* 69 (2010), 98–112, 105 f.

⁴⁰¹ Vgl. Fn. 396.

⁴⁰² *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)* (Hg.), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles): Contract II*, 2009. Dazu N. Jansen/R. Zimmermann, *Restating the Acquis Communautaire? A Critical Examination of the „Principles of the Existing EC Contract Law“*, *Modern LR* 71 (2008), 505–534.

Grundlagen der Regeln im *acquis communautaire* erörtert werden. Die von den Verfassern der *Restatements* gegebenen Erläuterungen sind Kommentare, wenngleich sie die Funktionen des klassischen juristischen Kommentars nur teilweise und eher rudimentär erfüllen.⁴⁰³ Externe Kommentare, die diese Funktion hätten wahrnehmen können, sind bis in die jüngste Zeit hinein – sieht man von dem Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht ab – nicht erschienen.

3. *Transnationales Privatrecht über Europa hinaus*

Auch für das transnationale Vertragsrecht, soweit es sich nicht speziell um europäisches Privatrecht handelt, ist ein *Restatement* – im Sinne einer von einer Wissenschaftlergruppe erarbeiteten Privatkodifikation – vorgelegt worden: die unter dem Patronat von UNIDROIT entstandenen *Principles of International Commercial Contracts*.⁴⁰⁴ Zu diesem Text haben zwei in England tätige deutsche Rechtswissenschaftler im Jahre 2009 einen Kommentar herausgegeben:⁴⁰⁵ ganz im Stil eines herkömmlichen Erläuterungswerkes deutscher Provenienz – nur dass es sich eben nicht auf staatlich gesetztes Recht bezieht. Dieser Kommentar liegt inzwischen in zweiter Auflage vor⁴⁰⁶ und hat bereits das Erscheinen weiterer Werke ähnlichen Charakters stimuliert.⁴⁰⁷ Er leistet, wie *Nils Jansen* in einer Rezension schreibt, einen Beitrag zur Herausbildung und Verwissenschaftlichung eines transnationalen Vertragsrechts „auf einem dogmatischen Reflexionsniveau, das gegenwärtige und historische Vergleiche nicht zu scheuen braucht“.⁴⁰⁸ Dabei erinnert der Hinweis auf die Rechtsgeschichte daran, dass vor dem Zeitalter der nationalstaatlichen Kodifikationen Kommentare zu nicht-staatlichen, international anerkannten Referenztexten (insbesondere dem *Corpus iuris civilis*) gang und gäbe waren.⁴⁰⁹

⁴⁰³ Abweichend deshalb *Kleinschmidt*, Europäisches Privatrecht (Fn. 385), 384–386.

⁴⁰⁴ *UNIDROIT* (Hg.), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 1994; 2. Aufl., 2004; 3. Aufl., 2010; 4. Aufl., 2016. Die *UNIDROIT Principles* enthalten im Gegensatz etwa zu den *Principles of European Contract Law* keine „notes“, sondern lediglich „comments“. Das wird vielfach kritisiert; vgl. etwa die Diskussion bei *Jansen*, Making Legal Authority (Fn. 6), 131–133.

⁴⁰⁵ *S. Vogenauer/J. Kleinheisterkamp* (Hg.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2009.

⁴⁰⁶ *S. Vogenauer* (Hg.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2. Aufl., 2015.

⁴⁰⁷ *R. B. Bobei*, *Concise Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* 2016, 2017; *E. J. Brödermann*, *UNIDROIT Principles*, in: *Mankowski, Commercial Law* (Fn. 387), 462–827; siehe auch *D. M. Bovio* (Hg.), *Comentario a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, 2. Aufl., 2003.

⁴⁰⁸ *N. Jansen*, Rezension: *Vogenauer/Kleinheisterkamp, PICC* (Fn. 405), *JZ* 2009, 1008 f., 1009; vgl. auch *Kästle-Lamparter*, *Welt der Kommentare* (Fn. 5), 97 f.

⁴⁰⁹ Oben S. 443 f.

Sehr viel häufiger sind Kommentare zu bindendem transnationalem Privatrecht, also zu (völkerrechtlich verankertem) internationalem Einheitsprivatrecht. Das gilt insbesondere für das *UN-Kaufrecht*, das inzwischen etwa 90 Staaten ratifiziert haben⁴¹⁰ und das damit zum erfolgreichsten Akt internationaler Privatrechtsharmonisierung geworden ist.⁴¹¹ Hierzu liegen deutlich mehr als dreißig Kommentare vor,⁴¹² darunter überdurchschnittlich viele von deutschen Autoren verfasste und herausgegebene, häufig im Rahmen eines der gängigen BGB-Kommentare.⁴¹³ Kommentiert worden sind auch standardisierte internationale Handelsklauseln wie etwa die *Incoterms*.⁴¹⁴ Schließlich rechnet *Ralf Michaels* auch Kommentare zum ausländischen Privatrecht zum Bereich des transnationalen Rechts.⁴¹⁵ Das ist zunächst überraschend, leuchtet aber angesichts der Tatsache ein, dass sich diese Werke in der Regel an Juristen wenden, die nicht der Juristengemeinschaft des Landes angehören, mit dessen Recht sich der Kommentar befasst. Hierhin gehört das Werk von *Schirrmeyer* und *Prochownik* zum Bürgerlichen Recht Englands, und hierhin gehört auch der angekündigte Kommentar zum BGB in englischer Sprache.⁴¹⁶

4. Herausforderungen

Die Europäisierung und darüberhinausgehende Transnationalisierung, oder Globalisierung, von Recht und Rechtswissenschaft stellt den Literaturtyp „Kommentar“ vor besondere Herausforderungen.⁴¹⁷ Zwar bestehen Unterschiede zwischen Globalisierung und Europäisierung; sie liegen neben der stärkeren politischen, ökonomischen und kulturellen Verflechtung im Rahmen der Europäischen Union darin, dass es hier einen Unionsgesetzgeber gibt und auch Unionsgerichte (wenngleich keine für das Privatrecht insgesamt zuständigen nach dem Modell des Bundesgerichtshofs oder auch des Supreme Court), dort aber nicht. Dennoch sind die Herausforderungen ähnlich. So geht es bei der Etablierung von einheitlichem (bindendem oder nicht bindendem)

⁴¹⁰ Aktuelle Liste bei *R. Schulze/R. Zimmermann* (Hg.), *Europäisches Privatrecht: Basistexte*, 6. Aufl., 2020, unter II.5.

⁴¹¹ Aber auch andere Übereinkommen sind häufig kommentiert worden, etwa dasjenige über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr; vgl. etwa *K.-H. Thume* (Hg.), *CMR*, 3. Aufl., 2013, mit Liste von Kommentaren und Handbüchern auf S. 1258–1260.

⁴¹² Vgl. etwa die Liste in *U. Magnus*, *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, in: J. v. Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Neubearbeitung 2018, xi f.

⁴¹³ Der bekannteste separat erschienene Kommentar ist *P. Schlechtriem/I. Schwenzer/U. G. Schroeter*, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, 7. Aufl., 2019; von ihm gibt es auch eine englische Ausgabe (4. Aufl., 2016).

⁴¹⁴ *B. Piltz/J. Bredow* (Hg.), *Incoterms 2010*, 2016.

⁴¹⁵ *Michaels*, *Kommentare* (Fn. 382), 395–416.

⁴¹⁶ Zu beiden oben Fn. 269 und unter XI.4., S. 485, 1. Absatz.

⁴¹⁷ Das Folgende nach *Michaels*, *Transnationales Privatrecht* (Fn. 382), 405–407.

Recht immer auch darum (oder sollte jedenfalls darum gehen), unterschiedliche Rechtskulturen zusammenzubringen. Diese unterschiedlichen Rechtskulturen als Grundlage des Einheitsrechts sind von den Kommentatoren offenzulegen und zu reflektieren. Damit verbunden ist das Problem mehrerer Sprachfassungen, das bei der Auslegung eines Regelwerks zu berücksichtigen sein kann. Ebenfalls damit verbunden ist die Notwendigkeit, sich von nationalen Denkgewohnheiten und Systemstrukturen möglichst zu lösen, um dem transnationalen Charakter des kommentierten Rechtstextes gerecht zu werden. Wo es, wie zum UN-Kaufrecht oder zum europäischen Verordnungsrecht, Rechtsprechung gibt, besteht eine Herausforderung darin, nicht nur die Rechtsprechung der Gerichte des eigenen Landes zu berücksichtigen. Auch bei der Rezeption der teilweise überreichen Literatur⁴¹⁸ sollte nationale Befangenheit keine Rolle spielen. Die Entstehungsgeschichte von transnationalen juristischen Texten kann schwieriger zu ermitteln sein als im jeweils gewohnten, nationalen Kontext;⁴¹⁹ und die Ergebnisse eines rechtsvergleichenden Diskurses, die in die Kommentierung einfließen sollten, sind meist auch weniger leicht festzustellen als ein Streitstand im nationalen Recht.

Diese Herausforderungen bewältigen die transnationalen (einschließlich der europäischen) Kommentare in ganz unterschiedlichem Maße. Dabei spielt eine Rolle, ob ein Kommentator in erster Linie die Rechtsanwendung durch die Gerichte einer bestimmten, in der Regel nationalen, juristischen Diskursgemeinschaft im Auge hat. Das ist bei Kommentierungen zum UN-Kaufrecht und zu den EU-Verordnungen vielfach der Fall. Damit verbunden ist dann aber die Gefahr eines Auseinanderstrebens der Diskurse und der auf diesen Diskursen beruhenden Rechtsprechung.

Allgemein lässt sich sagen, dass es vor allem (unmittelbar) anwendbare Texte sind, die kommentiert werden.⁴²⁰ Paradigmatisch deutlich wird das in dem Buch von *Gebauer* und *Wiedmann*, wo Verordnungen nach Art eines klassischen Kommentars Artikel für Artikel kommentiert werden, während Richtlinien zwar abgedruckt und in einer diskursiven Einführung vorgestellt werden, wo sich die Darstellung dann aber – in Form eines Aufsatzes! – auf die umgesetzten Normen des nationalen (in diesem Fall also deutschen) Rechts konzentriert.⁴²¹ Insofern streben die Kommentatoren eine Verbindung von Wissenschaft und Praxis an, wie sie auch für die nationalen Kommentare

⁴¹⁸ Vgl. zum CISG die gut hundert Seiten lange Literaturliste (in Kleindruck) bei *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter*, CISG (Fn. 413), xliii–cxliv.

⁴¹⁹ Vgl. etwa *W. Doralt*, Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts, *RabelsZ* 75 (2011), 260–285, 270 f.; *Kleinschmidt*, *Europäisches Privatrecht* (Fn. 385), 383 f.

⁴²⁰ Diesen Punkt hebt *Kleinschmidt*, *Europäisches Privatrecht* (Fn. 385), 366, 392 hervor.

⁴²¹ *M. Gebauer/T. Wiedmann* (Hg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2. Aufl., 2010. Dieses Beispiel nennt auch *Kleinschmidt*, *Europäisches Privatrecht* (Fn. 385), 371.

in einer Vielzahl von Ländern, meist nach dem Modell des deutschen Rechts, charakteristisch ist oder jedenfalls beabsichtigt wird. Auch als transnationales Diskursmedium wird der der Kommentar vor allem von deutschen Autoren propagiert;⁴²² und wenn er sich international immer stärker durchzusetzen scheint, so bedeutet das sicherlich einen Export deutscher Rechtskultur. Sofern der Kommentar als Diskursmedium international als sachgerecht betrachtet wird, liegt darin nichts Verwerfliches.⁴²³

Kommentare zum transnationalen Privatrecht erfüllen im Prinzip dieselben Funktionen wie Kommentare zum nationalen Privatrecht: Sie dienen als Erläuterungsbuch, Wissensspeicher und Wissensfilter, als Wissensorganisator und Wissensgestalter, und sie bieten ein Forum für Kritik.⁴²⁴ Besonders wichtig ist aber bei transnationalen Texten ihre Konkretisierungs- und Stabilisierungsfunktion. Das gilt vor allem dort, wo es noch keine konkretisierende und stabilisierende Rechtsprechung gibt, und es gilt vor allem deshalb, weil es an einem orientierenden Referenzrahmen fehlt, der im nationalen Recht in der Regel vorhanden ist. Hinzu kommt, dass Kommentare zu transnationalen Rechtstexten einen wichtigen Beitrag zur Legitimierung dieser Referenztexte leisten können. Das gilt natürlich in erster Linie für nicht bindende Texte: Eine Kommentierung durch unabhängige Wissenschaftler verleiht solchen nicht schon durch staatlichen Geltungsbefehl legitimierten Texten eine Aura von Autorität.⁴²⁵

⁴²² Diesen Punkt hebt *Michaels*, *Transnationales Privatrecht* (Fn. 382), 415 besonders hervor.

⁴²³ Vgl. *Calliess*, *Kommentar und Dogmatik* (Fn. 258), 390, aber auch *Kästle-Lamparter*, *Welt der Kommentare* (Fn. 5), 95 f.; *Kleinschmidt*, *Europäisches Privatrecht* (Fn. 385), 375. Allenfalls mag man sich fragen, ob der Kommentar in bestimmten Kontexten tatsächlich der am besten geeignete Literaturtyp ist. So kann man gespannt sein auf die Rezeption des angekündigten umfangreichen Kommentars zum BGB in englischer Sprache. In Deutschland dürfte er keine Rolle spielen, da man sich hier für die praktische Rechtsanwendung auf zahllose Kommentare in deutscher Sprache stützen kann. Ausländischen Juristen hingegen könnte besser gedient sein mit einer zielsprachenorientierten Übersetzung des BGB (dazu im vorliegenden Zusammenhang die Beobachtung von *Michaels*, *Transnationales Privatrecht* [Fn. 382], 408 f.) und mit handbuchartigen Überblicksaufsätzen als mit einer Kommentierung Artikel für Artikel. Weiteres zu dem Punkt, ob die Form der Kommentierung zum transnationalen Privatrecht in jedem Fall wirklich passt, bei *Michaels*, *loc. cit.*, 404.

⁴²⁴ Dazu näher, mit den hier gebotenen Nuancierungen *Michaels*, *Transnationales Privatrecht* (Fn. 382), 409–414.

⁴²⁵ *Jansen*, Rezension Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 408), 1009; *Kästle-Lamparter*, *Welt der Kommentare* (Fn. 5), 98; *Calliess*, *Kommentar und Dogmatik* (Fn. 258), 384–389; *Michaels*, *Transnationales Privatrecht* (Fn. 382), 407, 408, 413 f. Allgemein zur Frage, wie nicht-legislative Texte Autorität gewinnen, *Jansen*, *Making Legal Authority* (Fn. 6), 95–137.

5. „Wissenschaftliche Werke in besonderer Form“

Dafür bietet der Kommentar von *Vogenauer* zu den *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* ein besonders eindrucksvolles Beispiel. Denn dieser Kommentar zielt jedenfalls nicht in erster Linie auf die Rechtsanwendung ab. Die *UNIDROIT Principles* sind kein staatliches Recht; ihre Geltung kann deshalb auch nicht im Wege der Rechtswahl vereinbart werden.⁴²⁶ Staatliche Gerichte und Schiedsgerichte beziehen sich nur gelegentlich auf sie;⁴²⁷ der Auslegung werden ihre Regeln nur selten unterworfen.⁴²⁸ Im Grunde ist der UNIDROIT-Kommentar ein Werk der Wissenschaft über ein Werk der Wissenschaft (wie *Van der Keesels* „Praellectiones“ über *Grotius*’ „Inleiding“ oder *Peter Müller* über *Struve*);⁴²⁹ oder: „ein wissenschaftliches Werk in besonderer Form“.⁴³⁰

Im Übrigen gibt es weitere rein wissenschaftlich ausgerichtete Werke in Kommentarform im Bereich des transnationalen Privatrechts. Zum einen sind seit 2002 drei Bände einer in den Niederlanden initiierten Reihe zu den *Principles of European Contract Law* im Vergleich zum niederländischen, italienischen und deutschen Recht erschienen (wobei der Band zum deutschen Recht auch den vertragsrechtlichen Teil des *Draft Common Frame of Reference* in den Vergleich mit einbezieht).⁴³¹ Diese Bände sind, was das Kommentarformat betrifft, ungewöhnlich insoweit, als als Referenztexte die europäischen Modellregeln und die entsprechenden Vorschriften der jeweiligen nationalen Rechtsordnung dienen; als übergeordnete, den Band strukturierende Referenztexte jedoch die europäischen Modellregeln. Mit der Wahl dieses einheitlichen, europäischen Bezugsrahmens erleichtern die Bände ausländischen Juristen den Zugang zum niederländischen, italienischen und deutschen Recht; gleichzeitig wird damit die europäische Entwicklung an nationale Traditionen rückgekoppelt.⁴³²

⁴²⁶ Art 3 Rom I-Verordnung. Die Parteien können die PICC aber in ihren Vertrag inkorporieren.

⁴²⁷ *S. Vogenauer*, in: ders., PICC (Fn. 406), Introduction Rn. 44–49.

⁴²⁸ *R. Michaels*, in: *Vogenauer*, PICC (Fn. 406), Preamble I Rn. 108–142.

⁴²⁹ Vgl. oben Fn. 17 und 19.

⁴³⁰ *Michaels*, Transnationales Privatrecht (Fn. 382), 415.

⁴³¹ *D. Busch et al.* (Hg.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary*, 2002; *D. Busch et al.* (Hg.), *The Principles of European Contract Law (Part III) and Dutch Law: A Commentary*, 2006; *L. Antonioli/A. Veneziano* (Hg.), *Principles of European Contract Law and Italian Law*, 2005; *S. Leible/M. Lehmann* (Hg.), *European Contract Law and German Law*, 2014. In gewisser Weise ein Parallelprojekt, das aber nicht die Kommentarform wählt, sondern die Form jeweils von zwei Autoren verfasster Essays, ist *G. Dannemann/S. Vogenauer* (Hg.), *The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law*, 2013. Einen Vergleich der Literaturformen im europäischen Privatrecht bietet *Kleinschmidt*, *Europäisches Privatrecht* (Fn. 385), 389–392.

Zum anderen sind im Herbst 2018 die „Commentaries on European Contract Laws“ erschienen.⁴³³ Der zweite Plural in diesem Titel bezieht sich auf die vielen unterschiedlichen Textstufen eines europäischen Vertragsrechts,⁴³⁴ die hier verarbeitet sind (darunter auch die über Europa hinausreichenden transnationalen Texte – wie das *CISG* und seine Vorstufen oder die *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* –, die aber natürlich auch für Europa von erheblicher Bedeutung sind). Der erste Plural nimmt den Titel des Werks von *Sir William Blackstone*⁴³⁵ auf und betont seinen experimentellen Charakter. Im Wesentlichen geht es in den „Commentaries“ um zweierlei.⁴³⁶ Einerseits werden hier die soeben erwähnten Textstufen einem kritischen Vergleich unterzogen, um so in dem Labyrinth der Regelwerke Orientierung zu schaffen.⁴³⁷ Andererseits werden sie aber vor dem rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Hintergrund des europäischen Vertragsrechts analysiert, und damit daraufhin untersucht, ob und inwieweit sie tatsächlich Ausdruck eines „common core“⁴³⁸ desselben sind. Auch darin liegt, wie im Falle der niederländischen Reihe, eine Rückkopplung der europäischen Diskussion an die nationalen Traditionen. Das normale Kommentarformat wird in den „Commentaries“ dahin variiert, dass vor dem eigentlichen Kommentar nicht nur *ein* Text, sondern neben- bzw. untereinander die jeweils wichtigsten Textstufen allesamt abgedruckt werden. Ausgangspunkt ist allerdings für das allgemeine Vertragsrecht der um das Richtlinienrecht erweiterte Text der *Principles of European Contract Law*,⁴³⁹ für das Kaufrecht dienen Regeln aus *CISG*, *DCFR*, Entwurf des *Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts* und Richtlinienrecht als Ausgangspunkt. Die Wahl der Kommentarform begründen die Herausgeber der „Commentaries“ unter anderem damit, dass so ein nuanciertes und detailreicheres Bild des europäischen Vertragsrechts gewonnen werden könne als durch ein Lehrbuch. Damit wird gleichzeitig ein Beitrag zu dessen Stabilisierung geleistet.⁴⁴⁰

⁴³² Den letzteren Punkt betont *Kleinschmidt*, *Europäisches Privatrecht* (Fn. 385), 392.

⁴³³ *N. Jansen/R. Zimmermann* (Hg.), *Commentaries on European Contract Laws*, 2018. Näher dazu, insbesondere auch zu Unterschieden zu klassischen BGB-Kommentaren, *Kleinschmidt*, *Europäisches Privatrecht* (Fn. 385), 386–389. Von der Zusammensetzung seiner Autorenschaft her ist dieses ein deutsches Werk; nicht nur sind die beiden Herausgeber Deutsche, auch alle anderen zwanzig Autoren sind deutschsprachige Akademiker.

⁴³⁴ Dazu oben Fn. 398.

⁴³⁵ Oben Fn. 219.

⁴³⁶ Dazu *N. Jansen/R. Zimmermann*, *General Introduction – European Contract Laws: Foundations, Commentaries, Synthesis*, in: dies., *Commentaries* (Fn. 433), 1–18.

⁴³⁷ *N. Jansen/R. Zimmermann*, *Im Labyrinth der Regelwerke*, *ZEuP* 25 (2017), 761–764.

⁴³⁸ *Lando/Beale*, *PECL I and II* (Fn. 397), xxiv.

⁴³⁹ Vgl. oben Fn. 397.

⁴⁴⁰ *CECL/Jansen/Zimmermann* (Fn. 436), *General Introduction* Rn. 32, 36; dazu auch *Kleinschmidt*, *Europäisches Privatrecht* (Fn. 385), 389.

6. Exkurs: Völkerrecht

Auch das Völkerrecht ist transnationales Recht. Die Tradition der Kommentierung völkerrechtlicher Texte reicht zurück auf die Epoche, als die ersten, autoritativen Texte des neueren, säkularen Natur- und Völkerrechts entstanden, vor allem also *Hugo Grotius*, „De jure belli ac pacis“ (1625). Dieses Werk wurde in der Folgezeit vielfach kommentiert;⁴⁴¹ ebenso wie bei *Grotius*’ „Inleiding“⁴⁴² handelt es sich damit also um die Kommentierung nicht von gesetzlichen Vorschriften, sondern von akademischer Literatur. Andere Autoren verfassten Schriften in der Form von Propositionen, die sie selbst mit Kommentaren versahen; dazu gehören *Christian Wolff* mit seinen Werken „Ius naturae“ (8 Bände, 1740–1748)⁴⁴³ und „Ius gentium methodo scientifica pertractatum“ (1749), aber auch *Immanuel Kant* mit seinem „philosophischen Entwurf“ „Zum ewigen Frieden“ (1795). Im 19. Jahrhundert versuchten sich Autoren wie *Johann Caspar Bluntschli* und *David Dudley Field* an der Aufgabe, die Grundsätze des Völkerrechts „in einer gesetzähnlichen Formulierung“⁴⁴⁴ bzw. als Kodifikationsentwurf,⁴⁴⁵ also regelförmig, niederzulegen; und auch sie versahen diese Regeln mit Kommentaren.

Im Laufe des 20. Jahrhunderts hat sich ein immer dichter werdendes Geflecht von völkerrechtlichen Verträgen etabliert, die insbesondere, sofern sie als universell gedacht sind und damit allen Staaten zur Ratifikation offenstehen,⁴⁴⁶ gut geeignete Referenztexte für Kommentierungen bilden. Derartige Kommentierungen gibt es in großer Fülle,⁴⁴⁷ vor allem in deutscher und englischer, aber auch zum Beispiel in französischer Sprache.⁴⁴⁸ Wiederum handelt es sich um eine Literaturform, die stark von der deutschen Völkerrechtslehre geprägt ist.⁴⁴⁹ Das zeigt sich nicht nur an den deutschsprachigen Kommentaren,⁴⁵⁰ sondern auch daran, dass eine Reihe der großen, auf Englisch verfassten Kommentare von deutsch(sprachigen) Autoren begründet worden sind und herausgegeben werden.⁴⁵¹ Für den englischen Sprachraum populari-

⁴⁴¹ Nachweise bei *Jansen*, Methoden (Fn. 13), 45 f.

⁴⁴² Dazu oben Fn. 15 und 330.

⁴⁴³ Dazu schon oben Fn. 22.

⁴⁴⁴ *J. C. Bluntschli*, Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten, Nördlingen, 1868.

⁴⁴⁵ *D. D. Field*, Draft: Outlines of an International Code, New York, 1872.

⁴⁴⁶ Diesen Punkt hebt *C. Djeffal*, Kommentarpraxis und Kommentarkultur im Völkerrecht: Einheit, Vielheit, Besonderheit, in diesem Band, 417–439 hervor.

⁴⁴⁷ Vgl. den Überblick bei *Djefal*, Völkerrecht (Fn. 446), 422 f., 434–439.

⁴⁴⁸ *J.-P. Cot/M. Forteau/A. Pellet* (Hg.), La Charte des Nations Unies: Commentaire article par article, 2 Bde., 3. Aufl., 2005.

⁴⁴⁹ *Djefal*, Völkerrecht (Fn. 446), 432.

⁴⁵⁰ Zum Beispiel *J. A. Frowein/W. Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., 2009.

⁴⁵¹ Vgl. z. B. *B. Simma et al.* (Hg.), The Charter of the United Nations: A Commentary, 3. Aufl., 2012; *A. Zimmermann/C. J. Tams* (Hg.), The Statute of the International Court of

siert heute insbesondere die Reihe der „Oxford Commentaries on International Law“ (Oxford University Press) die Kommentarform.⁴⁵² Zu den innovativen Kommentarformen gehört ein Konkordanzkommentar, der die Wechselwirkungen zwischen deutschem und europäischem Grundrechtsschutz behandelt.⁴⁵³ Mitunter kommentieren Organe internationaler Organisationen die für ihre Tätigkeit maßgeblichen Normen. So veröffentlicht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte „Guides“, um Praktiker möglichst aktuell und zuverlässig über die eigene Rechtsprechung zu unterrichten.⁴⁵⁴ Von erheblicher Bedeutung für die völkerrechtliche Kommentarpraxis ist zudem die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen,⁴⁵⁵ die nach Art. 20 des Statuts der Völkerrechtskommission gehalten ist, ihre Entwürfe in Form von Artikeln vorzubereiten und der Generalversammlung der Vereinten Nationen mit einem Kommentar vorzulegen. Dieser Kommentar soll enthalten, unter anderem, eine „[a]dequate presentation of precedents and other relevant data, including treaties, judicial decisions and doctrine“.

XV. Bilanz und Ausblick

Das Zwischenfazit unter VIII. bezog sich auf die Kommentare zum Bürgerlichen Recht in Österreich, Deutschland, der Schweiz, Frankreich, Belgien, Italien, den Niederlanden, Spanien und Portugal, also auf kontinentaleuropäische Rechtsordnungen des deutschen und romanischen Rechtskreises. In den Abschnitten IX.–XIV. wurde der Blick geweitet auf eine Reihe von kontinentaleuropäisch geprägten Ländern außerhalb Europas und Transformationsstaaten, auf England und dessen Tochterrechte, auf Mischrechtsordnungen und auf moderne Formen transnationalen Privatrechts. Vieles von dem, was im Zwischenfazit festgehalten wurde, lässt sich einfach fortschreiben. Die deutsche Kommentarkultur ist außerordentlich einflussreich; Kommentare deutschen Musters finden wir in so unterschiedlichen Gegenden der Welt wie Polen, Japan und Brasilien. Aber es gibt auch Kommentare anderen Typs: sehr einfache, der autoritären Kommunikation „von oben nach unten“ die-

Justice: A Commentary, 3. Aufl., 2019; O. Dörr/K. Schmalenbach (Hg.), Vienna Convention on the Law of Treaty: A Commentary, 2. Aufl., 2018; C. Grabenwarter, European Convention on Human Rights: Commentary, 2014.

⁴⁵² Dahin gehören zum Beispiel die soeben erwähnten Kommentare von Simma et al. und von A. Zimmermann/Tams.

⁴⁵³ O. Dörr/R. Grote/T. Marauhn (Hg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2 Bde., 2. Aufl., 2013.

⁴⁵⁴ Vgl. z. B. European Court of Human Rights (Hg.), Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights: Right to life (updated 31 December 2019). Näher zu diesen Guides Djeflal, Völkerrecht (Fn. 446), 427.

⁴⁵⁵ Dazu näher Djeflal, Völkerrecht (Fn. 446), 428–431.

nende ebenso wie rein exegetisch angelegte oder nur auf die Rechtsprechung fokussierte. Es gibt Kommentare, die im Dienst eines Dialogs von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis stehen, und es gibt solche, die in erster Linie wissenschaftliche Ziele verfolgen, indem sie zum Beispiel historisch, historisch-vergleichend oder vergleichend (Kommentare zum ausländischen Privatrecht oder zur vergleichenden Analyse von nationalen Rechtsordnungen und internationalen Modellregeln) orientiert sind.

Vielfach erfüllen Kommentare nur einzelne der eingangs genannten Funktionen, die ein Kommentar eigentlich erfüllen kann; vor allem Kontextualisierung, kritische Reflexion und rechtsdogmatischer Diskurs sind mancherorts so gut wie ausschließlich anderen Literaturformaten überlassen. Rechtsordnungen, die zu derselben Rechtsfamilie gehören, oder von ähnlichen historischen Erfahrungen geprägt sind, können ganz unterschiedliche Kommentarkulturen (oder auch überhaupt keine nennenswerte Kommentarkultur) entwickelt haben: das gilt für Chile im Vergleich zu Argentinien oder Brasilien ebenso wie für Polen im Vergleich zur Russischen Föderation. Es gibt das Phänomen einer Hypertrophie der Kommentarliteratur ebenso wie dasjenige einer ausgesprochenen Dürre; das Ansehen und die Bedeutung von Kommentaren kann von Land zu Land stark variieren; die Grenzlinien zwischen den verschiedenen Literaturtypen können sich auflösen, indem einerseits als Kommentar bezeichnete Bücher in Wahrheit systematische Abhandlungen sind und andererseits „traités“ im Stil von Kommentaren abgefasst werden. Die Kodifikation oder Neukodifikation des Rechts (Argentinien) kann ein Anreiz zur Publikation von Kommentaren sein. Im europäischen Privatrecht finden wir sogar das Phänomen der Kommentierung eines Kodifikationsentwurfs – also eines Rechtsakts, dessen Erlass noch zweifelhaft ist.

Überraschend interessant ist die Betrachtung von England und der vom englischen Recht geprägten Rechtsordnungen. Auch hier findet sich in erheblichem Umfang Gesetzesrecht, teilweise in Form umfassender angelegter Gesetze für bestimmte Bereiche des Privatrechts. Diese Teilkodifikationen werden durchaus kommentiert; doch ist die Anlehnung an den Text vielfach eher locker. Denn einerseits sind die Erläuterungswerke von dem traditionell stark fall- und weniger stark regelorientierten englischen Rechtsdenken geprägt; andererseits müssen sie auf die sehr detaillierte englische Gesetzgebungstechnik Rücksicht nehmen, die eine Orientierung an der Reihenfolge der Vorschriften nicht nahelegt. Kernbereiche des englischen Privatrechts, die nach wie vor auf *common law* beruhen, eignen sich an sich nicht für eine Kommentierung, da Fallrecht keinen hierfür geeigneten Referenztext bildet. Sowohl in England als auch in den USA sind jedoch Formate entwickelt worden, denen sich ohne Weiteres Kommentare hinzufügen lassen. In den USA und neuerdings auch in England sind die *Restatements* für bestimmte Bereiche des Privatrechts, in den USA zudem *Uniform Laws*. In England wird damit im Grunde an die weithin in Vergessenheit geratene Tradition der

Erstellung von „Digests“ angeknüpft. *Restatements, Uniform Laws* und *Digests* werden bzw. wurden publiziert in Form von Regeln oder allgemeinen Propositionen, jeweils unter Hinzufügung von Erläuterungen. Diese Erläuterungen stammen von den Verfassern der Referenztexte selbst; sie bilden damit ein Pendant zu den Kommentaren der Väter von Kodifikationen der „civilian tradition“, von *Bluntschli* und von *Zeiller* bis hin zu *Bevilacqua*. Gerade in England hat es aber auch ein bis weit ins 19. Jahrhundert hinein ausgesprochen einflussreiches Werk im Stil der *Glossa ordinaria* gegeben („Coke’s Commentary upon Littleton“), während ein anderes Grundlagenwerk der englischen Rechtsliteratur des 18. Jahrhunderts die Bezeichnung eines Kommentars nur in seinem Titel trug. In Wahrheit handelt es sich um ein Institutionenlehrbuch, wie wir es auch in den USA, Kanada und Schottland finden (in den USA und Kanada ebenfalls unter dem Titel „Commentaries“).

In England, den USA, Kanada, Schottland und Südafrika übernehmen die Funktion eines Wissensspeichers und Wissensorganisors gewaltige, alphabetisch nach Sachgebieten angeordnete Enzyklopädien (für die in Kanada verwirrenderweise der Begriff „Digest“ verwendet wird – er hat also nichts zu tun mit den *Digests* des englischen Rechts und schon gar nicht mit den römischen Digesten –, in den USA der ebenfalls falsche Assoziationen weckende Begriff des „Corpus Juris (Secundum)“). In Südafrika ist die auf das klassische römisch-holländische Recht zurückreichende Kommentartradition trotz des Eindringens englischen Rechts und Rechtsdenkens nicht vollkommen verloren gegangen; heute gibt es Anzeichen einer (auf anderen Inspirationsquellen beruhenden) Renaissance des Kommentars. Demgegenüber besteht in Schottland keine derartige Tradition, und der Kommentar hat sich hier als akademische Literaturform bis heute nicht etabliert. Im Recht des Staates Israel, das während der Mandatszeit stark vom englischen Recht geprägt war, ist die Tradition jüdischen Rechts lebendig geblieben, die in ganz starkem Maße von Kommentaren (und „Superkommentaren“) geprägt war.

Fragt man abschließend noch einmal danach, wie die ausgesprochen diverse internationale Kommentarlandschaft zu erklären ist, so gibt es eine Vielzahl von Faktoren, die eine Rolle spielen, ohne dass einer von ihnen unverzichtbar wäre. Das gilt für das Bestehen, oder die Erneuerung, einer Privatrechtskodifikation. Die auf einer mittleren Abstraktionsebene angesiedelten Kodifikationen kontinentaleuropäischen Ursprungs sind besonders gut geeignete Referenztexte für eine Kommentierung. Doch gibt es auch Kodifikationen, die diesem Typ entsprechen, gleichwohl aber das Entstehen einer nennenswerten Kommentarliteratur überhaupt nicht, oder über eine lange Zeit hinweg nicht, stimuliert haben (Frankreich, Belgien, Japan, Chile, Quebec). Zudem kann auch *common law* kommentiert werden, sofern es regelförmig niedergelegt wird, etwa in Form von *Restatements*. Der Einfluss deutschen Rechts hat in vielen Ländern die Kommentarkultur geprägt (Schweiz, Italien,

Spanien, Polen, Japan, Brasilien, transnationales Privatrecht);⁴⁵⁶ doch gibt es Länder, die vom deutschem Recht und Rechtsdenken beeinflusst worden sind, ohne eine vergleichbare Kommentarkultur auszubilden (Portugal, Chile; in Japan etablierte sich eine Kommentarkultur nach deutschem Muster kurioserweise zu einer Zeit, als sich der Einfluss des deutschen Rechts abgeschwächt hatte). Im transnationalen Diskurs einflussreich geworden ist aber auch der Literaturtyp des *Restatements* und damit von „comments“ primär exegetischen Charakters; dieser Literaturtyp entstammt dem englischen und US-amerikanischen Recht. Förderlich für das Entstehen von Kommentaren (aber ebenfalls nicht unentbehrlich) ist ein lebendiger Austausch „auf Augenhöhe“ zwischen Wissenschaft und Praxis und die Wertschätzung von Rechtsdogmatik; nicht förderlich ist demgegenüber die mit dem „legal realism“ verbundene Entzauberung von Recht als Gegenstand von Rechtswissenschaft.

Verlage können eine erhebliche Bedeutung für die Verbreitung einer bestimmten Kommentarkultur spielen. Das gilt etwa für C.H. Beck, der den Kommentar deutscher Prägung in Polen populär gemacht hat und der unter der Marke „Beck – Hart – Nomos“ eine Vielzahl von Kommentaren zu ausländischen, europäischen und internationalen Rechtsquellen publiziert hat oder zu publizieren plant. Er leistet damit einen erheblichen Beitrag zum Export nicht von „Recht made in Germany“,⁴⁵⁷ sondern „Rechtswissenschaft made in Germany“. Kommentare dieses Typs werden aber inzwischen auch von dem Flaggschiff des englischen Verlagswesens, Oxford University Press, publiziert, insbesondere (aber nicht nur) im Bereich des Völkerrechts („Oxford Commentaries on International Law“). Die enorme praktische Nützlichkeit derartiger Werke wird deshalb auch im englischen Sprachraum immer deutlicher werden. Allerdings trägt die Konkurrenz von Verlagen auch zu viel beklagten Krisensymptomen im Kommentarwesen bei: zum Erscheinen viel zu vieler Kommentare mit viel zu wenig zusätzlichem Erkenntnisgewinn. Das gilt jedenfalls für Deutschland, wohl aber auch für Österreich, die Schweiz und Polen.

Unsere Zeit wird geprägt von einer zunehmenden Europäisierung und, darüber noch hinausgehend, Globalisierung des Rechts; und dem Kommentar kann in diesen Rahmen eine wichtige Aufgabe als transnationales Diskursmedium zukommen. Dafür erforderlich ist, dass die Funktion des Kommentars als Brückenbauer ernst genommen wird; als Brückenbauer in diesem Fall nicht so sehr zwischen Theorie und Praxis, sondern zwischen verschiedenen Rechtskulturen. Für das europäische Privatrecht bedeutet das zudem die Ver-

⁴⁵⁶ Im 19. Jahrhundert war es die Kommentarkultur der französischen *École de l'exégèse*, die in den Ländern des romanischen Rechtskreises rezipiert wurde; vgl. oben VIII., S. 467, erster Absatz.

⁴⁵⁷ Vgl. die Broschüre „Law – Made in Germany“, inzwischen in dritter Auflage, 2014, die unter anderem von Bundesrechtsanwaltskammer, Bundesnotarkammer und Deutschem Richterbund herausgegeben wird. Dazu etwa H. Kötz, Deutsches Recht und Common Law im Wettbewerb, Anwaltsblatt 2010, 1–7.

bindung von *acquis commun* und *acquis communautaire* als zentralen Elementen eines europäischen Rechtsraums.⁴⁵⁸ Hierfür eignet sich natürlich die Form des systematischen Lehrbuchs („treatise“, „traité“, „trattato“), wie es in Deutschland für das Vertragsrecht *Hein Kötz* vorgelegt hat.⁴⁵⁹ In vielen nationalen Rechtsordnungen findet sich das große systematische Lehrbuch freilich auf dem Rückzug. Möglich ist aber auch der Gebrauch der Kommentarform, weil nicht nur für den *acquis communautaire*, sondern inzwischen auch für den *acquis commun* kommentierungsfähige Texte vorliegen – die freilich erst einmal ihrerseits einer vergleichenden Prüfung zu unterziehen und dann vor dem Hintergrund der Erfahrungen der nationalen Rechtsordnungen Europas zu evaluieren sind.⁴⁶⁰ In gewisser Weise lässt sich sagen, dass damit die Ideen von Kommentar (in der vollen Bedeutung des Wortes)⁴⁶¹ und *Restatement* miteinander verbunden werden.

⁴⁵⁸ Vgl. oben Fn. 383.

⁴⁵⁹ *H. Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., 2015; englische Ausgabe unter dem Titel *European Contract Law*, 2. Aufl., 2017. Für das Deliktsrecht vgl. *C. v. Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. 1, 1996; Bd. 2, 1999; englische Übersetzung unter dem Titel *The Common European Law of Torts*, Bd. 1, 1998; Bd. 2, 2000; *C. van Dam*, *European Tort Law*, 2. Aufl., 2013. Zum Sachenrecht *C. v. Bar*, Gemeineuropäisches Sachenrecht, Bd. 1, 2015; Bd. 2, 2019.

⁴⁶⁰ Vgl. oben S. 512.

⁴⁶¹ Oben Text zu Fn. 23, S. 446.