

Eine Grenze in Bewegung:  
Private und öffentliche Konfliktlösung im Handels- und Seerecht  
Une frontière mouvante:  
Justice privée et justice publique en matières commerciales et maritimes



# Schriften des Historischen Kollegs

Herausgegeben von Andreas Wirsching

Kolloquien

81

R. Oldenbourg Verlag München 2013

Eine Grenze in Bewegung:  
Private und öffentliche Konfliktlösung  
im Handels- und Seerecht

Une frontière mouvante:  
Justice privée et justice publique en  
matières commerciales et maritimes

Herausgegeben von  
Albrecht Cordes und Serge Dauchy  
unter Mitarbeit von  
Andreas Karg und Anika Auer

R. Oldenbourg Verlag München 2013

Schriften des Historischen Kollegs  
herausgegeben von  
Andreas Wirsching  
in Verbindung mit  
Georg Brun, Peter Funke, Hans-Werner Hahn,  
Karl-Heinz Hoffmann, Martin Jehne, Susanne Lepsius, Claudia Märkl,  
Helmut Neuhaus, Martin Schulze Wessel und Gerrit Walther

Das Historische Kolleg fördert im Bereich der historisch orientierten Wissenschaften Gelehrte, die sich durch herausragende Leistungen in Forschung und Lehre ausgewiesen haben. Es vergibt zu diesem Zweck jährlich bis zu drei Forschungsstipendien und zwei Förderstipendien sowie alle drei Jahre den „Preis des Historischen Kollegs“.

Die Forschungsstipendien, deren Verleihung zugleich eine Auszeichnung für die bisherigen Leistungen darstellt, sollen den berufenen Wissenschaftlern während eines Kollegjahres die Möglichkeit bieten, frei von anderen Verpflichtungen eine größere Arbeit abzuschließen. Professor Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.) war – zusammen mit Prof. Dr. Jörg Fisch (Zürich), Prof. Dr. Georg Schmidt (Jena), Dr. Jan Plamper (Berlin) und PD Dr. Martin Wrede (Gießen) – Stipendiat des Historischen Kollegs im Kollegjahr 2007/2008. Den Obliegenheiten der Stipendiaten gemäß hat Albrecht Cordes aus seinem Arbeitsbereich gemeinsam mit Prof. Dr. Serge Dauchy (Lille) ein Kolloquium zum Thema „La résolution des conflits en matière de commerce terrestre et maritime“ vom 01. bis 03. Mai 2008 in Roscoff, Frankreich gehalten. Das Kolloquium wurde organisiert mit Unterstützung der Mission de recherche „Droit et justice“ und dem Centre d’Histoire Judiciaire (CNRS – Lille 2). Die Ergebnisse des Kolloquiums werden in diesem Band veröffentlicht.

Das Historische Kolleg wird seit dem Kollegjahr 2000/2001 – im Sinne einer „public private partnership“ – in seiner Grundausstattung vom Freistaat Bayern finanziert, die Mittel für die Stipendien stellen gegenwärtig die Fritz Thyssen Stiftung, der Stiftungsfonds Deutsche Bank, die Gerda Henkel Stiftung und der Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft zur Verfügung. Träger des Historischen Kollegs, das vom Stiftungsfonds Deutsche Bank und vom Stifterverband errichtet und zunächst allein finanziert wurde, ist die „Stiftung zur Förderung der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften und des Historischen Kollegs“.

Die Drucklegung des Bandes wurde finanziert vom Frankfurter LOEWE-Schwerpunkt „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“ und vom Lehrstuhl für mittelalterliche und neuere Rechtsgeschichte und für Zivilrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt a. M.

historischeskolleg.de  
Kaulbachstraße 15, D-80539 München  
Tel.: +49(0)89 2866 3860 Fax: +49(0)89 2866 3863  
Email: elisabeth.mueller-luckner@historischeskolleg.de

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

© 2013 Oldenbourg Wissenschaftsverlag GmbH, München  
Rosenheimer Straße 145, D-81671 München  
Internet: [oldenbourg.de](http://oldenbourg.de)

Das Werk einschließlich aller Abbildungen ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Bearbeitung in elektronischen Systemen.

**Umschlagbild:** Karavelle auf der Fassade der Pfarrkirche Notre-Dame de Croas-Batz in Roscoff/Bretagne (15./16. Jh.). Fotografie: Jacques Mossot ([www.structurae.de](http://www.structurae.de))

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier (chlorfrei gebleicht)

Satz: Schmucker-digital, Feldkirchen b. München  
Druck und Bindung: Memminger MedienCentrum, Memmingen  
ISBN 978-3-486-71799-0

# Inhalt

<i>Albrecht Cordes/Serge Dauchy</i> Vorwort .....	VII
Verzeichnis der Tagungsteilnehmer .....	XI
<i>Jean Hilaire</i> La résolution des conflits en matière de commerce à travers les archives du Parlement au XIII <sup>e</sup> siècle .....	1
<i>Stephen E. Sachs</i> Conflict Resolution at a Medieval English Fair .....	19
<i>Albrecht Cordes</i> Die Erwartungen mittelalterlicher Kaufleute an Gerichtsverfahren: Hansische Privilegien als Indikator .....	39
<i>Alain Wijffels</i> International Trade Disputes and ius commune: Legal Arguments on the 'Gdańsk Issue' during the Hanseatic Embassy to London in 1553 .....	65
<i>Anja Amend-Traut</i> Brüder unter sich: Die Handelsgesellschaft Brentano vor Gericht. Elemente privater Konfliktlösung im Reichskammergerichtsprozess .....	91
<i>Karl-Otto Scherner</i> Formen der Konfliktlösung im Handels- und Seerecht in Nürnberg, Hamburg und Leipzig zwischen 1500 und 1800 .....	117
<i>Pierrick Pourchasse</i> Le naufrage, un événement conflictuel au XVIII <sup>e</sup> siècle: L'exemple de l'Amirauté de Cornouaille .....	141
<i>Christian Pfister-Langanay</i> Mer et droit à Dunkerque ou l'impossible conciliation (XVII <sup>e</sup> –XIX <sup>e</sup> siècles) .....	155

*Thierry Hamon*

Le contentieux du commerce des toiles, du tribunal des manufactures au tribunal de commerce: L'exemple de Quintin (XVIII<sup>e</sup>–XIX<sup>e</sup> siècles) . . . . . 177

*Silvia Marzagalli*

Les modalités de règlement des conflits commerciaux entre la France et les Etats-Unis au tournant du XIX<sup>e</sup> siècle: Un révélateur du fonctionnement des réseaux marchands . . . . . 207

*Peter Oestmann*

Seehandelsrechtliche Streitigkeiten vor dem Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820–1848) . . . . . 221

*Ulrike Müßig*

Handelsrecht durch Höchstgerichtsbarkeit: Die Entstehung des Bundes- bzw. Reichsoberhandelsgerichts . . . . . 265

*Estelle Rothweiler née Réhault*

La résolution des conflits en droit maritime: Le choix entre une transaction amiable, un arbitrage ou du contentieux illustré au travers l'abordage de la 'Ville de Victoria' (1886–1889) . . . . . 293

*Florent Garnier*

La résolution des conflits commerciaux d'après les conférences régionales des juges consulaires: L'exemple de la 1<sup>ère</sup> conférence régionale de Riom en 1899 . . . . . 307

*Louis Pablow*

Konfliktprävention durch Vertrag: Geistiges Eigentum und internationaler Handel um 1900 . . . . . 327

*Christian Borde*

Les deux rêves du commerce maritime au premier XX<sup>e</sup> siècle. Arbitrage social et commercial chez les Armateurs de France (1891–1950) . . . . . 345

Kurzbiografien der Autoren . . . . . 363

## Vorwort

Die in diesem Band vorgelegten Aufsätze sind die überarbeiteten Fassungen von Vorträgen, die am 1. und 2. Mai 2008 auf der Tagung „*La résolution des conflits en matière de commerce terrestre et maritime*“ in Roscoff/Bretagne gehalten wurden. Diese Tagung haben das *Centre d'Histoire Judiciaire* (CHJ) in Lille und das *Historische Kolleg* München gemeinsam veranstaltet; die Kooperation ergab sich, weil die beiden Herausgeber zunächst unabhängig voneinander thematisch sehr eng verwandte Kolloquien zur Geschichte der Konfliktlösung im Handelsrecht und unter Kaufleuten veranstalten wollten. Für Serge Dauchy war dies die sechste und letzte Konferenz im Rahmen des von der *Mission de recherche „Droit et justice“* des französischen Justizministeriums geförderten und finanzierten Zyklus „*La résolution des conflits. Justice publique et Justice privée: une frontière mouvante*“. Für Albrecht Cordes handelte es sich um das im Rahmen seines Forschungsstipendiums beim *Historischen Kolleg* im akademischen Jahr 2007/08 veranstaltete Kolloquium. Statt getrennt voneinander zwei Veranstaltungen durchzuführen, die sich thematisch und personell zu einem guten Teil überschneiden hätten, haben sich die Herausgeber mit freundlicher Zustimmung der Geldgeber entschlossen, ihre Bemühungen auf diese Weise zu fusionieren.

Den idealen äußeren Rahmen bot die *Station Biologique* des CNRS und der *Université Pierre et Marie Curie* (Paris VI) in Roscoff, dem Fähr-, Fischerei und Korsarenhafen an der bretonischen Nordküste. Der *Genius loci* lud dazu ein, im Rahmen des handelsrechtlichen Generalthemas einen besonderen Akzent auf das Seehandelsrecht zu legen. Die Referate wurden auf Französisch, Deutsch oder Englisch gehalten. Dem in Roscoff durch Simultanübersetzungen sichergestellten Dialog über die Sprachgrenzen hinweg dienen in diesem Band die Kurzfassungen jeweils in den beiden Sprachen, derer sich der Referent nicht bedient hat.

Für die Verzögerung der Druckfassung trägt der deutsche Mitherausgeber die alleinige Verantwortung. Es gibt aber einen Zusammenhang zwischen dieser Verzögerung und den Bedingungen heutigen wissenschaftlichen Arbeitens, denn die immer zahlreicher werdenden Berichts-, Begutachtungs- und Evaluationspflichten und die immer energischer eingeforderten Bemühungen um die Einwerbung von Drittmitteln absorbieren einen zunehmenden Teil der Arbeitskraft der Wissenschaftler, so dass entsprechend weniger Zeit für die eigene wissenschaftliche Arbeit übrig bleibt. Umso größer ist die Freude, den Band heute endlich der Öffentlichkeit präsentieren zu können.

Für die Organisation der Tagung in Roscoff gebührt Frau Dr. Sarah Castelain und der ganzen Mannschaft von Helfern des CHJ unser herzlicher Dank, für die

redaktionelle Bearbeitung sind wir Frau Maria Caterina Arnali Klink, Frau Anika Auer, M.A. und Herrn Andreas Karg, M.A., alle Frankfurt a.M., und den von ihnen angeleiteten Hilfskräften des Lehrstuhls Cordes zu großem Dank verpflichtet.

Die Herausgeber

## Avant-propos

Les contributions réunies dans ce volume constituent la version retravaillée des communications présentées lors du colloque « *La résolution des conflits en matière de commerce terrestre et maritime* » qui s'est tenu à Roscoff/Bretagne les 1<sup>er</sup> et 2 mai 2008. Ce colloque fut organisé conjointement par le *Centre d'Histoire Judiciaire* de Lille et le *Historische Kolleg* de Munich, une collaboration née avant tout de la volonté des deux éditeurs, à l'origine totalement indépendante l'un de l'autre, d'organiser des journées d'étude dédiées à la problématique de « la résolution des conflits entre marchands en matière de droit commercial ». Pour Serge Dauchy, les journées de Roscoff constituaient la sixième et dernière conférence du cycle « *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée: une frontière mouvante* », cycle soutenu et financé par la *Mission de recherche « Droit et justice »* du Ministère de la justice. Pour Albrecht Cordes, ces journées représentaient le colloque scientifique préparé dans le cadre d'une bourse de recherche obtenue du *Historische Kolleg* de Munich au cours de l'année universitaire 2007–2008. Plutôt que d'organiser deux manifestations scientifiques dont les thématiques se recouperaient nécessairement et qui feraient appel aux mêmes spécialistes, nous avons convenu, avec l'aimable autorisation des partenaires financiers, de joindre ainsi nos efforts et nos compétences.

La *station biologique* du CNRS et de l'*Université Pierre et Marie Curie* (Paris VI) à Roscoff, port de pêche et cité corsaire du Finistère nord, fournissait un cadre idéal pour nos travaux. Le *genius loci* nous invitait tout naturellement, dans le cadre du thème général du droit commercial, à mettre l'accent sur le commerce et le droit maritimes. A Roscoff, la barrière de la langue avait pu être surmontée, et le dialogue favorisé, grâce au recours à la traduction simultanée. Nous avons donc décidé, dans le même esprit, de fournir dans le présent volume un bref résumé dans les deux langues autres que celle utilisée par chaque auteur.

Le co-éditeur allemand assume l'entière responsabilité du retard de la publication. Il existe toutefois un lien entre ce retard et les contraintes actuelles de l'activité scientifique qui comporte, comme nous le savons tous, de plus en plus d'obligations d'ordre administratif: rapports, expertises et évaluations de toute sorte.

Quant aux efforts qu'il convient aujourd'hui de déployer pour obtenir des financements, ils absorbent également une part de plus en plus importante du temps et de l'énergie des chercheurs. Il nous reste donc finalement peu de temps à consacrer au travail scientifique proprement dit. Notre joie est dès lors d'autant plus grande de pouvoir enfin présenter les actes publiés.

Nous adressons nos remerciements les plus chaleureux à Mme Sarah Castelain de Lille pour l'organisation matérielle de la rencontre de Roscoff et à Mmes. Maria Caterina Arnaldi Klink et Anika Auer et M. Andreas Karg de Francfort pour le travail éditorial, ainsi qu'aux assistants de la Chaire Cordes et à l'ensemble des collaborateurs du CHJ.

Les éditeurs



## Verzeichnis der Tagungsteilnehmer

- Anja Amend-Traut, Professorin für Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte, Kirchenrecht und Bürgerliches Recht, Universität Würzburg, anja.amend-traut@uni-wuerzburg.de
- Christian Borde, Maître de Conférences à l'Université du Littoral – Côte d'Opale (Boulogne-sur-mer, Pas de Calais), christian.borde@univ-littoral.fr
- Albrecht Cordes, Professor für mittelalterliche und neuere Rechtsgeschichte und für Zivilrecht, Universität Frankfurt a. M., cordes@jur.uni-frankfurt.de
- Serge Dauchy, Directeur du Centre d'Histoire Judiciaire, Université de Lille, serge.dauchy@univ-lille2.fr
- Florent Garnier, Professeur d'histoire du droit à l'Université d'Auvergne Clermont I, Florent.garnier@u-clermont1.fr
- Thierry Hamon, Maître de Conférences, Directeur de l'Antenne délocalisée de la Faculté de Droit à Saint-Brieuc, Université de Rennes 1, hamon.th@wanadoo.fr
- Jean Hilaire, Professeur émérite de l'Université de Paris II, jeanyveshilaire@numericable.fr
- Carsten Jahnke, Professor für Geschichte, Universität Kopenhagen, jahnke@hum.ku.dk
- Silvia Marzagalli, Professeur d'histoire moderne à l' Université de Nice Sophia Antipolis et directrice du Centre de la Méditerranée Moderne et Contemporaine, Silvia.MARZAGALLI@unice.fr
- Ulrike Müßig, Professorin für Rechtsgeschichte und Zivilrecht, Universität Passau, umuessig@uni-passau.de
- Peter Oestmann, Professor für Rechtsgeschichte und Zivilrecht, Universität Münster, germkan@uni-muenster.de
- Louis Pahlow, Professor für Zivilrecht und Neuere Rechtsgeschichte, Universität Frankfurt a. M., pahlow@jur.uni-frankfurt.de
- Christian Pfister-Langanay, Maître de Conférences à l'Université du Littoral – Côte d'Opale (Boulogne-sur-mer, Pas de Calais), bernard-h@wanadoo.fr
- Pierrick Pourchasse, Maître de Conférences d'histoire moderne à l'Université de Brest, pierrick.pourchasse@univ-brest.fr
- Estelle Rothweiler née Réhault, Maître de Conférences à l'Université de Strasbourg, erehault@hotmail.com
- Stephen E. Sachs, Assistant Professor of Law, Duke University School of Law, sachs@law.duke.edu
- Karl-Otto Scherner, Professor emeritus für Rechtsgeschichte und Zivilrecht, Universität Mannheim, emaet@t-online.de
- Alain Wijffels, Professor für Rechtsgeschichte und Vergleichende Rechtswissenschaft an der Université catholique de Louvain, Alain.Wijffels@uclouvain.be



*Jean Hilaire*

## La résolution des conflits en matière de commerce à travers les archives du Parlement au XIII<sup>e</sup> siècle

Les premières archives du Parlement, les registres d'*Olim* (1254–1318), ne se situent plus vraiment au temps de la *Révolution commerciale* du début du second millénaire chère aux historiens mais dans celui de l'épanouissement du commerce au XIII<sup>e</sup> siècle et même en un temps déjà proche de la dépression qui pointe après 1315 avec le conflit franco-anglais. On peut cependant considérer que si les marchands continuaient par leurs activités à créer des besoins juridiques inédits, ils constituaient encore à cette époque des groupes sociaux en voie d'organisation, se créant dans la diversité leurs propres usages; par là, les marchands se trouvaient toujours globalement face à un problème d'intégration. D'un côté en effet le monde de la marchandise était inévitablement à la recherche d'une reconnaissance de la spécificité économique et juridique de son activité à côté des traditions les plus anciennes de la société féodale. D'un autre côté, à cette époque ce processus d'évolution économique ne pouvait demeurer sans impliquer immédiatement les puissances publiques. Tout particulièrement, au dessus des pouvoirs seigneuriaux l'affirmation de plus en plus forte de la royauté capétienne imposait l'autorité de la *curia regis* en tant que la plus haute juridiction tandis que cette dernière offrait en même temps à travers ses décisions le spectre le plus large du contentieux suscité par les affaires du commerce dans l'ensemble du royaume.

Comme les historiens l'ont souvent souligné, la société féodale et son économie traditionnelle de subsistance ne constituaient pas un environnement très favorable aux activités d'échange marchand. La base du monde féodal était rurale en effet et cette société était organisée depuis le haut Moyen Age pour produire ce qui était nécessaire à sa survie quasiment en dehors de toute considération de rendement et en marge du circuit monétaire; dans ce cadre le système reposait sur tout un réseau de privilèges et d'usages souvent opposés aux activités d'échange marchand. Au contraire ces dernières ne supposaient pas seulement l'encadrement et la sécurité des transactions mais également le développement du crédit et l'apprentissage de ses techniques. De plus, cette organisation publique très compartimentée avec, entre autres, de multiples péages pénalisait les déplacements pour des marchands que leurs affaires appelaient nécessairement à voyager en transportant à la fois marchandises et espèces ou lettres de change; de même encore, l'insécurité avait certes diminué depuis le XI<sup>e</sup> siècle à la suite de regroupements féodaux en puissantes sei-

gneuries mais elle n'en demeurait pas moins très réelle. Il y avait divergence parfois jusqu'à la confrontation entre les deux types d'activité économique, l'un et l'autre appelaient l'intérêt et la protection des puissances publiques; mais celles-ci étaient en quelque sorte partagées entre l'appât de la fiscalité et la recherche d'un équilibre entre les groupes sociaux.

Dès lors l'intérêt de la source judiciaire que représentent les archives du Parlement durant cette période de près de trois quarts de siècle, les *Olim*, est précisément de nous introduire dans ce processus à travers la montée en puissance de la royauté, au moment où l'affirmation de son autorité dans tout le royaume attire à sa cour un vaste contentieux de nature économique. Non seulement, par le jeu des appels, des affaires remontent à la cour depuis l'ensemble des pays qui relèvent de l'obédience capétienne, mais une part importante de ce contentieux pose des questions qui dépassent les limites des intérêts particuliers en présence. La cour devait alors les aborder dans le cadre de la justice suprême fondée sur la souveraineté royale. Or jusqu'à la fin de son règne saint Louis par sa présence fréquente en personne parmi ses conseillers avait marqué la cour de sa personnalité.

Ainsi pour évaluer la résolution des conflits en matière de commerce terrestre à travers la jurisprudence du Parlement il importe de préciser d'abord le cadre processuel à travers lequel la cour du roi était appelée à intervenir (« Le cadre processuel de résolution des conflits »). Ainsi s'éclairent les aspects essentiels du contentieux dans lequel le commerce était directement impliqué pour faire apparaître l'esprit de cette jurisprudence (« L'esprit de la jurisprudence du parlement dans la résolution des conflits »).

## Le cadre processuel de résolution des conflits

Le cadre processuel de la résolution du contentieux impliquant le commerce terrestre était complexe au Moyen Âge. Un réseau de juridictions proprement commerciales ne devait apparaître en effet qu'au XVI<sup>e</sup> siècle lorsque la royauté en créa un à partir du modèle de l'édit de 1563 organisant la juridiction consulaire de Paris. Au XIII<sup>e</sup> siècle au contraire il n'y avait que deux grandes institutions spécifiques pour le contentieux entre marchands: la juridiction de la Hanse des marchands de l'eau à Paris et surtout la juridiction des foires de Champagne et de Brie. En dehors de ces deux juridictions le contentieux marchand réglé en justice ne pouvait qu'être traité par la voie ordinaire. A partir des décisions des juridictions quelles qu'elles soient ce contentieux pouvait toujours aboutir en appel devant le Parlement. Enfin rappelons également que certains personnages ou institutions pouvaient saisir le roi directement, en Parlement, *omisso medio*.

La Hanse des marchands de l'eau, d'abord, était une association privilégiée d'entrepreneurs de transport par eau qui a constitué le premier noyau de la municipalité parisienne comprenant le prévôt des marchands et quatre échevins qui se réunissaient au Parloir aux Bourgeois. La municipalité avait sa juridiction tenue

par le prévôt des marchands avec compétence pour tout ce qui touchait les privilèges commerciaux de la Hanse et plus largement pour tous les privilèges concédés aux bourgeois parisiens. De plus la municipalité était propriétaire d'un important domaine foncier sur lequel elle exerçait la basse justice. La question a été autrefois posée de connaître l'étendue véritable de sa compétence. Selon Olivier Martin dans ces limites la juridiction de la municipalité aurait alors joué le rôle de juridiction arbitrale pour un contentieux entre bourgeois de la ville; de plus le Parloir aux Bourgeois faisait autorité en matière d'usages parisiens et il était souvent consulté à ce sujet par la juridiction du prévôt de Paris sise au Châtelet comme le montre le recueil des *Sentences du Parloir aux Bourgeois*. Mais la juridiction du prévôt des marchands n'aurait pas exercé une véritable juridiction contentieuse<sup>1</sup>.

A vrai dire la Hanse des marchands de l'eau apparaît peu dans les registres d'*Olim* qui permettent cependant de verser au dossier quelques éléments non pas inédits mais guère exploités jusqu'ici. Ainsi une décision de la *curia regis* de 1263 montre en effet des bourgeois de Paris agissant contre un marchand espagnol qui, selon eux, violait les privilèges de la Hanse en faisant transiter des marchandises diverses (dont des figuiers) par la Seine entre Melun et Paris sans être associé à un marchand parisien. Or ils font effectuer la saisie du bateau et des marchandises, au nom du roi et au leur, par un sergent du Prévôt de Paris. Il semblerait donc qu'ils aient dû en quelque sorte passer par l'intermédiaire du prévôt de Paris installé au Châtelet pour faire saisir des marchandises en dehors du cercle des membres de la Hanse; mais, en fait, ils avaient peut-être suscité cette intervention du côté de Saint Cloud parce que ce lieu était situé dans le ressort d'une juridiction royale<sup>2</sup>.

Une recension d'une décision de 1318, plus développée comme d'ailleurs toutes celles du début du XIV<sup>e</sup> siècle, permet de saisir sur le vif les risques juridiques de ces opérations de transport de vins à travers les trafics d'intermédiaires suscités par les privilèges de la Hanse. Un marchand de Beauvais avait acheté du vin à Paris en place de Grève à un marchand parisien. Ce dernier lui ayant rappelé les privilèges de la Hanse pour le transport des vins l'acquéreur demanda des garanties et le vendeur l'assura que le vin vendu appartenait à un bourgeois affilié à la Hanse, qu'il pouvait sans crainte et sans risque le faire transporter sur la Seine, qu'en cas de danger lui, le vendeur, se chargerait de le dédommager. Or le prévôt des marchands avait fait saisir le vin et l'avait posé sous sa main; mais à l'audience le vendeur, appelé en garantie, avait fait défaut et le prévôt avait décidé que les biens saisis étaient acquis à la marchandise de l'eau. L'acquéreur s'était alors retourné con-

<sup>1</sup> Olivier Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. 1 (Paris 1922) 77-78.

<sup>2</sup> Olim, I, 572, XIV, 1263: «[...] cives parisienses fecerunt navem ipsius et mercandisiam arrestata tanquam commissam domino regi et ipsis per quemdam servientem prepositi parisiensis». L'affaire s'était d'ailleurs compliquée parce que l'intervention ayant lieu du côté de Saint Cloud le long d'un chemin dont la justice appartenait au roi, les gens de l'évêque de Paris s'étaient livrés à une rescousse prétendant que la justice du lieu appartenait à leur maître. Après de nombreux débats l'évêque a fini par payer l'amende et reconnaître la saisine du roi sur la justice du chemin en présence de l'archidiaque et de l'official, d'un côté, et de plusieurs membres du conseil du roi, de l'autre côté.

tre son vendeur en le citant devant le prévôt de Paris qui décida au vu de toute la procédure précédente que l'acquéreur avait bien prouvé son *intentio* et condamna le vendeur à restituer le prix des vins saisis. Le vendeur fit alors appel au Parlement qui décida au contraire que le prévôt avait mal jugé et que la condamnation prononcée ne serait pas exécutée<sup>3</sup>. D'une part, le dispositif de l'arrêt ne comportant aucune motivation il est simplement possible d'en retenir que les arguments de l'acquéreur décrivant de manière claire et habile des manœuvres dolosives n'ont cependant pas convaincu le Parlement. D'autre part, à travers cet arrêt qui semble reprendre avec précision tous les éléments du dossier on retrouve les degrés de juridiction que pouvait franchir un marchand à Paris, à partir de la compétence du prévôt des marchands de l'eau puis en appel devant le prévôt de Paris et enfin au Parlement.

Si la compétence *ratione loci* de la juridiction du prévôt des marchands de l'eau était limitée, à l'occasion du transport des vins manifestement très actif sur la Seine était soulevé un autre problème, celui de la compétence *ratione materiae* de la Hanse à raison du commerce; le Parlement a été appelé à se prononcer sur ce point. Ainsi en 1264 les hommes de Cormeille qui faisaient transiter leurs vins par la Seine vers la Normandie se plaignaient que les bourgeois de Paris entendaient les faire confisquer au nom du roi et en leur nom propre. Ils affirmaient que ces vins avaient été récoltés dans leurs propres vignes et qu'eux-mêmes étaient en saine de faire circuler librement les vins de leur production par cette voie sans être associés à un marchand de Paris même non affilié à la Hanse. Les bourgeois prétendaient au contraire qu'entre les mains des gens de Cormeille ces vins devaient être considérés comme une marchandise. Les parties ayant prié la cour de se prononcer sur la question de principe, celle-ci «hinc inde propositis plenius intellectis» a jugé «quod vina hujusmodi non erant mercatura sive mercandisia»<sup>4</sup>. Cette décision reposait implicitement sur la distinction entre la production pour vendre, spécialement venant d'un particulier ou d'un artisan, et l'achat pour revendre qui sera considéré comme acte de commerce. La compétence de la juridiction de la Hanse était ainsi délimitée et cette jurisprudence fut encore précisée dans la recension d'une décision de la cour datée de 1277: en effet ordre fut alors donné au prévôt des marchands parisiens de faire restituer à un marchand de Gascogne la taxe levée sur les vins que ce dernier faisait transiter par la Seine sans être lui-même affilié à la Hanse, cela précisément parce qu'il s'agissait des vins de sa propre pro-

<sup>3</sup> Olim, III<sup>2</sup>, 1252, 1318: le transport de vin venant: «[...] ad cognitionem prepositi mercatorum aque parisiensium idem prepositus mercatorum fecit dicta vina arrestari et in manu sua poni vocavitque super hoc dictum Symonem [acquéreur] coram se dicendo contra ipsum quod dicta vina erant commissa et ad mercaturam aque parensem acquisita ratione consuetudinis antedictae cum ipse Symonem non esset hanseatus nec dicta vina fecisset transvehi in societate hominis hanseati nec emisset ea a cive parisiensi hansato [...]».

<sup>4</sup> Olim, I, 597, 12, 1264: les hommes de Cormeille affirmaient: «[...] cum hujusmodi vina sua de propriis vineis suis collecta nec sint nec dici debeant mercatura cum etiam ipsi sint et fuerint in possessione pacifica ducendi taliter propria vina sua absque societate mercatoris parisiensis et etiam non ansati [...]» ce que les bourgeois niaient formellement.

duction<sup>5</sup>. D'une part, à partir de cette distinction le parlement en arrivait à sanctionner ce qui devenait alors un abus de la juridiction de la Hanse dont la compétence paraissait ainsi précisée et étroitement limitée. D'autre part, la jurisprudence du Parlement annonçant par là un futur concept d'acte de commerce apportait une réponse de principe à une question qui allait être encore agitée au XVIII<sup>e</sup> siècle.

À l'inverse de la Hanse parisienne la juridiction des foires de Champagne était, comme l'on sait, une institution puissante aux compétences très étendues sur la base essentiellement du *conduit de foire* et pour l'exécution des engagements pris sous le sceau de la juridiction des foires<sup>6</sup>. Le développement de cette juridiction avait été largement déterminé par l'intervention très inspirée de la puissance publique, en l'occurrence le comte de Champagne. Le privilège sans doute le plus ancien accordé par le comte, était ce conduit de foire qui plaçait les marchands qui s'y rendaient, corps et biens, sous la protection du seigneur lequel s'obligeait à les indemniser à bref délai des éventuels dommages subis durant le voyage. Dès 1174 en effet des officiers nommés par le comte avaient été chargés de la *Garde des foires*, conservateurs des privilèges conférés aux foires, avec des pouvoirs de police et de justice. Cette juridiction était itinérante suivant les foires de ville en ville, avait une large compétence et une procédure sommaire et accélérée<sup>7</sup>. En fait la juridiction des foires n'est parvenue à son complet développement que dans la seconde moitié du XIII<sup>e</sup> siècle précisément au moment où on la voit apparaître dans notre source des *Olim*, disposant alors de tout un personnel d'auxiliaires de justice, clerks rédacteurs d'actes et sergents jurés dont le rôle d'huissier les conduisait jusqu'en Italie, aux Pays-Bas ou en Angleterre.

L'activité de la juridiction des Gardes des foires de Champagne est perceptible à travers les décisions du Parlement rendues sur appel ou directement à partir d'une supplique. Cette jurisprudence permet d'abord de suivre le règlement des conflits

<sup>5</sup> Olim, II, 93, XXIII, 1277 : « [...] Preceptum fuit preposito mercatorum parisiensium ut ipsi restituerent cuidam mercatori de Wasconia [...] sexaginta solidos [...] quos ab ipso levaverant pro eo quod non erat hansatus parisiensis ».

<sup>6</sup> Les foires de Champagne et de Brie se succédaient en un cycle annuel sur les quatre villes de Troyes, Bar-sur-Aube, Lagny et Provins. Chacune de ces foires comprenait échanges des produits et règlements au comptant et à terme. Vers le milieu du XIII<sup>e</sup> siècle l'activité financière prenait le pas sur le commerce et les foires devenaient surtout un marché international des espèces et du change.

<sup>7</sup> La compétence était très large *ratione materiae* (violation du conduit de foire; litiges concernant les obligations contractées en foire sous le sceau de la juridiction) et *ratione personae* (strictement limitée aux personnes couvertes par le conduit de foire). Quant à la procédure elle ne comportait qu'un ajournement bref, écartait les exceptions dilatoires et l'effet suspensif de l'appel qui devait d'ailleurs être interjeté immédiatement après la sentence. Le système des preuves reposait sur le serment et l'écrit. Enfin cette procédure était marquée surtout par la rigueur de l'exécution. Les débiteurs de foire étaient en effet obligés tacitement corps et biens. Ils sont déclarés « fuitifs de foire » (fugitifs) en cas d'absence et l'exécution est alors poursuivie auprès de la juridiction où se trouve le fugitif et dont il relève ou de celui où se trouvent ses biens. S'il fallait agir auprès d'une juridiction hors des terres comtales, les Gardes utilisaient un puissant moyen de pression, la « défense des foires » qui emportait interdiction de venir commercer aux foires à tous les ressortissants de la juridiction refusant de faire droit aux requêtes des Gardes, forme particulière du droit de représailles.

nés de l'exécution des engagements pris en foire et de suivre également les difficultés rencontrées dans le fonctionnement du conduit de foire. Or elle fait apparaître en même temps le rôle de protecteur des coutumes et de la juridiction des foires de Champagne dans lequel s'est ainsi installé le Parlement. De plus les appels concernant des sentences de cette juridiction deviennent surtout nombreux au début du XIV<sup>e</sup> siècle au moment d'ailleurs où les recensions des actes du Parlement sont sinon plus précises, du moins plus développées.

En ce qui concerne le règlement des engagements pris aux foires un arrêt de 1282 offre un excellent exemple du contentieux lié à l'activité financière des foires à cette époque. Un marchand qui s'était porté caution avec ses associés à l'égard du comte de Champagne pour des changeurs aux foires de Champagne devenus « fugitifs » c'est-à-dire faillis, demandait que tous les biens de ces derniers soient attribués à lui-même et à ses associés pour leur permettre de se libérer de cet important cautionnement vis-à-vis du comte; celui-ci avait réclamé un engagement écrit du demandeur pour la somme de 2.100 livres tournois. L'affaire traînant devant la cour de Champagne les parties, les cautions et le comte, s'étaient accordées pour remettre le procès à la cour du roi afin d'en terminer. L'arrêt du Parlement rendu après une diligente instruction du procès dispose que tous les biens des faillis, ceux qui avaient été saisis par le comte ou ses agents comme tous les autres biens où qu'ils se trouvent, seront remis aux cautions pour éteindre la dette. L'éventuel reliquat après liquidation des biens et extinction des engagements des débiteurs sera remis au comte<sup>8</sup>. Il ressort du dispositif de l'arrêt que l'affaire avait suscité de laborieux débats, *altercationes*, devant la cour de Champagne parce que l'administration comtale entendait s'en tenir au strict engagement des cautions sans leur permettre de se dédommager sur les biens des faillis qu'elle avait déjà saisis.

Un autre arrêt du Parlement en 1306 vient encore éclairer les problèmes d'exécution des engagements pris en foire, *de corpore nundinarum*. Devant la juridiction des foires un seigneur et son épouse avaient introduit une action pour faire annuler la vente des biens de débiteurs défaillants effectuée par un tiers à la demande des Gardes pour éteindre des dettes contractées aux foires; ils demandaient que ces biens leur soient attribués. On peut supposer qu'ils devaient être eux-mêmes créanciers à hauteur de la valeur de ces biens pour engager une telle action; les Gardes ont cependant rejeté la demande, maintenant ainsi le privilège attaché aux obligations contractées sous les rigueurs de leur juridiction; sur appel de cette sentence le Parlement a décidé qu'ils avaient bien jugé et que le jugement devait être exécuté<sup>9</sup>. La même orientation reparait également dans la jurisprudence de la cour

<sup>8</sup> Olim, II, 214, XXXVIII, 1282: «[...] bona omnia dictorum fugitivorum que per dictum comitem vel mandatum suum capta fuerunt vel saisita et omnia alia bona eorundem fugitivorum ubicumque poterunt inveniri tradi et assignari debere prefato R. pro se et sociis suis ad conservandos eos indempnes de fidejussione predicta [...] idem R. et fidejussores dati a dicto Renerio dicto comiti vel mandato suo pro duabus millibus et centum libris de quibus dixit R. resaisierat mandatum dicti comitis per unam cyrotecam a dicta obligatione et fidejussione remanebunt liberi et immunes ».

<sup>9</sup> Olim, III<sup>1</sup>, 200, XXII, 1306.

quelques années plus tard en 1309 pour maintenir formellement la rigueur des usages des foires champenoises. La maison d'un débiteur en foire avait été vendue à la demande des Gardes à un pelletier mais le débiteur défaillant demandait devant le prévôt de Paris l'annulation de la vente, arguant de la grâce dont il devait bénéficier en raison de sa présence à l'armée de Flandre; il avait eu gain de cause au Châtelet mais en appel le Parlement a décidé que le prévôt avait mal jugé<sup>10</sup>.

La force de la juridiction des foires venait aussi de la possibilité d'appuyer les demandes adressées par les Gardes auprès des autres juridictions pour l'exécution de leurs sentences par de fortes pressions. Comme l'on sait la procédure de *defensa des foires* entraînait l'exercice de repréailles sur tous les marchands justiciables des juridictions défaillantes. Ainsi en voit-on apparaître la menace dans une cause d'appel en Parlement de 1306 impliquant le bayle du roi de Majorque à Montpellier. Des marchands de Clermont avaient en effet demandé aux Gardes des foires d'enregistrer une *sentencia seu defensia* rendue contre la communauté des marchands et des hommes relevant du bayle parce que ce dernier avait été négligent et défaillant dans l'exécution d'un mandat des Gardes à l'égard de débiteurs montpelliérains défaillants pour des engagements pris aux foires. Le bayle de son côté se défendait en affirmant avoir toujours été diligent dans l'exécution des mandats délivrés par les Gardes<sup>11</sup>. Ces derniers avaient néanmoins accordé l'enregistrement de la défense mais en appel le Parlement a décidé que les Gardes avaient mal jugé. Il reste que cet arrêt souligne le poids de la procédure de défense des foires; l'argumentation du procureur du bayle montre, parce que cette procédure engageait de gros intérêts, que les autres juges en dehors du ressort redoutaient l'accusation de négligence à l'égard des demandes qui leur étaient adressées par la juridiction des foires. On peut d'ailleurs suivre dans les *Olim* le mécanisme de l'exécution des obligations aux foires en dehors de la juridiction, à Paris, à travers une procédure rapportée par un arrêt de 1312 où un *exécuteur des lettres des foires de Champagne*, apparemment un agent des Gardes, intervenait auprès de la prévôté de Paris au Châtelet pour veiller à leur exécution dans le ressort<sup>12</sup>. Ainsi avait-il fait condamner par le prévôt un débiteur défaillant et en appel le Parlement avait confirmé la sentence.

A travers toutes ces décisions le Parlement se montre donc rigoureux dans la mise en pratique des privilèges de la juridiction des foires de Champagne. De manière générale dans sa jurisprudence il apparaît véritablement en défenseur des coutumes des foires tout particulièrement dans une série d'actes de l'année 1318 où il confirme des sentences des Gardes appuyées sur les coutumes des foires<sup>13</sup>. A

<sup>10</sup> Olim, III<sup>1</sup>, 395, VI, 1309.

<sup>11</sup> Olim, III<sup>1</sup>, 216, XLVII, 1306: «[...] dicto bajulo in contrarium asserente se semper esse et fuisse in executione dictorum mandatorum diligentem et multis aliis rationibus proponente dictam inhibitionem seu defensam non tenere nec registrarari [...]».

<sup>12</sup> Olim, III<sup>1</sup>, 709, LXXII, 1311: «Lite mota coram preposito parisiensi inter Gefrinum Alemmani executorem litterarum nundinarum Campanie in prepositura parisiensi et ejus ressorto ex una parte [...]».

<sup>13</sup> Olim, III<sup>2</sup>, 1264, XLVII, 1318: «[...] secundum notoriam dictarum nundinarum consuetu-

cette occasion il exerçait un contrôle effectif de la juridiction à travers les causes d'appel et avec le relais des Grands Jours de Troyes; un arrêt de 1310 montre d'ailleurs que l'on pouvait encore faire appel d'une décision des maîtres des Grands Jours qui avait confirmé une sentence des Gardes<sup>14</sup>. Peut-être parce que ce type de recours aurait pu devenir plus fréquent, au cours de l'année 1318 le Parlement rappelait même qu'il n'admettait le recours devant lui contre une décision des Grands Jours sur appel d'une sentence des Gardes que de manière exceptionnelle, *de gracia speciali*<sup>15</sup>.

La diversité des recours exercés au Parlement montre encore ce dernier dans ce rôle protecteur chaque fois que sa jurisprudence tend à maintenir la juridiction des foires dans l'esprit de défense des intérêts des marchands. Le Parlement est ainsi amené à sanctionner aussi bien les interventions excessives d'agents royaux au service de la juridiction. Un arrêt de 1299 innocent un marchand qui avait emporté deux draps *furtive* des foires de Provins et était poursuivi par les Gardes des foires apparemment sur dénonciation. Il avait reconnu les faits devant une juridiction de Montlaur tandis que sur mandat des Gardes le sénéchal de Beaucaire l'avait poursuivi, banni avec saisie de ses biens placés sous la main du roi après inventaire; il avait également été emprisonné. En appel devant le Parlement l'enquête a fait apparaître son innocence et la cour a alors prononcé l'annulation des différentes procédures et décidé la restitution *sine difficultate* de ses biens<sup>16</sup>.

Ensuite le Parlement entend réprimer sans ménagement les fraudes par fausses déclarations dans les contrats. D'un côté, les *Olim* contiennent le commandement fait aux baillis et maîtres des foires de Champagne, en 1290, de ne pas délivrer de lettres conférant la force d'obligation contractée en foire à des contrats passés en dehors; de même ne devaient-ils pas reconnaître de valeur obligatoire à des lettres de ce genre quand il apparaissait manifestement que les contrats concernés n'avaient pas été contractés en foire<sup>17</sup>. Les conseillers du Parlement entendent ainsi conserver la rigueur formelle et tendent à éliminer même l'hypothèse d'une simple erreur. D'un autre côté, en 1304 une fraude de ce genre destinée à faire attacher indument à un contrat la valeur d'obligation des foires de Champagne ayant été

dinem [...]» avait plaidé le demandeur et les Gardes s'y réfèrent également: «[...] dicti vero custodes [...] certificative de consuetudine predicta per suum iudicium pronunciaverunt quod secundum dictarum nundinarum consuetudinem [...]».

<sup>14</sup> Olim, III<sup>1</sup>, 615, CVIII, 1310: «[...] per curie nostre iudicium dictum fuit predictos custodes et magistros bene iudicasse [...]».

<sup>15</sup> Olim, III<sup>2</sup>, 1289, LXVII, 1318: appel est interjeté au Parlement à Paris d'une décision des Grands Jours confirmant une sentence des Gardes des foires «[...] auditis igitur in parlamento nostro dictis partibus et magistris predictis super iudicato predicto et ejus confirmatione non ratione appellationis predicte cum eandem non admiserimus sed de speciali gracia [...] fuit dictum predictos magistros bene iudicasse [...]».

<sup>16</sup> Olim, III<sup>1</sup>, 36, XLVIII, 1299.

<sup>17</sup> Olim, II, 303, XIV, 1290: «Preceptum fuit omnibus ballivis et magistris nundinarum campanie quod de contractibus initis extra nundinas non dent litteras sicut de corpore nundinarum nec justiciant obligatos per tales litteras sicut de corpore nundinarum etiam si per errorem essent vel scierent postquam contractus non esset celebratus in nundinis [...]».

avouée durant la procédure devant la cour, celle-ci en tire toutes les conséquences en condamnant en outre l'auteur à une amende au roi de 200 livres tournois *pour servir d'exemple*<sup>18</sup>. On pourrait en déduire alors que ce genre de fraude n'était peut-être pas rare et, en tout cas, que le Parlement entendait par une ferme répression protéger les marchands à travers la puissance de la juridiction des foires.

À l'exécution des obligations contractées en foire, s'ajoute enfin le contentieux né du conduit de foire. Ainsi en 1296 alors que des marchands vénitiens avaient été victimes de vols effectués par des voituriers milanais les gardes des foires avaient délivré une défense de foire contre laquelle il était fait appel au Parlement; ayant examiné toutes les procédures ce dernier décidait qu'il n'avait trouvé aucune cause d'annulation de cette défense<sup>19</sup>. En 1306 un lombard, Renaud Bouche Noire, introduit une action contre les agents du roi parce que marchand transportant, depuis les foires de Champagne jusque dans son pays, des draps plus une forte somme pour ses dépenses, les gardes des ports dans le bailliage de Mâcon avaient confisqué cet argent. Les gens du roi affirment au contraire qu'ils avaient effectué la commise parce qu'il n'était pas un marchand mais un usurier avéré qui voulait faire sortir du royaume ces sommes d'argent malgré la prohibition royale; au surplus passer par le port n'était pas accoutumé et devenait suspect. L'enquête ayant montré que ce lombard était bien marchand et non pas usurier le Parlement ordonne la restitution de la somme<sup>20</sup>.

En dehors des compétences de ces deux grandes juridictions, pour le contentieux en matière de commerce terrestre il n'y avait guère d'autre voie que les juridictions ordinaires avec toujours la possibilité de multiples degrés d'appel avant d'aboutir au Parlement. Cela n'écartait pas, en principe, la voie de l'arbitrage; mais alors que la matière civile a donné lieu dans les *Olim* à des appels de décisions arbitrales en matière civile, en particulier dans des affaires de succession, aucun appel d'une décision arbitrale sur un contentieux entre marchands n'apparaît dans cette source.

## L'esprit de la jurisprudence du parlement dans la résolution des conflits

Il convient d'abord de rappeler que le contentieux affectant le commerce terrestre ne se limitait pas aux seules affaires de contestations entre marchands. Les féodaux et les communautés urbaines ou même rurales étaient en effet parties prenantes en matière de péages, de foires et de marchés, de prix de certaines denrées, de protec-

<sup>18</sup> Olim, II, 470, V, 1304.

<sup>19</sup> Olim, II, 411, XXIII, 1296: « Cum custodes nundinarum Campanie pro quadam roberia facta mercatoribus Venecensibus per quosdam vecturarios mediolanenses in conductu nundinarum contra mediolanorum defensionem dedissent a qua defensione ad nostrum curiam appellaverant [...] »

<sup>20</sup> Olim, III<sup>1</sup>, 189, VI, 1309.

tion des marchands dans leurs déplacements vers les foires etc. Il en résultait que ce contentieux était très étendu non seulement par son objet mais également par la grande diversité des acteurs. En effet dans le principe les affaires, quelle qu'en soit la nature, arrivaient devant la cour du roi en appel de juridictions inférieures, royales ou seigneuriales et de tous les points du royaume. Mais il y avait aussi des possibilités de saisir directement la cour et la constatation s'impose que, du moins en apparence, la voie d'appel n'était pas la plus fréquente en ce qui concernait le contentieux suscité par les activités commerciales et tout ce qui entourait les intérêts des marchands. Or, de ce point de vue, de nombreux grands seigneurs laïcs et tous les prélats et abbés, avaient le privilège de saisir la *curia regis* directement, *omisso medio*. Les villes pouvaient de leur côté saisir également le roi soit par privilège notamment aux termes de chartes concédées par le roi, soit par *supplicatio* toutefois si toute autre voie de droit leur était fermée. Un contentieux très important portant sur l'exercice du commerce terrestre pouvait ainsi être soulevé sinon en dehors du commerce lui-même, du moins en dehors d'une affaire entre marchands.

En effet on ne saurait trop souligner en premier lieu que l'activité marchande entraînait souvent en conflit avec l'activité économique traditionnelle dont les usages tendaient très fréquemment à se situer en dehors du circuit monétaire dans lequel au contraire s'insérait l'échange marchand. Un épisode exemplaire de conflit entre agriculteurs et marchands apparaît dans les *Olim* à l'extrême fin du règne de saint Louis à propos des droits d'usages dans les forêts domaniales. En 1270 les hommes de Bois le Roi, de Samois et de villages des alentours de la forêt de Bière, qui avaient des droits d'usage dans cette forêt pour faire paître leurs porcs se plaignaient des marchands et du forestier royal qui avaient saisi indûment plusieurs milliers des bêtes de ces hommes pour y placer les leurs en très grand nombre. Déjà du temps du roi Louis ou de la reine Blanche, le roi avait fait repousser les porcs des marchands hors de la forêt et brûler les cabanes que les marchands y avaient construites. Cependant les marchands avaient recommencé, passant même entre eux une entente pour percevoir une certaine somme sur chaque homme venant faire paître ses porcs. Les marchands opposaient qu'ils avaient autrefois acheté le droit de faire paître (*panasge*) leurs porcs à travers toute la forêt et les paysans avaient si terrorisé leurs bêtes qu'ils en avaient perdu une centaine. L'enquête a prouvé que les marchands n'avaient pas le droit de *pasnage* mais seulement un droit de passage pour leurs bêtes et la cour a alors décidé que les demandeurs seraient indemnisés, le bailli étant chargé d'enquêter sur les dommages exacts et d'assurer l'indemnisation<sup>21</sup>.

Inversement la cour du roi veille à protéger les marchands des excès de la féodalité. Ainsi cette protection est particulièrement utile et sollicitée pour la sécurité durant leurs déplacements, aller et retour, vers les foires qui sont nombreuses en dehors des foires de Champagne. La cour étend ici un système analogue à celui des foires champenoises à partir du conduit de foire. Un arrêt de 1265 nous en rap-

<sup>21</sup> Olim, I, 359, I, 1270.

porte le processus en détail. Des marchands de Barbezieux avaient été victimes d'un vol du fait d'Olivier de Chalais, chevalier, homme lige du comte d'Angoulême, et cela sur les terres de ce dernier. La cour avait ordonné au comte d'assurer les restitutions. Il avait alors poursuivi le seigneur de la Roche pour qu'il s'en charge, les marchands ayant été victimes du vol en venant à sa foire ou sur le chemin du retour. Le seigneur de la Roche opposait que le comte l'avait déjà poursuivi pour cette affaire devant la cour qui l'avait absous, ajoutant que le vol avait eu lieu dans la ville de Blanzac où il ne possédait pas de péage. Un record de cour confirmait ses dires et il fut à nouveau absous tandis qu'il était ordonné au comte d'Angoulême de lui restituer les objets saisis sur lui à propos de cette affaire. En revanche le comte devait assurer les dédommagements aux marchands sur les revenus de la terre de l'auteur du vol, Olivier de Chalais; si nécessaire pour y pourvoir il devait vendre la terre de ce dernier qui était dans sa mouvance<sup>22</sup>. Ainsi la cour en suivant l'argumentation du seigneur de la Roche semble bien lier la responsabilité du conduit de foire à la possession d'un péage sur le chemin emprunté par les marchands. Plus encore, en 1268 la cour condamne un féodal, Boso *de Bordelia*, à indemniser des marchands de Nontron sur la terre de la vicomtesse de Limoges; il les avait détroussés et retenus longtemps alors qu'ils étaient sous la protection du roi « in conductu et securitate regis »<sup>23</sup>. Enfin dans un arrêt de peu postérieur la cour lui impose également de s'engager solennellement en séance de Parlement par *asseurement* envers eux et d'autres marchands de cette ville<sup>24</sup>. En revanche les marchands ne sauraient échapper aux péages sans titre valable tels deux marchands qui perdent leur cause en Parlement face au maire et à la commune de Chaumont en 1306<sup>25</sup>; la cour met fin aux malversations de sergents des fermiers des péages de Péronne et de Bapaume qui détournaient autour d'Amiens à leur profit, et sans doute à bon compte pour les usagers, le trafic commercial avec la Flandre<sup>26</sup>.

Les marchands portent aussi jusqu'au Parlement leurs plaintes contre la fiscalité urbaine, en particulier en 1312 les marchands des pays d'Agenais, de Quercy et d'Albigeois agissent contre les représentants de la municipalité de Bordeaux. Au temps de la guerre de Gascogne, la ville étant sous la main du roi, ce dernier leur

<sup>22</sup> Olim, I, 640, XIV, 1265: « Cum per curiam preceptum fuisset comiti Engolismensi quod dampna data quibusdam mercatoribus de Berbezillo ab Olivero de Chalesio milite homine suo ligio et in foedis ipsius comitis eisdem redderet vel reddi faceret et dictus comes ad dampna hujusmodi restituenda compelleret dominum de Ruppe et quod dicti mercatores disrobati fuerant veniendo ad feriam ipsius domini de Ruppe seu inde redeundo sicut idem comes dicebat, idem dominus de Ruppe accedens ad dominum regem proposuit quod [...] per curiam fuit super hoc absolutus addiciens quod in dicta villa de Blanzac in qua fuerant disrobati non habebat pedagium [...] ».

<sup>23</sup> Olim, I, 279, IX, 1268.

<sup>24</sup> Olim, I, 735, XXVIII, 1268: « Boso de Bordelia miles de mandato curie in hoc parlamento [...] assecuravit in plena curia de se et de suis jus faciendo, Aymericum Rosardi, Aymericum Canhet, Stephanum Petri, Heliam Bruchot, Heliam Gasquet, Raymundum Bosonis et Stephanum Bonemigue, mercatores de Nontronio, in terra vicecomitis Lemovicensis ».

<sup>25</sup> Olim, III<sup>1</sup>, 159, IV, 1306.

<sup>26</sup> Olim, III<sup>1</sup>, 535, XXXIV, 1310.

avait permis de lever une taxe (*constuma* appelée, dit le texte, en langue courante *mala-tolta*) pour mettre la ville en état de défense, taxe portant sur les blés, les vins et autres marchandises transitant par là, par terre ou par voie d'eau; mais la ville avait maintenu cette fiscalité après la guerre bien que le privilège n'ait plus de raison d'être et les marchands réclamaient non seulement la suppression des taxes mais le remboursement des sommes prélevées indûment. Les marchands obtiennent gain de cause, la cour veillant en outre à la correcte évaluation des dommages qu'ils ont subis<sup>27</sup>.

Le processus de résolution des conflits nés de ce contentieux suscité par l'activité commerciale largement entendue, dès lors qu'il intervenait sous l'autorité royale prenait dans certains cas une importance considérable. Parmi les arrêts de la juridiction suprême il faut en effet faire une place à part à certaines décisions parce qu'elles ont été prises à propos d'un conflit nés d'une opposition entre intérêts particuliers mais dont la source dépassait largement ce cadre et concernait l'intérêt général. La cour était alors amenée à se placer dans cette perspective au moment de décider.

Déjà à l'occasion d'affaires particulières la cour du roi rappelait – et même paraissait poser – des principes généraux en matière économique tel que celui de l'autorisation royale pour créer un marché ou une foire, établir un péage, émettre de la monnaie malgré l'existence de privilèges reconnus, ce qui marquait une forte reprise en main par le pouvoir royal. Or la cour en arrive aussi à saisir l'occasion d'un contentieux commercial d'importance économique certaine, voire considérable, pour procéder à un véritable règlement de portée générale dans l'intérêt commun.

Un premier exemple de conflits d'un très grand intérêt pour le commerce est bien celui des péages. En 1667, le contentieux entre le maire et les jurés de Pontoise, d'un côté, et les marchands entre Seine et Garenne, d'un autre côté, est tranché par la *curia regis*. Les gens de Pontoise prétendaient percevoir un péage en vertu d'une charte royale et après de longs débats la décision de la cour paraît bien être une sorte de règlement de la perception du péage sur la navigation tout spécialement entre Pontoise, Meulan et Mantes. Les termes même du dispositif de l'arrêt évoquent en quelque sorte un règlement négocié avec les parties: « enfin, après de multiples discussions entre les parties, ce qu'elles ont voulu proposer ayant été entendu et compris, l'affaire ayant été délibérée en conseil, la cour a décidé en la forme suivante que [...] »<sup>28</sup>. Suit un texte qui précise méticuleusement les conditions de perception du péage.

<sup>27</sup> Olim, III<sup>2</sup>, 794, LXXIX, 1312: « [...] per curie nostre iudicium dictum fuit quod dicti burdegalenses dictam impositionem injuste levaverunt et quod ipsi factum hujusmodi nobis emendabunt et dictis mercatoribus reddent ex integro quecumque ipsi de mercaturis eorum levaverunt post revocationem et prohibitionem predictas ac dampna super hoc eis illata de quibus vocatis partibus poterit de plano constare quodque curia nostra dictum privilegium tanquam invalidum retinebit ».

<sup>28</sup> Olim, I, 675, XXII, 1267: « Cum questio diu ventilata fuisset in hac curia inter majorem et pares Pontisare ex una parte, et mercatores de inter Secanam et Garennam quos dicti major et

Autre sujet de conflit, l'utilisation des halles ou la construction d'une nouvelle halle du fait des problèmes de concurrence réglés là encore dans le cadre judiciaire en Parlement. En 1282 le contentieux entre les bouchers de Sens et ceux de Nailly, village voisin, est réglé par le Parlement qui, ayant examiné la charte des bouchers de Sens, décide que les bouchers de Nailly pourront vendre chaque jour de la semaine dans la nouvelle halle de Sens pour la part leur revenant et le samedi pour une plus petite *costuma* (taxe) que les autres jours en raison de la franchise qu'ils avaient précédemment aux portes de la ville<sup>29</sup>. En 1285 le prieur du couvent de saint Pierre d'Abbeville introduit au Parlement une action contre les lieutenants du roi d'Angleterre qui par novelleté font vendre des draps de laine dans la halle d'Abbeville deux jours par semaine au lieu du seul jour de marché au grand préjudice de l'abbé et du couvent qui tiraient profit de la vente des draps dans les maisons des bourgeois. La cour décide que cette novelleté devra cesser, le bailli étant chargé d'y contraindre les gens du roi d'Angleterre<sup>30</sup>. On pourrait retenir encore le règlement concernant la concurrence autour de la halle des marchands drapiers de Paris entre ces derniers et ceux de saint Denis qui avait l'habitude de venir vendre leurs draps en un lieu proche de cette halle. En effet les gens du roi au Châtelet s'y étaient déjà opposés et les drapiers de saint Denis avaient eu gain de cause mais le prévôt avait à nouveau interdit cette pratique. La cour décide que les gens du Châtelet devront lever l'empêchement qu'ils y ont mis tout en veillant cependant à ce que les drapiers de saint Denis ne suscitent pas en ce lieu un « *impedimentum nocivum et non permissibile* »<sup>31</sup>.

Le Parlement est amené en 1283 à interpréter les accords passés entre les marchands de Nîmes et le roi pour régler les problèmes de concurrence entre eux et les marchands de Montpellier. La cour en se référant aux usages du temps où avaient été passées ces conventions rappelle que selon ce texte les marchands nîmois ne peuvent aller vendre leurs marchandises à Montpellier. En revanche ils peuvent aller dans cette ville pour y acheter des marchandises et les rapporter à Nîmes; ainsi en sera-t-il de même pour les marchands montpelliérains qui pourront seulement aller acheter à Nîmes<sup>32</sup>.

L'approvisionnement en pain dans la ville était également une question redondante devant le Parlement. Elle apparaissait dès les premières années de notre source, soulevait de sérieux conflits entre boulangers et mettait en cause les intérêts des diverses puissances publiques intéressées tant pour la fiscalité qui y était afférente que pour l'équilibre social et l'ordre public. En 1260 était en cause à Senlis l'approvisionnement de la ville en pains de petit prix, soit 1 denier. Or les bou-

pires dicebant esse reddicionarios et consuetudinarios de Pontisara secundum cartam regis Philippi inde confectam [...] Tandem post multas altercationes parcium auditis et intellectis que partes proponere voluerunt deliberato consilio de contentione hujusmodi ordinatum fuit per curiam in hunc modum videlicet [...]».

<sup>29</sup> Olim, II, 202, XVIII, 1282.

<sup>30</sup> Olim, II, 251, XIV, 1285.

<sup>31</sup> Olim, II, 502, I, 1309.

<sup>32</sup> Olim, II, 233, XX, 1283.

langers, particulièrement ceux des villages à l'entour, préféraient offrir à la vente des pains de 3 ou 4 deniers. Au nom du bien commun le maire et les jurés de Senlis avaient alors pris un règlement interdisant la fabrication, et par voie de conséquence la vente, de pains au-delà de 1 denier. L'évêque de Senlis, gérant son temporel en tant que seigneur, demandait à la *curia regis* l'annulation de ce règlement au titre du dommage qui lui était causé du fait que ses manants avaient l'habitude de porter à la ville des pains de plus grosse valeur. Or la cour a suivi l'argument d'intérêt général de défense de ce que l'on appelait le *menu peuple* et a rejeté l'argument de l'évêque<sup>33</sup>. Or en 1266, à Pontoise devant le même problème d'approvisionnement de la ville en « petit pain », c'est-à-dire à petit prix, le maire et les pairs (la municipalité) demandent au contraire que la liberté d'approvisionnement depuis l'extérieur soit assurée pour le pain comme pour les autres marchandises. Ils développent une argumentation très serrée dirigée en fait contre les boulangers de la ville: la population de leur ville croît rapidement alors qu'il n'y a aucune banalité de moulin et de four; une enquête sur la question leur a déjà été favorable et ils ont pour eux le droit commun; plus encore la charte royale octroyée aux boulangers de la ville ne s'oppose pas à la liberté de ce commerce. Les boulangers s'efforcent, quant à eux, de préserver leur privilège corporatif, ajoutant même que cette concurrence venue de l'extérieur ne leur permettrait plus de payer la considérable redevance annuelle qui est la contrepartie de leur privilège. La cour cependant retient que cette charte contient un *jus quasi iniquum* et qu'elle doit être interprétée strictement; elle fait donc droit à la demande des bourgeois de Pontoise et décide, en fait en faisant plier l'intérêt particulier devant l'intérêt général, de laisser jouer la loi du marché face à la corporation en ajoutant simplement une restriction pour éviter les fraudes<sup>34</sup>.

Autre exemple, le maire et les échevins de Saint Omer agissent en 1279 par la voie judiciaire, à la cour du roi, contre le comte de Flandre qui a ordonné la limitation de la préparation et de la commercialisation des *allecs* (petits poissons pêchés dans la mer du Nord) au port de Gravelines à leur préjudice et à l'encontre de l'utilité publique et demandent l'intervention royale pour faire lever cette réglementation. Le procureur du comte oppose que son maître se devait d'agir ainsi parce que c'était utile et conforme à la raison, allusion assez claire à l'intérêt public auquel le prince doit être attentif. Le Parlement n'en décide pas moins que ce règlement doit être annulé et que les marchands de Saint Omer pourront librement exercer ce commerce.

Enfin le dossier des relations de Rouen avec la royauté est le plus important peut-être ici par ses aspects économiques. Les bourgeois de Rouen percevaient un péage sur le déchargement et la vente des vins au titre de leur charte concédée par Philippe Auguste en 1207 et ils avaient eu gain de cause à la cour du roi en 1260 à l'encontre des établissements ecclésiastiques qui prétendaient s'en exonérer aux

<sup>33</sup> Olim, I, 472, XIII, 1260.

<sup>34</sup> Olim, I, 659, I, 1266.

termes de leurs propres chartes royales<sup>35</sup>. Or un arrêt de 1293 rappelle qu'agressant les gens de l'Echiquier de Normandie (la cour de justice royale la plus élevée dans la province et héritée de la domination anglaise) lors d'une séance, les bourgeois avaient conduit la royauté à venger l'affront en plaçant la ville sous sa main, lui retirant sa commune; surtout en supprimant les taxes et péages que les bourgeois rouennais levaient sur la circulation des marchandises sur la Seine le roi les privaient de profits considérables. Or la mesure était aussi présentée comme prise par le roi *pro publica utilitate regni sui*. C'était placer sous le signe de l'intérêt général l'abolition, de fait, d'entraves à la liberté du commerce par le plus grand port du royaume et une libre ouverture de Paris sur la mer. Mais, précise cet arrêt de 1293, le roi venait d'assouplir sa position et de décider d'accéder aux demandes des bourgeois de Rouen en leur restituant leur commune tout en maintenant la liberté de circulation sur la Seine pour tous les marchands du royaume<sup>36</sup>. Puis, un peu plus tard, les bourgeois avaient même réussi à obtenir du roi le rétablissement de leurs privilèges fiscaux leur permettant de lever les anciens péages. Mais l'affaire devait rebondir en 1315. Cette fois en effet c'est la pression des bourgeois de Paris qui a poussé la royauté à prendre conscience de l'enjeu économique considérable. L'affaire est rondement menée; l'on fait même siéger le Parlement hors session sur ce dossier. La rescision de l'arrêt, très circonstanciée de ce point de vue, met les tergiversations royales sur le compte d'une information insuffisante. La discussion en assemblée des conseillers a fait apparaître que l'énormité du préjudice subi par la chose publique dans l'ensemble du royaume du fait du rétablissement des péages n'était pas alors prévisible. Le Parlement après examen de tous les titres présentés par les rouennais n'en décide pas moins le rétablissement de la complète liberté de circulation des marchands et des marchandises sur la Seine<sup>37</sup>.

La première conclusion est que si les plus anciens registres du Parlement de Paris, les *Olim*, offrent une source volumineuse d'autant plus importante pour le XIII<sup>e</sup> siècle qu'elle présente le contentieux concernant le commerce terrestre au niveau juridictionnel le plus élevé, en revanche une faible part de ce contentieux concerne des opérations commerciales proprement dites, et même le crédit, entre marchands. Le contraste est net alors avec les causes en matière civile qui montrent que l'on ira s'il le faut jusqu'en Parlement pour des affaires de très moyenne importance. Mais alors il n'y aurait pas lieu de s'étonner qu'entre marchands on évalue mieux, c'est-à-dire d'abord d'un point de vue économique, les risques de la procédure et que l'on s'y décide que s'il y a de sérieuses chances de gain. D'une manière générale cependant on risque fort d'en rester sur ce point aux conjectures faute de preuves d'un tel processus hors du cadre judiciaire.

La seconde conclusion est que la plus grande partie de ce contentieux impliquant le commerce terrestre dans les *Olim* a été suscitée par l'environnement dans lequel devait se développer l'activité marchande à ce moment là. En fait, dans le

<sup>35</sup> *Olim*, I, 484, I, 1260.

<sup>36</sup> *Olim*, II, 356, XIV, 1293.

<sup>37</sup> *Olim*, II, 622, XII, 1315.

large contentieux concernant la matière économique dans son ensemble que la *curia regis* puis le Parlement ont été amenés à examiner et à juger, une part importante était suscitée par les relations complexes nées de la confrontation entre économie de subsistance et économie d'échanges marchands comme par le développement d'un commerce international. C'est pourquoi il y est beaucoup plus question de foires et marchés ou de péages que d'obligations et lettres de change.

Dernière conclusion, dans la résolution de ce contentieux l'esprit de la jurisprudence de la cour du roi était d'abord d'équité, d'équilibre entre le respect des droits passés en coutume ou des privilèges dans la société médiévale et la protection des marchands et du commerce, ou encore à un autre point de vue, dans la lutte contre les abus de quelque côté qu'ils viennent. Le critère de l'intérêt général était toujours sous-jacent et certains arrêts posent à l'occasion d'un conflit particulier un règlement général. Ainsi est encore soulignée l'importance de la jurisprudence du Parlement qui apparaît là aussi comme un appoint à l'action du pouvoir royal et qui offre souvent à cette époque une voie plus efficace, semble-t-il, que la voie d'ordonnance encore mal assurée dans la construction d'un État de droit.

## Kurzfassung

Die ersten Archivalien (1254–1318) des königlichen Hofgerichts von Frankreich, des *Parlement de Paris*, entstammen jener denkwürdigen Epoche der Entfaltung des mittelalterlichen Handels im Angesicht der traditionellen ländlichen Subsistenzwirtschaft, die den Aktivitäten des Handelsverkehrs zunächst einmal kein sonderlich günstiges Umfeld bot. Gelegentlich reichte die Verschiedenheit der beiden Wirtschaftsformen bis hin zur Konfrontation: Die eine wie die andere forderten den Schutz der Obrigkeit ein, die ihrerseits hin- und hergerissen war zwischen dem Reiz, der von den fiskalischen Ressourcen ausging, und dem Streben nach einer Ausbalancierung zwischen den sozialen Gruppen.

Das Interesse an diesen Quellen aus der Gerichtspraxis begründet sich darin, dass sie verdeutlichen, wie verschieden das Gebaren bei zivilrechtlichen Gegenständen, bei denen man leicht zur Führung eines streitigen Prozesses kommen konnte, von den Usancen bei handelsrechtlichen Gegenständen war, denn dort ließ man es im Gegenteil nur dann zum streitigen Prozess kommen, wenn eine gütliche Beilegung der Streitigkeit unmöglich war. Die Verschiedenheit der beiden Wirtschaftsformen führte ferner dazu, dass sich die Prozesse eher um markt- und messebezogene Fragen sowie um Steuern und Abgaben drehten als um Schuldverschreibungen und Wechselbriefe.

Der Geist dieser Rechtsprechung des königlichen Hofgerichts schließlich beruhte vor allem auf Prinzipien der Billigkeit, das heißt der Ausbalancierung zwischen der Beachtung des überkommenen Gewohnheitsrechts der *Coutumes* und dem Schutz der Kaufleute und des Handels. Zugleich ist diese Rechtsprechung klar gekennzeichnet durch die Sorge um den Gemeinnutz, so dass bestimmte Ur-

teile so weit gingen, anlässlich spezieller Konflikte allgemeinverbindliche Regelungen zu treffen, besonders bei innerzünftischen Konflikten.

## Abstract

The oldest files (1254–1318) of the courts of the King of France, the «Parlement de Paris», date from the great era of expansion of the medieval trade in face of the traditional rural subsistence economy which was not a very favorable environment for commercial exchange activities. The divergency between the two types of economic relations went occasionally as far as open confrontation; one as the other appealed for protection to the public authorities, who themselves were torn between the appeal of financial resources and the search for an equilibrium between the social groups. The special interest of the judicial sources examined here stems from the fact that they allow to examine the difference between civil cases, where it is easy to litigate, and commercial matters where the road to controversial litigation was only opened when conciliation was impossible. In addition, the difference between the two types of economy led to the fact that the jurisdiction turned rather to matters of fairs and markets as well as questions of tolls and customs then towards obligations and letters of change. Finally, the spirit of this royal jurisprudence is primarily one of equity, that is to say an equilibrium between the respect for the rules of the customary law and the protection of merchants and commerce; this jurisprudence is at the same time so concerned with the public weal that certain rulings came up with establishing a general rule at the occasion of a particular conflict, especially between crafts and guilds.



Stephen E. Sachs\*

## Conflict Resolution at a Medieval English Fair

In a symposium devoted to specialized commercial courts, it seems reasonable to ask why commercial actors use courts at all. A sizeable literature argues that traders in close-knit groups – in disparate fields like cattle ranching, cotton farming, and diamond trading – prefer to resolve disputes outside the formal legal system. These traders instead rely on voluntary institutions such as private arbitration, reputational constraints, and informal social norms<sup>1</sup>. The basic notion is that trade itself may create incentives for honesty; anyone with a dishonest reputation will be frozen out of the marketplace<sup>2</sup>. One scholar has described the “bold” claim implicit in this literature as stating “not simply that people *may* resolve their disputes cooperatively [...], but that informal norms rather than state-created law *will* order the relationships of members of close-knit groups<sup>3</sup>”.

\* I am indebted to Albrecht Cordes, Charles Donahue, Matthew Madden, Amanda Schwoerke, Judge Stephen F. Williams, and the conference attendees in Roscoff for insightful suggestions.

<sup>1</sup> For some of the better-known examples, see *Robert C. Ellickson, Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes* (Cambridge, Mass. 1991) 4 (hereinafter: *Ellickson, Order Without Law*); *Lisa Bernstein, Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, in: *J. Legal Stud.* 21 (1992) 115–157, 115 (hereinafter: *Bernstein, Diamond Industry*): “The diamond industry has systematically rejected state-created law. In its place, the sophisticated traders who dominate the industry have developed an elaborate, internal set of rules, complete with distinctive institutions and sanctions, to handle disputes among industry members.”; *Lisa Bernstein, Private Commercial Law in the Cotton Industry. Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions*, in: *Michigan Law Review* 99 (2001) 1724–1790; and *Avner Greif, Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade. The Maghribi Traders’ Coalition*, in: *American Economic Review* 83 (1993) 525–548; hereinafter: *Greif, Maghribi*.

<sup>2</sup> See, e.g. *Greif, Maghribi* (n. 1) 530: “[M]erchants [in the Maghribi coalition] conditioned future employment on past conduct, practiced community punishment, and ostracized agents who were considered cheaters until they compensated the injured”. But compare *Jeremy Edwards, Sheilagh Ogilvie, Contract Enforcement, Institutions and Social Capital. The Maghribi Traders Reappraised*, in: *Economic History Review* 65 (2012) 421–444 (questioning this account), with *Avner Greif, The Maghribi Traders. A Reappraisal?*, in: *Economic History Review* 65 (2012) 445–469 (responding to this critique).

<sup>3</sup> *Eric A. Feldman, The Tuna Court. Law and Norms in the World’s Premier Fish Market*, in: *California Law Review* 94 (2006) 313–369, 316, n. 8 (hereinafter: *Feldman, The Tuna Court*); see also *Lewis A. Kornhauser, Are There Cracks in the Foundations of Spontaneous Order?*, in: *New York University Law Review* 67 (1992) 647–673, 647 (reviewing *Ellickson, Order*

If this “bold” claim were true, the case for commercial courts, at least in close-knit industries, would be uncertain. But there is also reason for doubt. “Law-and-norms” scholarship has tended to define “norms” in direct opposition to “law” – for example, as “rules that govern collective behavior and that are enforced non-legally<sup>4</sup>”. In real life, the two are inseparable: informal norms coexist with legal rules, and voluntary or nonlegal enforcement measures coexist with legal ones<sup>5</sup>. Rather than a binary choice between law and norms, parties can employ a spectrum of different enforcement mechanisms, some more formal and some less so<sup>6</sup>. Even within the realm of ‘law’ there is often a healthy competition among different tribunals with different procedures<sup>7</sup>. So what we really should ask is not “do parties resolve disputes through courts or informal social norms?”, but rather, “why might parties pick some options for dispute resolution over others?”

The mercantile law of medieval England is a good test case for this kind of inquiry. For years, it has served as a favorite example of the enthusiasts of private order<sup>8</sup>. Medieval merchants, it is said, resolved disputes in their own private courts and under their own private law – a “law merchant” that was “voluntarily produced, voluntarily adjudicated, and voluntarily enforced<sup>9</sup>”. But here, too, the

Without Law [n. 1]) (“A growing literature in legal anthropology and sociology of law suggests that non-legal norms often have a greater impact on behavior than does the content of the law.”).

<sup>4</sup> *Eric A. Posner*, Law, Economics, and Inefficient Norms, in: *University of Pennsylvania Law Review* 144 (1996) 1697–1744; see also *Ellickson*, Order Without Law (n. 1) 127 (defining norms as “rules that emanate [...] from social forces”, while defining “law” as “those [that emanate] from governments”); cf. *Richard H. McAdams*, The Origin, Development, and Regulation of Norms, in: *Michigan Law Review* 96 (1997) 338–433 (hereinafter: *McAdams*, Norms): “Roughly speaking, by norms this literature refers to informal social regularities that individuals feel obligated to follow because of an internalized sense of duty, because of a fear of external non-legal sanctions, or both”.

<sup>5</sup> See, e.g., *Feldman*, The Tuna Court (n. 3); see also Symposium, The Legal Construction of Norms, in: *Virginia Law Review* 86 (2000) 1577–1601.

<sup>6</sup> See *Feldman*, The Tuna Court (n. 3) 356.

<sup>7</sup> See, e.g., *Daniel Klerman*, Jurisdictional Competition and the Evolution of the Common Law, in: *University of Chicago Law Review* 74 (2007) 1179–1226 (hereinafter: *Klerman*, Jurisdictional Competition); *William M. Landes*, *Richard A. Posner*, Adjudication as a Private Good, in: *Journal of Legal Studies* 8 (1979) 235–284 (hereinafter: *Landes, Posner*, Adjudication as a Private Good); *Todd J. Zywicki*, The Rise and Fall of Efficiency in the Common Law. A Supply-Side Analysis, in: *Northwestern University Law Review* 97 (2003) 1551–1634 (hereinafter: *Zywicki*, Efficiency).

<sup>8</sup> See, e.g., *Bruce L. Benson*, *The Enterprise of Law. Justice Without the State* (San Francisco 1990) (hereinafter: *Benson*, *Enterprise of Law*); *Harold J. Berman*, *Law and Revolution* (Cambridge, Mass. 1983); *Leon E. Trakman*, *The Law Merchant* (Littleton, Colo. 1983) (hereinafter: *Trakman*, *The Law Merchant*); *Amitai Aviram*, A Paradox of Spontaneous Formation. The Evolution of Private Legal Systems, in: *Yale Law & Policy Review* 22 (2004) 1–68, 4, n. 3, 5; *Bruce L. Benson*, Justice Without Government. The Merchant Courts of Medieval Europe and Their Modern Counterparts, in: *The Voluntary City*, edited by *David T. Beito* et al. (Ann Arbor 2002) 127–150 (hereinafter: *Benson*, *Justice Without Government*); *Zywicki*, Efficiency (n. 7) 1593–1601.

<sup>9</sup> *Benson*, *Justice Without Government* (n. 8) 128.

truth is far more complicated, as I and many others have argued<sup>10</sup>. The merchants who traded at the fair of St. Ives, for example – one of England’s largest fairs in the thirteenth and early fourteenth centuries<sup>11</sup> – often brought their disputes before a seignorial court held by the fair’s owner, the Abbot of Ramsey. While not a royal court, the fair court was still very much part of the English legal structure. It is also uniquely well documented, perhaps the only one of its kind with extant records of its legal proceedings<sup>12</sup>.

As a result, the fair court of St. Ives is well suited for the inquiry at hand. While the court was not purely a commercial tribunal<sup>13</sup>, it dealt mainly with commercial transactions. It also faced significant competition, as the parties were free to litigate instead before the English royal courts, a variety of local courts, or even the courts of other markets and fairs. Thus, rather than looking for a choice between formal courts and informal institutions, we can ask why merchants chose to liti-

<sup>10</sup> See, e.g., *Albrecht Cordes*, The Search for a Medieval Lex Mercatoria, in: Oxford University Comparative Law Forum 5 (2003), <http://ouclf.iuscomp.org/articles/cordes.shtml> (hereinafter: *Cordes*, Search); *Stephen E. Sachs*, From St. Ives to Cyberspace. The Modern Distortion of the Medieval ‘Law Merchant’, in: American University International Law Review 21 (2006) 685–812 (hereinafter: *Sachs*, From St. Ives to Cyberspace); see also, e.g., *John Hamilton Baker*, The Law Merchant and the Common Law Before 1700, in: *John Hamilton Baker*, The Legal Profession and the Common Law (London 1986) 341–368; *Mary Elizabeth Basile* et al. (eds. and trans.), Lex Mercatoria and Legal Pluralism (Cambridge, Mass. 1998); *James Steven Rogers*, The Early History of the Law of Bills and Notes (Cambridge 1995) (hereinafter: *Rogers*, Notes); *Charles Donahue, Jr.*, Medieval and Early Modern Lex Mercatoria. An Attempt at the Probatio Diabolica, in: Chicago Journal of International Law 5 (2004) 21–36 (hereinafter: *Donahue*, Probatio); *Emily Kadens*, Order Within Law, Variety Within Custom: The Character of the Medieval Merchant Law, in: Chicago Journal of International Law 5 (2004) 39; *Oliver Volckart*, *Antje Mangels*, Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval?, in: Southern Economic Journal 65 (1999) 427–450 (hereinafter: *Volckart*, *Mangels*, Roots). Because *Basile* et al. (eds. and trans.), Lex Mercatoria and Legal Pluralism, contains two separately paginated sections, the original text of the treatise will be cited as “Lex Mercatoria”, while the editors’ commentary will be cited as LMLP.

<sup>11</sup> See *Ellen Wedemeyer Moore*, The Fairs of Medieval England 1 (Pontifical Inst. of Mediaeval Studies, Studies and Texts 72, Toronto 1985) (hereinafter: *Moore*, The Fairs of Medieval England); *Dorothy Usher*, The Mediaeval Fair of St. Ives, in: Two Studies of Mediaeval Life (Cambridge 1953) (hereinafter: *Usher*, The Mediaeval Fair of St. Ives); see also *Avner Greif*, Institutions and Impersonal Exchange. From Communal to Individual Responsibility, in: Journal of Institutional and Theoretical Economics 158 (2002) 168–204, 189.

<sup>12</sup> Court rolls from St. Ives, dating from 1270 to 1324, are preserved in the Public Record Office, and portions have been published in facing-page translation. See *Charles Gross* (ed. and trans.), Select Cases Concerning the Law Merchant, t. 1 (Selden Society 23, London 1908) (hereinafter: 1 SCLM); *Frederic William Maitland* (ed. and trans.), Select Pleas in Manorial and Other Seignorial Courts (Selden Society 2, London 1889); hereinafter: Select Pleas.

<sup>13</sup> Like many other fair courts, the St. Ives court was used as a general tribunal for the regulation of the town during the term of the fair. See, e.g., 1 SCLM (n. 12) 30–31, 31 (describing how in 1287 “a certain carter” was fined in the fair court for accidentally knocking three tiles off a house belonging to the abbot”); cf. *Rogers*, Notes (n. 10) 25 (describing the mercantile courts as “local courts of general jurisdiction held at places where a great deal of trade took place”).

gate in St. Ives as opposed to a different formal tribunal, or as opposed to relying on voluntary or private enforcement mechanisms.

The answer, I believe, is that the fair court attracted mercantile litigants through the effective coordination of legal and extralegal incentives. First, the fair court offered more than a means of applying social sanctions or adjusting reputations within a single group; it provided the coercive legal process necessary to govern haphazard interactions in a heterogeneous trading community. Its ability to project power through the cycle of English fairs could not have been matched by informal mechanisms. Second, although the fair court lacked the reach and authority of a royal court, it offered merchants greater speed and flexibility in the application of law. It did so through a participatory structure that not only included ordinary merchants in rendering decisions, but also employed substantive law and rules of procedure that relied on community knowledge rather than official fact-gathering. In competition with other courts, it managed to attract plaintiffs without favoring them so baldly as to push defendants away. The fair court of St. Ives therefore served as an example of law's interaction *with* extralegal norms, demonstrating how legal systems can succeed by making use of, and coordinating with, social norms and interests to accomplish official ends.

## The Fair Court and Voluntary Enforcement

### *The Use of Coercive Process*

The fair of St. Ives was part of a cycle of English fairs, each held at particular times of year. Itinerant merchants from across Europe visited the fairs for weeks at a time<sup>14</sup>. In the 1200s, St. Ives was a significant center for the cloth trade, although its fortunes declined under Edward I<sup>15</sup>. The merchants who traded at the fair, while perhaps not as close-knit as other groups studied by law-and-norms scholars, encountered one another frequently in different settings, often making contracts to be performed at a subsequent fair<sup>16</sup>. Thus, the opportunity existed for a system of informal dispute resolution.

The fair court also shared many features of formal judicial systems that, according to the law-and-norms literature, most litigants would rather avoid. The court was not run by the merchants themselves, but rather was owned by the Abbot of

<sup>14</sup> See *Usher*, *The Mediaeval Fair of St. Ives* (n. 11) 1, 27.

<sup>15</sup> *Lillian J. Redstone*, *St. Ives*, in: *The Victoria History of the Counties of England. Huntingdonshire*, edited by *William Page* et al., t. 2 (London 1932) 210–223, 216.

<sup>16</sup> Cf. *Ellickson*, *Order Without Law* (n. 1) 177–178 (defining a group as “close-knit” when “informal power is broadly distributed among group members and the information pertinent to informal control circulates easily among them.”). While most merchants presumably held an equal power to boycott their fellows, access to reputational information would have been far more limited than among, say, neighbors in Shasta County.

Ramsey; it sat in his hall<sup>17</sup>, paid fines and penalties to his account<sup>18</sup>, and relied on his officials to serve process<sup>19</sup>, seize property<sup>20</sup>, and enforce judgments<sup>21</sup>. The court employed traditional methods of proof such as compurgation, or the joint swearing of oaths, which have been described as archaic and inefficient<sup>22</sup>. It abided by strict procedural rules, which could cause a defendant to lose his case should he fail to repeat each word of the plaintiff's accusation precisely<sup>23</sup>, or should one of his oath-helpers accidentally say the plaintiff's name in place of the defendant's<sup>24</sup>. Parties frequently employed attorneys or pleaders to represent them, adding to the expense of litigation<sup>25</sup>. And while the court would give litigants the opportunity to settle<sup>26</sup>, it hardly encouraged arbitration; there is only a single reference in the fair court's rolls to an arbitration agreement<sup>27</sup>. Even when parties tried to settle their own cases, they could only do so "saving what should be saved", preserving the abbot's right to seek a fine<sup>28</sup>. And after a plaintiff won, he might then be tied up in appeals, as the other side could obtain review in the central royal courts<sup>29</sup>. Why, then, did the merchants subject themselves to such a tribunal?

<sup>17</sup> See 1 SCLM (n. 12) 67–68, 67.

<sup>18</sup> See *Moore*, *The Fairs of Medieval England* (n. 11) 200–201.

<sup>19</sup> Cf. *Bolton v. Goldsmith* (St. Ives Fair Ct. 1275), in: *Select Pleas* (n. 12) 157–158, 158 ("[The defendant] withdrew from the court in contempt of the Abbot and his bailiffs.").

<sup>20</sup> See, e.g., *Waite v. Curtrey* (St. Ives Fair Ct. 1287), in: 1 SCLM (n. 12) 29–30, 30.

<sup>21</sup> See, e.g., *Dederic v. Ramsey*, *Coram Rege* Roll 221, 8 Edw. 2, m. 93d (K. B. 1315), in: *Select Cases Concerning the Law Merchant*, edited by *Hubert Hall*, t. 2 (Selden Society 46, London 1930) 86–88 (hereinafter: 2 SCLM).

<sup>22</sup> See, e.g., *William Searle Holdsworth*, *A History of English Law*, t. 1 (London 1956) 570; accord *Trakman*, *The Law Merchant* (n. 8) 2; *Benson*, *Justice Without Government* (n. 8) 130.

<sup>23</sup> *Legge v. Mildenhall* (St. Ives Fair Ct. 1291), in: 1 SCLM (n. 12) 46–47. These formalities seem to have been widespread, since litigants occasionally complained of their violation. See *Bonavel v. le Moyne*, *De Banco* Roll 62, m. 40d (C. P. 1286), in: 2 SCLM (n. 21) 42–43, 42 (noting that the defendant had not used "the words of the Court used and necessary among merchants"); see also *Hubert Hall*, *Introduction*, in: 2 SCLM (n. 21) xix.

<sup>24</sup> *Langbaugh v. Bytham* (St. Ives Fair Ct. 1287), in: 1 SCLM (n. 12) 20.

<sup>25</sup> See, e.g., *Bolton v. Goldsmith* (St. Ives Fair Ct. 1275), in: *Select Pleas* (n. 12) 154–157, 155.

<sup>26</sup> See, e.g., *Colne v. Marshal* (St. Ives Fair Ct. 1287), in: 1 SCLM (n. 12) 21–24, 22.

<sup>27</sup> *St. Leonards v. Elsdon* (St. Ives Fair Ct. 1287), in: 1 SCLM (n. 12) 17–18, 17. By comparison, an eighteenth-century Parisian mercantile court – the *juridiction consulaire de Paris* – relied heavily on private arbitration to manage a docket that grew by more than 200 cases per day. See *Amalia D. Kessler*, *A Revolution in Commerce. The Parisian Merchant Court and the Rise of Commercial Society in Eighteenth-Century France* (New Haven 2007) 31–32.

<sup>28</sup> See, e.g., *Serjeant v. Foville* (St. Ives Fair Ct. 1270), in: 1 SCLM (n. 12) 1–3, 2; see also *The Manner of Holding Courts – John de Longueville*, in: *The Court Baron. Being Precedents for Use in Seignorial and Other Local Courts* edited and translated by *Frederic William Maitland*, *William Paley Baildon* (Selden Society 4, London 1891) (c. 1307) 79 ("[N]one can make compromise without the leave of the lord or his steward when a plaint has been made and gage and pledge given, except with a saving for all the lord's rights.").

<sup>29</sup> See, e.g., *Dederic v. Ramsey*, *Coram Rege* Roll 221, 8 Edw. 2, m. 93d (K. B. 1315), in: 2 SCLM (n. 21) 86–88; *Saxby v. Bedford*, *PRO Curia Regis* Roll 155, *Michaelmas*, m. 1d (K. B. 1255), in: 2 SCLM (n. 21) 5–7, 5.

The simplest answer is that St. Ives offered plaintiffs coercive legal process to enforce their claims. Many writers on medieval commerce have emphasized voluntary enforcement mechanisms, such as boycotts of traders who defied arbitral decisions<sup>30</sup>. “[O]stracism by the merchant community” was certainly one way of enforcing the rules<sup>31</sup>, and merchants would surely think twice before extending credit to a deadbeat. But boycotts were a blunt instrument, and couldn’t always be carried out even if they were threatened<sup>32</sup>. The St. Ives rolls contain no evidence of institutional ostracism; some defendants appear repeatedly in the rolls, implying that they lived to trade again. In any case, ostracism could only work so long as the defendant would gain more from future trade than he would lose in a potential judgment<sup>33</sup>. And it would be useless to boycott someone who couldn’t be located; in a world of geographically limited jurisdictions, traders could easily escape liability by fleeing to another town<sup>34</sup>.

Even where boycotts were employed, they often required the assistance of coercion to become effective. In 1291, Thomas Lucas bought £31 worth of fish from the German merchant Arnald de Grele at the fair of Lynn, and then departed without paying. Lucas fled from Lynn “to Boston, from Boston to Lincoln, from Lincoln to Hull, from Hull to London, always promising [to pay Grele], who followed him from town to town”<sup>35</sup>. The “men of his trade” complained to the London officials that “they had received great harm in the fair at Lynn”, because “no foreign merchant would make any sale before full payment was made [. . .], where previously they could buy £500 or £400 of goods” by a nominal down payment<sup>36</sup>. The Londoners feared that “unless a speedy remedy was provided on this matter

<sup>30</sup> See, e.g., *Benson*, *Enterprise of Law* (n. 8); *Paul R. Milgrom et al.*, *The Role of Institutions in the Revival of Trade*, in: *Economics and Politics* 2, no. 1 (1990) 1–23, 20–21 (portraying mercantile courts as operating “without the benefit of state enforcement of contracts”); see also *Douglash C. North*, *Institutions, Transaction Costs, and the Rise of Merchant Empires*, in: *The Political Economy of Merchant Empires*, edited by *James D. Tracy* (Center for Early Modern History, *Studies in Comparative Early Modern History* 2, Cambridge 1991) 22–40, 30.

<sup>31</sup> *Benson*, *Justice Without Government* (n. 8) 129.

<sup>32</sup> For example, in a purported exchange of letters in 1299–1300, the fair court of Champagne (engaged in a dispute with a merchant court in London) threatened “to inhibit the land and fairs of Champagne and Brie to all your subjects and their goods”; *Cornelius Walford*, *Fairs, Past and Present* (London 1883) 257. The threat does not appear to have been carried out, even after the Champagne court’s judgment was disregarded.

<sup>33</sup> Thus in 1315, when Edward II sought to seize a substantial portion of the goods of Flemish merchants to compensate for injuries done by Flemish pirates, the bailiffs of St. Ives responded that no merchants from Flanders could be found within the fair, and that “[t]herefore up to the present time nothing has been done”; 1 SCLM (n. 12) 93–95, 94.

<sup>34</sup> See *S. Michel v. Troner* (St. Ives Fair Ct. 1275), in: *Select Pleas* (n. 12) 150–152, 152 (“[T]o obtain which money the said Brun and his representatives have often laboured at Boston and at Norwich and as yet have not been able to get any part thereof [. . .]”).

<sup>35</sup> *Grele v. Lucas* (Ch. 1292), PRO C258/1 no. 5, m. 3 (Paul Brand trans., 2003) (on file with author).

<sup>36</sup> *Grele v. Lucas* (Ch. 1292), PRO C258/1 no. 5, m. 2.

their goods in overseas parts could be arrested<sup>37</sup>. Although the case does suggest a form of collective boycott by the foreign merchants, it doesn't portray these sanctions as particularly successful. The Londoners had lost their good credit, but were still *allowed* to trade with others, just on the condition that those who associate with thieves should pay in advance. Moreover, Lucas himself was judgment-proof<sup>38</sup>, and his fellow merchants asked that he be arrested and held in jail "as a warning to others"<sup>39</sup>. Mere loss of credit was insufficient to guarantee compliance, and the use of physical force by the authorities was necessary to make the system work.

Unlike an informal and voluntary tribunal, the fair court of St. Ives offered plaintiffs the direct use of legal force against defendants. In 1287, for instance, two feather-merchants were accused of failing to pay commissions to their agent. Unable to prove their case, they were forced to pledge "their bodies" – that is, be kept in jail – until the debt was paid<sup>40</sup>. The St. Ives court could imprison defendants even for minor debts<sup>41</sup>, while those who "refused to be justiced ... and to stand trial" could be imprisoned as well<sup>42</sup>. Even if a defendant had fled, the bailiffs could distrain him by seizing his property until he appeared<sup>43</sup>.

### *Expanding the Court's Reach*

The use of coercive process is only half the story. The various mercantile courts in England had a narrow reach, and could not pursue defendants beyond their own borders. But they could magnify and extend their legal authority through existing social networks<sup>44</sup>. The first way of doing so was by organizing merchants by community. Foreign merchants were closely identified with their home communities; they often journeyed together, lodged together, and witnessed each other's

<sup>37</sup> Grele v. Lucas (Ch. 1292), PRO C258/1 no. 5, m. 2.

<sup>38</sup> Grele v. Lucas (Ch. 1292), PRO C258/1 no. 5, m. 2 (stating that he "had nothing by which he could be attached, nor could he find sureties for a quarter of a year and more").

<sup>39</sup> Grele v. Lucas (Ch. 1292), PRO C258/1 no. 5, m. 2.

<sup>40</sup> Ribaud v. Russell (St. Ives Fair Ct. 1287), in: 1 SCLM (n. 12) 15–16, 16. By comparison, the central royal courts did not offer imprisonment as a typical punishment for debt until the mid-fourteenth century, see *Theodore F. T. Plucknett*, *Legislation of Edward I* (Ford Lectures 1947, Oxford 1949) 149 n. 2 (hereinafter: *Plucknett*, *Legislation of Edward I*), unless the debtor had specifically agreed to such a penalty in advance, see Statute of Acton Burnell, 1283, 11 Edw. (Eng.), in: *Statutes of the Realm*, t. 1 (London 1810) 53; Statute of Merchants, 1285, 13 Edw. (Eng.), in: *Statutes of the Realm*, t. 1, 98.

<sup>41</sup> Ely v. Crese (St. Ives Fair Ct. 1275), in: *Select Pleas* (n. 12) 158–159 (concerning bread worth 2s.).

<sup>42</sup> Benefield v. Fittleton (St. Ives Fair Ct. 1300), in: 1 SCLM (n. 12) 73–74, 74.

<sup>43</sup> See, e.g., Titchwell v. Burdon (St. Ives Fair Ct. 1293), in: 1 SCLM (n. 12) 58–59, 58.

<sup>44</sup> Cf. *McAdams*, *Norms* (n. 4) 346 ("Where norms govern individual behavior, one cannot correctly assess the effect of formal, state-enforced rules without understanding the informal rules also at work").

contracts<sup>45</sup>. Should a defendant from one community not be found in the fair, under certain circumstances every other member of that community could be held liable for his unpaid debts<sup>46</sup>. This system had obvious benefits for plaintiffs, who could seize the assets of whichever “peers [and] parceners” were nearest to hand<sup>47</sup>, while ensuring that the defendant’s irate countrymen would seek compensation at home. It also had obvious disadvantages for trade in general, as courts were less than careful about which foreigners were being harassed<sup>48</sup>. Particular communities often sought exemptions from the rule<sup>49</sup>, and the system was entirely discontinued as to English subjects in 1275<sup>50</sup>. Importantly, however, the process first required the plaintiff to pursue the defendant in the latter’s home court, and only to proceed against the community after it had made “default of justice<sup>51</sup>”. The system thus outsourced enforcement duties to the community best able to fulfill them, giving each community a strong interest in its own members’ conduct. It projected the power of each fair court through other institutions, making use of strong intra-community ties to encourage honest dealing abroad.

The St. Ives court employed social networks in a second way by requiring litigants to obtain the support of numerous others. At every stage of litigation, parties were obliged to name other persons as their pledges, who would guarantee the plaintiff’s willingness to prosecute the suit or the defendant’s ability to pay the judgment. In case of default, these pledges themselves would be fined<sup>52</sup>. The law of evidence, moreover, placed a high priority on avoiding “he-said, she-said” testimony as opposed to the agreement of multiple witnesses. In the absence of written evidence, plaintiffs were required to produce “suit” (or “*secta*”), a group of witnesses who would swear to the truth of their allegations<sup>53</sup>. In a contract case, for example, the suit might be the “law-abiding men who were present at the

<sup>45</sup> See *Avner Greif*, *Institutions and the Path to the Modern Economy. Lessons from Medieval Trade* 335 (Cambridge 2006) (hereinafter: *Greif*, *Institutions*).

<sup>46</sup> See generally *Greif*, *Institutions* (n. 45) 328–349.

<sup>47</sup> The phrase can be found in *S. Michel v. Troner* (St. Ives Fair Ct. 1275), in: *Select Pleas* (n. 12) 150–152, 152.

<sup>48</sup> See, e.g., *Lars Boerner, Albert Ritschl*, Comment, Individual Enforcement of Collective Liability in Premodern Europe, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 158 (2002) 205–213, 206 (hereinafter: *Boerner, Ritschl*, *Individual Enforcement*); cf. Fleta, edited by *Henry G. Richardson, George O. Sayles*, t. 2, ch. 63 (Selden Society 72, 1955) (ca. 1290) (complaining that litigants were “harassing anyone who passes through”); *Volckart, Mangels, Roots* (n. 10) 445.

<sup>49</sup> See, e.g., *Almaine v. Flanders* (St. Ives Fair Ct. 1270), in: 1 SCLM (n. 12) 8–10, 9 (Ypres, an individual merchant of Lisle).

<sup>50</sup> Statute of Westminster I, 1275, 3 Edw., cl. 23 (Eng.), in: *Statutes of the Realm*, t. 1, 33.

<sup>51</sup> See *Fleetbridge v. Coventry* (St. Ives Fair Ct. 1275), in: *Select Pleas* (n. 12) 145–146; *Select Pleas* (n. 12) 147 n. 1; see also 1 SCLM (n. 12) 94–95 (concerning a theft by Flemish pirates, which the count of Flanders did not correct); *Almaine v. Flanders* (St. Ives Fair Ct. 1270), in: 1 SCLM (n. 12) 9–10; see generally *Boerner, Ritschl*, *Individual Enforcement* (n. 48) 208.

<sup>52</sup> See, e.g., *Armston v. Crowthorpe* (St. Ives Fair Ct. 1287), in: 1 SCLM (n. 12) 27–29, 27.

<sup>53</sup> See *John H. Baker*, *An Introduction to English Legal History* 362 (London 31990) (hereinafter: *Baker*, *Introduction*).

contract made between them<sup>54</sup>. The defendant would then have the option to “wage his law” – that is, swear to his innocence along with oath-helpers (or “compurgators”), the required number of which varied from case to case and was an occasional subject of dispute<sup>55</sup>. Alternatively, the defendant could ask for a jury inquest<sup>56</sup>. During this period, juries were typically self-informing, and were expected to include those people who already knew most about the case. A court might impanel a jury of matrons to determine if a woman were pregnant, or a jury of fishmongers to assess food quality; likewise, mercantile matters might require a jury of merchants<sup>57</sup>. In 1302, when a dispute arose near the end of the St. Ives fair over a cloth sale in the previous fair of Stamford, the inquest was to be held by “the merchants who were at the fair of Stamford and others<sup>58</sup>”.

These measures ensured that legal coercion was deployed consistently with informal judgments of reputation. One known to be untrustworthy – or just traveling alone and without friends – might be unable to find pledges, or others willing to risk damnation by swearing an oath in his favor<sup>59</sup>. The anonymity of a large, impersonal market can “strip [...] reputational constraints of their power<sup>60</sup>”; but these procedural rules encouraged traders to operate in groups, which had their own incentives to monitor the behavior and credit-worthiness of their members<sup>61</sup>. These rules also placed responsibility for fact-gathering on the community at

<sup>54</sup> Fleta, t. 2, ch. 63.

<sup>55</sup> Compare *Tempsford v. Chaplain* (St. Ives Fair Ct. 1291), in: 1 SCLM (n. 12) 44–45 (requiring two compurgators to show that attached goods belong to another), and *Fullham v. Francis* (St. Ives Fair Ct. 1311), in: 1 SCLM (n. 12) 89–90, 89 (same), with *In re Cologne* (St. Ives Fair Ct. 1270), in: 1 SCLM (n. 12) 5–6, 5 (requiring five compurgators for this purpose).

<sup>56</sup> *Baker*, Introduction (n. 53) 362.

<sup>57</sup> See *James C. Oldham*, *The Origins of the Special Jury*, in: *The University of Chicago Law Review* 50 (1983) 137–221, 139 (describing juries composed of “experts” in a particular field) (hereinafter: *Oldham*, *Origins of the Special Jury*); see also *Ramsey v. Taylor*, *Curia Regis Roll* 146, 36 Hen. 3, m. 10, 10d (K. B. 1252), in: *Select Cases in Procedure Without Writ Under Henry III* edited and translated by *Henry G. Richardson, George O. Sayles* (Selden Society 60, London 1941) 30; hereinafter: *Procedure Without Writ* (impaneling a jury of twelve knights and twelve merchants to determine the abbot’s customary rights over the St. Ives fair). When a foreigner was a party, the jury would often be “of the half tongue”, with half of its members of the foreigner’s own country; the same could hold for Welshmen, Jews, and university students. *Oldham*, *Origins of the Special Jury* (this n.) 168–169.

<sup>58</sup> *Hoppman v. Welborne* (St. Ives Fair Ct. 1302), in: 1 SCLM (n. 12) 86–88, 87. Because those “by whom the inquest should be made [had] left the fair”, the case was held over until the next year; *ibidem*. The jurors themselves might select others who belonged on the jury; thus *Ralph Clerk* was fined 12d because, “having been elected by the jurors to be one of them, [he] would not make oath but withdrew from the court in contempt of the lord and his bailiffs”. 1 SCLM (n. 12) 83–84, 83.

<sup>59</sup> See, e.g., *Woodfool v. Pors* (St. Ives Fair Ct. 1295), in: 1 SCLM (n. 12) 71.

<sup>60</sup> *John McMillan, Christopher Woodruff*, *Private Order Under Dysfunctional Public Order*, in: *Michigan Law Review* 98 (2000) 2421–2458, 2423 (hereinafter: *McMillan, Woodruff*, *Private Order*).

<sup>61</sup> Cf. *Bernstein*, *Diamond Industry* (n. 1) 149–150 (describing the bourses’ protections against judgment-proof debtors).

large, rather than trusting the courts to ferret out the truth from conflicting testimony.

The community's fact-gathering role extended the court's authority in a third way, by encouraging merchants to conduct their business and resolve their disputes in the open. Often parties to a commercial dispute prefer to keep the affair secret<sup>62</sup>: the defendant to shield his reputation, and the plaintiff to bargain for a larger recovery. For reputational constraints to succeed, however, violations of the norm must be widely and accurately publicized, so that participants may know who deserves a bad reputation<sup>63</sup>. At St. Ives, the court's public aspect helped to communicate reputational information and to extend the effect of its judgments. Thus, when Ralph of Lyons promised to repay his debt to Sir William of Hereford, he did so in front of "many other citizens, burghers, and merchants", so that there would be plenty of witnesses should Sir William sue again "wherever the said Ralph shall be found<sup>64</sup>". Likewise, when a servant of Thomas de Toraux used a false standard of measure, "all the merchants of all the commonalties that are in the fair" were summoned to hear the case and take note<sup>65</sup>. Even when parties settled privately, the court would still assess a fine, and the settlement's terms might be recorded in its rolls<sup>66</sup>. Various substantive regulations also ensured transparency at the fair, punishing "forestallers" who purchased goods outside the fair's boundaries or those who sold secretly "at the backs", away from the open market<sup>67</sup>. Only an organized body could implement such rules, for these parties obviously preferred to keep things secret. By requiring transparency, however, the court helped reputational mechanisms to function well, which in turn allowed it to rely on those mechanisms and on community knowledge in imposing sanctions. The court of St. Ives made its decisions effective only by empowering, and relying on, the community at large.

<sup>62</sup> See *Bernstein*, *Diamond Industry* (n. 1) 116, 124.

<sup>63</sup> See *McMillan*, *Woodruff*, *Private Order* (n. 60) 2423, 2427 (discussing the role of private-order organizations in publicizing breaches of a norm); see also *ibidem* 2429 ("It furthers each individual's interest to let bygones be bygones. But if all do that, there is no sanction.").

<sup>64</sup> *Hereford v. Lyons* (St. Ives Fair Ct. 1293), in: 1 SCLM (n. 12) 62–63.

<sup>65</sup> *In re Toraux* (St. Ives Fair Ct. 1275), in: *Select Pleas* (n. 12) 153–154, 153; cf. *John H. le Patourel*, *Medieval Administration of the Channel Islands, 1199–1399* (London 1937) 100–101 (noting that in medieval Guernsey, contracts would be entered into in the parish church, "in the hearing of the parish", so that should the act "later be called in question, the party might 'put himself on the record of the parishioners'").

<sup>66</sup> Compare, e.g., *Colne v. Marshal* (St. Ives Fair Ct. 1287), in: 1 SCLM (n. 12) 21–24, 22 (in which the fine is paid by a settling defendant), with *Vernon v. Lomb* (St. Ives Fair Ct. 1293), in: 1 SCLM (n. 12) 64–65, 64 (paid by the plaintiff); see also *Grantham v. Thorney* (St. Ives Fair Ct. 1293), in: 1 SCLM (n. 12) 63–64, 63 (recording settlement terms).

<sup>67</sup> See 1 SCLM (n. 12) 92–93 (1312) (forestalling); *ibidem* (1270) (selling "at the backs"). There were also regulations of particular types of sales; butchers, for example, were expected to make their contracts in public, so that a competitor who heard an excessive price being charged could intervene and participate in the sale himself. See *Legge v. Mildenhall* (St. Ives Fair Ct. 1291), in: 1 SCLM (n. 12) 46–47, 46. Of course, regulations promoting transparency would also have ensured that the abbot got his due.

## The Fair Court and Its Competitors

These advantages, however, were not unique to St. Ives. The “default rules” at St. Ives were supplied by “the common customary law of the realm of England”, as supplemented by “the common elements in the procedure of local courts<sup>68</sup>”. Those whose claims arose in St. Ives could sue in royal courts (on appeal or in the first instance)<sup>69</sup>, in county courts, or at other fairs. Indeed, compared to some of its rivals, the fair court’s reach was quite limited. While it entertained cases regardless of the status of the parties<sup>70</sup>, the amount in controversy<sup>71</sup>, or the geographic origin of the claims<sup>72</sup>, its jurisdiction was fundamentally limited to those cases in which the defendant or his property could be found during the fair. If he had already left with all his goods, there was little the court could do<sup>73</sup>. And certainly by

<sup>68</sup> *Donahue*, Probatio (n. 10) 30.

<sup>69</sup> See, e.g., *Dederic v. Ramsey*, Coram Rege Roll 221, 8 Edw. 2, m. 93d (K. B. 1315), in: 2 SCLM (n. 21) 86–88 (appeal); *Saxby v. Bedford*, PRO Curia Regis Roll 155, Michaelmas, m. 1d (K. B. 1255), in: 2 SCLM (n. 21) 5–7, 5 (same); *Lombe v. Clopton*, Coram Rege Roll No. 26, Michaelmas, m. 40 (K. B. 1276), in: *Select Cases in the Court of King’s Bench Under Edward I*, edited and translated by *George O. Sayles*, t. I (Selden Society 55, London 1936) 30 (a first-instance trespass suit). While the royal courts would impose a minimum amount-in-controversy requirement starting in the 1290s, see *infra* note 71, high-stakes cases continued to be litigated at St. Ives in substantial numbers.

<sup>70</sup> See *Sachs*, From St. Ives to Cyberspace (n. 10) 748–750.

<sup>71</sup> In the 1290s, the rule had emerged that the royal courts would not entertain cases with less than 40s. in controversy, and the lower courts could not entertain cases involving 40s. or more. See *Robert Palmer*, *The County Courts of Medieval England, 1150–1350* (Princeton, n. J. 1982) 250–255 (hereinafter: *Palmer*, *County Courts*) (citing Statute of Gloucester, 1278, 6 Edw. (Eng.), c. 8). The court at St. Ives, however, continued to hear numerous cases involving larger sums, and some contemporaries thought it customary for mercantile courts to exceed these limits. See, e.g., *Bonavel v. le Moyne*, De Banco Roll 62, m. 40d (C. P. 1286), in: 2 SCLM (n. 21) 42–43.

<sup>72</sup> Theoretically, the first Statute of Westminster in 1275 had prohibited local courts from attaching individuals’ goods for “Contracts, Covenants, and Trespasses done out of their Power and their Jurisdiction [...] nor within their Franchise where their Power is”. Statute of Westminster I, 1275, 3 Edw., cl. 35 (Eng.), in: *Statutes of the Realm*, t. 1, 33, 35. Although such actions were seen as “abuses of jurisdiction”, *Charles Gross*, Introduction, in: 1 SCLM (n. 12) xviii, and additional statutes were enacted against them, see *Statutes Made at Westminster, 1477*, 17 Edw. 4, cl. 2 (Eng.), in: *Statutes of the Realm*, t. 2, 452, 461; *An Act for Tryall of Matters in Courts of Pypowder Held in Fayres, 1483*, 1 Rich. 3, cl. 6 (Eng.), in: *Statutes of the Realm*, t. 2, 477, 480–482, the statutes had little effect at St. Ives. The general principle applied by the court appears to be that the plaintiff could sue wherever the defendant was found; faced with a judgment-proof defendant in *Gavelock v. Trot*, the court gave the plaintiff received a tally “whereby he can prosecute against the said Richard for the recovery of his said debt, wherever it seems to him most expedient”. *Gavelock v. Trot* (St. Ives Fair Ct. 1300), in: 1 SCLM (n. 12) 81–83, 83. The fair court heard cases involving contracts neither made in St. Ives nor performed there, see, e.g., *Abingdon v. Martin* (St. Ives Fair Ct. 1293), in: 1 SCLM (n. 12) 64–65, 65, as well as simple tort cases by nonnative plaintiffs arising from distant injuries, see, e.g., *Winchester v. Nailsworth* (St. Ives Fair Ct. 1315), in: 1 SCLM (n. 12) 96–97, 96.

<sup>73</sup> See, e.g., *Burton v. Walker* (St. Ives Fair Ct. 1293), in: 1 SCLM (n. 12) 56.

the thirteenth century, there was in England “much trafficking between foreign merchants and natives whose mercantile status was doubtful, and whose assets and persons were by no means entirely within the territorial jurisdiction of a local court<sup>74</sup>”. Why, then, would merchants seeking coercive process have used a tribunal like St. Ives?

### *Efficiency*

One important answer was the fair court’s relative speed and efficiency. As traders moved through the cycle of fairs, they often bought goods on credit, with payment to come after they themselves finished trading at the next fair in the cycle<sup>75</sup>. Thus, St. Ives functioned not only as a “commodities market but also as an implicit capital market<sup>76</sup>”. The longer it took for a creditor to obtain a judgment, the greater his “uncompensated loss [...] when his ability to enter into subsequent transactions [was] impaired due to lack of capital<sup>77</sup>”. At St. Ives, neither party to a sale could predict whether he would become a plaintiff or a defendant; the buyer might not pay, while the seller might breach<sup>78</sup> or might deliver goods of lower quality<sup>79</sup>. And as T.F.T. Plucknett noted, these creditors might be strangers “in a strange and often hostile community, and in a great hurry to go home<sup>80</sup>”. Thus, the most significant problem facing merchants at St. Ives “was not so much concerned with the specific institutions of mercantile law as with the fundamental business of debt-collecting” – the need to “get the money out of a debtor who was either in difficulties himself, or just determined not to pay until he had to<sup>81</sup>”.

In the royal courts, at least, a determined defendant could hold out for a very long time. Litigation in the Court of Common Pleas, which heard most actions of debt, “might average fourteen months from initial entry to the disappearance of the case from the rolls<sup>82</sup>”. After the plaintiff purchased an original writ from the Chancery, process would be served by the sheriff of the county, who had little incentive to act promptly<sup>83</sup>. Once found and served, the defendant could miss several return dates before any serious punishment would follow; “[i]t was not uncommon for a year or two to pass before a defendant appeared<sup>84</sup>”. And in the

<sup>74</sup> *Plucknett*, Legislation of Edward I (n. 40) 138.

<sup>75</sup> See, e.g., *Carlisle v. Halling* (St. Ives Fair Ct. 1291), in: 1 SCLM (n. 12) 46–47, 47.

<sup>76</sup> *Bernstein*, Diamond Industry (n. 1) 131.

<sup>77</sup> *Bernstein*, Diamond Industry (n. 1) 136.

<sup>78</sup> See, e.g., *Long v. English* (St. Ives Fair Ct. 1317), in: 1 SCLM (n. 12) 103–105, 104; *Carlisle*, in: 1 SCLM (n. 12) 47.

<sup>79</sup> See, e.g., *Barton v. Bishop* (St. Ives Fair Ct. 1291), in: 1 SCLM (n. 12) 50–51, 50; *Stanton v. Honing* (St. Ives Fair Ct. 1317), in: 1 SCLM (n. 12) 102–103, 102.

<sup>80</sup> *Plucknett*, Legislation of Edward I (n. 40) 139.

<sup>81</sup> *Plucknett*, Legislation of Edward I (n. 40) 137.

<sup>82</sup> *Palmer*, County Courts (n. 71) 220–221.

<sup>83</sup> *Baker*, Introduction (n. 53) 76.

<sup>84</sup> *Baker*, Introduction (n. 53) 78.

meantime the penalties assessed were quite minor<sup>85</sup>. In the end, if a defendant refused to appear entirely, the royal courts still could not issue a default judgment. The worst they could do would be to declare the defendant an ‘outlaw,’ a penalty of limited effect<sup>86</sup> – and which in any case offered nothing to the unhappy plaintiff, who had already incurred the expense and delay of traveling to Westminster and hiring expensive counsel<sup>87</sup>. Meanwhile the Chancery, which might have offered a rationalized procedure, had not yet emerged as a significant judicial forum<sup>88</sup>.

The royal courts’ slow pace was recognized at the time; Edward I’s major reforms were designed not to improve the litigation process, but rather to avoid it at all costs. In 1283, the Statute of Acton Burnell enabled creditors and debtors to register their obligations and then to obtain a sealed bond<sup>89</sup>. When the debt came due, a creditor in possession of the bond could skip litigation entirely and move straight to execution on the debt, having any of the plaintiff’s chattels seized as well as the income from certain types of land holdings. If these were insufficient, imprisonment would follow<sup>90</sup>. In 1285, the rules were tightened in the Statute of Merchants, which made the new remedies available to nonmerchants, expanded the land holdings subject to garnishment, and called for imprisonment first and a search for the debtor’s property second<sup>91</sup>. Other reforms of this period proceeded along similar lines<sup>92</sup>; but these statutes were not for everyone, as they required substantial formalities in advance.

If the royal courts were too slow, what other options did merchants have? They could have turned to more local courts, such as the county court of Huntingdonshire, which met in Huntingdon a few miles away<sup>93</sup>. Litigation was faster at the county level: according to one study, 90 percent of cases were settled within six months<sup>94</sup>. Yet county courts met only once a month, and then for one or two days at a time<sup>95</sup>. Thus, it would meet at most twice before the merchants at St. Ives headed to the next fair. The county courts also employed the same degree of “legal technicality” as the central royal courts, but were more provincial in nature, as the

<sup>85</sup> *Palmer*, County Courts (n. 71) 222.

<sup>86</sup> *Baker*, Introduction (n. 53) 76–77.

<sup>87</sup> *Palmer*, County Courts (n. 71) 224.

<sup>88</sup> See *Baker*, Introduction (n. 53) 117–119.

<sup>89</sup> Statute of Acton Burnell, 1283, 11 Edw. (Eng.), in: Statutes of the Realm, t. 1, 53.

<sup>90</sup> *Plucknett*, Legislation of Edward I (n. 40) 138–139.

<sup>91</sup> *Plucknett*, Legislation of Edward I (n. 40) 140 (citing Statute of Merchants, 1285, 13 Edw. (Eng.), in: Statutes of the Realm, t. 1, 98). The debtor had no opportunity to raise defenses until the writ *audita querela* was created for this purpose in 1336. See *ibidem* 145–146.

<sup>92</sup> See *Plucknett*, Legislation of Edward I (n. 40) 147–150 (describing the writ *elegit*); *Plucknett*, Legislation of Edward I (n. 40) 153–155 (noting changes to the action of account).

<sup>93</sup> *Palmer*, County Courts (n. 71) 20.

<sup>94</sup> *Palmer*, County Courts (n. 71) 220–221.

<sup>95</sup> *Palmer*, County Courts (n. 71) 3–4.

suitors who rendered the judgments were drawn from among the residents of the county and need not have had any mercantile experience<sup>96</sup>.

The fair court, by comparison, was far more sympathetic. Plaintiffs could initiate a suit by mere oral appearance<sup>97</sup>, rather than first purchasing a writ from the Chancery<sup>98</sup>. The court met several times a week throughout the term of the fair, and if the parties were fortunate, a case could be processed entirely in a single day<sup>99</sup>. *Essoins* (or excused absences), rather than lasting an entire term of court, permitted only a single day's delay<sup>100</sup>. If a suit lasted substantially beyond the end of the fair, the parties would have to wait until next year, but they could always sue in another fair instead, and occasionally transfer their suit to a different court<sup>101</sup>.

Unlike the royal courts, moreover, the fair court could issue a default judgment. An absent defendant's property would first be seized for one year<sup>102</sup>. If the defendant still had not appeared by the end of the next fair, the court would award judgment<sup>103</sup>, in partial satisfaction of which the property would be delivered to the plaintiff<sup>104</sup>. Once a case had been fully litigated, the fair court would order execution against the defendant's assets – so quickly, in fact, that disputes arose over whether third parties had enough time to defend their own assets against seizure<sup>105</sup>. The merchants' preferences for efficiency, which might have driven them toward informal dispute resolution, instead pushed them toward the local mercantile courts<sup>106</sup>.

<sup>96</sup> *Palmer*, County Courts (n. 71) 112; see also *ibidem* 56 (describing the suitors as “irrevocably amateur”); *ibidem* 80. Another option, the court of Hurstingston hundred, would have been largely irrelevant to those trading at St. Ives. Such courts met only once every three weeks, see *Helen Cam*, *The Hundred and the Hundred Rolls* (New York 1960) 168, and its jurisdiction was roughly coextensive with that of the fair itself, see *Ramsey v. Taylor*, *Curia Regis Roll* 146, 36 Hen. 3, m. 10, 10d (K. B. 1252), in: *Procedure Without Writ* (n. 57) 27–29 (argument of counsel).

<sup>97</sup> See, e.g., *Holywell v. Beverley* (St. Ives Fair Ct. 1270), in: 1 SCLM (n. 12) 5–6, 5.

<sup>98</sup> As would have been necessary in the Court of Common Pleas. See *Baker*, Introduction (n. 53) 63; see also *ibidem* 49–51 (describing the subterfuges to which litigants would later resort to avoid purchasing a writ in the King's Bench).

<sup>99</sup> See, e.g., *Hamon v. Favere* (St. Ives Fair Ct. 1287), in: 1 SCLM (n. 12) 21–24, 23.

<sup>100</sup> See 1 SCLM (n. 12) 4–5 (concerning Reginald the Easterling).

<sup>101</sup> See, e.g., *Boys v. Houghton* (St. Ives Fair Ct. 1316), in: 1 SCLM (n. 12) 101–102, 101 (transferring a case to the court of the market). The abbot had been granted a weekly market in St. Ives in 1293, which had its own court. See 1 SCLM (n. 12) 121 n. 1 (quoting *Cartularium monasterii de Ramesia*, t. 2 edited by *William H. Hart, Ponsonby A. Lyons* [Rolls Series 79, London 1886] 298; hereinafter: 2 *Cartul. monast. de Rames.*).

<sup>102</sup> See, e.g., *Scaldwell v. Lincoln* (St. Ives Fair Ct. 1287), in: 1 SCLM (n. 12) 31–32, 31; *Cambridge v. Chaplain* (St. Ives Fair Ct. 1291), in: 1 SCLM (n. 12) 54–55, 54.

<sup>103</sup> See *Yarmouth v. Fick* (St. Ives Fair Ct. 1300), in: 1 SCLM (n. 12) 81–83, 81.

<sup>104</sup> See, e.g., *Fairhead v. Tankus* (St. Ives Fair Ct. 1295), in: 1 SCLM (n. 12) 71–72, 71; *Gavelock v. Fulletby* (St. Ives Fair Ct. 1300), in: 1 SCLM (n. 12) 81–83, 82.

<sup>105</sup> See *Dederic v. Ramsey*, *Coram Rege Roll* 221, 8 Edw. 2, m. 93d (K. B. 1315), in: 2 SCLM (n. 21) 86–88 (concerning the length of time the fair court must wait for an innocent owner to appear).

<sup>106</sup> Cf. *Bernstein*, *Diamond Industry* (n. 1) 135: “[E]xtralegal contracts are more likely to become an industry norm in situations where traditional contract remedies are likely to lead to

*Institutional Structure*

Efficiency would have been a strong reason to avoid the royal courts. But a second factor was the fair courts' institutional structure, which accorded greater influence to community norms. The existing mechanisms of proof would have functioned better at the local level: Westminster was "far away from the local community which provided the social sentiment to reinforce the moral qualms about perjury<sup>107</sup>". Juries at St. Ives could include those present at the original transaction<sup>108</sup>, a difficult prospect for a sheriff executing a royal writ many months later. More fundamentally, in the fair courts the merchants participated actively in rendering decisions. Local courts were traditionally staffed by suitors, who issued the court's judgments and were drawn from the population subject to its jurisdiction<sup>109</sup>. Because the fair court's docket was primarily mercantile in nature, it was sensible to have at least some of the suitors be merchants. Indeed, merchants sat on the court along with other residents of St. Ives, and parties referred to judgments as having been granted by "award of the merchants<sup>110</sup>". Unlike the justices of the central royal courts, who relied on later-impaneled juries for questions of mercantile law<sup>111</sup>, merchant suitors would have been directly familiar with the relevant rules. On particularly contentious issues they sought the opinions of "all the merchants of the said fair, both natives and foreigners, to whom judgments belong according to [mercantile law]<sup>112</sup>" – an exaggeration, of course, but an option not easily available to the royal courts, whose juries were often composed of English merchants only<sup>113</sup>. By including foreign merchants on the court, the abbot could give additional assurances of the fairness of his tribunal<sup>114</sup>.

Despite these differences, the fair court remained an entirely unremarkable product of the English judicial system<sup>115</sup>. Under the jurisprudence of the time, to

inefficiently high levels of breach of contract and the market is organized in a way that makes other methods of enforcing these agreements possible".

<sup>107</sup> *Palmer*, County Courts (n. 71) 224.

<sup>108</sup> See *supra* note 58.

<sup>109</sup> See *Frederic William Maitland*, Introduction, in: *Select Pleas* (n. 12) xi, lxxv; see also *Lincoln v. Auteyn*, Hilary, pl. 1730 (K. B. 1226), in: *Bracton's Note Book*, edited by *Frederic William Maitland*, t. 3 (London 1887) 565.

<sup>110</sup> Cf. *Papworth v. Kent* (St. Ives Fair Ct. 1291), in: 1 SCLM (n. 12) 38–39, 39. The suitors were not all merchants, however. See *Swavesey v. Pope* (St. Ives Fair Ct. 1288), in: 1 SCLM (n. 12) 35–36, 35 (referring to "[t]he merchants and all others of the court").

<sup>111</sup> See, e.g., *Dederic*, in: 2 SCLM (n. 21) 86–88, 86.

<sup>112</sup> *Fullham v. Francis* (St. Ives Fair Ct. 1311), in: 1 SCLM (n. 12) 89–90, 90. The original Latin phrase is *secundum legem mercatoriam*; on the English translation of this phrase, see LMLP (N. 10) 7; *Rogers*, Notes (n. 10) 250.

<sup>113</sup> See *Dederic*, in: 2 SCLM (n. 21) 86–88, 88 (impaneling merchant jurors from London, Lincoln, Winchester, and Northampton).

<sup>114</sup> Towns without a domestic population of long-distance traders also had certain advantages, such as avoiding retaliation and assuring foreigners a neutral playing field. See *Greif*, *Institutions* (n. 45) 335–336; cf. *supra* note 57.

<sup>115</sup> See *David Ibbetson*, *Custom in Medieval Law*, in: *The Nature of Customary Law*, edited

hold a fair was to hold a court to govern it<sup>116</sup>; to hold a court was to draw suitors from the population judged<sup>117</sup>; and to draw such suitors was frequently to apply – perhaps unintentionally – the customary law of the relevant jurisdiction<sup>118</sup>. Indeed, the fair court’s structure enabled a more flexible application of both procedural and substantive law. As to procedure, during the period when the central royal courts still enforced oral contracts<sup>119</sup>, those courts generally did not attribute strong evidentiary force to an unsealed writing or to a tally, a notched stick commonly used as a record of debts. The situation was quite different in mercantile cases, in which a defendant who faced such evidence could not wage his law and was required to try the case by jury<sup>120</sup>. (Indeed, some writers desired even stronger rules, which would have entitled the plaintiff, and not the defendant, to establish his case by oath<sup>121</sup>). As to substantive law, while the forms of writs issued by the Chancery were frozen after 1258, the fair court never attempted to

by *Amanda Perreau Saussine, James Bernard Murphy* (Cambridge 2007) 151–175, 167; hereinafter: *Ibbetson*, Custom in Medieval Law.

<sup>116</sup> See Charter to the Abbot of Ramsey (1110), in: A Source Book for Medieval Economic History, edited by *Roy C. Cave, Herbert H. Coulson* (Milwaukee 1936) 119–120, 119–120 (quoting 2 Cartul. monast. de Rames. [n. 101] 101) (granting a fair “with *sac* and *soc*, [...] and with all customs such as any fair in all England has”). This phrase represented the grant of jurisdiction along with the profits of justice, and the power to compel attendance at the court. *John Hudson*, The Formation of the English Common Law (London 1996) 44; see also *Frederick Pollock, Frederic William Maitland*, The History of English Law Before the Time of Edward I, t. 1 (Cambridge 21898) 578–580.

<sup>117</sup> See *supra* note 109 and accompanying text.

<sup>118</sup> Cf. *Ibbetson*, Custom in Medieval Law (n. 115) 171: “[T]he merchants themselves played a larger part in [these courts] than did Westminster-trained common lawyers, and the law that they applied was refracted through the eyes of the merchant community. As in manorial courts, [...] what was custom and what was law tended to merge together”.

<sup>119</sup> On the royal courts’ subsequent practice of requiring a sealed deed, see *Palmer*, County Courts (n. 71) 208–215; *Joseph Biancalana*, Actions of Covenant. 1200–1330, in: Law and History Review 20 (2002) 1–57.

<sup>120</sup> See *Maitland*, Introductory Note, in: Select Pleas (n. 12) 130–137, 133: “Against a tally one could not wage one’s law in cases between merchants; royal favour has conceded to them that the plaintiff who has a tally may prove his case [...]”; accord *Lex Mercatoria* (n. 10) 3.

<sup>121</sup> Thus, the treatise *Lex Mercatoria* (n. 10) claimed that the mercantile law “does not admit anyone to [wager of] law on the negative side, but in this law it always belongs to the plaintiff to prove, for example, by suit or by deed or both, and not to the defendant”; *Lex Mercatoria* (n. 10) 3. This was because merchants often sold their goods on credit without tallies or writings, and it would have been “hard and very tedious and a kind of burden and continuous obstacle to them” if they were forced to record even minor transactions; *Lex Mercatoria* (n. 10) 3. The St. Ives court, however, fully accepted the defendant’s right to wage his law, and wager of law was even defended against occasional encroachments. See, e.g., *Tempsford v. Chaplain* (St. Ives Fair Ct. 1291), in: 1 SCLM (n. 12) 44.

On the Continent, by contrast, the merchants “doggedly fought for the permission to maintain the oath of office of the defendant, which the church, conceiving this as an invitation to perjury, wanted to restrict”; *Cordes*, Search (n. 10). The church preferred the institution of trial by battle, which the merchants feared. See *ibidem* n. 20; see also *Raoul C. van Caenegem*, Legal History. A European Perspective (London 1990) 83–84.

squeeze cases into specific forms of action<sup>122</sup>. It was particularly sensitive to local custom, with the abbot's officers taking care, when they made exceptions to regulations, that the exceptions be understood as special favors rather than customary rights<sup>123</sup>. The fair court also broke from particular common law rules. For example, it applied a different law of sale, in which title passed immediately upon a nominal down payment<sup>124</sup> (a practice recognized by the Crown in 1303<sup>125</sup>), and it expanded the rule of "market overt" to allow purchasers to retain stolen goods if bought in good faith<sup>126</sup>. While these exceptions to the standard legal rules did not add up to a separate *system* of mercantile law<sup>127</sup>, as some have claimed<sup>128</sup>, they did confer certain advantages on mercantile plaintiffs, and thus created strong incentives to litigate in the mercantile courts.

Perhaps the very success of the St. Ives court can be attributed to the jurisdictional competition it faced. The merchants who traded at St. Ives had access to other formal tribunals as well as informal reputational sanctions, and the abbot who owned the fair had an incentive to maintain or increase his fees from litigation. Some have argued that these circumstances, like those of perfectly competitive markets, generally produce wealth-maximizing outcomes<sup>129</sup>. In the legal context, however, these circumstances tend to favor *plaintiffs*, for it is they who choose the court and for whom the jurisdictions compete – checked only by the defendants' readiness to avoid the jurisdiction entirely<sup>130</sup>. The cycle of fairs meant that plaintiffs could use one fair court as easily as the next, while the defendants might lose a great deal by sitting out. We might then expect mercantile courts to evolve toward helping plaintiffs. The mercantile courts were also in tighter competition with each other than were the central royal courts, which had a broader docket and other constituencies to please<sup>131</sup>. Thus, we should expect the mercan-

<sup>122</sup> See, e.g., *Maitland*, Introductory Note, in: Select Pleas (n. 12) 134 (citing an example in which an action for money due on a contract "is conceived as an action to obtain money 'detained and deforced by violence against the lord's peace.' It looks like an action of tort; it also looks like an action to obtain coins which already are the plaintiff's.").

<sup>123</sup> See, e.g., 1 SCLM (n. 12) 24–27, 24 (granting a narrow exception to Robert Pole).

<sup>124</sup> See *Tempsford v. Chaplain* (St. Ives Fair Ct. 1291), in: 1 SCLM (n. 12) 44–45, 44.

<sup>125</sup> See *Carta Mercatoria*, 31 Edw. 3, m. 11 (Feb. 1, 1303), in: *English Economic History*. Select Documents, edited by *Alfred E. Bland* et al. (London 1914) 211–216.

<sup>126</sup> At common law, a good-faith purchaser held good title to sales "in daylight in market places on market days"; *Albert K. R. Kiralfy*, Custom in Mediaeval English Law, in: *Journal of Legal History* 9 (1988) 26–39, 35. While residents of London enjoyed the privilege of having all shops treated as markets for this purpose, *ibidem*, at St. Ives even a door-to-door sale would qualify. See *Tanner v. Francis* (St. Ives Fair Ct. 1291), in: 1 SCLM (n. 12) 48–49, 48. See generally *Peter M. Smith*, Valediction to Market Overt, in: *The American Journal of Legal History* 41 (1997) 225–249, 229.

<sup>127</sup> See *Sachs*, From St. Ives to Cyberspace (n. 10) 730–731; see also *Cordes*, Search (n. 10).

<sup>128</sup> See sources cited *supra* note note 8.

<sup>129</sup> See *Zywicki*, Efficiency (n. 7) 1608.

<sup>130</sup> *Landes, Posner*, Adjudication as a Private Good (n. 7) 254–255; see also *Klerman*, Jurisdictional Competition (n. 7) 1179.

<sup>131</sup> In particular, the central royal courts dealt with many cases involving land, the period's central source and store of wealth. Given that an adverse judgment might result in the per-

tile courts to be more pro-plaintiff than the central royal courts. Indeed, this is precisely what occurred. The procedures in mercantile courts promoted the rapid resolution of disputes, with modified evidentiary and substantive rules that helped plaintiffs to establish their claims.

Yet the fair courts were by no means one-sided institutions. The suitors who rendered judgments were partially drawn from the merchant community, and their incentives were more complex than merely maximizing the abbot's revenue<sup>132</sup>. The merchants themselves had different preferences than litigants in general, and may well have favored rapid collection of debts over other goals. And as mentioned above, either party to a transaction *ex ante* could find himself a plaintiff or defendant *ex post*<sup>133</sup>. The fair court could not have survived unless its proceedings were broadly acceptable to the population it governed – that is to say, unless its rules at least broadly coincided with the social norms and interests they were meant to promote.

The traditional picture offered by law-and-norms scholarship is a dichotomous one; disputes may be resolved by a centralized, formal 'state' or by a decentralized, informal 'society.' But in a world of plural sources of authority, it can be difficult to tell where one type of dispute resolution ends and another begins. Indeed, all attempts at resolving disputes, including those most closely bound to lawyers and courts, involve a complicated network of outside interests and social norms. Dispute-resolution mechanisms are "arrayed along a spectrum of formality"; the designation of an institution as "'formal' or 'informal' depends" – and must depend – "on the answer to the question, 'Compared to what<sup>134</sup>?'". As Eric Feldman noted in his insightful study of Tokyo's fish markets, even "members of close-knit groups" may employ formal tribunals "because legal rules and institutions can be breathtakingly fast and inexpensive<sup>135</sup>". The key factors are the "*relative* strengths and weaknesses of informal norms and specialized courts", with the "*design* of legal institutions" being the key determinant<sup>136</sup>.

The court of St. Ives illustrates this spectrum well. It was fully integrated into the judicial structure of the time; but like a modern commercial court, it possessed distinct rules and served a particular constituency. Moreover, its procedures met mercantile preferences for the rapid resolution of disputes while employing wider social pressures to magnify and extend its reach. Its lessons for today's courts are far from direct: the social and economic conditions faced by medieval merchants are nothing like those facing litigants today. But the most useful lesson of the St.

manent dispossession of the defendant and all his heirs, these courts were unsurprisingly predisposed to delay.

<sup>132</sup> See *Sachs*, *From St. Ives to Cyberspace* (n. 10) 702 n. 43. The substantive innovations are especially difficult to characterize; the expansion of market overt, for example, favored purchasers but not necessarily plaintiffs.

<sup>133</sup> Cf. *Zywicki*, *Efficiency* (n. 7) 1608.

<sup>134</sup> *Feldman*, *Tuna Court* (n. 3) 356–357.

<sup>135</sup> *Feldman*, *Tuna Court* (n. 3) 318.

<sup>136</sup> *Feldman*, *Tuna Court* (n. 3) 320 (emphasis added).

Ives court is that formal institutions can benefit from attention to the norms and incentives of their constituents, and can do so without sacrificing their legal character.

## Kurzfassung

Jüngste Studien zur Konfliktlösung im Handel haben die Rolle informeller Normen und außerrechtlicher Anreize im Vergleich zum formellen Rechtssystem betont. Dennoch dürften die Kaufleute, die mittelalterliche englische Messen aufsuchten und auf deren Beispiel als Vorläufer moderner Schlichtung man sich berufen hat, nicht diesem Modell entsprechen. Diese Kaufleute führten häufig Prozesse vor den Messegerichten, lokalen Gerichten allgemeiner Jurisdiktion, die formale Verfahren und traditionelle Beweismethoden beibehielten. Warum vertrauten diese Händler den existierenden Autoritäten mehr als ihren eigenen privaten Institutionen? Und warum zogen sie eher vor lokale als vor alternative Gerichte wie etwa die englischen königlichen Gerichtshöfe?

Dieser Beitrag untersucht die Aufzeichnungen des Messegerichts von St. Ives, einer von Englands größten und am besten dokumentierten Messen im späten 13. und frühen 14. Jahrhundert. Er legt dar, dass es dem Messegericht angesichts der Konkurrenz der Gerichte gelang, die Prozessierenden anzuziehen durch eine effektive Anordnung rechtlicher und außerrechtlicher Anreize. Es bot nicht nur Sanktionen hinsichtlich des Renommees, sondern auch den zwangsweisen Rechtsgang, der notwendig ist, um eine heterogene Handelsgemeinschaft zu leiten. Obwohl es weder die Reichweite noch die Autorität eines königlichen Gerichts besaß, bot es den Kaufleuten eine größere Geschwindigkeit und Flexibilität bei der Anwendung bestimmter Gewohnheiten, indem es eher auf das Wissen der Gemeinschaft vertraute als auf offizielle Tatsachenermittlung. Das Messegericht von St. Ives bietet ein erhellendes Beispiel der Interaktion von Recht und Gesellschaft. Es zeigt, wie fragile Rechtssysteme erfolgreich sein können, indem sie außerrechtliche Normen und Anreize zur Anwendung bringen und sich mit ihnen koordinieren, um offizielle Ziele zu erreichen.

## Résumé

Des études récentes portant sur la résolution des conflits commerciaux ont souligné la place des normes informelles et des règles coutumières dans ce domaine par rapport au système de droit commun. Pourtant, les marchands qui fréquentaient les foires anglaises médiévales, dont l'exemple a été invoqué au titre de précédent pour la résolution de litiges modernes, semblent ne pas s'être inscrits dans cette tendance. Ils plaidaient fréquemment devant les cours des foires, des juridictions locales qui disposaient d'un droit de juridiction général, suivaient les règles de la

procédure de droit commun et accueillait les modes de preuve traditionnels. Pour quelle raison ces marchands préféraient-ils des juridictions existantes à leurs propres institutions particulières ? Et pourquoi se présentaient-ils devant des tribunaux locaux plutôt que devant des institutions alternatives comme les cours de justice royales ?

Cet article se propose d'étudier les registres de la cour des foires de Saint-Yves, l'une des plus importantes de l'Angleterre de la fin du XIII<sup>e</sup> et du début du XIV<sup>e</sup> siècle, qui présente en outre l'avantage d'être très bien documentée. Il s'attache à démontrer qu'à l'occasion des conflits de juridiction, la cour des foires a réussi à s'attirer la faveur des justiciables par le recours à des moyens juridiques comme extra-juridiques. Car la cour ne se contentait pas d'infliger des sanctions entachant la renommée de ceux qu'elle condamnait, elle disposait également de moyens coercitifs nécessaires pour encadrer une communauté des marchands, par définition hétérogène. Même s'il lui manquait l'autorité d'une cour royale, cette juridiction proposait aux commerçants l'application rapide et souple des coutumes qui leur étaient spécifiques, s'appuyant pour cela davantage sur la connaissance de la communauté que sur la réunion officielle des faits. Aussi, la cour de la foire de Saint-Yves constitue un exemple éclairant de l'interaction de la loi et de la société, démontrant ainsi de quelle manière des systèmes juridiques fragiles peuvent atteindre les objectifs qui leur sont officiellement assignés en faisant usage ou en s'inspirant de règles extra-juridiques.

*Albrecht Cordes*

## Die Erwartungen mittelalterlicher Kaufleute an Gerichtsverfahren: Hansische Privilegien als Indikator

Die Hansekaufleute ließen sich vom 12.–15. Jh. von den Machthabern der Länder, mit denen sie Handel trieben, machtvolle Privilegien ausstellen. Mit ihnen sicherten sie sich ihre Handels- und Rechtsstellung und die Autonomie ihrer Kontore von Flandern und England über Norwegen und Dänemark bis nach Russland. In diesen Privilegien ist kein anderes Thema so ausführlich geregelt wie das Gerichtsverfahren. Ihre Rechtsstellung vor Gerichten in der Fremde war den hansischen Kaufleuten also so wichtig wie kein zweites. Diese große Aufmerksamkeit für das Prozessrecht macht sich mein Beitrag zunutze und konstruiert aus den 19 wichtigsten hansischen Privilegien ein Anforderungsprofil: Wie mussten Gerichtsverfahren beschaffen sein, damit ein hansischer Kaufmann in der Fremde im Konfliktfall der „öffentlichen Justiz“ im Sinne unseres Themas vertrauen konnte und nicht zu außergerichtlichen Maßnahmen (Abbruch der Handelsbeziehungen, Boykott, Gewalt) greifen musste, um seine Interessen durchzusetzen? Es stellt sich dabei heraus, dass zwei Anliegen im Mittelpunkt standen. Zum einen ging es darum, Verzögerungen beim Aufbruch zur nächsten Handelsreise möglichst zu verhindern. Dazu dienten u. a. das Drängen auf rasche Entscheidungen und der Dispens vom persönlichen Erscheinen vor Gericht. Zum anderen sorgten die Privilegien für ein rationales, einfaches Beweisrecht: Es galt, Zweikämpfe und andere Gottesurteile zu vermeiden. Dazu suchte man dem einhändigen Reinigungseid möglichst viel Raum zu geben, und wenn möglich sorgte man dafür, dass die Gerichte paritätisch, also zur Hälfte mit Vertretern der Hansekaufleute, besetzt waren.

Der Beitrag versucht, die hansischen Privilegien für die Erforschung der Frage „öffentliche oder private Justiz?“ nutzbar zu machen. Dazu werden als Fallstudie eingangs zwei frühe flandrische Privilegien mit besonders reichem prozessrechtlichem Inhalt vorgestellt. Anschließend soll der zunächst nicht auf der Hand liegende Zusammenhang zwischen den Bestimmungen der Privilegien und der übergeordneten Fragestellung hergestellt werden. Der dritte Abschnitt analysiert dann die verfahrensrechtlichen Bestimmungen der 19 Privilegien, die Rolf Sprandel für seine Quellensammlung zur Hansegeschichte für die Freiherr-vom-Stein-Ge-

dächtnisausgabe ausgewählt hat<sup>1</sup>, indem er sie in einem systematischen Zusammenhang stellt. Ein kurzer Ausblick schließt den Beitrag ab.

## Zwei flandrische Privilegien für die deutschen Kaufleute aus dem Jahre 1252

Seit Beginn des 13. Jh. traten die deutschen Kaufleute, allen voran die Kölner, welche schon im Jahrhundert zuvor in London Fuß gefasst hatten, die Lübecker, die Hamburger und die Dortmunder, auch in Flandern auf. Brügge war dort der wichtigste Anlaufpunkt. Eine Sturmflut im November 1134 hatte der gut 10 km von der Nordsee entfernt liegenden Stadt unverhofft Zugang zum Meer verschafft und ihr den für den wirtschaftlichen Aufschwung unentbehrlichen Hafen geschenkt. Als dieser Zugang im 15. Jh. trotz großer finanzieller und technischer Bemühungen nach und nach wieder versandete, nahm die Bedeutung Brügges ab, und im 16. Jh. wurde das hansische Kontor nach Antwerpen verlegt<sup>2</sup>.

Brügge lag im Zentrum der flandrischen Tuchproduktion und war zugleich wichtiger Absatzmarkt für den Rheinwein, der über Köln gehandelt wurde. Im zweiten Viertel des 13. Jh. stieg die Zahl der deutschen Kaufleute deutlich an, und einen ersten Niederschlag fand die gewachsene Bedeutung der deutschen Kolonie in Brügge in den Privilegien, welche die Gräfin Margarethe II. von Flandern und Hennegau ihnen im Frühjahr 1252 erteilte<sup>3</sup>. Diese Privilegien standen vermutlich

<sup>1</sup> *Rolf Sprandel* (Hrsg.), *Quellen zur Hanse-Geschichte. Mit Beiträgen von Jürgen Bohmbach und Jochen Götze* (Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalters. Freiherr-vom-Stein-Gedächtnisausgabe XXXVI, Darmstadt 1982) Teil B I (im Folgenden zitiert: *Sprandel*, *Quellen*); Einführung in die Auswahl 165–168. Übersicht bei *Philippe Dollinger*, *Die Hanse* (Stuttgart 41989) 245–251: „Die Privilegien im Ausland“. Aus rechtshistorischer Sicht *Karl Kroeschell*, *Albrecht Cordes*, *Karin Nehlsen-von Stryk*, *Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 2: Bis 1250* (Köln, Weimar, Wien 92008) 275, wo Kroeschell im Anschluss an *Hermann Krause*, *Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* (ZRG GA) 75 (1958) 206–251, feststellt, „dass es neben dem ›guten alten Recht‹ der überkommenen Gewohnheiten eine andere Schicht von Recht gab: das Recht der Privilegien und Konstitutionen der Herrscher, das wegen seiner eigenartigen Geltungsschwäche fortwährender Bestätigung bedurfte, also möglichst neu sein musste.“

<sup>2</sup> *Anke Greve*, *Hansische Kaufleute, Hosteliers und Herbergen im Brügge des 14. und 15. Jh.* (Hansekaufleute in Brügge Teil 6; Kieler Werkstücke Reihe D, Beiträge zur europäischen Geschichte des späten Mittelalters, Bd. 16, Frankfurt 2012); *Ernst Schubert*, *Novgorod, Brügge, Bergen und London: Die Kontore der Hanse*, in: *Concilium medii aevi* 5 (2002) (Internetzeitschrift, url: <http://cma.gbv.de/z/cma/2002> [8.4.2012]) 19. Nach wie vor wertvoll ist *Jozef Hubert Aloysius Beuken*, *De Hanze en Vlaanderen* (Maastricht 1950), darin Kap. 4 zur Organisation der Hanse in Flandern (im Folgenden zitiert: *Beuken*, *De Hanze*.) Einen hilfreichen englischsprachigen Überblick gibt *Peter Stabel*, *Bruges and the German Hanse: Brokering European Commerce*, in: *Luc Francois*, *Ann Katherine Isaacs* (Hrsg.), *The Sea in European History* (Pisa 2001) 35–55.

<sup>3</sup> Zu den flandrischen Privilegien zuletzt *Peter Stützel*, *Die Privilegien des Deutschen Kauf-*

im Zusammenhang mit den Plänen, ein eigenes Siedlungszentrum für die „Osterlinge“, wie die deutschen Kaufleute in Flandern genannt wurden, flussabwärts von Brügge, entweder in dem Vorort Damme oder in seiner Nähe, zu gründen<sup>4</sup>. Dazu kam es nicht, vielmehr entstand in Brügge das einzige hansische Kontor, in dem die Kaufleute nicht separat, sondern bunt gemischt mit der einheimischen Bevölkerung gewohnt haben. Doch diverse auf Infrastruktur gerichtete Bestimmungen, vor allem bezüglich eines Gerichts und einer Waage in Damme, deuten darauf hin, dass die Privilegien im Hinblick auf die erwartete Einrichtung eines geschlossenen Kontors, wie die Hanse sie auch an ihren anderen wichtigen Stützpunkten eingerichtet hatte, ausgehandelt und gewährt worden sind. Dies dürfte eine Situation gewesen sein, in der die flandrische Gräfin und ihr Sohn Guido, der eines der beiden Privilegien mit ausstellte, besonders konzessionsbereit waren.

Diese Privilegien besiegelten also ein bedeutendes ökonomisches Bündnis zwischen zwei aufsteigenden Wirtschaftsmächten. Sie wecken zugleich besonderes rechtshistorisches Interesse, weil auf deutscher Seite neben dem Lübecker Ratsherren Hermann Hoyer der Jurist Magister Jordan von Boizenburg agierte, der einige Jahre später, nach dem Rückzug aus den städtischen Ämtern, das berühmte Hamburger Stadtrecht, das *Ordeelbook* von 1270, schuf<sup>5</sup>. Die *Mercatores Romani Imperii* waren also juristisch gut beraten. Das war anscheinend auch in den Augen der Zeitgenossen etwas Besonderes, denn in den anderen Privilegien wurden die Verhandlungsführer meist nicht namentlich erwähnt. Als Privilegienempfänger wurden allgemein die Kaufleute aus dem Reich genannt, doch schon die Herkunft der Verhandlungsführer lässt erkennen, dass die Hanse dabei bereits die erste Geige spielte.

Die beiden Privilegien stehen in einem Spezialitätsverhältnis. Das erste, umfangreichere, stellte Margarethe als Gräfin von Flandern und Hennegau gemeinsam mit ihrem Sohn Guido, Graf von Flandern, am 24. März 1252 aus, das zweite drei Wochen später allein, und zwar nur für die „*universitas*“ (von einer solchen ist im ersten Privileg nicht die Rede) der Kaufleute der Städte Köln, Dortmund, Soest und Münster. Es ist auch nicht auf Flandern allgemein, sondern speziell auf

manns in Brügge im 13. und 14. Jh., in: *Hansische Geschichtsblätter* (HansGbl.) 116 (1998) 23–62. Der Autor bemüht sich mit Erfolg um eine Genealogie der Privilegien und differenziert verdienstvollerweise zwischen den auf flämisch verfassten Privilegien der Städte und den lateinischen der Grafen. Als Gesamtdarstellung immer noch unersetzlich ist *Walther Stein*, Über die ältesten Privilegien der Deutschen Hanse in Flandern und die ältere Handelspolitik Lübecks, in: *HansGbl* 30 (1902) 51–133; im Folgenden zitiert: *Stein*, Privilegien.

<sup>4</sup> Damme liegt 5 km nordöstlich von Brügge an der Mündung des kleinen Flüsschens Reie, das durch Brügge läuft, in den Swin, den Meeresarm, der seine Existenz der oben erwähnten Sturmflut verdankte. Dort, in Damme, wurden die Waren von den Seeschiffen auf Flusskähne und umgekehrt umgeladen; auf diesen Kähnen wurden sie dann in die Stadt geschafft. Darstellung der Ereignisse und geographischen Verhältnisse bei *James M. Murray*, *Bruges, Cradle of Capitalism, 1280–1390* (Cambridge 2005) 30–33; im Folgenden zitiert: *Murray*, *Bruges*.

<sup>5</sup> *Christa Bertelsmeier-Kierst*, Art. Jordan von Boizenburg, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG) II, 14. Lieferung (Berlin 2011), 1389.

die Kaufleute in Damme bezogen. Das gleiche gilt für ein drittes, bei Sprandel nicht aufgenommenes Privileg vom 23. Mai 1252<sup>6</sup>. Darin erneuert Margarethe ihre frühere Zollermäßigung für die „universitas“ der Kaufleute aus denselben vier Städten und aus Aachen sowie den anderen Kaufleuten aus dem Reich für den Handel nach Damme.

(1.1) In dem ersten, allgemeinen Privileg fungiert das Prozessrecht an prominenter Stelle, nämlich gleich im Anschluss an das Einleitungsprotokoll. Kein Kaufmann in Flandern soll zum gerichtlichen Zweikampf herausgefordert werden, für die flandrischen Kaufleute im Reich soll das gleiche gelten. Das ist eine Regelung, die schon seit dem 11. Jh. in städtischen Privilegien begegnet und auch sonst im Trend der Zeit liegt; wenige Jahrzehnte zuvor hatte das 4. Laterankonzil den Geistlichen die Mitwirkung an Gottesurteilen verboten<sup>7</sup>.

(1.2) Die folgende Bestimmung ist vielleicht die wichtigste und häufigste aller frühen kaufmännischen Privilegienforderungen: „*Nullus possit forefacere bona alterius*“ – kein Kaufmann soll die Güter eines anderen verwirken können. Diese Regelung beseitigt die im frühen Kaufmannsrecht verbreitete Kollektivhaftung der Kaufleute in der Fremde für alle Schulden, die ein anderer Kaufmann aus der gleichen Stadt macht, oder sogar für alle Schuldner aus dem gleichen Land. Dieser Haftungsgrund, der pauschal an der gemeinsamen Herkunft statt am individuellen Verhalten anknüpfte<sup>8</sup>, war zusammen mit dem Strandrecht das am frühesten und intensivsten in den hansischen Privilegien bekämpfte Handelshemmnis. Stattdessen setzen sich die Kaufleute bei jeder Gelegenheit für das Prinzip der ausschließlichen persönlichen Verantwortlichkeit des Handelnden ein, und zwar sowohl im zivilrechtlichen als auch strafrechtlichen Sinn. Letzteres wird hier zuerst ins Auge gefasst, denn anschließend heißt es, der „*malefactor*“ solle für seine Taten büßen und bestraft werden.

Es folgt die zivilrechtliche Regelung, dass kein Kaufmann für die Schulden eines anderen haftbar gemacht werden soll, es sein denn, er wäre der Hauptschuldner oder dessen Bürge. Der Gedankengang setzt sich fort mit der jetzt nötig werdenden Regelung der Frage, wie der einheimische Gläubiger eines auswärtigen Schuldners denn nun, da er sich nicht mehr an dessen Landsleute halten kann, zu seinem Recht kommt. Das Privileg geht davon aus, dass der flandrische Gläubiger

<sup>6</sup> Konstantin Höhlbaum u. a. (Bearb.), Hansisches Urkundenbuch Bd. I (Halle 1876) Nr. 431, 142 f.; dazu Stein, Privilegien (Fn. 3), 56 und Beuken, De Hanze (Fn. 2) 32.

<sup>7</sup> Karl Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 1: Bis 1250 (Köln, Weimar, Wien <sup>13</sup>2008) 288 f. (im Folgenden zitiert: Kroeschell, DRG I); Wolfgang Schildt, Art. Gottesurteil, in: HRG II, 11. Lieferung (Berlin <sup>2</sup>2010) 481–491.

<sup>8</sup> Diese Kollektivhaftung war im Hochmittelalter auch über die Welt der Kaufleute hinaus verbreitet. Um nur ein prominentes Beispiel zu nennen: Sie findet sich auch in Art. 13.7 des Mühlhäuser Reichsrechtsbuch (um 1220). Dort haften alle, die Wasser und Weide mit dem Schuldner nutzen und dem gleichen Herrn wie dieser Bodenzins zahlen müssen, die also mit anderen Worten seine Siedlungsgenossen und Mannen des gleichen Lehnscherrn sind; Herbert Meyer (Hrsg.), Das Mühlhäuser Reichsrechtsbuch (Weimar <sup>2</sup>1934), auch bei Kroeschell, DRG I (Fn. 7), 269.

seine säumigen Schuldner in deren Heimat verfolgen muss. Es wird verabredet, dass in diesem Fall das flandrische Gerichtsurteil im Reich anerkannt und durchgesetzt wird – ein Versprechen, das abzugeben sicher außerhalb der Kompetenz der hansischen Verhandlungsführer lag und das zudem kaum ein geeigneter Inhalt für ein Privileg für den Handel der deutschen Kaufleute in Flandern sein konnte. Die Beteiligten gehen aber jedenfalls hier ebenso wie beim Zweikampfverbot noch von einem flandrischen Aktivhandel ins Reich aus. Der wirtschaftliche Aufschwung Brügges erlaubte es den flandrischen Händlern dann aber, sich auf den Passivhandel zu beschränken und die Gäste aus aller Welt bei sich zu Hause zu erwarten. Die praktische Relevanz der Regelung, flandrische Urteile im Reich anzuerkennen und zu vollstrecken, war also sicher gering. Diese Idee war ohne Frage naheliegend, ausgewogen und mit juristischem Sachverstand ausgearbeitet, aber ihrer Zeit voraus.

(1.3) Es folgen Regelungen über Zuständigkeit und Verfahren des Schöffengerichts, dem die Kaufleute erkennbar ihr Vertrauen schenken. Es soll für Streit um neue Statuten oder Befehle („*cora et bannus*“), die den Kaufleuten nachteilig sind, zuständig sein und über strafrechtliche Vorwürfe gegen die Kaufleute entscheiden. Das Privileg greift auch in die Verfahrensregeln des Schöffengerichts ein: Der angeklagte Kaufmann soll nur durch den Wahrspruch („*veritas*“) der Schöffen selbst oder aber durch einen von den Schöffen anerkannten Wahrspruch – vermutlich eines anderen Gerichts – überführt werden können. In diesem Fall soll er nach dem Gesetz der Schöffen und des Landes („*secundum legem scabimorum et terre*“) Buße zahlen.

(1.4) Ob der Angeklagte bzw. Beklagte – Straf- und Zivilrecht werden weiter parallel behandelt – in Fesseln gelegt wird oder dieser Behandlung, die ihn an der Weiterreise hindert und so sein Erscheinen vor Gericht sicher stellt, entgeht, ist der nächste Punkt. Dies ist ebenfalls eine Frage, die in vielen Privilegien eine wichtige Rolle gespielt hat. Offensichtlich gingen der Bestimmung Verhandlungen voraus, denn die Frage ist detailliert, mit Ausnahmen und Gegenausnahmen, geregelt. Der Betroffene entgeht der Freiheitsbeschränkung, wenn er entweder Bürgen oder dingliche Sicherheiten, deren Wert durch das Zeugnis zweier wohlbeleumundeter Nachbarn feststeht, stellen kann. Auch dieser Ausweg ist aber versperrt, wenn es um Hals und Hand, also um schwere Kriminalität, geht. Die Einheimischen fungierten in Brügge als Begleiter, Partner und zugleich auch als Kontrolleure der hansischen Gäste; dass ihr Zeugnis für die Bewertung der Sicherheiten benötigt wird, ist dafür ein Beleg.

(1.5) Die vielleicht typischste Anforderung von Kaufleuten an Gerichtsverfahren ist deren kurze Dauer. Dies ist keine hansische und auch keine mittelalterliche Besonderheit, aber sie kommt hier in eigenartiger Weise zum Ausdruck: Die Kaufmannssachen sollen in drei oder höchstens acht Tagen erledigt werden, außer die Schöffen schwören, dass dies nicht zu schaffen ist. In diesem Fall sollen sie es so schnell wie möglich erledigen. Die Kaufleute brauchen den Termin aber nicht abzuwarten, falls sie einen Bürgen oder anderen Vertreter stellen können. Wieder kommt die Sorge zum Ausdruck, durch Gerichtsverhandlungen wertvolle Zeit für

Handelsreisen zu verlieren. Wieso aber gerade drei oder acht Tage? Das ist unklar, doch jedenfalls muss das Schöffengericht in Anbetracht so kurzer Fristen eine ständige Einrichtung gewesen sein. Weiter fällt auf, dass als Gerichtsorte Damme und Brügge, und zwar in dieser Reihenfolge, genannt werden. Das sprachlich allgemein auf Flandern bezogene Privileg scheint also doch in erster Linie auf Damme und Brügge gemünzt gewesen zu sein.

(1.6) Es folgt eine Regel aus dem Kontext des Strandrechts: Kein Kaufmann soll bei Schiffsbruch das Eigentum an Gütern verlieren, die er noch aus den Fluten retten kann. Das Strandrecht war eine umstrittene und im Mittelalter und auch noch in der frühen Neuzeit eine vielbehandelte Materie von einiger Komplexität<sup>9</sup>. Doch gerade diese Frage scheint den Hansen besonders am Herzen gelegen zu haben, denn eine entsprechende Bestätigung erwarben sie auch in anderen Ländern. Es muss sich also nicht unbedingt um eine gerade in Flandern besonders virulente Frage gehandelt haben. Ein Zusammenhang mit dem hier interessierenden Katalog von prozessrechtlichen Regelungen besteht hier – und zwar nur hier! – nicht. Alle anderen Bestimmungen des Privilegs haben mit den Gerichtsverfahren zu tun.

(1.7) Im folgenden Artikel geht es um die Abreise eines beladenen Schiffs aus den flandrischen Gewässern. Die Kaufleute sollen nicht gewaltsam aufgehalten werden, es sei denn, es läge bereits ein entsprechender Gerichtsbefehl gegen das Schiff vor oder es hätte sich ein neuer Tatbestand ergeben, demzufolge nach Landesbrauch („*terre consuetudinem*“) die Sistierung zulässig wäre. Das mag tautologisch klingen (Das Schiff darf fahren, wenn es ihm nicht zu Recht verboten ist), ist aber wegen des Regel-Ausnahme-Verhältnisses interessant: Die freie Fahrt ist die Regel. Im Übrigen macht der Bezug auf die flandrische *consuetudo* klar, dass die Privilegien sich bei allen Ausnahmen zugunsten der Kaufleute im Rahmen des einheimischen Rechts bewegen und diesem unterworfen sind. Darauf verweist auch die salvatorische Klausel am Ende, die das eigentlich Offensichtliche ausspricht: In allen in der Urkunde nicht erwähnten Dingen ist nach der Gewohnheit und dem Gesetz Flanderns („*consuetudini vel legi terre Flandrie*“) zu verfahren.

(1.8) Es folgt die Regelung des Falls, dass ein Kaufmann wegen einer noch nicht vom Schöffengericht festgestellten Schuld angesprochen wird. Er hat die Auswahl, sich durch einen Reinigungseid zu lösen oder aber nach dem Gesetz des Ortes („*secundum legem loci*“) zu bezahlen und zu büßen. Der einhändige Reinigungseid war spätestens seit dem 11. Jh. das Beweismittel, welches die Kaufleute bevorzugten<sup>10</sup>, denn er vermied sowohl die Gefahren der Gottesurteile als auch die Schwierigkeit, in der Fremde Eidhelfer aufbieten zu müssen. Der Reinigungseid wurde im 13. Jh. nach und nach vom Zeugenbeweis abgelöst. Auch in dem

<sup>9</sup> Albrecht Cordes, Art. Strandrecht, in: LexMA 8 (1996) 212f.; Hans Peter Glöckner, Art. Strandrecht, Strandregal, in: HRG V (Berlin 1998) 19–26.

<sup>10</sup> Albrecht Cordes, Spätmittelalterlicher Gesellschaftshandel im Hanseraum (Quellen und Darstellungen zur hansischen Geschichte N.F. XLV, Köln, Weimar, Wien 1998) 64–70.

Privileg von 1252 kommt er nur noch in Betracht, wenn das Schöffengericht noch nicht gesprochen hat.

(1.9) Als letzte inhaltliche Bestimmung folgt, dass Helfer, die das eigentlich schon abfahrberechtigte Schiff noch einmal verlassen, um bei Unfällen zu helfen, dadurch nicht in den Bereich, in dem sie rechtlich verfolgt werden können, zurückfallen. Diese Regel hat keinen gedanklichen Anschluss an das Voranstehende und wirkt so speziell und ans Ende angehängt, dass sie möglicherweise trotz ihrer abstrakten Formulierung auf die Klärung eines konkreten Streitfalls gemünzt war.

(2.1) Im kürzeren zweiten Privileg, das ausdrücklich nur auf den Handel nach Brügge und Damme bezogen war, geht es zunächst um die Zulassung des Handels zwischen Gästen, einer flandrischen Besonderheit, denn andernorts war oft vorgeschrieben, dass entweder der Käufer oder der Verkäufer ein einheimischer Händler sein musste.

(2.2) Dann folgt eine speziell auf Damme zugeschnittene Variante der schon im ersten Privileg zugesagten Abschaffung der Kollektivhaftung (oben 1.2). Niemand außer dem Täter selbst und seinen Gütern darf in Damme belangt werden; die Entscheidung von Streitigkeiten darüber wird den Grafen vorbehalten.

(2.3) Um Interessenkonflikten vorzubeugen, wird bestimmt, dass Zöllner keine anderen Ämter, weder Richter noch Schöffe oder Vogt, bekleiden können. Man ist versucht, hier einen Interessengegensatz zwischen Kaufleuten und Zöllnern herauszuhören. Ihren „natürlichen“ Feinden beim Zoll wollten die Kaufleute vermutlich nicht anschließend auf der Richterbank wiederbegegnen.

(2.4) Auch der folgende Artikel behandelt Fehler in der Rechtspflege. Schöffen, die an einem ungerechten Urteil mitgewirkt haben oder auch nur davon wussten, müssen ihr Amt ruhen lassen, bis dem Verletzten Genugtuung widerfahren ist.

(2.5) Schließlich überlässt die Gräfin den Kaufleuten noch die Waage und die geeichten Gewichte in Damme und gibt damit eines der wichtigsten herrschaftlichen Rechte zur Kontrolle des Handels aus der Hand.

Deutlich lassen die beiden Privilegien das besondere Interesse der Grafen und der Kaufleute an der Förderung von Damme und seiner Infrastruktur erkennen. Dort besteht ein Gericht, die dortige Waage wird den Hansekaufleuten übergeben, dort gibt es eine Zollstation und einen Vogt. Auch das allgemein auf Flandern gemünzte erste Privileg erscheint bei genauerem Hinssehen zumindest in Teilen speziell auf Damme zugeschnitten. Das alles passt gut zur anscheinend geplanten separaten hansischen Niederlassung vor den Toren von Brügge<sup>11</sup>. Doch das kann nicht weiter verfolgt werden, denn darum geht es hier nicht.

Von den 14 Artikeln, in die wir die Privilegien eingeteilt haben, behandeln 11 prozessrechtliche Fragen. Von den 5 Artikeln des zweiten Privilegs sind es 3, von den

<sup>11</sup> Hier hat es den Anschein, als sei Damme selbst der geplante Ort gewesen. *Murray*, Bruges (Fn. 4) 30–33 (mit einer anschaulichen Skizze der geographischen Verhältnisse) schildert aber auch Pläne, die Hansen in dem noch einmal 5 km näher an Sluis und am Meer gelegenen Ort Hoeke anzusiedeln. Die Frage kann hier offen bleiben.

9 Artikeln des ersten, allgemeineren und deshalb wohl höherrangigen Privilegs sogar 8<sup>12</sup>. Damit dürfte das überragende Interesse der Kaufleute an ihrer prozessualen Stellung im Ausland für Flandern in der Mitte des 13. Jh. bewiesen worden sein. Bevor dieser Befund anhand der anderen Privilegien überprüft wird, seien aber erst einige Überlegungen zur Verankerung des Beitrags im Generalthema eingeschoben.

## Moderne Debatten um *Alternative Dispute Resolution* und der Quellenwert der hansischen Privilegien für Gerichtsverfahren in kaufmännischen Angelegenheiten

Die Diskussion um „Alternative Dispute Resolution“ (ADR) entstand auf dem Nährboden spezifischer Defizite der US-amerikanischen Zivilrechtspflege, beschäftigt aber inzwischen die ganze Welt. Auch die vom *Centre d’Histoire Judiciaire* in Lille unter der Leitung von Serge Dauchy und Véronique Demars-Sion konzipierte Serie von Konferenzen über öffentliche und private Justiz, deren sechste und letzte dem Handels- und Seerecht gewidmet war<sup>13</sup>, kann man in diesen Zusammenhang stellen. Doch im Unterschied zur ADR-Debatte, die praktische Alternativen zum langwierigen und teuren ordentlichen Zivilprozess diskutiert, ist das hier verfolgte theoretische Erkenntnisinteresse von der Aufgabe entlastet, die dort ganz im Mittelpunkt steht, nämlich der, ein Qualitätsurteil zu fällen. Während die ADR-Debatte zu entscheiden sucht, welcher Weg zur Konfliktlösung praktisch besser geeignet ist<sup>14</sup> und wie Verfahren auszugestalten sind, damit sie faire und gerechte, schnelle und billige Lösungen für Konflikte herbeiführen, hat der hier geführte Diskurs das Privileg, von einer Metaebene aus die Diskussion um die ADR analysieren zu können.

<sup>12</sup> Nichts Prozessrechtliches behandeln nur 1.6 (Strandrecht), 2.1 (Gästehandel) und 2.4 (Waage).

<sup>13</sup> Eine Übersicht über diese Forschungsinitiative bietet der Abschlussbericht: *Serge Dauchy, Véronique Demars-Sion, Anne Deperchin* u. a., Redaktion *Sarah Castelain*, *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée, une frontière mouvante. Rapport de recherche* (Lille 2008). Ebenfalls veröffentlicht wurden die Referate der fünften Konferenz, die sich mit dem Völkerrecht beschäftigt hat: *Serge Dauchy, Miloš Vec* (Hrsg.), *Les conflits entre peuples. De la résolution libre à la résolution imposée* (Baden-Baden 2011).

<sup>14</sup> Einerseits gibt es Kräfte, die das A in der Abkürzung ADR nicht zu „alternative“, sondern zu „appropriate“ auflösen wollen, so dass nur noch die private Konfliktlösung als angemessen gälte. Andererseits erheben sich auch warnende Stimmen, die auf die rechtsstaatlichen Defizite der privaten Lösungswege hinweisen und vor einem Rückfall in ein System, in dem der Stärkere bessere Chancen hat, sein Recht zu bekommen, warnen. Die Diskussion ist häufig von den wirtschaftlichen Interessen der beteiligten Anwälte und *Law firms* geleitet. Einführung bei *Allan Scott Rau* u. a., *Mediation and Other Non-Binding ADR Processes* (New York 32006).

Es ist das Fernziel des durch diese Debatte angeregten Autors, eine Untersuchung vorzulegen, in der das mittelalterliche Handelsrecht<sup>15</sup> aus der Sicht der Justiznutzer dargestellt wird. Während die bisherigen Studien zu diesem Thema (ebenso wie überhaupt die meisten rechtshistorischen Untersuchungen) ihren Gegenstand aus einer Vogelflugperspektive betrachten, welche Objektivität zu garantieren scheint, soll dabei ein bewusst subjektiver Standpunkt eingenommen und gefragt werden, welche Gründe für eine Konfliktpartei den Ausschlag geben, wenn sie sich zwischen öffentlicher und privater Justiz entscheidet. Man mag dies einen kulturgeschichtlichen Ansatz<sup>16</sup> nennen. Aus dem Verhalten der Beteiligten im Konfliktfall soll dann eine Geschichte der mittelalterlichen Verfahren in Markt- und Handelssachen konstruiert werden. Anschließend könnte man in einem weiteren Schritt versuchen, anhand der in den Verfahren zu Tage tretenden Problemfelder auch das materielle Kaufmannsrecht darzustellen.

Doch das ist Zukunftsmusik. In diesem Beitrag wird erst eine Vorfrage thematisiert – allerdings eine von richtungsweisender Bedeutung. Denn die Lösung kaufmännischer Konflikte vor Gerichten darf nicht isoliert betrachtet werden, sondern steht in einen Zusammenhang mit den alternativen Handlungsmöglichkeiten der Beteiligten. Die weit verbreitete mittelalterlichen Dichotomie „Minne oder Recht“ – im norddeutschen Raum häufiger: „Freundschaft oder Recht“<sup>17</sup> – bringt die beiden Möglichkeiten auf den Punkt: Kontroverse Entscheidung vor Gericht oder aber konsensuale Einigung auf einem anderen Weg als durch ein streitiges Urteil. Diese Alternative ist nicht identisch mit der Frage „Gericht oder nicht?“, denn auch in der primär auf ein streitiges Urteil ausgerichteten Gerichtsverhandlung kann es zu anderen Lösungen kommen, nämlich zu Vergleich, Erledigungserklärung, Klagerücknahme oder bloßer Nichtbetreibung eines Prozesses, der daraufhin im Sande verläuft.

<sup>15</sup> Wieso gerade dieses Thema? Da zum einen die Rechtskreise des mittelalterlichen Kaufmannsrechts relativ wenig vom gelehrten Recht berührt waren (so jedenfalls eine Hypothese, die laufend zu überprüfen sein wird) und zum anderen den Kaufleuten als Berufsgruppe hier im Prinzip ein überdurchschnittliches Maß an ökonomisch-gewinnorientiertem und in diesem Sinn rationalem Verhalten unterstellt wird, dürfte es spannend sein zu sehen, nach welchen Kriterien und Prinzipien sich materielles und Verfahrensrecht in Sphären jenseits des von studierten Fachjuristen dominierten römischen und kanonischen *Ius Commune* entwickelt hat und inwieweit es zu einer kohärenten Systembildung in der Lage war. Holzschnittartig auf den Punkt gebracht: Das mittelalterliche Handelsrecht interessiert also als Paradigma eines Rechts ohne (primäre Beteiligung der) Juristen.

<sup>16</sup> Michael Maurer, Kulturgeschichte. Eine Einführung (Köln 2008); Achim Landwehr, Kulturgeschichte (Stuttgart 2009).

<sup>17</sup> Die frühesten Belege des Deutschen Rechtswörterbuchs (url: <http://drw-www.adw.uni-heidelberg.de/drw/>) für Freundschaft im Sinn von Güte, außergerichtlichem (Schieds-)Verfahren stammen aus der Mitte des 14. Jh.: „Also dat se der vorgenomden stücke soln mechtigh sin tuschen uns to slytene und to zonene in vrentscap oft in rechte“ (1346 OstfriesUB. I 62); „Si verenen sik mit minnen [andere Lesart früntschoep] oder ir en ne wise den anderen af vor gerichte mit rechte“ (Sachsenspiegel Landrecht III 15 § 1, Handschrift von 1369); „So scolde ek den rad entledighen van dere rechten ansprake mit vruntscap eder mit rechte“ (1355 Hannoversches Urkundenbuch 334).

Interessiert man sich für die Art und Weise, wie Kaufleute ihre Konflikte austrugen, und will die relative Bedeutung, die Gerichtsverfahren dabei spielten, ermitteln, so ist mit der Frage zu beginnen, wann und warum Kaufleute sich in Anbetracht dieser Alternative für das Gericht entschieden. Es spielte dabei, so unsere Vermutung, sicher eine wichtige Rolle, ob das von dem Gericht praktizierte Verfahren den Bedürfnissen und Erwartungen der rechtssuchenden Kaufleute entsprach. Die Frage, die der Beitrag sich stellt, lautet demnach: Welche Prozessregeln, welche Eigenschaften machten gerichtliche Verfahren für Kaufleute attraktiv für die Durchsetzung ihrer Interessen?

Eine Antwort darauf wird in den hansischen Privilegien des 12.–15. Jh. gesucht. Denn in oligarchisch organisierten Kaufmannsrepubliken wie dem mittelalterlichen Lübeck, in denen die Kaufleute fast alle Aspekte der Stadtherrschaft – und insbesondere Legislative und Judikative – in den Händen hatten, konnten sie direkt in ihrem Sinne auf die Gerichtsverfassung einwirken, ohne dass sie ihre Motive oder Ziele schriftlich hätten offen legen müssen. Hier kann man sie also nur an ihren Taten – sprich: ihren Statuten und ihren Gerichtsurteilen – messen.

In der Fremde hingegen waren die Kaufleute darauf angewiesen, auf anderen Wegen für eine ihnen günstige Ausgestaltung der Gerichtsverfahrens zu sorgen. Das Interesse der Herrscher über die fremden Häfen an Handel, Kredit und ausländischen Waren gab den auswärtigen Kaufleuten die Chance, ihre Vorstellungen mit der Hilfe von Privilegien durchzusetzen. Ihrer äußeren Form nach hoheitliche Gewährungen, waren sie doch ihrem materiellen Gehalt nach Verträgen viel ähnlicher als einseitigen Gunstbeweisen. Während sonst nur selten Vorstellungen der Kaufleute dazu, welche Verfahrensregeln ihren Interessen am besten entsprechen, überliefert sind, bieten die Privilegien genau diese Information. Die hansischen Kaufleute und Städte erwarben sie in harten Verhandlungen und unter Einsatz erheblicher materieller und ideeller Ressourcen von den Herrschern ihrer Handelsziele zwischen Frankreich und Russland und verteidigten sie noch im 16. Jh. mit Zähnen und Klauen, als die Zeit über diese Form von Handelspolitik eigentlich schon hinweggegangen war. Doch um die Frage, ob dieses eiserne Festhalten der Hanse an ihrer Privilegienkartell-Politik zu ihrem Untergang beigetragen oder aber umgekehrt den Niedergang eines in der herandämmernden territorialstaatlichen Epoche zunehmend aus der Zeit fallenden Gebildes noch relativ lang herausgezögert und dem hansischen Bündnis noch eine gewissen Bedeutung bis zum Beginn des 17. Jh. gesichert hat, geht es hier nicht. Denn jedenfalls für den Aufstieg und die Blütezeit der Hanse, also für das 12.–14. Jh., steht die überragende Bedeutung der hansischen Privilegien außer Frage.

In ihnen, das ist die erste wichtige Feststellung, ist häufig die Rede von der Gerichtsbarkeit und ihrer Ausgestaltung, freilich – das liegt in der Natur der Sache – nur in der Fremde, und zwar vor allem in England, Skandinavien und Flandern, während in Russland das Bestreben dahin ging, sich möglichst ganz der einheimischen Gerichtsbarkeit zu entziehen. Es ist leicht vorhersehbar, dass die Besonderheiten der gefährdeten Situation des Prozessierens in der Fremde eine wichtige Rolle spielen. Dass die gleichen Vorstellungen und Prinzipien auch in den Konto-

ren und in den Hansestädten selbst, wo man die Spielregeln ohne Verhandlungen mit Privilegiengebern und weitgehend autonom bestimmen konnte, die Gerichtsverfahren bestimmten, darf man vermuten; aus den Privilegien ergibt es sich jedoch nicht<sup>18</sup>. Die Wahl dieser Quellengruppe hat deshalb eine Einschränkung der Fragestellung zur Folge. Sie lautet nun noch: Wie mussten ausweislich der hansischen Privilegien gerichtliche Verfahren in der Fremde beschaffen sein, um Kaufleuten einen attraktiven Weg zur Durchsetzung ihrer Interessen zu bieten?

Unter Benutzung des Ansatzes aus Lille wird dabei von der Unterscheidung „*Justice publique, justice privée*“ – „Öffentliche oder private Justiz“ – ausgegangen. Dabei sind mit „öffentlicher Justiz“ einerseits die ordentliche und andererseits die spezielle Handels- bzw. Markt- oder Messegerichtsbarkeit gemeint, während unter „privater Justiz“ alle anderen Wege zur Konfliktbeilegung subsumiert werden. Die negative Konnotation von Privatjustiz im Sinne von Faustrecht ist damit nicht in erster Linie gemeint. Vielmehr geht es um einen ganzen Köcher von Pfeilen, die man im Konfliktfall zur Durchsetzung der eigenen Interessen einsetzen konnte<sup>19</sup>. In einem nach dem Grad der Institutionalisierung und regelhaften Ausformung aufgefächerten Spektrum lassen sich jenseits der ordentlichen oder aber speziellen Handelsgerichtsbarkeit, Schiedsgerichtsbarkeit, Mediation durch Dritte (insbesondere durch kirchliche oder andere Autoritäten), dann direkte Verhandlungen mit dem Gegner, weiterhin alle einseitigen Maßnahmen wie den Abbruch von Geschäftsbeziehungen, Boykott und Handelsembargo und am Ende der Skala auch die Gewalt auflisten. Dieses Arsenal von Möglichkeiten hatten beide Seiten bei den Verhandlungen um die Privilegien vor Augen. Vor dieser Folie müssen deshalb auch die in die Artikel der Privilegien gegossenen Verhandlungsergebnisse gewürdigt werden.

Es wird hier also versucht, aus den englischen, flandrischen, norwegischen, dänischen, russischen und schließlich auch französischen Privilegien die Interessen der hansischen Kaufleute in Bezug auf ihre Rechtsstellung vor Gerichten in der Fremde zu rekonstruieren. Die Ergebnisse werden nicht zeitlich oder räumlich, sondern in der Reihenfolge des Prozessablaufs geordnet. Das dient aber lediglich als Orientierungshilfe; es geht nicht um die Konstruktion eines idealen Handelsprozesses, der so nirgendwo jemals interessiert hat. Gegenüber der immer wieder einmal postulierten angeblichen mittelalterlichen *Lex Mercatoria* im Sinne einer einheitlichen Rechtsordnung ist nämlich auf prozessrechtlichem Gebiet eher noch mehr Skepsis angebracht als auf materielle rechtlichem. Denn es ist vielfältig belegt, dass die Gerichtsherren just die Ausgestaltung des Gerichtsverfahrens als ihre

<sup>18</sup> Erst recht ist der Umkehrschluss auf die Behandlung Fremder vor hansischen Gerichten verfehlt. Reziprozität, also die Gewährung von Rechtspositionen für Ausländer in den Hansestädten im Gegenzug für entsprechend günstige Behandlung der Hansen in der Fremde, war ein Konzept, welches die hansischen Machthaber zum Ärger vor allem der englischen Konkurrenz beharrlich und lange Zeit mit Erfolg ablehnten.

<sup>19</sup> *Benoît Garnot*, *Justice, infrajjustice, parajjustice et extra justice dans la France d'Ancien Régime*, in: *Crime, Histoire & Sociétés* 4, 1 (2000) 103–120 (url: <http://chs.revues.org/index855.html> [20. 8. 2012]).

zentrale Prärogative ansahen<sup>20</sup>. Wohl aber gab es eine große Kontinuität bei den Erwartungen an das Handelsprozessrecht der auswärtigen Gerichte. Wenn die Bereitschaft der Herrscher, auf die hansischen Forderungen einzugehen, von Land zu Land unterschiedlich war, so ähnelten sich doch diese Forderungen durchaus. Die Ergebnisse waren also verschieden, die Forderungskataloge, mit denen die hansischen Gesandten in die Verhandlungen hineingegangen waren, dürften sich hingegen gehneln haben.

## Die Erwartungen der Hansekaufleute an Gerichtsverfahren ausweislich der Handelsprivilegien

Die im Folgenden ausgewerteten Quellen seien kurz vorgestellt. Es handelt sich um die 19 Privilegien, die Rolf Sprandel für seine Edition von „Quellen zur Hanse-Geschichte“ der Freiherr vom Stein-Gedchtnisausgabe ausgesucht hat. Seine Auswahl ist überzeugend; sie umspannt die wichtigsten und berühmtesten Privilegien vom 12. bis zum 14. Jh., von jenem König Heinrichs II. von England für die Kolner Kaufleute aus der hansischen Frühzeit<sup>21</sup> bis zum Privileg des dänischen Reichsrats im Rahmen des Stralsunder Friedens von 1370<sup>22</sup>, der die Hanse auf dem Hohepunkt ihrer Macht sah. Es folgt dann noch, zeitlich und räumlich etwas abgerückt, ein Privileg König Ludwigs XI. von Frankreich aus dem Jahre 1483<sup>23</sup>.

Inhaltlich am ergiebigsten sind die flandrischen und englischen Privilegien aus den Jahrzehnten von 1250 bis 1310. Die ersteren<sup>24</sup> wurden oben ausgewertet. Der andere Text, der besonders herausragt, ist das Privileg König Edwards I. von England aus dem Jahre 1302, das unter dem Namen „*Carta Mercatorum*“ bekannt ge-

<sup>20</sup> Besonders eindrucksvoll tat dies bereits Wilhelm der Eroberer in seinem Statut „*De emporiis*“ (in: *Benjamin Thorpe* (Hrsg.), *Ancient Laws and Institutes of England* [London 1840] 212): „*XI. Item nullum mercatum vel forum sit, nec fieri permittatur, nisi in civitatibus regni nostri, et in burgis [clausis] et muro vallatis, et in castellis, et in locis tutissimis, ubi consuetudines regni nostri, et jus nostrum commune, et dignitates corone nostre, que constitue sunt a bonis predecessoribus nostris deperire non possint, nec defraudari, nec violari, sed omnia rite, et in aperto, et per iudicium et justiciam fieri debent. Et ideo castella, et burgi, et civitates site sunt, et fundate, et edificate, scilicet, ad tuicionem gencium et populorum regni, et ad defensionem regni, et idcirco observari debent cum omni libertate, et integritate, et racione*“.

<sup>21</sup> *Sprandel*, Quellen (Fn. 1) Nr. B I 1, 170. Sprandels Nummerierung (Nr. 1–19) wird im Folgenden zur schnelleren Verweisung übernommen.

<sup>22</sup> *Sprandel*, Quellen (Fn. 1) Nr. B I 18, 228. Aus dem Vorjahr stammt das dänische Privileg Nr. B I 17, S. 226.

<sup>23</sup> *Sprandel*, Quellen (Fn. 1) Nr. B I 19, 234.

<sup>24</sup> *Sprandel*, Quellen (Fn. 1) Nr. B I 6 u. 7, 182 u. 186. Ebenfalls Flandern betreffen die beiden von der Stadt Brügge anlässlich der Beendigung eines Handelsboykotts ausgestellten Privilegien von 1309, ebd. Nr. B I 15 u. 16, S. 220 u. 225.

worden ist<sup>25</sup> und an einige speziellere Privilegien aus dem 13. Jh.<sup>26</sup> anknüpft. 1302 stattete die Krone nicht nur die Hanse, sondern alle ausländischen Händler gleichermaßen, also insbesondere auch die wichtige Londoner Handelskolonie der Italiener, mit einer günstigen Rechtsstellung aus. Auf diese Weise schuf die Krone am Beginn des 14. Jh. ein einheitliches Fremdenrecht für alle ausländischen Kaufleute und erhöhte bei der Gelegenheit die Zölle. Es waren also auch fiskalische Motive, die zum Erlass der *Carta Mercatorum* führten.

Aus der Zeit zwischen 1203 und 1209 stammt der aus Lübecker Perspektive formulierte Bericht über die dänischen Privilegien für die Schonenmesse in Skanör und Falsterbo<sup>27</sup>. Sie hielten darin ihre günstige Rechtsstellung im wegen des Heringsfangs überragend wichtigen Schonen fest. Das Artlenburger Privileg Heinrichs des Löwen von 1161 ist aufgenommen<sup>28</sup>, obwohl es mehr den gutnischen Handel nach Deutschland als den deutschen Aktivhandel betroffen haben dürfte. Die Fürsten von Nowgorod privilegierten die Hansekaufleute in zwei inhaltlich eng verwandten Privilegien von 1199 (auf lateinisch) und 1269 (auf niederdeutsch)<sup>29</sup>. Nur einige Jahre jünger sind die Privilegien der norwegischen Könige für die deutsche Brücke in Bergen<sup>30</sup>. Bis 1302 sind die Privilegien auf Latein verfasst. Im 14. Jh. überwiegt dann das Niederdeutsche; es scheint sich als *lingua franca* durchgesetzt zu haben. Das späte französische Privileg ist wieder auf Latein.

Dies sind die Quellen, denen nun die hansischen Erwartungen und Forderungen an Gerichtsverfahren, geordnet in der Reihenfolge des Prozessablaufs, entnommen werden sollen. Dabei werden die Privilegien zur Einfachheit anhand der Nummern in Sprandels Edition zitiert.

### *Eröffnung des Rechtswegs; Rechtsschutz für Fremde*

Zunächst und vor allem wird den Kaufleuten überhaupt Rechtsschutz zugesagt (Nr. 1 u. 2). Das in den ältesten Privilegien häufige Versprechen des „*fare justitiam*“ dürfte nicht nur ein pauschales Gerechtigkeitsversprechen sein, sondern die konkrete Einladung beinhalten, den Rechtsweg zu beschreiten, wenn den Kaufleuten Unrecht geschah. Das ergibt sich schon aus dem Adressaten der englischen Urkunde, die sich nämlich nicht an die Kaufleute direkt, sondern an die mit der Rechtspflege des Königreichs betrauten Amtsträger wendet. In Norwegen (Nr. 12) werden die Richter nicht nur angewiesen, den Lübeckern reibungslos Recht zu verschaffen, sondern sogar, ihre Angelegenheiten mit liebevollem Vorrang („*quadam amoris prerogativa*“) zu behandeln.

<sup>25</sup> Sprandel, Quellen (Fn. 1) Nr. B I 14, S. 208.

<sup>26</sup> Sprandel, Quellen (Fn. 1) Nr. B I 5, 8 u. 9, S. 180, 188 u. 190.

<sup>27</sup> Sprandel, Quellen (Fn. 1) Nr. B I 4, S. 178. Auch das spätere Privileg von 1268 bezieht sich vor allem auf Skanör und Falsterbo, ebd. Nr. B I 10, S. 192.

<sup>28</sup> Sprandel, Quellen (Fn. 1) Nr. B I 2, S. 172.

<sup>29</sup> Sprandel, Quellen (Fn. 1) Nr. B I 3 u. 11, S. 175 u. 193.

<sup>30</sup> Sprandel, Quellen (Fn. 1) Nr. B I 12 u. 13, S. 196 u. 202.

Gerichtsstätten sind in Brügge nicht nur in der Stadt selbst, sondern auch in dem einige Kilometer flussabwärts gelegenen Hafen Damme belegt. Gerichte in unmittelbarer Nähe des kommerziellen Geschehens sind von Märkten und Messen bekannt; für die Fernhändler entspricht dem ein Gericht in der Nähe des Hafens. Die berühmteste bildliche Darstellung eines solchen Gerichts am Hafen entstammt der illustrierten Handschrift des Hamburger Stadtrechts von 1497<sup>31</sup>. Auf diesem Bild zu Beginn des letzten Abschnitts („*Van schiprechte*“) sieht man durch einen offenen Torbogen drei Richter an einem Tisch mit grünem Tuch sitzen. Vor dem Eingang tummelt sich eine Menschenmenge; es wirkt, als würden sie Schlange stehen, um ihr Recht zu bekommen. Der Ladekran links unten stellt wie das Gericht eine Strukturmaßnahme der Stadt zur Förderung des Handels und, mit den Worten der Neuen Institutionenökonomik gesagt, zur Senkung der Transaktionskosten dar. Das Gericht am Markt oder am Hafen gehörte in den hansischen Heimatstädten zur Grundausstattung, und diesen Zustand erwarteten die Kaufleute auch in der Fremde. Die Abbildung ist so oft und in so unterschiedlichen Zusammenhängen verwendet worden, dass sie zum Symbol für mittelalterliche hansische Seefahrt schlechthin wurde.

#### *Vorläufiger Rechtsschutz, Sicherheiten*

Das Thema „vorläufiger Rechtsschutz“, in den modernen Prozessordnungen eher ein Nebenschauplatz, ist für vormoderne Gerichtsordnungen von überragender Bedeutung. In einem Umfeld, in dem es unklar war, wann das Gericht seinen nächsten Arbeitsschritt unternehmen konnte – sei es, weil die Parteien die Herrschaft über das Verfahren hatten, sei es, weil unwillige Parteien sich dem Zugriff des Gerichts leichter als heute entziehen konnten – und noch viel unsicherer, ob es jemals zu einem Endurteil kommen würde, in einem solchen Umfeld wird das Ergebnis des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens oft genug zum faktischen Endergebnis des ganzen Rechtsstreits. Im grenzüberschreitenden Handel im Mittelalter war dieses Problem erst recht von Bedeutung, da die Waren oft genug noch von dem Kaufmann begleitet wurden. War es der fremde Händler, der sein Recht wegen nicht bezahlter Schuld oder erlittenem Unrecht suchte, so konnte er mit sich selbst ausmachen, ob er sein Recht vor Ort verfolgen oder aber die Sache zunächst auf sich beruhen und seine Handelsreise fortsetzen wollte. Im umgekehrten Fall, wenn der Fremde in der Verteidigungsposition war, liegt der Interessengegensatz auf der Hand: hier der um die Durchsetzbarkeit seiner Ansprüche kämpfende

<sup>31</sup> Die Bilderhandschrift des Hamburgischen Stadtrechts von 1497 im Hamburgischen Staatsarchiv, hrsg. von der Gesellschaft der Bücherfreunde zu Hamburg (Hamburg 1917); *Heinrich Reincke*, Die Bilderhandschrift des Hamburgischen Stadtrechts von 1497 (Hamburg 1968); *Beate Binder*, Illustriertes Recht. Die Miniaturen des Hamburger Stadtrechts von 1497 (Veröffentlichungen des Vereins für Hamburgische Geschichte 32, Hamburg 1988); zuletzt *Frank Eichler* (Hrsg.), Die Langenbeck'sche Glosse zum Hamburger Stadtrecht von 1497 (Hamburg 2008). Die Eingabe „Hamburger Stadtrecht 1497“ bei [www.google.de](http://www.google.de) führt sofort zu Dutzenden von Verwendungen des beschriebenen Bildes.

Kläger, dort der am zügigen Aufbruch zur nächsten Handelsfahrt interessierte Beklagte.

Ob der Kaufmann in Fesseln gelegt oder gar eingekerkert und so an der Weiterfahrt gehindert werden durfte, war daher ein wichtiger, detailliert geregelter Komplex in den Privilegien. In Flandern (Nr. 6, oben 1.4) konnte der Beklagte (bzw. Angeklagte) dies vermeiden, wenn er Bürgen oder dingliche Sicherheiten stellte, solange es nicht um schwere Kriminalität ging. Die Bestimmung in Norwegen 25 Jahre später (Nr. 12) ist so ähnlich, dass die Vermutung, dass das Brügger Verhandlungsergebnis bei den Verhandlungen im Norden Pate stand, auf der Hand liegt. Eine detaillierte Regelung, wann und wie ein angeklagter Kaufmann gefesselt werden darf, findet sich auch schon in dem frühen dänischen Privileg (Nr. 4). In den beiden Nowgoroder Texten (Nr. 3 u. 11) heißt es zudem, dass kein Deutscher bei den Russen und umgekehrt kein Russe bei den Deutschen eingesperrt werden soll. Im dortigen Hansekontor, dem Peterhof, gab es also ein Gefängnis oder jedenfalls eine Arrestzelle.

Wie in Flandern (Nr. 6, oben 1.7) wurde auch in Norwegen (Nr. 12) die Frage der Beschlagnahme eines abfahrbereiten Schiffs durch Gläubiger des Schiffers bzw. des Kaufmanns thematisiert. Der norwegische Fachausdruck dafür, „*taksetning*“, ist in den lateinischen Text eingeflochten. Die Regelung ist differenzierter als zuvor in Flandern, aber nicht ganz leicht verständlich. Der Gläubiger konnte hier anscheinend (die Bezüge sind nicht eindeutig) als Sicherheit auf dasjenige Schiff der Landsleute des Schuldners zugreifen, das am wenigsten weit zum Auslaufen vorbereitet war. Die Sicherheitsnahme wurde also auf dasjenige Objekt, das den Hansen im Moment am wenigsten schadete, begrenzt. Andererseits war hier anscheinend noch das alte, sonst stets bekämpfte Prinzip der Kollektivhaft in Kraft.

Der Detailreichtum der Privilegien in diesem Punkt lässt erkennen, wie wichtig einerseits die vorläufige Regelung der Streitsache im Koordinatensystem der Kaufleute war, wie sorgfältig andererseits die Privilegienggeber abwogen, unter welchen Bedingungen sie die Fremden aus ihrem Machtbereich entließen. Die Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzes einerseits und die Länge und Effizienz des Hauptsacheverfahrens andererseits waren vermutlich reziprok proportional zueinander.

### *Zuständigkeit; spezielle Handelsgerichtsbarkeit; autonome interne Gerichte*

Bereits im ältesten Handelsprivileg aus dem Hanseraum, dem der englischen Krone für die Kölner Kaufleute aus dem Jahre 1157 (Nr. 1), auf das sich später dann auch die hansischen Kaufleute aus anderen Städten beriefen, sagte der König zu, die Gäste, ihre Freunde und ihre Güter wie seine eigenen Leute zu behandeln, und versprach ihnen im Fall von Zuwiderhandlungen volle Genugtuung: „*Plenariam iusticiam faciatis*“. In einem vier Jahre jüngeren Privileg (Nr. 2) wurde das konkretisiert: Wird ein Kaufmann auf der Reise zu seinem Handelsziel oder auf dem Rückweg „*in die non legitimo*“, also an einem dafür nicht zuständigen Gerichtstag, zum Tode verurteilt und hingerichtet, so ist eine Strafe an seine Erben

und Verwandte zu zahlen. Die Gleichstellung der Gäste mit den Engländern war hier also noch primär im strafrechtlichen Sinn gemeint.

Dieses Modell, die Zuständigkeit der allgemeinen Gerichte auch für Angelegenheiten der hansischen Kaufleute, wurde u. a. auch in Flandern angewandt, wo die Kaufleute in mehreren Zusammenhängen dafür Sorge trugen, dass das Schöffengericht für sie zuständig war (Nr. 6). In England (Nr. 14, Art. 5) und Frankreich (Nr. 19, Art. 9) hingegen wurden handelsrechtliche Spezialgerichtsbarkeiten eingerichtet und die Kaufleute aus der Zuständigkeit der gemeinen Gerichtsbarkeit herausgenommen. Die französische Krone beauftragt eine Reihe von Amtsträgern, die ohnehin schon mit der Seefahrt zu tun haben, nämlich den Admiral und den Vizeadmiral von Frankreich und die Bailiffs, Seneschalle und Gouverneure der wichtigsten Häfen, mit der Einrichtung dieser Gerichtsbarkeit und bestimmt diese Personen zugleich zu ständigen Konservatoren für die Handelsgerichte. In England werden ganz ähnlich die Bailiffs und Amtsträger (*ministri*) zur Durchführung der entsprechenden Gerichtsverhandlungen angewiesen.

Solche speziellen Marktgerichte hat auch – der kurze Exkurs sei gestattet – der Sachsenspiegel (1220–1235) im Blick. Eike von Repgow zeichnete ein klares Bild von der Abgrenzung der Zuständigkeit des Marktgerichts von der ordentlichen Gerichtsbarkeit<sup>32</sup>. Er formulierte sie aber seinem landrechtlichen Standpunkt gemäß nicht aus der Sicht des Kaufmanns, sondern aus einer Außenperspektive: Der vor das Marktgericht zitierte Beklagte darf dem Richter die kalte Schulter zeigen, wenn er in dessen Gerichtssprengel nicht wohnhaft ist, dort kein Gut besitzt, wenn er weiterhin kein Verbrechen begangen und auch kein Pfand für Schuld gegeben hat. Dass die Marktgerichte mit auswärtigen Gerichten im gleichen Atemzug genannt werden, zeigt, dass handelsrechtliche Sondergerichte von der nicht-kaufmännischen Bevölkerung eher als bedrohlich, jedenfalls aber als Fremdkörper empfunden werden.

Von solchen kaufmännischen Spezialgerichten zu unterscheiden sind die ebenfalls geforderten und gewährten Gerichtsforen für innere Angelegenheiten der auswärtigen Kaufleute. In Dänemark (Nr. 4 u. 10) kommt das zum Ausdruck in der Gewährung der freien Vogtwahl. Die Grenze lag wiederum bei den Kapitalverbrechen; die Blutgerichtsbarkeit behält sich der König – man möchte sagen: selbstverständlich – vor. In England wird nach den Kölnern erst den Hamburgern (Nr. 8) und danach auch den Lübeckern (Nr. 9) die Einrichtung ihrer Hanse erlaubt. In den damit gewährten genossenschaftlichen Strukturen dürfte die eigene Gerichtsbarkeit enthalten gewesen sein.

Die letztere Quelle bietet zudem eine sonst nicht begegnende Besonderheit. Jene Bürger, durch welche die Stadt Lübeck verwaltet wird – gemeint sein können nur die Lübecker Ratsherren – sollen ganz von der englischen Gerichtsbarkeit

<sup>32</sup> Sachsenspiegel Landrecht III 25 § 2; eindrucksvoll illustriert in der Wolfenbüttler Bilderhandschrift, wo der Beklagte sich von dem auf ihn weisenden Richter abwendet, ihm also die Schulter zeigt und auf diese Weise die fehlende Zuständigkeit des Gerichts zum Ausdruck bringt; *Eike von Repgow*, Sachsenspiegel (Graz 2006) fol. 45<sup>v</sup>.

ausgenommen sein. Man denkt an die Konsulargerichtsbarkeit für Ausländer in späteren Jahrhunderten oder vielleicht sogar an diplomatische Immunität, doch die Frage bleibt offen.

### *Anzuwendendes Recht*

Die Privilegien behandeln auch die Frage, welche materielle Rechtsordnung vor den Gerichten Anwendung finden sollte. Am aussagekräftigsten sind dazu wiederum die Quellen aus England und Flandern.

Schon 1157 heißt es in England (Nr. 1) über die Kaufleute, dass sie festen Frieden haben sollen, ihre rechten Gewohnheiten zu machen: „*firmam pacem habeant faciendo rectas consuetudines suas*“. Weiter werden die Richter angewiesen, von den Kaufleuten keine neuen Gewohnheiten oder Abgaben („*novas consuetudines vel rectitudines*“) zu verlangen, eine Paarformel, die Rechte und Abgaben in einen engen Zusammenhang setzt. Dies ist eine von nur zwei Stellen in den Privilegien, in denen die Regeln der Kaufleute und das Recht, in dem fremden Land nach ihnen zu leben, anerkannt werden. Der andere Beleg ist das dänische Privileg im Zusammenhang mit dem Frieden von Stralsund (1370). Dort nutzen die Hansekaufleute die Schwäche des besiegten Gegners aus und lassen sich zusichern, dass sie überhaupt nicht dem dänischen Recht unterworfen sind, sondern nur vor dem deutschen Vogt und nach dem Recht ihrer Heimatstadt („*vor syme Dudeschen voghede na siner stad rechte*“, Nr. 18, Art. 5 u. 6) verklagt werden dürfen.

Doch dies, die Regel aus dem ältesten Privileg und die Ausnutzung der Sonder-situation 1370, sind die einzigen Beispiele für die Anerkennung ausländischen Rechts vor den Gerichten der hansischen Gastgeber. In allen anderen Fällen ist das Recht, und zwar einschließlich der Sonderregeln der Kaufleute und Marktorte, Teil des englischen, flandrischen, norwegischen Rechts. Es gibt also keine Indizien für ein wie auch immer geartetes überpartikulares oder gar internationales Kaufmannsrecht, also auch nicht für die oft postulierte, aber nirgends auffindbare mittelalterliche *Lex Mercatoria*<sup>33</sup>.

Das gilt insbesondere auch für den einzigen Textbeleg für „*Lex Mercatoria*“ aus den Privilegien. 1303 bestimmt König Edward in der *Carta Mercatorum* (Nr. 14), dass Streit über Verträge mit Kaufleuten „*secundum usus et consuetudines feriarum et villarum, ubi dictum contractum fieri contigerit*“, also nach Gebräuchen und Gewohnheiten der Marktorte, an denen der Vertrag zustande kam, entschieden werden sollte (Art. 3), und dass die Bailiffs dieser Marktorte solche Streitigkeiten schnell entscheiden müssen: „*iusticiam faciant de die in diem*<sup>34</sup> *sine dila-*

<sup>33</sup> Karl Otto Scherner, *Lex mercatoria – Realität, Geschichtsbild oder Vision?*; Albrecht Cordes, *Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit der mittelalterlichen Lex mercatoria*; beide in: ZRG GA 118 (2001) 148–167 und 168–184.

<sup>34</sup> Es wäre denkbar, dass mit „*de die in diem*“ wie in der Formel „Jahr und Tag“ die Frist bis zum nächsten gebotenen Gerichtstag gemeint ist. Doch in einem vom saisonalen Handel abhängigen Hafen- und Marktort ergibt das keinen rechten Sinn. Wahrscheinlicher ist es des-

tion“<sup>35</sup>, und zwar „*secundum legem mercatoriam*“ (Art. 5). Zudem wird ein in London ansässiger zuverlässiger Mann als „*Iustitarius*“ installiert. Vor ihm können die Kaufleute ebenfalls verhandeln und ihre Schulden schnell wieder eintreiben, falls die Marktgerichte es nicht schaffen, die extrem kurze Frist einzuhalten (Art. 8). Anschließend wird noch einmal unabhängig von der Tätigkeit dieses *Iustitarius*, den man vielleicht als nationalen Sonderrichter für ausländische Kaufleute verstehen kann, versprochen, dass Streitigkeiten zwischen Kaufleuten („*inter mercatores et mercatores*“) „*secundum legem mercatoriam*“ entschieden werden sollen. Dass an diesem für den Handel neuralgischen Punkt also nach *Lex Mercatoria* Recht gesprochen werden soll, dürfte in diesem Zusammenhang prozessrechtlich gemeint sein; der Zusammenhang mit der extrem kurzen Frist legt das nahe.

Es ergibt sich zudem aus der nur wenige Jahre älteren Ersterwähnung der *Lex Mercatoria* in dem gleichnamigen Traktat im „*Little Red Book*“ von Bristol (um 1280)<sup>35</sup>. Auch dort steht sie in einem prozessrechtlichen Zusammenhang. Vor allem wird dort sehr deutlich ihre Unterordnung unter das *Common Law* statuiert: „*Lex communis, que est mater legis mercatorie et que suam filiam ex certis privilegiis et in certis locis dotavit.*“: Das *Common Law* ist die Mutter der *Lex Mercatoria* und hat seine Tochter mit bestimmten Privilegien an bestimmten Orten ausgezeichnet. Die Orte sind die besagten Handels- und Messeorte, und die Vorrechte sind die in dem Traktat genauer erläuterten Befreiungen von dem starren Klagformel- (*writ*-)System des *Common Law* und von manchen anderen von dessen Umständlichkeiten.

Die flandrischen Privilegien von 1252 (Nr. 6 und 7) sind wiederum besonders reich. Die Gräfin bestimmt, als sie die Kollektivhaft abschafft, dass der persönlich Verantwortliche „*secundum scabinagium et legem terre*“ – nach dem Schöffenspruch und dem Recht des Landes [Flandern] – büßen und bestraft werden soll; das gleiche ist gemeint, wenn es etwas später leicht umformuliert heißt: „*secundum legem scabinorum et terre*“ (oben 1.3). Es gibt aber auch noch andere Ausdrücke, die auch andere Inhalte transportieren könnten. Allgemein soll nach „*consuetudini vel legi terre Flandrie*“, also flandrischer Gewohnheit und flandrischem Landrecht zu verfahren, wenn nicht im Privileg geregelte Punkte strittig werden (oben 1.7). Nach der Gewohnheit des Landes („*secundum terre consuetudinem*“) soll ein auslaufbereites Schiff doch noch aufgehalten werden können, wenn sich neue Sachverhalte ergeben haben, (oben 1.7) und „*secundum legem loci*“ muss zahlen und büßen, wer wegen einer noch nicht durch Schöffenspruch festgestellten Schuld in Anspruch genommen wird und nicht den Reinigungseid leistet

halb, dass das Handelsgericht ständig tagt und hier tatsächlich ein Urteil von einem Tag auf den nächsten versprochen wird.

<sup>35</sup> Edition und Kommentar durch *Mary Elizabeth Basile* u. a. (Hrsg.), *Lex mercatoria and Legal Pluralism. A Late Thirteenth-Century Treatise and its afterlife* (Cambridge, Mass. 1998); vgl. *Paul R. Teetor*, *England's Earliest Treatise on the Law Merchant. The Essay on Lex Mercatoria from The Little Red Book of Bristol (circa 1280 AD)*, in: *The American Journal of Legal History* 6, 2 (1962), 178–210.

(oben 1.8). Verfolgt ein flandrischer Gläubiger seinen Schuldner in dessen Heimat, so muss er „*secundum legem et consuetudinem dictorum locorum*“ – nach Gesetz und Gewohnheit besagter [Heimat-]Orte – gegen sie vorgehen. In Norwegen heißt es 1294 (Nr. 13) parallel zu den ersten beiden Stellen im flandrischen Privileg, dass „*secundum leges patrie vel loci consuetudinem, in quo delictum comprobatur esse commissum*“ gestraft werden soll. Es gab also in Norwegen ebenso wie in Flandern die Vorstellung von einem landesweit gezogenen Rechtskreis und darin geltenden örtlichen Besonderheiten, wobei nicht erkennbar ist, ob *lex* und *consuetudo* synonym verwandt werden oder aber unterschiedliche Rechtsmassen bezeichnen.

Es stellt also in keinem der drei Länder, aus denen es Belege dafür gibt, weder in England noch in Flandern noch in Norwegen, ein Problem dar, sich kaufmännisches Recht als Sonderrecht für einen bestimmten Ort oder eine bestimmte Personengruppe vorzustellen. Doch von den beiden eingangs genannten Ausnahmen abgesehen handelt es sich dabei immer um einen Teil des Landes- bzw., wenn man den Ausdruck schon verwenden will, des nationalen Rechts.

#### *Beweisrecht: Zeugen und Eidhelfer*

Die belgische *Société Jean Bodin*, die seit den 1950er Jahren immer wieder wichtige rechtshistorische Institutionen vergleichend untersucht hat, beschäftigte sich 1992 mit dem Thema „*L'assistance dans la résolution des conflits*“ und hat dabei die zahlreichen Typen und Arten von Rechtsbeiständen des einheimischen (Eidhelfer, Fürsprecher) und des gelehrten Rechts (Advokaten, Prokuratoren) einander gegenüber gestellt<sup>36</sup>. Das buntscheckige Bild lässt bei vielen regionalen Unterschieden eine gewisse Professionalisierung im Spätmittelalter erkennen, während die Parteien zuvor ihre Helfer aus dem Kreis der anwesenden Gerichtsgemeinde wählen mussten. Im alten wie im neuen System waren Prozessparteien in der Fremde stets in einer ungünstigen Lage; man kann vielleicht von Auswärtsspielen sprechen, bei dem nicht nur die Zuschauer, sondern auch die Schiedsrichter aus dem Lager der Heimmannschaft kamen.

Die Hansekaufleute versuchten in den Privilegien, diese Gefahr zu beseitigen, indem sie auf paritätische Besetzung der Foren drangen. Das konnte sowohl Eidhelfer und Zeugen als auch die Schöffenbänke und Gerichte selbst betreffen.

Originell ist die Regelung in den russischen Privilegien, wo die fremde und die einheimische Partei je einen „Zeugen“ benennen sollen. Stimmen die beiden in ihrer Beurteilung überein, soll man ihnen trauen. Divergieren sie, so entscheidet das Los. Der Sieger „*is recht an sineme tuge*“ (Nr. 11, ähnlich bereits Nr. 3, wo die Anwendung noch beschränkt wird auf Streitigkeiten ohne Blutvergießen) und darf sein Recht beschwören. Laut der *Carta Mercatorum* Edwards I. von 1303 (Nr. 14

<sup>36</sup> Die Beiträge wurden in vier dicken Tagungsbänden publiziert: *L'assistance dans la résolution des conflits* (Brüssel 1996–1998).

Art. 6) werden „Untersuchungskommissionen“ („*inquisicio[nes]*“) in Streitfällen zwischen Kaufleuten und Dritten, gleich ob sie Auswärtige oder Einheimische sind, je zur Hälfte mit Engländern und mit Landsleuten des auswärtigen Kaufmanns besetzt. Es wird auch für den Fall vorgesorgt, dass nicht genug Auswärtige zur Verfügung stehen. Dann darf nämlich die auswärtige Partei die offenen Plätze mit Einheimischen auffüllen, die ihr geeignet erscheinen. In beiden Fällen, in Russland wie in England, ist die Rechtsnatur der paritätisch besetzten Gremien nicht klar erkennbar. Im russischen Beispiel wirken die beiden von den Gegnern benannten „Zeugen“ fast wie Schiedsrichter; im englischen Fall handelt es sich bei der *Inquisitio* nicht um ein Gericht, sondern eher um eine Konfliktlösungsinstanz eigener Art.

Es gibt einige Besonderheiten. So wird in Nowgorod anscheinend ein gemeinsam besetztes Gericht im Johannishof für Streitigkeiten zwischen Deutschen und Nogartern, wie die Nowgoroder Einwohner auf Niederdeutsch heißen, eingerichtet (Nr. 10). Dort jedenfalls soll der Zwist „vor dem Burggraf, dem Herzog und vor den Kaufleuten“ enden. Andere Nachrichten über dieses Kollegium enthält das Privileg nicht. In Schonen können die Hansen sogar aus dem Auswärts-ein Heimspiel machen und durchsetzen, dass wegen einer Schuld von königlichen Amtsträgern beklagte Lübecker bei einem Reinigungseid alle Eidhelfer aus dem Kreis ihrer Mitbürger auswählen dürfen (Nr. 4). In Norwegen schließlich wird in einer schwer verständlichen Passage von einem Auswärtigen gehandelt, gegen den „*legitime nequeat conprobari*“, dessen Schuld (es ist nicht sicher, ob das zivil- oder strafrechtlich gemeint ist) also auf gesetzlichem Weg nicht bewiesen werden konnte. Man sollte meinen, damit wäre die Angelegenheit erledigt, doch der Betroffene musste sich jetzt erst noch mit einem Eid reinigen. Das Gericht konnte ihn also entweder verurteilen oder aber ein Beweisurteil fällen und dem Beklagten den Reinigungseid in die Hand geben. Dazu sollte er einerseits Personen ähnlichen Standes und gleicher Herkunft wählen, was an das alte Prinzip erinnert, dass man nur von den eigenen Standesgenossen beurteilt und gerichtet werden darf. Andererseits sollen die Eidhelfer Personen sein, welche die Wahrheit über die verhandelte Sache erkennen können, was an Wahrheitszeugen modernen Typs, wie sie durch den kanonischen Zivilprozess seit dem 12./13. Jh. eingeführt wurden, erinnert. Das Privileg aus dem Jahre 1294 scheint auf der Schwelle zwischen dem älteren und dem neuen Prinzip zu stehen (Nr. 13). Ebenfalls aus Norwegen stammt die Bestimmung, dass Meineidige und andere Personen mit schlechtem Leumund nicht als Zeugen gegen deutsche Kaufleute auftreten dürfen – eine Bestimmung, die wohl nur bestätigenden Charakter hatte, denn diese Personen-gruppe war auch sonst von der Funktion als Eidhelfer ausgeschlossen (Nr. 12 u. 13).

Die Abschaffung des gerichtlichen Zweikampfs (Nr. 6, oben 1.1) gehört ebenfalls in diesen beweisrechtlichen Zusammenhang. In Flandern sollte die Überführung nur durch Schöffenspruch oder durch einen von den Schöffen gebilligten Spruch möglich sein; und für die Schwebezeit, wenn die Schuld noch nicht durch die Schöffen anerkannt war, wurde der Reinigungseid zugelassen.

Insgesamt ist das Thema Beweisrecht besonders ergiebig; hier sah man offensichtlich ein besonders großes Regelungsbedürfnis. Die Bekämpfung irrationaler Beweismittel und die Sorge um mindestens paritätische Besetzung der Entscheidungsgremien gehörten zu den Kernstücken der kaufmännischen Wünsche an ihre Handelspartner.

### *Verfahren, Verfahrensdauer*

In Flandern sollten „*Causa[e] mercatorum*“ innerhalb von 3 oder höchstens 8 Tagen entschieden werden (Nr. 6, oben 1.5), in England sogar von einem Tag auf den anderen (Nr. 14, Art. 5 u. 8). Beide Bestimmungen sind oben vorgestellt worden. In beiden Fällen haben die Aussteller der Privilegien auch für den Fall vorgesorgt, dass das nicht zu schaffen war. In Flandern hatten die Schöffen zu schwören, dass die Zeit zu knapp war, und sich ansonsten um möglichst schnelle Erledigung zu bemühen, in England konnte sogar eine eigene neue Instanz, der *Iusticiarius*, angerufen werden. In England war das Versprechen, Handelssachen rasch zu erledigen, keine Besonderheit dieses Privilegs. Vielmehr gab es dort in Markt- und Messeorten *Piepowder-* (in Schottland auch: *Dustifoot-*) *courts*, die Marktstreitigkeiten ausweislich der Wortbedeutung so schnell zur Verhandlung annahmen, dass den Beteiligten keine Zeit blieb, auch nur den Staub von den Füßen zu klopfen.

Auch dort, wo nicht ganz so ehrgeizig Termine versprochen (und nicht immer eingehalten) wurden, spielte das Tempo der Entscheidung eine wichtige Rolle. In Frankreich wurden die bereits vorgestellten Konservatoren (Nr. 19 Art. 9, oben ‚Zuständigkeit‘; spezielle Handelsgerichtsbarkeit; autonome interne Gerichte) in den Hafenstädten angewiesen, zügig und „*absque strepitu er figura iudicii*“ Gerechtigkeit widerfahren zu lassen: Schnell sollte es also gehen, und Lärm und juristische Spitzfindigkeiten waren zu vermeiden.

Wem selbst dieses Hochgeschwindigkeitsverfahren zu lange dauerte, durfte ausweislich des flandrischen Privilegs (Nr. 6, oben 1.5) schon davonsegeln und sich im Prozess vertreten lassen, nachdem er Bürgen gestellt hatte.

### *Die wichtigsten nicht prozessrechtlichen Anliegen der Privilegien*

Um die bisher ausschließlich untersuchten Forderungen der Kaufleute an Gerichtsverfahren in ihren Kontext zu setzen, seien kurz noch die wichtigsten anderen Anliegen der Privilegienempfänger aufgezählt, wobei die Wichtigkeit an der Häufigkeit der Regelungen gemessen wird. Die meisten Privilegien hatten auch aktuelle Bezüge, nämlich konkrete Streitpunkte, die bei Gelegenheit der Erteilung ausgeräumt wurden. Sie bleiben hier außer Betracht.

Mehr als die Hälfte der Privilegien sorgte dafür, dass der Nachlass eines in der Fremde verstorbenen Kaufmanns nicht dem örtlichen Machthaber fiel, wie es einer vielerorts geübten alten Rechtsgewohnheit entsprach. Vielmehr ließ man sich versprechen, dass die Güter aufbewahrt und den Erben ausgehändigt würden.

Ein großes anderes, u. a. in Norwegen (Nr. 12) sehr ausführlich behandeltes Thema ist der Eigentumsverlust durch Schiffbruch, den die Hansen vermeiden wollten. Er drohte entweder schon, wenn die Waren ins Wasser fielen, oder aber, wenn sie an den Strand gespült wurden; der erstere Fall lag den Kaufleuten besonders am Herzen.

Die Befreiung von der Kollektivhaft für alle zufällig gleichzeitig am Handelsziel anwesenden Mitbürger gehörte ebenfalls zum Grundbestand der Forderungen, wenn Privilegien ausgehandelt wurden. Schwierig war aber die Abgrenzung von denjenigen, die möglicherweise auch nach engerem Verständnis solidarisch zu haften hatten: Prinzipale, Handelsgesellschafter, Ehegatten. In den russischen Privilegien (Nr. 11) heißt es ausdrücklich, die Frau hafte nur mit, wenn sie sich persönlich verpflichtet hätte; andererseits wird dort nur gesagt, dass die Winterfahrer und die Sommerfahrer – in Nowgorod waren diese beiden jährlichen Wellen von Händlern klar getrennt, denn die Stadt war nur erreichbar, wenn der ganze Weg zugefroren oder aber der Seeweg komplett eisfrei war – nicht füreinander haften. Das lässt denken, dass diese beiden Gruppen für die Mitglieder der gleichen Fahrgemeinschaft (also z. B. Winterfahrer für andere Winterfahrer) sehr wohl noch hafteten, also als Genossen behandelt wurden.

Schließlich wird öfters, z. T. ausführlich, die Einrichtung der Waage und die Verfügungsmacht der Kaufleute darüber verhandelt, manche Privilegien, vor allem aus Russland und Flandern, aber auch Heinrich der Löwe für den Handel zwischen Sachsen und Gotland (Nr. 2), postulieren Gegenseitigkeit für den Handel ins Reich, vereinzelt wird der gutgläubige Erwerb geregelt (Nr. 4), freies Geleit und Entschädigung im Fall von Überfällen bei der Anreise werden versprochen (Nr. 10), einmal schließlich, wiederum in Russland, wird vorrangige Befriedigung der deutschen Gläubiger im Falle eines von vielen Forderungen bedrückten Schuldners zugesagt (Nr. 11).

## Schluss: Prozessrecht in Handelssachen als künftiges Forschungsthema

Idealtypisch gibt es zwei Arten von Gerichtsbarkeit, bei denen die kaufmännischen Angelegenheiten in guten Händen sind, nämlich entweder eine den Kaufleuten geneigte ordentliche Gerichtsbarkeit oder eine Spezialgerichtsbarkeit für Kaufleute, Messen und Märkte mit eigenen prozessualen Regeln. Für das letztere System steht das Modell England mit seiner komplizierten, verzweigten Gerichtsverfassung, das aber für seine Hafen- und Messeorte Spezialgerichte vorsah; im Spätmittelalter kam mit dem *Court of Admiralty* sogar ein eigenes überregionales Gericht für überseeische Sachen – und das heißt insbesondere: für Handelssachen – hinzu. Das erstere System wird von Flandern repräsentiert, das die kaufmännischen Streitigkeiten vor dem ordentlichen, dem Schöffengericht verhandelte und ebenfalls das Vertrauen der Kaufleute genoss.

Die flandrischen und englischen Privilegien der Hansekaufleute lassen keine Vorliebe für eines der beiden Systeme erkennen. Auf eine solche Grundsatzfrage der Gerichtsorganisation hätten sich die Gastgeber wohl auch nicht eingelassen. Die Gerichtsverfassung blieb ebenso wie das vor Gericht anzuwendende materielle Recht eine Prerogative der Könige, Grafen und Städte, in denen die Hansekaufleute zu Gast waren. In Norwegen galt eben norwegisches und in Flandern flandrisches Recht – und nicht etwa eine überpartikulare oder internationale *Lex Mercatoria*, die anzuerkennen die jeweiligen nationalen Gerichte weder Anlass noch Gelegenheit hatten. Vielmehr mussten sowohl im materiellen Recht als auch bei den prozessualen Regeln die kaufmännischen Vorstellungen in die Rechtsordnungen der gastgebenden Länder integriert werden, um ihre Wirksamkeit zugunsten der Kaufleute zu entfalten. Um zum Beispiel die Regel, dass durch den Tod in der Fremde und durch Verlust von Waren bei Schiffbruch Eigentumsrechte verloren gingen, zu beseitigen, musste das neue Prinzip in das flandrische oder norwegische Recht implantiert werden. Wären dies bereits Regeln einer in Kraft befindlichen und von den Gerichten anerkannten *Lex Mercatoria* gewesen, so hätte man sich die Mühe, die Bestimmungen in die Privilegien aufnehmen zu lassen, sparen können.

In beiden Systemen konnten die hansischen Vertreter ihre Interessen identifizieren und durchsetzen. Die Hansestädte schickten ihre diplomatischen Delegationen zur Aushandlung der Privilegien mit einem ziemlich konstanten, im Lauf der Zeit verfeinerten Bündel von konkreten Wünschen auf die Reise, und diese konkreten Wünsche ließen sich, solange die Verhandlungsposition der Hanse stark genug war, in jedem System weitgehend realisieren. Diese Wünsche – schneller Prozess, paritätische Besetzung der Entscheidungsgremien, rationales Beweisrecht, keine Behinderung bei der Weiterfahrt, kein Eigentumsverlust durch die Gefahren der Reise – wurden, wie die Perspektive des Sachsenspiegels zeigte, von den nicht-kaufmännischen Bevölkerungsteilen als fremd empfunden; die Marktgerichte wurden mit auswärtigen Gerichten gleichgesetzt. Es bedarf keiner besonderen Phantasie, sich vorzustellen, dass viele der von den Kaufleuten geforderten neuen Regeln die gewohnten, traditionellen Rechtsvorstellungen der übrigen Bevölkerung überforderten und ihnen zuwiderliefen. Nur in ausgesprochenen Kaufmannsrepubliken wie z.B. Lübeck selbst konnte es gelingen und auch überhaupt sinnvoll sein, handelsrechtliche Prinzipien zu Maximen des allgemeinen Stadtrechts zu machen.

Es hätte die Bevölkerungsmehrheit wohl auch kaum beeindruckt zu hören, dass – noch einmal modern gesprochen – die Bemühungen um eine in etwa gleichförmige Rechtslage in allen Ländern, in die man handelte, geeignet waren, die Transferkosten des hansischen Handels zu senken. Es lag gewiss ein Wettbewerbsvorteil darin, dass mit Hilfe der Privilegien im Westen, Osten und Norden erreicht werden konnte, dass das Strandrecht zumindest theoretisch abgeschafft war oder dass man vor Gericht nicht gefesselt und festgehalten wurde, wenn man Bürgen oder Sicherheiten stellte, um nur diese beiden Beispiele noch einmal zu wiederholen.

Nicht in allen Privilegien fand sich so viel Prozessrecht wie in den beiden flandrischen von 1252, die eingangs genauer betrachtet wurden; man kann dies vielleicht auf das namentlich genannte, juristisch geschulte Hamburger Delegationsmitglied Jordan von Boizenburg zurückführen. Aber auch in den anderen Ländern spielte das Prozessrecht eine, wenn nicht die wichtigste Rolle; die Forscher, die sich bisher mit der Auswertung der Privilegien beschäftigt haben, haben diesem Gebiet also zu Unrecht kaum Aufmerksamkeit geschenkt. Es handelt sich alles in allem, bedenkt man den weiten räumlichen und zeitlichen Rahmen dieser Untersuchung, um eine kleine und recht konstante Anzahl von Regelungsmaterialien. Dass die Texte der Privilegien länger werden, hat nur anfangs mit einer Zunahme der Themen zu tun, danach aber hingegen mit einer Ausdifferenzierung der Regeln, die sich allmählich fest etablieren, und auch mit einer gewissen Zunahme der am Ende fast schon barock wirkenden Vorbemerkungen und Begründungen (Nr. 19). Dem typisch hansischen, knappen und oft lakonischen Duktus entsprach das nicht mehr, doch es waren ja auch keine hansischen Bürger, sondern die großen Kronen Europas, die die Texte formuliert haben.

Ansätze zu einer Systematik gibt es nur vereinzelt, am ehesten in den Privilegien der Kronen von London und Paris (Nr. 14 und 19). Es geht um prozessuales und materielles Recht, um Straf- und Zivilrecht; letztere Gebiete sind, wenn es um „Schuld“ und „Bußen“ geht, nicht immer klar unterschieden. Im Norden und Osten waren die Hansen die einzigen oder zumindest die wichtigsten fremden Händler, im Westen hingegen trafen sie sich mit den Italienern, Spaniern und anderen Nationen. Dies hat aber in den Privilegien kaum Spuren hinterlassen. Nur in der *Carta Mercatorum* von 1303 (Nr. 14) werden eingangs die Herkunftsorte der in London aktiven Händler aufgeführt – eine Liste von eindrucksvoller Länge. Auch wenn der Fokus dieses Beitrags auf den hansischen Privilegien lag, lässt diese Quelle erkennen, dass die Interessen und Bedürfnisse der Kaufleute aus den anderen Ländern nicht grundsätzlich verschieden waren.

Konnte die Untersuchung etwas zu der Frage beitragen, ob es einen Zusammenhang zwischen der Qualität des Prozessrechts und der Attraktivität des Prozessierens anstelle von alternativen Konfliktlösungen gab? Die Antwort wird durch die ungleichgewichtige Quellenlage erschwert, denn die nicht-gerichtlichen Konfliktlösungsstrategien haben sehr viel weniger schriftliche Quellen produziert als die gerichtlichen. Vom Abbruch der Handelsbeziehungen etwa, der vermutlich schärfsten Waffe eines individuellen Kaufmanns in einer Auseinandersetzung, erfährt man allenfalls zufällig. Nur wenn die ganze hansische Gemeinschaft den Fehdehandschuh aufnahm und zu Maßnahmen wie Boykott, Stapelverlegung oder Handelskrieg griff, ist man darüber informiert. Ein Echo davon fand sich in den Privilegien nur in Brügge. 1309 verlieh die Stadt den hansischen Kaufleuten dafür, dass sie ihren Stapel wieder zurück von Aardenburg nach Brügge verlegten, besonders großzügige Privilegien (Nr. 15 u. 16).

Das wichtigste Argument ist und bleibt der schiere Umfang, den das Prozessrecht in den Privilegien einnimmt, und die jahrhundertelange Beharrlichkeit der Hanse bei der Bemühung um eine günstige prozessrechtliche Stellung für ihre

Mitglieder im Ausland. Diese Mühe hätte man sich nicht gemacht, wenn eine günstige Ausgestaltung der Gerichtsverfahren in der Fremde nicht von zentraler Bedeutung für den hansischen Außenhandel gewesen wäre.

## Abstract

Between the 12<sup>th</sup> and 16<sup>th</sup> centuries the Hanseatic merchants obtained extremely important privileges from the rulers of the countries with whom they traded. These secured their commercial and legal status and the autonomy of their trading branch offices and staples (*Kontore*) in Flanders, England, Norway, Denmark and Russia. Within these privileges no other subject receives so extensive a treatment as court procedure. Here, the single most important concern of the Hanseatic merchants was their position in front of alien courts. The article analyses the great attention given to court procedure in the 19 main Hanseatic privileges: What did the merchants require? Which procedural rules were necessary to encourage them to submit their disputes to alien public court instead of taking the matter into their own hands and turning to extra-judicial methods to resolve matters, e.g. cancellation of business relations, boycotts or even trade wars? This analysis suggests that the two most important concerns reflected in the procedural rules were to avoid delay to the next trading trip and to ensure a rational law of evidence. The former was addressed by pressing for short-term scheduling and swift judgment and by the dispensation from appearing before the court in person. The latter included avoidance of duels and other ordeals and the attempt to obtain parity by appointing half of the jurors from Hanseatic cities.

## Résumé

Du 12<sup>e</sup> au 16<sup>e</sup> siècle les marchands de la Hanse allemande utilisèrent une bonne part de leur influence pour se faire concéder des privilèges commerciaux importants. Ainsi ils consolidèrent leurs positions économiques et juridiques à l'étranger ainsi que l'autonomie de leurs comptoirs en Flandres, en Angleterre, en Norvège, au Danemark et en Russie. Dans ces privilèges aucun sujet n'est réglé de manière aussi détaillée que la procédure judiciaire. Leur position devant les tribunaux à l'étranger était donc d'importance primordiale pour les marchands hanséatiques. Cet article s'appuie sur l'attention portée au droit procédural et construit à partir des 19 privilèges les plus importantes un profil type de procédure judiciaire: Qu'est-ce qui était nécessaire pour qu'un marchand fasse confiance à la «justice publique» étrangère et qui l'empêche de prendre des mesures extra-judiciaires comme l'abandon des liens commerciaux, le boycott ou bien de commencer une guerre commerciale afin d'arriver à son but ? Deux préoccupations primordiales dominent. D'abord que tout retard du départ du prochain voyage soit évité. Pour cela on exigeait des jugements rapides et la permission d'être représenté auprès du

tribunal. Ensuite les privilèges avaient pour but d'assurer un droit de preuve rationnel et simple. Il s'agissait d'éviter les duels et autres jugements de Dieu. Au lieu de cela on tâchait de laisser une grande place au simple serment du défendeur, et si possible on essayait d'obtenir une occupation paritaire des tribunaux (i.e. à moitié par des juges hanséatiques).

*Alain Wijffels*

## International Trade Disputes and *ius commune*: Legal Arguments on the ‘Gdańsk Issue’ during the Hanseatic Embassy to London in 1553

When individual international trade conflicts reflect wider commercial competition and rivalry, political trade and economic interests are usually at stake. Local or territorial authorities will be under pressure to defend the interests of their own merchant community, while bearing in mind their general economic and trade policies, and their own political position on the international scene. Individual conflicts may be settled through judicial decisions, arbitration, or a negotiated compromise, but such a settlement, forced or voluntary, does not put an end to the underlying structural conflict of interests. The control of such an international conflict of interests is fundamentally a matter of diplomacy and in these economic international relations, the ‘balance of power’ may prove decisive. However, Western international relations have also a long tradition of endeavouring to justify in legal terms the positions of the various actors involved in such economic and trade conflicts, and sometimes also the (often, temporary) settlements they reach. For the later centuries of the Middle Ages and the Early-Modern Times, this may at first come as a surprise to the contemporary lawyer or diplomat, as, arguably, neither the *ius commune* nor the *iura propria* had developed any consistent body of rules which would now qualify as a branch of international commercial or economic law. Yet, the need to frame trade disputes in legal categories and principles was obviously felt, and the legal profession met this demand in various ways. The present paper aims to illustrate the point by focusing on a very specific example, a short episode in the long-standing conflict between the German Hanse and the English merchant community during the 1550s<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Abbreviations: BL for British Library (London); APG for Archiwum Państwowe w Gdańsku. For research in the Gdańsk records, I relied on various calendars and inventories, including: *Czesław Biernat*, Staatsarchiv Danzig. Wegweiser durch die Bestände bis zum Jahr 1945 [Aus dem Polnischen übersetzt von Stephan Niedermeier] (Schriften des Bundesinstituts für ostdeutsche Kultur und Geschichte 16, München 2000); *Lennart Bes, Edda Frankot, Hanno Brand* (eds.), *Baltic Connections. Archival Guide to the Maritime Relations of the Countries around the Baltic Sea (including the Netherlands) 1450–1800*, 3 vols. (The Northern World 36, 1–3, Leiden, Boston 2007), in particular t. 3, 1629–1755. *Gerhard Wilhelm Kernkamp*, *Baltische archivalia. Onderzoek naar archivalia, belangrijk voor de geschiedenis*

## The Context: English Diplomacy *v.* the Growing Rivalry between English and Hanse Merchants<sup>2</sup>

During the 1550s, the rivalry between German Hanse merchants and English Merchant Adventurers fuelled recurrent disputes which jeopardised the already weakened position of the former in London. The crisis of those years was but an episode of a long-term shift in the balance of power in English foreign trade. The main Hanse franchises in England had been acquired during the organisation's heydays between the late-twelfth and the mid-fourteenth century. By the sixteenth century, the Hanse was but a pale reflection of that powerful past, and what remained of its position was being increasingly challenged in England, and particularly in London, by the native merchant community. The Merchant Adventurers had reached a level of development, expertise and self-consciousness regarding their leverage in the English polity which made it unlikely that they would any longer suffer the advantages of the Hansards in their own marketplace. The English political system, albeit still unstable, was already veering towards an early-modern concept of national economic interests which was bound to favour its own merchants against foreign competitors. Indeed, by the end of the sixteenth century, the Hanse, or what was left of it, had practically lost its ancient foothold in England.

The disputes of the 1550s turned around a series of English grievances. These included local issues regarding the organisation, membership and operation of the Steelyard (as the Hanse's London base was known<sup>3</sup>), the access of Hansards to the

van Nederland, in Stockholm, Kopenhagen en de Duitsche Oostzeesteden (Rijks Geschiedkundige Publicatiën, Kleine Serie 4, 's-Gravenhage, Martinus Nijhoff 1909) 255, mentions one of the opinions by Mudaeus and Leoninus in the Gdańsk archives. Most of the works mentioned by *Roman Czaja*, *Neuere Hanseforschung in Polen (1970–1998)*, in: *Hansische Geschichtsblätter* 117 (1999) 131–149, were not accessible to me. The present contribution reflects mainly the state of my research in 2008–2009. Since then, I have been able to pursue my research on Anglo-Hanseatic relations thanks to a Mercator guest professorship at the University of Frankfurt am Main in 2010–2011, and more recently, in association with Prof. Dr. A. Cordes, in the context of the LOEWE project “Gerichtliche und außergerichtliche Konfliktlösung” (Goethe-Universität, Frankfurt a.M., and the Max Planck Institute for European Legal History). In the course of further research in Hanseatic and English archives, I have come across more relevant documents than those mentioned here; a special mention should be made of BL Add. Ms. 48010, which appears to contain substantially the same documents (including the legal consultations discussed hereafter) as Lansdowne 170.

<sup>2</sup> For the long-term context of the relations between England and the German Hanse, cf. *Terence Henry Lloyd*, *England and the German Hanse 1157–1611. A Study of their trade and commercial diplomacy* (Cambridge 1991), with many references to English records and manuscript source-material. The first part of this paper relies mostly on Lloyd's work.

<sup>3</sup> *Werner Kurzinna*, *Der Name Stalhof*, in: *Hansische Geschichtsblätter* 18 (1912) 429–461; *Martin Weinbaum*, *Stalhof und Deutsche Gildhalle zu London*, in: *Hansische Geschichtsblätter* 33 (1928 [1929]) 45–65; *Philip Norman*, *Notes on the Later History of the Steelyard in London*, in: *Archaeologia or Miscellaneous Tracts Relating to Antiquity* 61 (1909) 389–426;

English (and especially the London) marketplaces, the franchises enjoyed by Hanse merchants in exporting and importing goods from and into England. In a wider context of international trade, the English complained about malpractices by Hansards abroad affecting the trade in English goods, the competition by Hanse merchants taking advantage of their franchises in England on the key trade-market of the Low Countries, particularly in Antwerp, and the difficulties they encountered in accessing the markets in the Hanseatic towns on the Baltic sea and their hinterlands, because the promises of giving them in those parts the same trade advantages as those enjoyed by the Hansards in England had constantly failed to be honoured.

The Hanse merchants in London were continuously being forced to adopt a defensive strategy as their franchises and privileges were challenged, characteristically holding on to concessions which had been granted to them at a time when they were in a position of force which they could not expect to revive ever again. Due to the shifting political situation in England at the time, they enjoyed a few temporary reprieves, but the overall tendency showed that the days of the old franchises were numbered. Several grievances exposed by the English Merchants led the Privy Council on 24 February 1552 to suspend the franchises, a decision which was countered, later that year, by a resolution of a Hanse diet to boycott the purchase of English cloth and the export of Hanseatic goods to England; but because of conflicting interests among Hanse towns, the boycott, which ended in 1555, may not have been altogether effective. The English government had also invited the Hanse in 1552 to send an embassy to renegotiate the position of the Hansards in England. The embassy eventually reached London in the summer of 1553, shortly after the accession of Queen Mary<sup>4</sup>. The decision of 1552 was reversed and the old charters were confirmed by the Queen, though several controversial issues – such as those already mentioned – remained unsettled<sup>5</sup>. While these issues were being discussed, the English government imposed export restrictions regarding English cloth, including a temporary ban on all cloth exports to the Low Countries. Soon, the English merchants were bringing to their evidence government's attention that Hanse merchants were nevertheless selling English cloth in Brabant and other parts of the Netherlands. In 1555, fresh complaints from the English merchants against Hanse practices, particularly in the Low Countries, were meant to show that those practices undermined their trade position and their staple<sup>6</sup>. The

*Derek Keene*, *New Discoveries at the Hanseatic Steelyard in London*, in: *Hansische Geschichtsblätter* 107 (1989) 15–25.

<sup>4</sup> Cf. the “recesses” (here in the sense of: delegates’ reports) at APG mentioned *infra*. From these reports, it appears that some of the Hanse delegates, while staying in London, were invited to attend the coronation. The following year, during the wedding celebrations of Mary and Philip, the Steelyard contributed to the festivities by erecting a triumphal arch in Gracechurch Street: *Anna Whitelock*, *Mary Tudor. England’s First Queen* (London etc. 2010) 241.

<sup>5</sup> Cf. *infra*, as regards the reservation clauses inserted in the confirmation of the privileges.

<sup>6</sup> BL Lansdowne 170, fol. 151<sup>v</sup>–152<sup>r</sup> (witnesses’ statements recorded on 31<sup>st</sup> January 1555 (a.s.?) at Bergen-op-Zoom (Brabant) establishing that several German Hanse merchants had

Privy Council imposed new temporary measures on 19<sup>th</sup> March 1555<sup>7</sup>, including stricter controls and quotas on imports from non-Hanseatic territories and exports of unfinished cloth; for a period of one year, all export of cloth by Hanse merchants to the Low Countries was banned. The London merchants put further pressure on the Hanse merchants by refusing them access to their main marketplace, Blackwell Hall, by seizing goods which had allegedly been negotiated there notwithstanding their prohibition, and by imposing the control of a ‘packing’ officer and the levying of duties by that officer. A diet convened at Lübeck in 1555 decided on a restricted boycott and on sending a small-scale delegation to London. During its stay in England, from December 1555 until April 1556, the delegation obtained from the Privy Council somewhat less stringent trade quotas, but the ban on exports to the Netherlands was upheld. Other meetings showed how the rift between the London and the Hanse merchants had become insuperable. The Privy Council ordered that some of the measures imposed on the Hansards by the Londoners<sup>8</sup> be temporarily relaxed or suspended, but any final settlement regarding the position of the Hanse and its trade from and to England had, once again, to be negotiated, this time by a full embassy of the Hanse. During the following months, further pressure was put on the Hanse merchants by stopping all cloth exports from England by foreigners for periods of time. The decision to allow the transit of English cloth through the Low Countries may have been too much of an inducement to temptation, and indeed, a few months later the government tried to impose a 20.000 £ bond on the Hanse merchants, which the representatives of the Steelyard said they could not honour.

The Hanse embassy which was sent to London in May 1557 did not meet the expectations of the English government. The Hanse had only dispatched two expert delegates, whose credentials were only addressed to the King. Moreover, English government officials conveyed in the strongest terms the outrage caused in England by Gdańsk’s refusal to allow a shipping of corn to England<sup>9</sup>. The protests were taken up and amplified by the London merchant community. Meetings took place in a context of mistrust and animosity. At one stage, the Steelyard’s old charters were sent to the Low Countries for safekeeping. The embassy failed to obtain confirmation of the franchises<sup>10</sup>, as the Queen let it know that her country’s interests dictated restrictions on the Hanse’s franchises. Once again, the English government proposed that a new embassy should be sent by the Hanse towns to renegotiate their merchants’ status. When such an embassy was sent the

been selling English cloth in the Low Countries – especially in Antwerp – between 1553 and 1555).

<sup>7</sup> BL Lansdowne 170, fol. 155<sup>r</sup>–156<sup>v</sup> (and an order of 23<sup>rd</sup> December 1556, fol. 156<sup>v</sup>–157<sup>r</sup>).

<sup>8</sup> Cf. the Hanse complaints (1556) listed in BL Lansdowne 170, fol. 152<sup>v</sup>–153<sup>r</sup>, and the reply by the Londoners, fol. 153<sup>v</sup>–154<sup>r</sup>.

<sup>9</sup> BL Lansdowne 170, fol. 158<sup>rv</sup> (a letter from the Gdańsk council to the London council, 24<sup>th</sup> April 1557).

<sup>10</sup> BL Lansdowne 170, fol. 159<sup>r</sup>–161<sup>r</sup> (a petition from the Hanse towns, insisting on the binding force of the privileges they enjoyed and providing a summary of the main privileges which were affected by the Privy Council’s decisions).

following year, it was mostly engaged in negotiating the release of Hanse ships which had been arrested by the English who feared that they might be used by the enemy in what appeared to be a pending war against France and Denmark. Hanse efforts to boycott English trade were largely frustrated by internal dissension. In 1558, Queen Elizabeth's accession to the throne was seen as an opportunity to obtain a new confirmation of the old franchises and privileges<sup>11</sup>, but the new monarch made it clear that these would have to be restricted and suggested, following the same line as her predecessors, that an embassy be sent for dealing with the contentious issues. At the same time, the English government was exploring the diplomatic possibilities of putting pressure on the position of the Hanse in the Duchy of Holstein, but it also had to consider the threat of a French intervention in Scotland, and therefore the need to maintain the lines of communications and supply with Germany. Yet another Hanse embassy in 1560 was faced with hard bargaining from the Privy Council, and the pressure exerted on the government by the English merchants. The Council submitted a draft treaty which included the standard clause that the franchises were to be maintained as before, but the earlier demands of the Hanseatic merchants, faced with the challenges which that general but vague clause had failed to avert in the recent past, to have the franchises they claimed specified in some detail were on the whole ignored, but for their right of packaging, about which the London authorities had effectively harassed them by repeatedly imposing the interference of their own official. Otherwise, the draft treaty stated that the same duty rates as denizens would be paid by Hansards on the export of cloth to their own towns and on imports from Hanseatic goods. For trade between England and non-Hanseatic towns, the rates of duties applicable to non-privileged aliens would be imposed, although a rebate was granted. No cloth could be exported, directly or indirectly, to the Netherlands. Finally, the English draft once again subordinated these provisions to the condition of reciprocity. A counter-proposal by the Hanseatic embassy was dismissed. The draft was discussed among the Hanse towns, but on 15<sup>th</sup> May 1561, the English were informed that the treaty had not been ratified. Trade was nevertheless maintained, seemingly according to the terms of the draft treaty. During the early 1560s, a ban on English cloth imports to the Netherlands by the government in Brussels was instrumental in the creation of an English staple at Emden, which proved yet another battleground between the Merchants Adventurers and the Hanse merchants based in London<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> *Henryk Zins*, England and the Baltic in the Elizabethan Era [trans. H.C. Stevens] (Manchester 1972); *George Daniel Ramsay*, The City of London in International Politics at the Accession of Elizabeth Tudor (Manchester 1975).

<sup>12</sup> As the following pages focus on the negotiations during the years immediately preceding the Elizabethan reign, this brief outline does not pursue the story up to the 1603–1604 negotiations, for which one may refer to the study by *Richard Grassby*, Die letzten Verhandlungen zwischen England und der Hanse 1603–1604, in: *Hansische Geschichtsblätter* 76 (1958) 73–120, although the London file referred to hereafter may well have been put together at the time of those negotiations at the beginning of James I's reign.

## The 1553 London Recess and the ‘Gdańsk Issue’

For the years of the reign of Queen Mary (including the years shared with King Philip), a file of transcripts of various documents, probably collected by a civil lawyer in England during the later years of Elizabeth’s reign or perhaps during the early-Stuart years, now in the British Library<sup>13</sup>, illustrates some of the controversies between the London merchants and the Steelyard. The file includes various official documents, copies of treaties, Privy Council orders, petitions, witnesses’ statements [...] but also documents drafted by (civil) lawyers expressing the legal arguments<sup>14</sup>. Two consultations (containing mostly redundant arguments) in favour, according to the caption in the file, of the Hanseatic merchants, in fact specifically in support of the city of Gdańsk, are attributed to the Louvain law professor Gabriel Mudaeus (and co-authored or co-subscribed by his younger colleague Elbertus Leoninus)<sup>15</sup>. Two other lengthy consultations in favour of the London merchants, possibly written in or around 1557, are attributed to a civil law doctor identified as Nicholas ab Emeri(c)<sup>16</sup>, and, also in the same file, a polemical argument vehemently attacking the Hansards’ claims in London mentions as its author Walter Haddon, an advocate of Doctors’ Commons<sup>17</sup>. In addition<sup>18</sup>,

<sup>13</sup> BL Lansdowne 170, fol. 151<sup>r</sup>–268<sup>v</sup> (for the latter, according to the new numbering of fols.).

<sup>14</sup> BL Lansdowne 170, the general handwritten index of the whole volume (of which the file on the English-Hanseatic dispute covers only a small part); the index may have been written by Julius Caesar (1558–1636), and the volume appears to be part of the vast collection of the “Caesar Papers”; cf. *Alain Wijffels*, Caesar (formerly Adelmare), Sir Julius (bap. 1558, d. 1636), in: *Oxford Dictionary of National Biography*, t. 9 (Oxford 2004) 436–438; *Lamar M. Hill*, Bench and Bureaucracy. The Public Career of Sir Julius Caesar, 1580–1606 (Cambridge 1988).

<sup>15</sup> BL Lansdowne 170, fol. 184<sup>r</sup>–188<sup>v</sup> (“Consilium sive sensura doctoris Gabrielis Lovaniensis in gratiam Hanzianorum et Gedanensium compositum”); fol. 188<sup>v</sup>–193<sup>v</sup> (“Aliud consilium eiusdem doctoris Gabrielis in gratiam Hanzianorum et Gedanensium”). These are transcripts. Mudaeus is only identified through his first name [and affiliation to (the university of) Louvain]; in the BL file, Leoninus is not mentioned. Two other copies, with some variations, are kept at APG 300, 28/90, fol. 95<sup>r</sup>–116<sup>v</sup>, and 300, 28/130, fol. 9<sup>r</sup>–32<sup>r</sup>. References in the present paper are to the BL copy; an edition of the consultations based on the three manuscripts is forthcoming.

<sup>16</sup> BL Lansdowne 170, fol. 164<sup>v</sup>–170<sup>r</sup> (“Refutatio mercatorum et universitatis Londoniensis contra supplicationem Hanze, autore Nicholao ab Emeric, legum doctore”) and fol. 247<sup>r</sup>–268<sup>v</sup> (“Consilium doctoris Nicholai ab Emeri in gratiam mercatorum Anglorum contra Hanzianos”), transcripts in the same hand as the *consilia* by Mudaeus in the same file.

<sup>17</sup> BL Lansdowne 170, fol. 161<sup>v</sup>–164<sup>r</sup> (“Defensio mercatorum Anglie et universitatis Londinensis contra scriptum [...] exhibitum a legatis civitatum societatis Hanse, autore Waltero Haddon, legum doctore”, again a transcript by the same hand as the opinions of Mudaeus and Emeric). Walter Haddon, LLD (Cantab., 1549), was admitted at Doctors’ Commons on 5 May 1555, cf. *George Drewry Squibb*, Doctors’ Commons, A History of the College of Advocates and Doctors of Law (Oxford 1977) 152.

<sup>18</sup> None of the consultations is dated. Mudaeus’ consultations are probably related to the 1553 embassy (*infra*). Emeric’s, and possibly also Haddon’s, consultations may tentatively be associated to the 1557 embassy, but the research for this paper has not yielded any decisive

the file also contains an extensive summary of distinct principles arranged schematically and revolving around the notions of “privilege”, “customary law” etc. – all obviously to be used in support of the English merchants or against their Hanseatic counterparts. The Hanseatic Archives in Gdańsk provide further information on the issue, mainly from the Hanseatic (and, specifically, Gdańsk) perspective. For the 1553 Hanseatic embassy in London, in particular, reports written by members of the Hanseatic delegation give an almost day-by-day account of the embassy’s work. The Gdańsk records also contain two more copies of the consultation by Mudaeus and Leoninus, and, beyond the negotiations of the 1550s, copies of various previous acts, including treaties, which were at the time continuously referred to.

These legal documents, in particular the consultations (which follow in general the pattern of *consilia* in use at the time) were probably submitted by both sides in order to buttress their claims and defence during the arguments presented to the Privy Council or (as in 1553) to a restricted committee of Royal Commissioners (who may have given both sides an opportunity to present their case – though not necessarily in the course of quasi-adversarial proceedings), or perhaps even to strengthen their petitions to the sovereign. These consultations show how the conflicts of commercial interests were restated as legal issues and how – in the absence of any developed economic or international commercial law, whether statutory or doctrinal – the respective positions were legitimised in legal terms. As these consultations involved to a substantial degree issues of international trade and were drafted by civil lawyers, it was not English common law but the European academic law tradition (i.e. Roman-Canon law or *ius commune*) which provided the conventional authorities, legal concepts and patterns of reasoning for working out the legal arguments<sup>19</sup>. The 1553 Hanse delegation, in particular, included several university-educated lawyers<sup>20</sup>. Their scholarly input in the diplomatic proceedings and negotiations appears to have been already at the time somewhat ambiguous. On the one hand, their professional legal contribution seems to

arguments for the date (see also *infra*, regarding the protests against Gdańsk’s boycott of corn exports to England).

<sup>19</sup> Undated is the short and unfortunately incomplete document presented here in the Appendix, which, in the conventional style of civil law arguments and on the strength of civil and canon law authorities, purports to prove that in this dispute, the English King (the expression “*rex Angliae*” does not necessarily imply that the text predates the reign of Queen Mary) would have to submit to the civil law. See also *infra*, note 72.

<sup>20</sup> APG 300, 28/20, fol. 1r, mentions as delegates (“*oratores et commissarios*”) appointed at Lubeck in May 1553: “*Hermannum Falconem consulem, Hermannum Cruserium utriusque juris doctores, Gotschalkum de Wickedem, senatorem, Lubecenses, dominum Hermannum Sudermannum, consulem, Henricum Sudermannum eius filium, J.V. doctorem, Constantinum a Liskirchen, senatorem, Colonienses, dominum Joannem Rollwagen, J.V. doctorem, syndicum, et Rithmarum Kenckel, senatorem, Bremenses, dominum Albertum Hackeman, consulem, Joannem Strubegium, J.V. doctorem, Gerardum Niebuer, senatorem, Hamburgenses, dominum Joannem a Weiden, auratae militiae equitem, capitaneum Preuschmarcensem, haeredem in Neuburg et proconsulem, et Georgium Klefeldt, J.V. doctorem, syndicum ac senatorem, Gedanenses*”.

have been acknowledged as both conventional in such discussions and necessary for formulating exactly the arguments and their outcome. On the other hand, at a more explicit and more crude political level, it appears that the negotiators preferred sometimes to argue their case according to different lines and standards: during the 1553 negotiations, the English Lord Treasurer challenged the Hanse delegates precisely because of their ‘scholastic’ arguments’, which he declared unhelpful for solving the dispute – a stand which, of course, may have been more strategic than anything else<sup>21</sup>.

Before the 1553 Hanseatic embassy reached England, some of the delegates spent several weeks in the Low Countries, mainly in Antwerp and some time in Bruges<sup>22</sup>. Their prolonged stay in the Netherlands was probably not only inspired by their concern to see for themselves how business, in particular Hanse business, was developing in what had become a major commercial hub between southern and northern Europe, but also by the need to assess with their local representatives there the features of the trade with England, as exports of various types of cloth from England to the Netherlands were the cause of some of the strongest recriminations against the Hansards from the English merchant community, and a trade through which the English authorities were best placed, and most likely, to exert pressure on Hanse merchants. While in Brabant, some of the delegates met with Madaeus in Louvain<sup>23</sup>. The death of Edward VI and the accession of Mary

<sup>21</sup> APG 300, 28/20, fol. 49<sup>r</sup> (20<sup>th</sup> September, 1553): in his address to the delegates, the Lord Treasurer told them that the Council was busy preparing the coronation of the new Queen; he had nevertheless read their written submissions, and criticised their ‘scholastic’ approach: “Legimus scriptum vestrum, in quo nobiscum velut in schola agitis proferentes plurima scholastica argumenta [49<sup>v</sup>] quibus non difficile est respondere, eaque confutare, si tempus nobis liceret inaniter transigere. Caeterum quia cupimus vobiscum ex aequo et bono tractare, quo ritius res suum sortiatur exitum. Quare ommissa omni disputatione rem ipsam aggrediemus”. The Treasurer’s remark may be alluding to the well-known principle, often quoted by civil lawyers in commercial cases, according to which relations between merchants should not be governed by the standards of the “apices iuris”, but rather according to equity. In his response, the delegate Dr. Crusius defended the line of argument followed in the Hanse’s submissions: “Quandoquidem de verbis disceptatio orta fuisset, igitur necessario scholasticam disceptationem adhibendam fuisse. A grammaticis enim peti solere verborum expositionem neque haec eo consilio a nobis adducta, quum si ipsi ignorarent, sed ut planum faceremus quomodo a nobis verba privilegii intelligentur” (*ibidem*). This brief exchange would prove typical of the ‘setting’ of the negotiations: the Hansards were trying to have their old privileges upheld, which required to some extent more ‘formalistic’ arguments, whereas the English government was poised to adjust them to the new circumstances, taking into account that English trade and policies were now less dependent on the Hanse than at the time when those privileges had been originally granted.

<sup>22</sup> Most of the delegates were apparently in Antwerp by the end of June, 1553; the confirmation of Edward VI’s death (6<sup>th</sup> July) and rumours about the manoeuvres around his succession had reached the delegates by 12<sup>th</sup> July. They crossed the Channel towards the end of August and travelled straight to London (APG 300, 28/20).

<sup>23</sup> APG 300, 28/21<sup>a</sup>, fol. 10<sup>v</sup> (12<sup>th</sup> July 1553): the three delegates who went to consult with Madaeus in Louvain were Dr. Crusierius, Dr. Suderman and the *syndicus* of Gdańsk, *viz.* Dr. Clefeld (cf. his memorandum, discussed *infra*, which bears many resemblances with Mu-

were both the source of a complication and an opportunity for the Hanseatic delegation: a complication, because their credentials were addressed to the now defunct king; at the same time, they perceived the succession as an opportunity, because of the common practice of asking (and, usually as a matter of course) obtaining the confirmation of their privileges from a new ruler. An added complication, however, was that, partly under pressure of the London merchant community, the English government wished to restrict the Hanseatic privileges. Some of the London merchants' grievances provided them with an excuse, as they could refer to the alleged improper use of the privileges by the German merchants, and therefore justify their unwillingness to confirm the privileges as they were being misapplied by the Hansards. As the delegates were only empowered to seek the reinstatement, they could argue that they were not authorised to accept a partial or adjusted version of the privileges. Faced with that dilemma, it was perhaps a foregone conclusion that the reinstatement would be qualified or at least granted for a time only, pending new negotiations aiming at curbing the scope of the privileges. Meanwhile, intimidation and harassment of the German merchants of the Steelyard by London traders and officials maintained the pressure on the negotiations.

Once in London, the Hanse delegates had to negotiate at different political levels. They seem to have avoided any direct discussions with their real rivals, the London merchants, who lobbied hard in Court and with the Privy Councillors. Their official reception by the Queen was a more formal affair, but the exchange was still important because it was the monarch who appeared to decide on the general thrust of English policy towards the Hansards – bearing in mind that, although she had to retain the support of her own merchant community, English interests in European policies dictated that good relations be maintained with the German merchants and with the Emperor. As the delegates' access to the Court was limited, their own indirect lobbying depended much, or so they hoped, on the support of their cause through the Duchess of Cleves<sup>24</sup>. Most of the delegates' negotiations took place with a small group of councillors acting as commissioners<sup>25</sup>.

During the negotiations, the English Commissioners, prompted by a memorandum presented by the London merchants, raised the 'Gdańsk issue', i.e. complaints that the English did not enjoy full rights to trade with any other party at

daeus' opinions). Also in APG 300, 28/18 ("Recessus legationis Hanseaticae in Angliam per Doctorem Clefeldum conscriptus Anno 1553"), fol. 12<sup>r</sup>.

<sup>24</sup> APG 300, 28/21<sup>a</sup>, fol. 21<sup>v</sup> (and *passim* later on); the Queen had also received recommendations in favour of the Hanse from the Emperor, the King of Poland and the Duke of Cleves, "ea tamen cum moderatione, ut quod aequum et bonum esset [...] concederetur [to the Hanse]" (fol. 62<sup>v</sup>).

<sup>25</sup> Within the Hanse delegation, there was some internal discussion regarding the weight and presence of the lawyers in the small group of delegates who were to attend the meetings with the English delegates; the decision seems to have been that the group would consist of J. von Werden (representing the King of Poland, but also in the name of Gdańsk), G. von Wickeden, H. Sudermann and J. Strubius (APG 300, 28/21<sup>a</sup>, fol. 62<sup>rv</sup>: "Erant plerique in ea opinione ut plures ex Doctoribus adsciscerentur adhuc, sed prius conclusum mansit ratum").

Gdańsk or in Prussia. It was an old grievance<sup>26</sup> and the Hanseatic delegates may well have anticipated that it would once again be held against them. Whether during their stay in Brabant or afterwards, it was certainly an issue on which they consulted Mudaeus. Mudaeus's consultations appear to have been primarily written on behalf of Gdańsk. The central issue dealt with at length in both consultations is the status of English merchants trading in Prussia<sup>27</sup>. More specifically, the issue at stake is that of the English merchants' claim to trade in the town and region not only with Gdańsk burghers, but also with non-burghers. That issue should no doubt be understood against the backdrop of the English demand of reciprocity in the position granted to their merchants in Hanse towns and their long-standing desire to trade with the hinterlands of the Baltic towns, such as Livonia. The English merchants complained that, whereas they had acquired reciprocal treatment in most Hanse towns, in Prussia they were still subject to restrictions, one of the recurrent grievances addressed to the Hanseatic merchants in London and to Hanseatic embassies.

The bulk of Mudaeus's arguments focused on a restrictive interpretation of the very broad wording in the treaties of 1409–1410 and of 1474<sup>28</sup>, which seemed, as the consultant acknowledged, to recognise the English merchants' rights to deal and trade with whomever they wanted to in Prussia and Gdańsk, whether burghers or not<sup>29</sup>. The 1474 Treaty of Utrecht, for example, stated (translated from the Latin original<sup>30</sup>):

<sup>26</sup> An English merchant community appears to have been present at Gdańsk since the late-fourteenth century, and by the early fifteenth century, English merchants were complaining about the trade restrictions imposed on them in Prussia: *Stuart Jenks*, *Die Ordnung für die englische Handelskolonie in Danzig* (23. Mai 1405), in: *Danzig in acht Jahrhunderten. Beiträge zur Geschichte eines hansischen und preußischen Mittelpunktes*, ed. by *Bernhart Jähnig*, *Peter Letkemann* (Münster 1985) 105–120, 114–116.

<sup>27</sup> In the BL copy of the consultation, the text omits almost consistently the full name of the country, using only the initial "P." (exceptionally, whether or not inadvertently, a full reference appears to "Polonia"), and particularly in Gdańsk (continuously referred to in the consultations as "G."). The Gdańsk copies mention the place-names in full.

<sup>28</sup> And, in the second opinion, also on the 1436 treaty: BL Lansdowne 170, fol. 191r. Cf. on these treaties (and the Treaty of Utrecht): *Terence Henry Lloyd*, *A Reconsideration of two Anglo-Hanseatic Treaties of the Fifteenth Century*, in: *English Historical Review* 102 (1987) 916–933.

<sup>29</sup> For the political and economic background of the fifteenth-century treaties, see also *Moisei Mikhail Postan*, *The Economic and Political Relations of England and the Hanse from 1400 to 1475*, in: *Eileen Power*, *Moisei Mikhail Postan*, *Studies in English Trade in the Fifteenth Century* (London 1933) 91–153 and 373–380, highly critical of the English government's policies, the weakness of which may explain that the Hanse still had the opportunity at the time to buttress its legal position in England. The standard reference is now: *Stuart Jenks*, *England, die Hanse und Preussen, Handel und Diplomatie 1377–1474*, 3 vols. (Cologne, Vienna 1992), reviewed by *Terence Henry Lloyd* in: *English Historical Review* 108 (1993) 675–677. For the late-fifteenth and early-sixteenth developments, see *John D. Fudge*, *Cargoes, Embargoes, and Emissaries. The Commercial and Political Interaction of England and the German Hanse 1450–1510* (Toronto, Buffalo, London 1995), critically reviewed by *Jenks* in *Hansische Geschichtsblätter* 117 (1999) 151–160. Only after writing this article was I able to read: *Nils Jörn*, "With money and blood". *Der Londoner Stalhof im Spannungsfeld*

“All and every merchant and other subjects and lieges of the Lord King of England for the time being, whatever their status may be, will and can, how much and how often they wish and want, enter safely and securely the territory of Prussia and other places of the Hanse, stay and reside there, leave the country and return, buy and sell with whichever persons in such manner and entirely free, such as they have been able and wont, ever before the present time, to buy and to sell, to enter and leave the country, after paying the customs and duties on their goods as it is due and customary”<sup>31</sup>.

In that article, the passage “cum quibuscumque personis” (“with whichever persons”, or “with any persons whatsoever”) would not appear at first sight to exclude any categories, or to restrict the English merchants’ right to deal with non-burghers. Yet, both consultations by Mudaeus tend to prove that, these general words notwithstanding, such a restriction nonetheless applied at Gdańsk, and that in that city, English merchants were denied the right to trade with non-burghers. As already mentioned, both consultations tend to be repetitive; however, a possible differentiation between the two might be that the first is more concerned with a restrictive construction of the authorities, so as to exclude any trade with non-burghers, whereas the second consultation perhaps lays a greater emphasis on the validity of any Gdańsk statute or custom prohibiting aliens from trading with non-burghers. In both cases, Mudaeus uses the array of conventional interpretative rules borrowed from grammatical and syntactical exegesis<sup>32</sup>, logical arguments, and a hint of the prevailing doctrine of legal authorities<sup>33</sup>, all in order to establish that general phrases in a treaty do not implicitly have the effect of departing from a special customary or statutory rule to the contrary, but should be understood to imply that such a rule remains in force. Mudaeus also applies a well-known contextual argument, pointing out that the section quoted above intended foremost, at that place of the treaty, to guarantee the security of the English

der englisch-hansischen Beziehungen im 15. und 16. Jahrhundert (Cologne 2000), see esp. for the 1550s 238–250. For a well-documented perspective on the Stalhof in the 16<sup>th</sup> century from the perspective of art history: *Katrin Petter-Wahnschaffe*, *Hans Holbein und der Stalhof in London* (Berlin, Munich 2010).

<sup>30</sup> For a Dutch translation, cf. APG 300, 28/169 (“1474 Tractait van Utrecht tusschen den heren Koning van Engeland ende den steden van der Hansse in duytsch”, including a numbering of the sections or articles in the margin); for a Latin version: APG 300, 28/141, fol. 114r–125v.

<sup>31</sup> See the full text of the treaty in: *Hanserecesse von 1431–1476* (bearbeitet von *Goswin Frhr. von der Ropp*), in: *Hanserecesse, Zweite Abtheilung* [hrsg. vom Verein für Hansische Geschichte], *Siebenter (Schluss-)Band* (Leipzig 1892) No. 142, the passage quoted at 342–343 (“[...] quod omnes et singuli mercatores et alii subditi et ligei domini regis Anglie pro tempore existentes, cujuscumque status fuerint, poterunt et possunt tociens quociens eis libuerit et placuerit salvo et secure terram Prucie et alia loca hanze intrare, ibidem morari et conversare, exire et redire, emere et vendere cum quibuscumque personis ita et in eo modo ac adeo libere sicut unquam ante hec tempora emere et vendere, intrare et exire potuerunt et consueverunt, solutis custumis et deveriis de mercandis suis debitis et consuētis”).

<sup>32</sup> BL Lansdowne 170, fol. 186v.

<sup>33</sup> BL Lansdowne 170, fol. 187v.

Merchants, but was not primarily concerned with the persons they could deal with. When, in a different passage, a reference is made to the “*mos mercatorius*”, he argues that the phrase refers to local practices<sup>34</sup>. Local law, especially when it has been implemented by a long-standing practice, is not deemed to have been put aside by a general provision to the contrary, unless the general provision expressly states that the local law will no longer prevail<sup>35</sup>. Although most of these arguments are drawn from conventional sources and *topoi* reflecting general principles, it should be noted that throughout his consultations, Madaeus reminds his reader that the argument applies in particular to the specific, and somewhat exceptional, situation in Gdańsk – an emphasis which suggests that the consultation had been commissioned by that city. That impression is further strengthened by the inclusion of several references to the prevailing practice at Gdańsk, as, for example, when it is alleged that the restrictions at Gdańsk also applied to Prussian and Hanse merchants with regard to trade with non-burghers<sup>36</sup>. Another line of conventional arguments in the same sense considers that at various times, English merchants had accepted the Gdańsk restrictions, and that therefore any clause in a treaty reinstating the parties in their former rights would not include any right to deal with non-burghers; moreover, if such right had ever been exercised, it had been lost through a long contrary practice<sup>37</sup>. Only at the very end of the second consultation does Madaeus address more briefly two other issues, less exclusively related to the specific position of Gdańsk<sup>38</sup>: first, he states that there is no doubt that the Hanse should be regarded as a corporation (an issue which had been contested by the English merchants in the early 1550s)<sup>39</sup>; and secondly, Madaeus rejects the contention that a corporation might lose its privileges because some of its members have been infringing upon them; if, in particular, the privileges have been obtained in consideration of advantages, that cannot be a pretext for repealing a privilege unilaterally. A corporation, it is said, is not deemed to commit an offence, unless the offensive act has been duly and formally decided by the corporation’s council<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> BL Lansdowne 170, fol. 190<sup>r</sup>.

<sup>35</sup> BL Lansdowne 170, fol. 191<sup>v</sup>.

<sup>36</sup> BL Lansdowne 170, fol. 191<sup>r</sup>.

<sup>37</sup> BL Lansdowne 170, fol. 192<sup>v</sup>.

<sup>38</sup> See (e.g.) BL Lansdowne 170, fol. 192<sup>r</sup> *infra*.

<sup>39</sup> BL Lansdowne 170, fol. 193<sup>r</sup>. The question, which cities were to be considered members of the Hanse was raised by the royal councillors during the 1553 negotiations. Again, this was not a novel issue. For example, during the crisis of 1468 and the following years, the Hanse had already submitted to the English King a legal memorandum stating the corporate (but confederate) nature of the Hanse, and of the association’s membership, *F. R. Salter*, *The Hanse, Cologne, and the Crisis of 1468*, in: *The Economic History Review* 3 (1930) 93–101, 96–98. The legal character of the Hanse has of course also been a source of debate in historiography: *Albrecht Cordes*, *Die Rechtsnatur der Hanse. Politische, juristische und historische Diskurse*, in: *Hansische Geschichtsblätter* 119 (2001) 49–62.

<sup>40</sup> BL Lansdowne 170, fol. 193<sup>v</sup>.

One should assume that the merchants of the Steelyard and the Hanse delegates who came to London in the course of the successive embassies during the 1550s also submitted formal legal arguments, whether or not in the form of consultations, on the other, more substantial issues which threatened the position of the Hanse in England. Not only do Mudaeus's two consultations appear to be almost entirely one-sided in considering almost exclusively a single issue only of interest to the city of Gdańsk, but when one considers the broader controversies opposing the London merchants and the Hanseatic interests in England, it becomes clear that the whole legal argumentation in favour of Gdańsk was a two-edged sword, which could easily be turned against the Hansards in London and their own franchises. In other words, the consultations submitted on behalf of Gdańsk tended to undermine the very efforts of the Hanse to save whatever they could of their franchises in England.

The reports by Hanseatic delegates show that during the 1553 embassy in London, the Gdańsk issue was explicitly raised during the discussions with the Royal Commissioners. It seems that a memorandum submitted by the London merchants to the government stating their grievances<sup>41</sup> was instrumental in bringing the issue to the forefront of the diplomatic discussions, forcing the Hansards onto the defensive. It may be difficult to assess to what extent the Commissioners wanted to insist on this particular controversy, or whether they saw in this grievance not only an opportunity to demonstrate their willingness to defend the City's interests, but primarily perhaps some leverage in their efforts to counter the embassy's demands to restore without any changes the old privileges<sup>42</sup>. After a meeting with the Royal Commissioners during which commercial controversies with both Cologne and Gdańsk had been referred to, the 'debriefing' session among the Hanseatic delegates resulted in entrusting to the representatives of those towns the drafting of arguments to counter the London grievances. For Gdańsk, Dr. Clefeld ("syndicus Gedanensis"<sup>43</sup>) wrote an extensive defence, partly based

<sup>41</sup> APG 300, 28/21a, fol. 56<sup>v</sup>–58<sup>r</sup>: during the meeting of 16 September 1553, the Earl of Arundel mentioned a memorandum submitted (that very day) by the Londoners; the Hanse diplomats replied that they were to deal with the Queen, not the Londoners, but that they would nonetheless take notice of any writings from the latter, if the Commissioners would wish them to do so.

<sup>42</sup> The grievances of the English merchants regarding the restrictions on their trade in Gdańsk and Prussia were nevertheless explicitly referred to in the reservation clauses added to the confirmation of the Hanse's privileges (cf. *infra*).

<sup>43</sup> The name is also spelt "Klefeld[t]" in the Gdańsk sources, e.g. the report's version in APG 300, 28/20 ("Recessus civitatum Ansa Teutonicae Londini habitus anno 1553"), fol. 1: "per Doctorem Georgium Klefeldum", quoted hereafter. Also: APG 300, 28/16, fol. 121–136. Clefeld was, with Henricus Suderman (Cologne) and Gerhardius Niebur (Hamburg), one of the three delegates who stayed in London after most of the others had left by the end of October, 1553, in order to ensure that the reinstatement of the privileges would be implemented and the business of the Steelyard could be carried on (APG 300, 28/16, fol. 201). In APG 300, 28/18, fol. 2, he is styled "Klefeldt utriusque iuris doctorem syndicum <ac senatorem> Gedanensem" (see also *supra*, APG 300, 28/20, fol. 1ar).

on technical legal arguments and authorities, which was later included (possibly as a literal transcript) in the delegates' reports<sup>44</sup>.

Clefeld's argument follows the same lines as Mudaeus's opinion – though it is not possible to determine to what extent the latter relied on the documents (including legal arguments) submitted to him by the Gdańsk lawyers and diplomats, or whether the former was inspired by the discussions of the delegates with the Louvain professors a few months earlier, and possibly by their written opinion commissioned at the time or sent forward at a later stage<sup>45</sup>. Clefeld's approach is primarily a rejoinder of the London arguments. The fundamental references for the dispute are the earlier treaties and agreements between the Hanse and England (Clefeld refers explicitly to those of 1491<sup>46</sup>, 1499<sup>47</sup>, 1520–21, while the English arguments, in his view, turn to a large extent around the construction of the Treaty of Utrecht). Thus, most of Clefeld's rejoinder consists in rebutting the English interpretation of the terms of the Utrecht Treaty<sup>48</sup>. The alternative interpretation offered by Clefeld is, not surprisingly, mostly based on conventional civil law rules of construction. Thus, the general phrasing of the Treaty's concession to the English to trade "cum quibuscunque personis" needs to be construed, according to the Treaty's own words which form the context of the passage in question, without prejudice to the pre-existing usages and practices, which restricted their trade to dealings with the Gdańsk residents: a conventional interpre-

<sup>44</sup> APG 300, 28/21a, fol. 69<sup>v</sup>–79<sup>r</sup> (ending, in that version, with the words: "Hactenus de causa Gedanensi", with the addition: "Nihil deest", which may perhaps refer to the transcript). The memorandum has not been included in all the (Gdańsk) versions of the "recessus", for example, it does not seem to appear in APG 300, 28/17, which does, however, include the grievances of the London merchants (fol. 131 et seq.). On these grievances, see also APG 300, 28/117 (shelf-list: "Anglicana 1535–1579"), with, fol. 112<sup>r</sup>–118<sup>v</sup>; possibly a draft version of Clefeld's memorandum.

<sup>45</sup> Some references in both Clefeld's defence and in Mudaeus's opinion are the same. Common references to conventional authorities of the corpus iuris civilis may not be all that surprising, but more striking is the reference to Nicolaus Everardus' *Loci legales*, which, however, had by 1553 already been reprinted in several European countries (*Otto Vervvaert*, *Studies over Nicolaas Everaerts [1462–1532] en zijn Topica [Arnhem 1994] 254–259*), including the at the time recently enlarged edition of Louvain 1552, which Clefeld or other delegates could have acquired while staying in the Low Countries in the early summer of 1553.

<sup>46</sup> On the privileges granted by English Kings before 1491 and on the meeting of 1491: APG 300, 28/175; 300, 28/176; 300, 28/178 ("Tractatus ambasciatorum Angliae et civitatum Hansae teutonicae Antwerpiae initus Anno Domini millesimo quadringentesimo nonagesimo primo in Maio, cum inidem avisatis, appunctuatis et conventis insertis exemplis mandatorum procuratorum utrinque legatorum missorum"); 300, 28/180 ("Lubecensis recessus Antwerpiae conscriptus Anno super 1491 Hantwerpie cum oratoribus Regis Angliae 1491"); 300, 28/181 ("Recessus per Secretarium Gedanensem Antwerpiae conscriptus"); 300, 28/182; 300, 28/183 (Henry VII, 1491); 300, 28/184.

<sup>47</sup> On the 1499 meeting and outcome: APG 300, 28/151a; 300, 28/179 ("Querele negociatorum de Ansa alemanica Londonie residente in dieta Antwerpiae celebrata anno 91, presente et iterate in dieta anno 99 Bruggis tenta"); 300, 28/189; 300, 28/190; 300, 28/191.

<sup>48</sup> Even today, the Hanseatic records in APG on the Utrecht Treaty are comparatively well documented: see (e.g.) 300, 28/168 (in Dutch); 300, 28/170 (in German).

tatory argument of the “*consuetudo optima semper interpret*”<sup>49</sup>. That usage had been applicable for so long, that even if the English could claim that they had once traded with others in Gdańsk or the town’s region, ‘prescription’ had now strengthened and confirmed the prohibition imposed upon them<sup>50</sup>. The prohibition was not specifically discriminating against the English, for it also applied to merchants from other Hanseatic towns, and even to citizens of other Prussian towns<sup>51</sup>. Clefeld also considered the argument concerning the purpose of the Treaty’s terms: he rejected the idea that the passage the English were relying on had been an innovation at the time, in the sense of a concession beyond the rights they had enjoyed before. Otherwise, the English might object, if the passage had merely been stating the rights they had enjoyed earlier on, the clause would not fulfil any purpose and would have been redundant. Clefeld’s answers that the passage was merely confirming those rights which the English had enjoyed before the war, and which simply had reinstated those rights, which had lapsed during the warfare<sup>52</sup>. A similar set of arguments is also produced in order to prove that any general obligation or concession is to be understood to have been made without affecting specific local customs<sup>53</sup>.

Nor did the status of the Hansards in London imply a reciprocal treatment in Prussia. In developing this line of argument, Clefeld refers extensively to the fifteenth- and early-sixteenth century treaties. The 1410 Treaty between the English King and the master of the Teutonic Order may have seemed to open up the “Prussian territories” to the English merchants, but it had not, according to the Gdańsk *syndicus*, included Gdańsk. In any case, its application had been rejected by the latter and the clause the English would have had to rely upon had deliberately been omitted in the Treaty of Utrecht, which implied that the latter could not be construed by referring to the 1410 Treaty<sup>54</sup>. The rejection had been explicitly confirmed by Gdańsk to the city council of Lubeck, the “supreme head” of the Hanse<sup>55</sup>. Similar objections had been expressed when fresh agreements had been made at Antwerp in 1491, at Bruges in 1499 and in 1520–21<sup>56</sup>. Clefeld ended

<sup>49</sup> APG 300, 28/21a, fol. 71<sup>v</sup>–72<sup>r</sup>, referring to D. 50.17.34, D. 32.1.73, Jason Maynus ad C. 6.20.17, and Nicolaus Everardus, *Loci, Locus a consueto seu usitato*; fol. 74<sup>r</sup>, also to Zasius, *Intellectus singulares*.

<sup>50</sup> *Ibidem*. This argument, too, is buttressed by legal authorities: the Gloss and commentaries on D. 8.2.11 and C. 3.34.1. See also APG 300, 28/21a, fol. 76<sup>rv</sup>.

<sup>51</sup> APG 300, 28/21a, fol. 74<sup>r</sup>, referring to the *Memorabilia* and records of the city.

<sup>52</sup> APG 300, 28/21a, fol. 72<sup>v</sup>–73<sup>r</sup>, referring to X. 2.30.4, X. 5.33.29, D. 24.1.36.1.

<sup>53</sup> APG 300, 28/21a, fol. 75<sup>r</sup>, referring to C. 3.28.35, again to D. 50.17.34 and D. 32.1.73, and to canonistic commentaries on Sextus 1.2.1.

<sup>54</sup> APG 300, 28/21a, fol. 76<sup>rv</sup>, referring also to *Consilium* 63 by Franciscus Curtius Jr., and, as regards the failure of the English to have successfully included a specific and explicit derogation in their favour in the Utrecht Treaty, to D. 18.1.21. As Mudaeus, Clefeld also uses the reference “*more mercatorio*” in order to establish that a specific derogation had been included in the treaty (fol. 76<sup>v</sup>).

<sup>55</sup> APG 300, 28/21a, fol. 77<sup>v</sup>.

<sup>56</sup> APG 300, 28/21a, fol. 78<sup>rv</sup>.

his defence in a typical legal style, claiming that if the English wished to press their case and claims, the burden of proof fell upon them<sup>57</sup>.

These arguments were not only conventional, but they had for many years already been used to counter the same English grievances. Thus, during the negotiations in Bruges in 1521 (where Thomas More played a prominent role in the English delegation), the English had protested against several restrictive trade practices in Hanseatic harbours<sup>58</sup>, and in particular against the prohibition of free trade in Gdańsk and Riga<sup>59</sup>.

The end result of the 1553 negotiations appears to have been, as the Hansards had hoped, the reinstatement of their privileges, but the lobbying by the City merchants and the weakened position of the Hanse is reflected in the reservation clause in the reinstatement order: the Hanse was reinstated in their privileges, following the conventional expression used in such treaties, as they had existed and been enjoyed by the beneficiaries before Edward VI's decree – a formula which conveniently left all parties to understand the restored practice to their own advantage<sup>60</sup> –, “salvis tamen Maiestati Reginali eiusque successoribus iuribus suis, quae ex legibus et statutis huius regni competunt contra eos, quos privilegiis antedictis abuti contingerit: ita tamen quod propterea innocentes per viam suspensionis, arrestationis, aut quovis alio modo ab fruitione, ac usu eorundem privilegiorum ac libertatum non impediuntur. Salvis etiam libertatibus, privilegiis, et liberis consuetudinibus mercatoribus Anglis in civitatibus Hansae, et praesertim in terris Prussiae competentibus”<sup>61</sup>. The last passage of the second reservation clause

<sup>57</sup> APG 300, 28/21a, fol. 79r, referring to D. 22.3.5, D. 22.5.1 and X. 3.19.6.

<sup>58</sup> APG 300, 28/1 (“Tractatus et Recessus inter Oratores Anzae, et Regem Angliae, Brugis habitus, Anno Domini 1521”), fol. 37: “Praeterea in Gedano et aliis plerisque civitatibus Ansaе nautae omnes sunt prohibiti et iureiurando aducti, ne quid bonorum aut mercium alicuius Angli evehant in Angliam”, and several other complaints).

<sup>59</sup> APG 300, 28/1, fol. 38–39 (coercive measures against English merchants at Gdańsk), 99, 105 (the English relied on the phrase “quibuscumque”).

<sup>60</sup> The author of the report in APG 300, 28/20, ends the report with a somewhat self-congratulatory observation asserting that the essential aim of the embassy, the restoration of the old privileges, has been obtained. Obviously a man with legal mind, he even compares the reinstatement as a form of *postliminium* for the Hanse merchants (fol. 147r).

<sup>61</sup> Dated London, 24<sup>th</sup> October 1553, in APG 300, 28/141, fol. 23<sup>rv</sup>. Compare with the slightly different version in APG 300, 28/20, fol. 91r, which at the end mentions explicitly: “[...] et praesertim in civitate Dantisca <marginal note “g”: terris Prussiae> competentibus”; a note has been added to the text: “Notandum. Cum hic inter caetera petatum esset per supradictos deputatos nomine oratorum Gedanensium, ut loco illorum verborum, ‘in civitate Dantisca’, ponerentur haec, ‘in terris Prussiae’, attento, quod ea ubique sic in privilegiis ac tractatibus haberentur. Responsum fuit a Domino Petro, secretario regio: Et haec illa verba ponenda esse. Nam non esse vanas querelas subditorum huius regni, qui a sex annis se novis et incon-suetis vectigalibus et impositionibus oneratos, ac cum antea duobus diebus qualibet hebdomada liberum mercatum exercere possent, nunc uno tantum die admitterentur, conquerantur. Responderunt nostri: Si quid insolitum Anglis in ea civitate esset impositum, id scripto comprehensum, Gedanensibus eos communicare posse, qui haud dubie curaturi essent, ut tollerentur gravamina. Quod ad liberum mercatum attineret, iam antea non semel dictum fuisse, eam civitatem singulari praerogativa gaudere, neque unquam confoederatas civitates, aut vici-

emphasises that the ‘Gdańsk issue’ was taken seriously by the English government, but that, for the time being, the respective claims were left unresolved in order to preserve, in spite of diverging interpretations, the Hanse privileges which were necessary for the continuation of their operations in and from London.

## The Legal Case for the London Merchants (1557)<sup>62</sup>

Walter Haddon’s ‘defence’ of the London merchants was a direct rejoinder rebutting the arguments that a Hanse embassy had previously addressed to the King (possibly in May 1557) and in which they had asked that their ancient privileges, which, they insisted, were binding because of their compensatory nature, should be confirmed. Haddon briefly rejected every single argument in fairly violent terms, his main thesis consisting in denying that there was any evidence of the alleged privileges<sup>63</sup>, or, in any case, that they were still valid, repeatedly referring to the many ‘abuses’ committed by the Hansards. The argument concluded with a call to declare any alleged privileges abolished, and a wish which hardly reflected much goodwill in the Anglo-Hanseatic commercial relations: “and that any memory of your corporation may be obliterated through perpetual oblivion”<sup>64</sup>.

Nicholas Emeric’s legal opinions are more elaborate and technical, but substantially they assert the same idea and condemn the Hanse merchants in more formal, but not less harsh, terms. He, too, claims that the privileges are not as the Hanseatic ambassadors claimed, and that at any rate, any privileges which might have been granted to them had been lost. In some ways, the opinion – which was possibly written some four years after the 1553 embassy, in a different context – offers a mirror image of Madaeus’s arguments, for he insists that any privileges granted to the Hanse would not have affected the rights of London merchants by implication. What stands out in Emeric’s opinion, apart from the many civil law authorities, are his arguments based on policy considerations – not as such, however,

*nas eidem subiectas Principi ad liberum mercatum admissas fuisse. Ad quae dominus Petrus secretarius: Si ergo illa civitas peculiari praeogativa frui velit prae caeteris, quae tamen nostros ad liberum mercatum admittunt, non est aequum, ut ipsa pari conditione cum caeteris censeatur. Poterimusque illi aliquid oneris imponere, a quo aliae sint exemptae. Neque enim qui paria non praestant, paribus debent gaudere privilegiis”* (fol. 91<sup>v</sup>–92<sup>r</sup>).

<sup>62</sup> The date of 1557 for the opinions discussed hereafter is, as already stated, hypothetical.

<sup>63</sup> The transcript in BL Lansdowne 170 contains no technical references to formal authorities, but to the English institutional context (e.g. the authority of Parliament) and Haddon relies implicitly on general principles, e.g. when he refutes the Hanse claims that their privileges were binding, fol. 162<sup>r</sup> (“Contra contractum quo partim iure partim consensu nos teneri dicitis, duplex nobis datur defensio. Nunquam enim illam privilegiorum et libertatum conditionem admisimus quam vos assumitis, itaque perpetua fuit in ea re discrepatio de qua nunquam convenit et quomodo continuum hic consensum nostrum urgetis, cum ipsi paulo post interpretationem vocabulo dissentionem nostram plane confiteamini”).

<sup>64</sup> BL Lansdowne 170, fol. 164<sup>r</sup>: “[...] et ut omnis memoria vestrae societatis oblivione perpetua deleatur”.

an unusual feature in sixteenth-century legal arguments in practice<sup>65</sup>. Thus, among the arguments he develops to demonstrate that the Hanse had lost any privileges they may have enjoyed at some time, he stresses that the rationale behind any such privileges had been their usefulness for the realm: such concessions, he quoted, were made “in consideration [...] for the weall publique that may ensew to the Kinge and his [...] land”<sup>66</sup>. When the cost of such privileges to the Realm was no longer balanced by the benefits they brought to the country, they were to be abolished “*ipso iure*” or could be simply repealed. The argument does not seem to anticipate directly the idea behind the “*rebus sic stantibus*” principle, but appears to work out the more traditional principles based on the *causa* of a legal arrangement<sup>67</sup>. Thus, he also notes that the concessions – through privileges or agreed in treaties – had been made *inter alia* in order to secure reciprocal rights or the reinstatement of old rights in Prussia and other Hanseatic places, but since that condition had never been implemented, the ‘cause’ of the concessions had not materialised and the concessions could be rescinded. Emeric also considered that any agreements on which the position of the Hansards in England rested had been made “*per viam recessus*”, a legal figure which resulted, in his view, in a not absolutely binding pact, for it left the door open to a unilateral withdrawal, particularly when the other party (as in the case of the refusal to implement the terms and conditions with regard to the position of the English in Prussia) had not kept his part of the bargain. In this context, too, the policy considerations reappear, for the King, it is said, is never supposed to have acted in prejudice of his own subjects<sup>68</sup>. That in turn, leads to a necessary construction of any concession in such a way that a concession should not be interpreted to the detriment of the subjects – a principle applicable in this case, as the alleged concessions caused a prejudice to the English merchants. The King was all the more entitled to repeal past privileges, since it was his prerogative to judge whether the interests of the realm of his subjects were at stake: “*Omnium autem que in aliquo regno aguntur vel fiant, rex ipse iudex est, et arbiter utpote qui exemplo pontificis, atque imperatoris, omnes iudicat ac a nemine in suo regno iudicatur*”<sup>69</sup> [...] “*cum reges ipsi eorum iudicia proinde atque pontifices atque imperatores a nemine iudicantur nisi a Deo*”<sup>70</sup> – principles based on old and traditional authorities, but which in this context make it clear that a burgeoning concept of *raison d'état* was beginning to overrule the medieval legal status of privileges. The incidents involving Hanse towns refusing

<sup>65</sup> Alain Wijffels, Argumentationsmuster in belgisch-niederländischen Konsiliensammlungen des 16. Jahrhunderts. ‘Policy considerations’ in der *ius commune*-tradition, in: Juristische Argumentation – Argumente der Juristen, ed. by Albrecht Cordes (Köln, Weimar, Wien 2006) 55–73.

<sup>66</sup> BL Lansdowne 170, fol. 166r.

<sup>67</sup> “*Adeo ut causa horum privilegiorum inversa seu extincta, iusta vel ex ipsis litteris dederit causam ea revocandi [...] expressa ea causa ac sub spe ut Anglis restituerentur sua privilegia in terris Prussiae ac aliis locis Hanze [...]*” (BL Lansdowne 170, fol. 166r).

<sup>68</sup> BL Lansdowne 170, fol. 167r.

<sup>69</sup> BL Lansdowne 170, fol. 168v.

<sup>70</sup> BL Lansdowne 170, fol. 169v.

to ship corn to England in spite of a famine is taken up at this point, again to establish circumstances highly detrimental to English interests and to justify the loss of their privileges in England<sup>71</sup>.

## Conclusion

This brief summary of how an ongoing commercial conflict was framed in legal terms in the context of diplomatic wrangling at a political level shows that by the mid-sixteenth century, the traditional legal methods and authorities inherited from late-medieval academic legal learning could still provide the principles and lines of reasoning for dealing with economic issues which neither the civil law nor the particular laws, not even statutory law, had ever systematically addressed. That continuity is however no more than an historical *trompe l'oeil*, for the political balance of power which had prevailed at the time the Italian method had developed its public law, mainly within the Italian peninsula, no longer prevailed in sixteenth-century Western Europe. As Emeric's consultations clearly demonstrate, what had been a largely theoretical foundation of political sovereignty was now being asserted as an effective power, which meant that the balance between particular interests, often still enshrined in century-old privileges, and the state's interest expressed by the early-modern sovereign, had definitively shifted in favour of the latter. The Anglo-Hanseatic relations of the late-Tudor period thus show that English commercial interests in the hands of a sufficient and efficient native merchant community would inevitably be preferred to any dependency to foreign commercial organisations and interests. At the same time, England's position on the international scene during the 1550s and the following years was not sufficiently strong yet to warrant the full elimination of the Hanse's advantages in England, as in periods of crisis, their trade could still prove necessary to support England's trade, but also the country's military and political needs. In that light, it is understandable that without conceding the specific liberties and franchises which the Hanse claimed they had legitimately acquired in the past, the government was reluctant to deny them all advantages or the possibility of renegotiating the terms of their status. There was no point in adopting the radical anti-Hanseatic stance of the London merchants who were bent on eliminating any franchise the Hansards enjoyed and which they viewed as a source of competition and potential damage to their own trade activities, as long as the English merchants could not provide all the services which, at one time or another, the government could still expect from the Hanseatic merchants. The 1553 negotiations clearly show that the issue of renewing the privileges was largely determined by former treaties. Thus, the issue was not merely a matter of unilateral concessions by the King and to some extent beyond his discretionary power. Moreover, the construction of both

<sup>71</sup> BL Lansdowne 170, fol. 169v.

privileges and treaties implied inevitably the use of interpretative techniques borrowed from the *ius commune* tradition. As the brief fragment published hereafter in the Appendix makes clear, the use of *ius commune* rules (combining both Roman and canon law authorities and principles) was nevertheless legitimised, through *ius commune* authorities, by referring to principles of *ius gentium* and natural law<sup>72</sup>. Characteristically, fundamental principles of due process as a form of natural justice are adduced in order to establish that the King cannot act as a judge on such an issue in which he has a direct interest, but that that issue needs to be settled “ex iure communi praescripto”. The flexibility of that legal framework made it possible, as both parties acknowledged, to take into account policy considerations and the respective interests at stake. Legal arguments in this context did not serve as grounds for settling finally any particular litigation, but served to legitimise new policies. The scholastic medieval learned law tradition offered apparently endless possibilities for buttressing either side’s contentions. However, as this case-study illustrates, when the legal arguments did not address actual policy concerns and considerations, traditional arguments supporting traditional interests, whatever their venerable past, were no match against principles adjusted to the new power relations within the early-modern political system.

## Appendix

Gdańsk APG 300,28/117, f. 40<sup>rv</sup> (*incomplete*).

[40<sup>r</sup>] *An Rex Angliae oborta controversia inter civitates Anzae de privilegiis, ex iure scripto agere nobiscum teneatur.*

Et apparet quod non, quia cum ex pontificii tum civilis iuris interpretum sententia manifeste constat, regem Angliae esse in regno suo monarcham et reputare imperatorem maiestatem, adeo ut non magis ab illius sententia quam ipsius caesaris liceat provocare, neque etiam Romano imperio, quemadmodum caeteri reges qui superiorem non agnoscunt, subiicitur, ut est in l. unica ff. de off. praef. praeto. [D.1.11.1] et Bald. in ca. Cum venissent, extra De eo qui mittit. in poss. ca. rei ser. [Baldus ad X. 2.15.3<sup>73</sup>], Mattheus De Afflictis post alias feudistas omnes in titulo De pace iurament. firmando [Matthaeus de Afflictis, ad L.F. 2.53<sup>74</sup>], Felinus

<sup>72</sup> The document (which is incomplete) is not dated. One may speculate whether the argument was in any way intended as a refutation of the argument put forward by Thomas More at the Bruges conference of 1520, who denied on that occasion that civil or canon law could be applied to matters concerning King Henry VIII’s subjects, as that would be contrary to his status as a sovereign (see *Lloyd*, England and the German Hanse, o.c., p. 255).

<sup>73</sup> *Baldus [de Ubaldis]*, Ad tres priores libros Decretalium commentaria collectione vetustissimorum exemplarium nunc recens summo labore suae integritati restituta et ab innumeris mendis vindicata; quibus accesserunt Francisci a Parona et Petri Crassi adnotamenta (reprint of the Lyon 1585 edition: Aalen 1970) fol. 171<sup>vb</sup>–172<sup>va</sup>, at No. 2, fol. 171<sup>vb</sup>, specifically on the position of the King of England.

<sup>74</sup> *Matthaeus de Afflictis* Super III. Feud. lib. Commentaria (Francofurti [Apud Andreae Wecheli heredes, Claudium Marnium, et Io. Aubrium] 1598) 625–668 (without page numbering 636–648), esp. 629, No. 1, on the King of England and other sovereigns.

quoque in ca. Cum non liceat, extra De praescrip. [Felinus Sandeus ad X. 2.26.12<sup>75</sup>], Bald. in prohemio ffortum, col. 4 [Baldus ad D., proh.<sup>76</sup>].

Deinde liquet reges Angliae ideo etiam <ad> leges imperatorias non adstringi, cum ipsi nullo unquam tempore imperii iugum sustinuerint, sed pro suo arbitratu legibus novisque constitutionibus aeditis, quibus semper paruerunt, regnum libere administrarunt. Ac cum imperatoribus non refragantibus hoc fecerint praescriptione se tueri poterunt, cum quod imperatores tollerando approbasse videantur, tum quod traditum sit multorum auctoritate, potentissimos principes imperii iura ac ne imperatorem agnoscunt superiorem, posse praescribere, de his vid. Felinum in d. ca. Cum non liceat, col. 10, extra De praescriptio. [Felinus Sandeus ad X. 2.26.12<sup>77</sup>].

Huc accedit quod iure traditum est, principem superiorem non recognoscentem, in temporalibus, in sua propria causa iudicem esse posse, ut est in l. Proxime, ff. De his qui in test. dele [D. 28.4.3] et l. Et hoc Tiberius, ff. De heredib. instituen [D. 28.5.42]. Clarus textus in ca. Nunc autem 21 dist. [Decretum Gratiani, *Prima Pars*, D. 21, c. 7], Innocentius in ca. Cum venissem, De probatio. [X. 2.19<sup>78</sup>], Bart. in l. 1a, C. Ne quis in sua causa [Bartolus ad C. 3.5.1<sup>79</sup>].

Item perperendum nunc temporis Angliae reges ne pontificis quidem auctoritatem agnoscere, profitentes enim se supremum in temporalibus dominum et in terra ecclesiae Anglicanae caput.

[40<sup>v</sup>] His non obstantibus constat, reges Angliae non solum sibi ius dicere in lite cum civitatibus Ansaе non posse, sed etiam ad iuris caesarii auctoritatem decisionemque adstringi, adeo ut vel ex iuris communis praescripto, vel extra regni sui limites neutri parti suspectos iudices, procedere posse patiantur.

Primum, quia controversia de amissis privilegiis propter praetensum abusum concernit ipsum Regem ac regionum vectigalium customarumque augmentationem ac diminutionem, et sic lucrum proprium. Repugnat autem legibus naturae ut quis sibi ipsi adversetur, aut permissa facultate contra propriam utilitatem aliquid statuatur. [*in the margin*: Cicero inquit, Nemo est qui sui periculi<sup>80</sup>]. Item Ea quae nocitura prospicimus aversamur, commoda vero ac utilia omnes amplectimur.

Secundo. Domini imperatores Valen[s], Gratianus et Val[entinianus] sanciverunt, Ne quis in sua causa iudicet aut sibi ipsi ius dicat, affirmantes in re propria alicui licentiam tribuere sententiae ferendae esse admodum iniquum [C. 3.5.1]. Et refert Nicolaus papa in ca. fin. [3].5 (quoniam Iustinianus statuerit propter suspicionem ex hac vel simili causa proclamantem quemlibet iudicem tanquam suspectum posse recusari [C. 3.1.16] naturale esse suspectorum iudicum insidias declinare [Decretum Gratiani, *Secunda Pars*, C. 3, Qu. 5, c. 15, § 4].

Tertio indubitati juris est et naturalis ratio convincit ea quae substantiam iudicii concernunt, reges Angliae non magis posse negligere, quam quae communi gentium iure non solum, sed

<sup>75</sup> *Felinus Sandeus Ferrariensis*, In Decretalium libros V Pars Tertia (Venetiis [Apud haeredes Melchioris Sessae] 1570), col. 239–249, esp. col. 244, on the sovereignty of the King of England (hereinafter: *Sandeus*, In Decretalium libros).

<sup>76</sup> *Baldus Ubaldus*, In primam Digesti Veteris partem Commentarius (Venetiis 1599, reprint Goldbach 2004), fol. 2<sup>va</sup>, No. 17 et seqq.

<sup>77</sup> *Sandeus*, In Decretalium libros (n. 74) Pars Tertia (Venetiis [Apud haeredes Melchioris Sessae] 1570), col. 239–249, esp. col. 246–247.

<sup>78</sup> *Innocentius IV*, the passage of the commentary was not identified.

<sup>79</sup> *Bartolus de Saxoferrato*, Super prima Codicis (Venetiis [per Baptistam de Tortis] 1526, reprint Rome 1996), fol. 111<sup>ra</sup>.

<sup>80</sup> *Marcus Tullius Cicero*, Oratio pro rege Deiotaro, II.

etiam divino constituta ab omnibus hominibus inviolabiliter custodiuntur, passim autem, etiam in ipso Angliae regno observatur, ne quis simul sit iudex et actor. Iudicia enim tres personas requirunt, Iudicem, Actorem et Reum, ca. forus, De verbo. sign. [X. 5.40.10] [*added in the margin*: <ac quod de auferendis non servandis pactis contenditur>].

Sequitur igitur ut reges Angliae in tali causa iurisdictionem omnem a se abdicerent, cum quod iudicium non solum nullum foret, sed et contra ius gentium et propriam regni Anglici observantiam. Haec probantur per Felinum in ca. Cum venissent, nu. 5, multis argumentis, extra [cf. Felinus Sandeus ad X. 2.1.12?<sup>81</sup>] [*end of fol. 40v, the rest of the text missing*].

*During a subsequent visit to the Danzig Archives, I found in a different file a sheet containing the text which follows immediately the previous page and which is transcribed hereafter. The document, however, is still not complete with that addition; the same file appears to contain more papers related to the same argument, perhaps drafts.*

#### Gdańsk APG 300,128/130, fol. 571<sup>r</sup>v

[571<sup>r</sup>] extra De iudiciis ubi affirmat quod propter assignatas causas ne summus quidem Pontifex aut Imperator in sua causa possint esse iudices. Quarto si Rex propter pretensos abusus et offensiones ex falsis narrationibus mercatorum Lundinensium acerbius aliquid contra civitates Anzie statuit non magis equum erit ut ipse partes iudicis gerat quam si propter offensam inimicus factus de eadem offensa velit cognoscere, quod cum nulla ratione patitur [b] Eo quod non solum verisimile non est exacerbatum regem liberas defensiones que iuris naturae sunt, non admissurum sed quod ipsae civitates in conspectu regis, et maxime intra ipsius imperii limites, ubi omnia ex regio nutu peraguntur, non audebunt citra formidinem libere defensionem innocentiae suae proponere. Ergo etiam hoc inconvenienti perpenso, non ipsi reges idem debent permittere ut litis decisio a sua vel suorum sententia dependeat [C].

Non obstat quod supra dictum est principes superiorem non recognoscentes in sua causa iudices esse [*crossed out*: non] posse, nam hoc non aliter verum esse, et ratio et inveterata consuetudo, omniumque iuris interpretum constans autoritas dictat, quam ubi princeps talis contra subditum suum procedit. Secus vero ubi illi cum non subdito controversia incidit, siquidem cum <ad> illos se regis iurisdicatio extendere non possit, nulla ratio illi contra tales sententiae licentiam tribuere potest, idque propterea quod huiusmodi iudicium deficiente potestate exequendi contra non subditum oporteret esse frustratorium.

Ideoque olim felicis recordationis Richardus Angliae Rex iudicium Innocentii tertii per ferre non fuit dedignatus, cum illi ratione Pictaviensis ducatus cum rege Franciae controversia esset

*marginal notes fol. 571<sup>r</sup>:*

b argumento L. lex Cornelia ff. de iniuriis [...] [D. 47.10.5] & L. si pariter ff. de liberali causa [D. 40.12.9], L. apertissimi ff. de iudiciis [D. 3.1.16].

C per huius confirmationem faciunt que post Innocen.<sup>82</sup> no. Felinus in ca. cum venissent De iudi. nu. 4<sup>83</sup>, per ca. accusatores [cf. Decretum Gratiani C.3 q.5 c. 2] & ca. quod suspecti 3 q. 5

<sup>81</sup> Cf. Sandeus, In Decretalium libros (n. 74) Pars Secunda (Venetiis [Apud haeredes Melchioris Sessae] 1569), col. 86–90, esp. No. 5, col. 88.

<sup>82</sup> Innocentius, Apparatus toto orbe celebrandus, super V. libris Decretalium et super Decretalibus per eum editis [...] (Lugduni, apud Hugonem à Porta, M.D.XLVIII), ad X. 5.40.23, fol. 215ra–va.

<sup>83</sup> Felinus Sandeus, Commentariorum [...] ad V. libros Decretalium [...] Pars Secunda (Lugduni MDLXXXVII) ad X. 2.1.12, No. 4, fol. 19rab, referring *i.a.* to “Innoc. in capit. ex parte. de verb. signifi.”.

[Decretum Gratiani C.3. q.5 c. 15] ubi offensus repellitur ab accusando, multo ergo fortius a iudicando. Et dicit tex. in d. ca. quod suspecti [Decretum Gratiani C.3. q.5 c. 15] iudicis recusationem ex predictis causis esse iuris naturae.

D Ut est tex. in ca. Novit ille extra De iudiciis [X. 2.1.13] ut Panor. post alios notat nu. 16<sup>84</sup> [*crossed out*: Et dicit Bart. Sozy. in cons. 27 vol. 3 nu. 5 – see main text on the following page].

[571<sup>v</sup>] Et dicit Barthol. Socynus quod quando princeps contra naturaliter non subditum procedit cum hoc casu plenitudine potestatis suae uti non possit, ideo eius assertioni non stari, eo quod princeps suae preeminentiae plenaeque potestatis privilegio contra eum in quem plenam potestatem non habet, exercere non potest, allegat Franciscum Aret. [C], ubi inquit quod assertioni iudicis non statum in his in quibus non habet plenam potestatem utputa super dispositis a iure gentium vel divino, Hostiensis quoque [D] quem sequitur Felinus [E] affirmat illud quod dicitur principem superiorem non recognoscentem in causa propria iudicem esse posse, non habere locum contra non subditos.

Nec obstat quod Reges Angliae legibus Romanis aut pontificiis constitutionis non adstringantur, quod et de imperatoribus quorum autoritate omnes Romanas leges constat esse fultitas, tradit[ur ?], etsi enim divi Theodos[i]us et Valentinus <imperatores> constitutionem reliquerunt [F] qua sese eximerunt, tamen palam notum est [*crossed out*: etiam p...] hoc non nisi per modum autoritatis ac superioritatis verum esse ut scilicet autoritati im- [*crossed out*: perabat] peratorum reges Angliae non subiiciantur. Nam quoad constitutiones ex nature et gentium iure profluxerunt, omnes totius orbis principes iis obligantur. Ex quo sequitur reges Angliae si non ob id, quod illorum potestas a divorum imperatorum autoritate dependet, saltem igitur communibus ex nature et gentium legibus deprompt[is...?] obligari, exempli passim occurrunt tam ex Grecis quam Latinis historiis.

Philippus Macedonum Rex in controversiis quas sepe cum Athenien. habuit, non a suo tantum iudicio sententiam voluit pendere, sed eam [*end of page*] [...]

*marginal notes fol. 571v:*

B [Barthol. Socynus] In Cons. 27 vol. 3, nu. 5<sup>85</sup>.

C [Franciscum Aret.] In ca. Cum nobis, De testib.<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Nicolai Tudeschii Catinensis Siculi, Abbatis Panormitani, Commentaria Primae Partis in Secundum Librum Decretalium, Tomus Tertius (Venetiis, Apud Iuntas, MDLXXXVII, reprint Frankfurt am Main 2005), ad X. 2.1.13, Nos. 15–16, fol. 45<sup>rb</sup>.

<sup>85</sup> Bartholomaeus Socynus, Tertia Pars Consiliorum (Lugduni [Petrus Fradin] 1551), Cons. 27, fol. 29<sup>v</sup>–31<sup>rb</sup>, inc. ‘In praesenti consultatione substantialiter loquendo’, No. 5, fol. 30rab.

<sup>86</sup> Franciscus de Accoltis de Aretio, Lectura [...] super libro secundo decretalium [...] (Bononiae, expensis Antonii de Cistis de Bononia. Et egregii viri Henrici de Colonia, 20 Dec. 1481), ad X. 2.20.28, esp. 2<sup>nd</sup> col. (“In glo. posita in verbo nec unius [...] [...] dixit Hosti. et est communis opinio quod creditur assertioni summi pontificis ut probatur in tex. nostro. infi. et aliis iuribus allegatis per eum, vide hic per moder., hoc autem dictum admittit do. Abb. modern. in his in quibus proprie papa habet supplere variam potestatem ut in spiritualibus et in beneficiis, ubi autem ageretur de iure naturali vel gentium seu de iure divino, tunc videtur secundum eum quod non stetur assertioni solius pontificis”), and 3<sup>rd</sup> col. (“Unde non potest restringi iste tex. ad spiritualia ut dicit do. Ab. Et quod illa conclusio sit vera videtur esse casus in c. ad audientiam infra de prescript. quem tex. ibi ponderat do Ab. ad hoc ubi patet quod ex assertionem pontificis probatur obligatio census debiti contra laicum, quinimo secundum intellectum probat tex. etiam quod sit probatio etiam contra laicum non subiectum ecclesiae, et hoc tenet ibi do. Ab., sed reputatur dictum novum. Sed hoc ultimum non placet mihi, quia per hoc quod creditur assertioni summi pontificis est privilegium superve potestatem quo privilegio non potest uti princeps contra non subditos, ut est casus in clemen. pastoralis, ver.

D [Hostiensis] in d. ca. Novit ille<sup>87</sup>.

E [Felinus] d. ca. Cum venissent nu. 5 in prima limitatione<sup>88</sup>.

F in L. Digna vox C. de legibus et consti. [C.1.14.4].

*opposite* "si non ob id, [...]": pro huius loci ampliatione vid. hic Corrasium lib. Miscell. 22 ca. ult.<sup>89</sup>.

## Kurzfassung

Wenn individuelle Konflikte im internationalen Handel einen weitreichenderen kaufmännischen Wettbewerb und Konkurrenzkampf widerspiegeln, stehen in der Regel der politische Handel und ökonomische Interessen auf dem Spiel. Lokale oder territoriale Autoritäten werden unter den Druck geraten, die Interessen ihrer eigenen Handelsgemeinschaft zu verteidigen, unter gleichzeitiger Berücksichtigung ihrer allgemeinen Wirtschafts- und Handelspolitik sowie ihrer eigenen politischen Position auf der internationalen Bühne. Individuelle Konflikte mögen beigelegt werden durch gerichtliche Entscheidungen, einen Schiedsspruch oder durch einen ausgehandelten Kompromiss, doch solch eine Beilegung, erzwungen oder freiwillig, beendet nicht den zugrundeliegenden strukturellen Interessenkonflikt. Die Beherrschung eines solchen internationalen Interessenkonflikts ist im Wesentlichen eine diplomatische Angelegenheit, und in diesen internationalen Wirtschaftsbeziehungen könnte sich das ‚Gleichgewicht der Kräfte‘ als entscheidend herausstellen. Indes haben die westlichen internationalen Beziehungen ebenso eine lange Tradition der Bemühung um eine Rechtfertigung der Positionen der verschiedenen Akteure, die in solche Wirtschafts- und Handelskonflikte involviert sind, und manchmal auch derer (meist zeitweiligen) Beilegungen in rechtlichen Termini.

Die Gesandtschaft der deutschen Hanse nach London im Jahr 1553 ist eine gut belegte Veranschaulichung dieser Strategie: Bei dieser Gelegenheit versuchten die Hansestädte, die wesentlichen Vorteile zu verteidigen, die sie in früheren Jahrhunderten durch Privilegien und ihren Status in London erlangt hatten, gegen die zunehmende Selbstbehauptung der englischen (und insbesondere der Londoner) Kaufleute, die, angetrieben durch ihre anwachsende Machtstellung, danach strebten, die Hansische Konkurrenz auf ihrem eigenen Grund einzudämmen oder sogar zu unterbinden. Die Politik der englischen Regierung bestand darin, einen

ceterum, de re iudicata. Unde dicere quod speciale sit in papa ut dicit ibi dominus Abbas non videtur habere rationem").

<sup>87</sup> *Henricus de Segusio Cardinalis Hostiensis* [...], In Primum Decretalium librum Commentaria [...] (Venetiis, apud Iuntas, MDLXXXI) (repr. Torino 1965) ad X. 2.1.13, fol. 5<sup>ra</sup>–7<sup>ra</sup>, esp. No. 13, fol. 6<sup>ra</sup>.

<sup>88</sup> *Sandewus*, Commentariorum [...] ad V. libros Decretalium [...] Pars Secunda (n. 82), ad X. 2.1.12, No. 5, fol. 19<sup>rb</sup>.

<sup>89</sup> *Joannes Corasius*, Miscellaneorum iuris civilis Libri Septem (Coloniae Agrippinae, Apud Viduam Ioannis Gymnici, sub Monocerote, Anno M.D.XCVIII), Lib. VI, c. 25, 456–459.

Mittelweg zu finden, der gewährleisten würde, dass sie sich weiterhin auf die Unterstützung ihrer eigenen Handelsgemeinschaft verlassen könnte, während die guten Beziehungen zu dem wichtigen Netzwerk Hansischer Städte und ihrer unerreichten maritimen Infrastruktur aufrecht erhalten würden, auf die sich die englischen Autoritäten nachwievor verlassen mussten angesichts der Schwäche der englischen Handelsmarine. Während der Verhandlungen erwies sich die Frage einer nicht-benachteiligenden Ordnung der englischen Kaufleute in Gdańsk als eines der Haupthindernisse. Auf beiden Seiten beriefen sich die Parteien auf das Herkommen des gelehrten *ius commune*, um ihre jeweiligen Argumente und Positionen zu stützen.

## Résumé

Lorsque des litiges impliquant des entreprises ou des négociants particuliers se situent dans le cadre général d'une rivalité et d'une concurrence commerciales, l'enjeu est le plus souvent un conflit d'intérêts politiques et économiques entre des acteurs majeurs de la scène internationale. Les autorités locales ou régionales seront amenées à défendre les intérêts de leur propre communauté de marchands, tout en tenant compte des exigences de leur politique économique et commerciale et de leur position sur les marchés internationaux. Les litiges entre particuliers peuvent être résolus par une procédure judiciaire, un arbitrage, ou un compromis négocié, mais une telle résolution du conflit, imposée ou volontaire, ne met pas un terme au conflit d'intérêts sous-jacent. Pour maîtriser un tel conflit d'intérêts dans les rapports internationaux, les acteurs doivent avoir recours à la voie diplomatique et l'équilibre des forces en présence est souvent déterminant. En Occident, les relations économiques internationales ont une longue tradition consistant à justifier en termes de droit les positions respectives des différents acteurs impliqués dans ce type de conflits d'intérêts, et parfois aussi les solutions (souvent provisoires) qui sont élaborées. L'ambassade de la Hanse allemande à Londres en 1553 en est une illustration relativement bien documentée. À cette occasion, les villes hanséatiques s'efforcèrent de sauvegarder l'essentiel de leurs anciens statuts et privilèges à Londres, face à la montée en puissance des marchands anglais qui entendaient couper court à la concurrence hanséatique en Angleterre. Le gouvernement anglais devait chercher une solution médiane qui lui permettait de ne pas s'aliéner le soutien de sa propre communauté marchande, tout en s'assurant de maintenir l'appui des réseaux hanséatiques, dont l'infrastructure permettait encore, à cette époque, de suppléer aux faiblesses des capacités marchandes anglaises. Dans ce contexte, l'obtention d'un régime non-discriminatoire en faveur des marchands anglais à Danzig (Gdańsk) était l'une des questions les plus controversées au cours des négociations. De part et d'autre, les parties firent appel à des arguments et consultations juridiques ancrées dans la tradition savante du *ius commune* pour étayer leurs positions.



*Anja Amend-Traut*

## Brüder unter sich: Die Handelsgesellschaft Brentano vor Gericht. Elemente privater Konfliktlösung im Reichskammergerichtsprozess

„Was immer für Zwiespalt und Irrungen, welche doch Gott verhüten wolle, in Societats-Sachen sich ereignen könnten [...] versprechen beede Theile, solche in Frieden auszumachen, und in guter Harmonie als Freunde sich zu setzen, auch beede Theile mit gemeiner Einwilligung Schiedsrichter zu nehmen“<sup>1</sup>. – Diese Vereinbarung ist Teil eines Vertrags, den drei Gesellschafter einer Handelsgesellschaft im Jahr 1752 geschlossen hatten.

Die Absprache steht im Zentrum eines Streits, der als Paradebeispiel für das Motto der Tagung gelten kann: An ihm können die sich bewegenden Grenzen zwischen öffentlicher und privater Konfliktlösung im Handelsrecht hervorragend skizziert werden. Der Fall steht gleichzeitig Modell für eine Vielzahl ähnlicher Streitbewältigungen unter Kaufleuten, die letztlich an das Reichskammergericht als eines der beiden Höchsten Gerichtsgremien im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation gelangten, nachdem zuvor verschiedene Möglichkeiten alternativer Streitbeilegung durch die Parteien ergriffen worden waren.

Die Frage, inwieweit zur Konfliktlösung öffentlichen, hoheitlichen Einrichtungen gegenüber privater Konfliktbewältigung der Vorzug eingeräumt wurde, ist von besonderer Bedeutung für die Frühe Neuzeit, also für eine Epoche, in der diese Grenze generell zugunsten der öffentlichen Justiz verschoben gewesen sein dürfte. Dabei lassen sich verschiedene Berührungspunkte von Handelspraxis und Jurisdiktion ausmachen: Einmal ist hier der Bereich zu nennen, in dem sich interne Strukturen von kaufmännischen Handelsgeschäften und Handelsgesellschaften und ihre Beziehung zu Geschäftspartnern zusammenfassen lassen, namentlich das Verhältnis von Gesellschaftern untereinander, das von Handelsherrn zu ihren Gehilfen und Handelsdienern und die Verbindung zu Vertragspartnern.

<sup>1</sup> Vertrag v. 28. 04. 1752, wiedergegeben im Gutachten der Juristenfakultät Tübingen, ISG Frankfurt a.M. RKG Nr. 132, Aktennr. 249, ohne [Q], fol. 4<sup>r</sup> mit Verweis auf „Act. No. 1 Beyl. F“, mit ähnlichem Wortlaut fol. 44<sup>v</sup>, 45<sup>r</sup>. Die verwiesenen Akten sind nicht (mehr?) in der reichskammergerichtlichen Akte enthalten.

Hiervon zu trennen sind Aspekte, die das Verhältnis von Kaufleuten und Handelsgesellschaften zu – insbesondere städtischen – Obrigkeiten betreffen, also verschiedenste Formen der Marktregulierung durch Ge- und Verbotsnormen. Die Bildung von Gläubigerausschüssen gegen Bankrotteure schließlich trägt Elemente beider Komplexe in sich. Sämtlichen Bereichen gemeinsam ist die durch wachsende Mobilität, Vergrößerung der Märkte und damit Ausdehnung der Handelsverbindungen<sup>2</sup> verbundene steigende Komplexität der skizzierten Aspekte, also etwa der obrigkeitlichen Regulierungsmaßnahmen oder der Gesellschaftsverträge: So etwa wurde für die Fugger der Anstieg der normativen Einbettung von zunehmender innerer Organisation und nach außen durch gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten nachgewiesen<sup>3</sup>. Im deutschen Prozessrecht wächst die Bedeutung des Verfahrenskompromisses im 17. und 18. Jahrhundert stetig an, bis Güteverfahren als obligatorische Voraussetzung für die Einleitung kontradiktorischer Klagen als allgemein verbreitet, insbesondere aber bei Handelsgerichten als grundsätzlich vorgeschaltet, angesehen werden müssen<sup>4</sup>. In diesem Zusammenhang zeigt sich, dass der zu beobachtende Regelungszuwachs jedenfalls für den Bereich der internen Strukturen, dem der im Folgenden geschilderte Vorgang zuzuordnen ist, mit einem entsprechenden Anstieg der Streitbelegungen durch öffentliche, hoheitliche Einrichtungen korrespondiert.

Die Auseinandersetzungen, um die es in dem hier vorgestellten Fall geht, schwelten rund 50 Jahre zwischen den Nachfahren der Brüder Stephano, Dominico Martino und Paolo Brentano, die Teilhaber der im Jahr 1703 gegründeten

<sup>2</sup> Die meisten deutschen Kaufleute partizipierten an der interkontinentalen Expansion des Marktes, indem sie Gewürze und andere Luxuswaren aus der Neuen Welt an- und weiterverkauften. Bezüglich des Binnenhandels profitierten die deutschen Territorien besonders vom italienischen Handelsverkehr, der vom 15. Jahrhundert an über die Alpenpässe und Oberdeutschland nach Antwerpen führte. Vor allem Mitte des 16. Jahrhunderts bedeutend war die Achse Venedig-Antwerpen über die deutschen Städte Augsburg/Ulm, Nürnberg, Frankfurt/Mainz und Köln. Die jeweiligen Routen der Kaufleute wurden durch politische und kriegerische Ereignisse, v. a. aber auch durch Märkte bestimmt. Durch verschiedene Formen der Kommunikation wurde das Wirtschaftsleben insgesamt sensibilisiert und stabilisiert: Neben dem Ausbau des Post- und Botenwesens ermöglichte es insbesondere die Erfindung des Buchdrucks – maßgeblich durch Medien wie Zeitungen und Pamphlete –, dass Informationen über politische und wirtschaftliche Ereignisse zeit- und raumversetzt und nicht mehr institutionsgebunden auch für ein breiteres Publikum austauschbar wurden. Näher zum wirtschaftshistorischen Kontext die Ausführungen zu Punkt C.II. m.w.N. bei *Anja Amend-Traut*, Wechselverbindlichkeiten vor dem Reichskammergericht (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 54, Köln, Wien 2009); im Folgenden zitiert: *Amend-Traut*, Wechselverbindlichkeiten.

<sup>3</sup> Hierzu insbesondere *Elmar Lutz*, Die rechtliche Struktur süddeutscher Handelsgesellschaften in der Zeit der Fugger, Bd. 1 (Studien zur Fuggergeschichte 25; Schwäbische Forschungsgemeinschaft bei der Kommission für Bayerische Landesgeschichte 4/16, Tübingen 1976) 138–153, 479; im Folgenden zitiert: *Lutz*, Rechtliche Struktur.

<sup>4</sup> *Hermann Krause*, Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland (Berlin 1930) (im Folgenden zitiert: *Krause*, Schiedsgerichtswesen); *Eva-Christine Frentz*, Das Hamburgische Admiralitätsgericht (1623–1811) (Rechtshistorische Reihe 43, Frankfurt a. M. 1985) 69–72; im Folgenden zitiert: *Frentz*, Admiralitätsgericht.

Abb. 1: Das Haus „Zum Goldenen Kopf“ in der Großen Sandgasse war von 1777 bis 1820 Wohn-, Handels- und Bankhaus der Familie Brentano<sup>5</sup>.



und seit 1739 als „Dominico Brentano und Söhne“ firmierenden Handelsgesellschaft waren<sup>6</sup>.

Die in Tremezzo am Comer See begründete Gesellschaft handelte mit Südfrüchten und den verschiedensten Spezereiwaren – die Palette reichte von der Bergamott-Essenz über türkischen Safran bis zu „Indianischen Vogelneestern“<sup>7</sup>, die ostindische Schwalben „in Felsenhöhlen am Meere, aus welchen sie mit Lebensgefahr geholt werden müssen, [...] aus dem Speichel oder Magensaft des Vogels“ bauen und „nicht allein essbar sind, sondern sogar zu den größten Leckereien gerechnet und theuer bezahlt werden“<sup>8</sup>. Die Gesellschaft gehörte zu einem sich über

<sup>5</sup> Zeichnung eines unbekanntem Autors, frühes 19. Jahrhundert. Aus: *Alexander Dietz*, *Frankfurter Handelsgeschichte*, Bd. IV/1, (Frankfurt am Main 1910) 250.

<sup>6</sup> Zur Geschichte der Gesellschaft seit ihrer Gründung die „Kurze Thatgeschichte“ nebst genealogischer Tabelle, ISG Frankfurt a.M. RKG Nr. 132, Aktennr. 253, [Q] 30. Außerdem siehe die – hinsichtlich der Gründung allerdings unterschiedlichen – Angaben bei *Dietz*, *Handelsgeschichte*, Bd. IV/1 4 247.

<sup>7</sup> Aus dem Bestandsverzeichnis „über die Verlassenschaft des weiland Stephano Antonio Brentano“, die „[...] an Waren, Effekten und Bargeld inventiert und beschrieben wie vorgefunden“ wurde, ISG Frankfurt a.M. RKG Nr. 295, Aktennr. 522, Bl. 18–50. Die Handelsgesellschaft „Dominico Brentano und Söhne“ hatte Stephano ab dem Jahr 1753 allein fortgesetzt und nach seinem Tod 1769 völlig überschuldet hinterlassen. Das Bestandsverzeichnis ist bei *Inge Kaltwasser* (Bearb.), *Inventar der Akten des Reichskammergerichts 1495–1806*, *Frankfurter Bestand* (Veröffentlichungen der Frankfurter historischen Kommission XXI; *Inventar der Akten des Reichskammergerichts 27, Frankfurt a.M. 2000*) 278–290, transkribiert.

<sup>8</sup> Beschreibung aus *Johann Georg Krünitz*, *Oeconomische Encyclopädie oder allgemeines System der Land-, Haus- und Staats-Wirthschaft in alphabetischer Ordnung*, Bde. 1–242

große Teile Europas spannenden Netz Brentanoscher Familien-„Compagnien“. Die größten ihrer Import- und Bankhäuser befanden sich in Wien, Nürnberg, Mailand und Genua. Alle zeichneten sich durch präzise Regelungen der Einlagen, Fragen zur Haftung und über Rechte und Pflichten in ihren Gesellschaftsverträgen aus<sup>9</sup>.

Für den verstorbenen Paolo trat 1746 dessen noch minderjähriger Sohn Domenico Antonio in die Handelsgesellschaft ein. Die eingangs erwähnte Absprache trafen er und seine beiden Onkel Stephano und Dominico Martino, als der mittlerweile volljährig Gewordene die Gesellschaft verließ.

*Unterzeichner des Vergleichs von 1752*

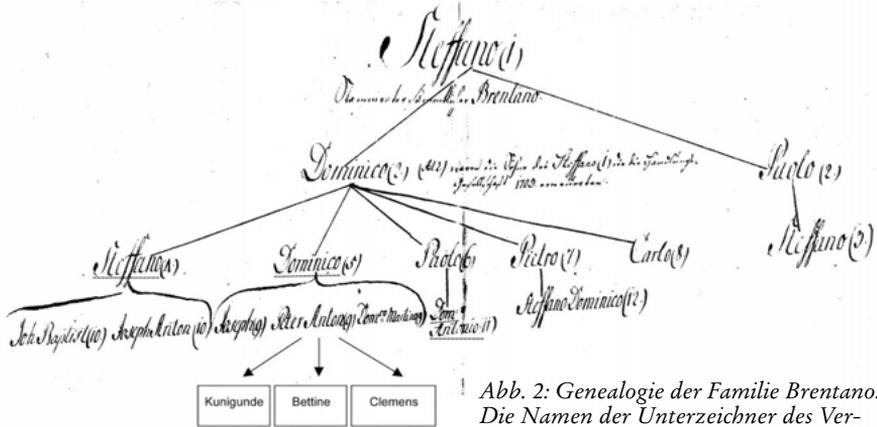


Abb. 2: Genealogie der Familie Brentano. Die Namen der Unterzeichner des Vergleichs von 1752 sind unterstrichen

Die beiden verbliebenen Gesellschafter verglichen sich mit ihrem Neffen, wonach dieser eine Abschlagszahlung von 4.500 Gulden auf die Auszahlung des väterlichen Anteils an der Handelsgesellschaft und außerdem die Zusicherung weiterer Zahlungen aus Außenständen erhielt. Allein, es blieb bei diesem Versprechen. Eine fehlende Liquidität der Gesellschaft konnte hierfür nicht die Ursache sein: Wie dem Aktenmaterial zu entnehmen ist, handelte es sich um ein sehr erfolgreiches Unternehmen. Es hatte neben der Frankfurter Hauptniederlassung Außenstellen in Tremezzo, Bingen, Mainz und Amsterdam, wo Waren direkt bei den Ost- und Westindischen Kompanien eingekauft wurden; 1752 beliefen sich die Aktiva der Gesellschaft auf 325.221 Gulden<sup>11</sup>. Um die Höhe dieses Betrages

(Berlin 1773–1858) online unter <http://www.krueinitz1.uni-trier.de> (zuletzt besucht am 18. 03. 2009); im Folgenden zitiert: *Krueinitz*, *Oeconomische Encyclopädie*.

<sup>9</sup> *Otto von Brentano di Tremezzo*, *Die Familie Brentano*, in: *Frankfurter Blätter für Familiengeschichte* 9 (1913) 81–85, 83; im Folgenden zitiert: *Brentano*, *Frankfurter Blätter für Familiengeschichte* 1913.

<sup>10</sup> Aus: ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 132, Aktennr. 253, [Q] 30.

<sup>11</sup> Dazu auch *Dietz*, *Handelsgeschichte* (Fn. 5) 248.

zu verdeutlichen, sei zum Vergleich der Lohn für eine in Frankfurt a. M. beschäftigte Magd Mitte des 18. Jahrhunderts erwähnt, der für einen Zeitraum von 15 Jahren mit insgesamt 259 Gulden veranschlagt wurde<sup>12</sup>.

Weil die versprochenen Zahlungen nicht erfolgten, klagte Dominico Antonio ab 1756 zunächst in Mainz, zwei Jahre darauf vor dem Frankfurter Schöffengericht gegen Stephano und die Erben des 1755 verstorbenen Dominico Martino. Zu ihnen zählten u. a. dessen Enkel Kunigunde, die mit Friedrich Carl von Savigny verheiratet war, dem deutschen Juristen, der der deutschen Rechtswissenschaft wie kaum ein zweiter eine neue Orientierung gab<sup>13</sup>, und Clemens und Elisabeth, genannt Bettine und als Bettine von Arnim bestens bekannt – die beiden Letzteren zählen zu den bedeutendsten Vertretern der deutschen Romantik<sup>14</sup>.

Seine „vornehmlich aus seiner Handlungs-Societät herrührende[n] Forderungen“ begründete Dominico Martino vor allem mit der Größe des Vermögens, das sein Vater Paolo in die Gesellschaft eingebracht hatte, dem daraus abgeleiteten Gesellschaftsanteil sowie den aus der Hauptforderung resultierenden Zinsen. Beide Verfahren wurden mit Rücksicht auf die zwischen den Parteien getroffene Abrede, die eine schiedsrichterliche Einigung vorsah, abgewiesen.

Die ihrer Bezeichnung nach auf das römische *compromissum*<sup>15</sup> zurückgehenden, seit der Rezeptionszeit so genannten *Compromisse*, mit denen zwei oder mehr Parteien vereinbaren, einen Konflikt schiedsrichterlicher Entscheidung zu unterbreiten, existierten auch schon im mittelalterlichen deutschen Rechtsleben und fanden ihren Ausdruck in den Bemühungen um friedliche Beilegung von Streitigkeiten bzw. um Eindämmung der erlaubten gewaltsamen Selbsthilfe. Noch bis ins 17. Jahrhundert waren die außergerichtlichen Verfahren durchaus verbreitet und verloren erst im Verlauf des 18. Jahrhunderts zunehmend an Bedeutung<sup>16</sup>, bevor das Schiedsrichteramt des ordentlichen Richters im 19. Jahrhundert zur

<sup>12</sup> Auf ihn wird in dem reichskammergerichtlichen Verfahren hingewiesen, das bei der Abwicklung der Hinterlassenschaft von Stephano Antonio Brentano angestrengt wurde, ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 295.

<sup>13</sup> Zu Person und Werk zusammenfassend und m.w.N. *Joachim Rückert*, Art. Savigny, Friedrich Carl von (1779–1861), in: *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, herausgegeben von *Michael Stolleis* (München 1995) 540–545.

<sup>14</sup> Zur Gesamtnachkommenschaft von Peter Anton Brentano, dem Vater von Kunigunde, Bettine und Clemens, siehe *Frankfurter Blätter für Familiengeschichte* 2 (1909) 14–16. Außerdem liefert *Brentano*, *Frankfurter Blätter für Familiengeschichte* 1913 (Fn. 9) eine umfassende Familiengeschichte und einen Stammbaum. Statt vieler zählen zu den jüngsten Erscheinungen über Bettine bzw. Clemens *Hartwig Schultz*, „Unsre Lieb aber ist außerkohren“. Die Geschichte der Geschwister Clemens und Bettine Brentano (Frankfurt a. M. 2004); *Ursula Püschel*, Bettina von Arnim – politische Erkundungen, Entdeckungen, Erkenntnisse (Bielefeld 2005).

<sup>15</sup> D IV 8; I. 76–80 D XVII, 2; Nov. 82, cap. 11. Dazu näher m.w.N. *Krause*, Schiedsgerichtswesen (Fn. 4) 48.

<sup>16</sup> *Krause*, Schiedsgerichtswesen (Fn. 4) 3 ff. Zu dem Bedeutungsverlust siehe auch unten mehr.

Entlastung der Gerichte verbreitet normiert wurde, zuletzt durch die auch insoweit rechtsvereinheitlichende Civilprozessordnung von 1879<sup>17</sup>.

Die Beteiligten willigten bei Schiedsverträgen freiwillig darin ein, dass im Falle einer Meinungsverschiedenheit an die Stelle der ordentlichen Richter ein oder mehrere Schiedsrichter bzw. Schiedsmänner treten sollten. Trotz der gütlichen Elemente, die ein Vergleich in sich birgt, unterscheidet er sich vom Schiedsvertrag traditionell in der Weise, dass sich die Parteien Letzterem von vornherein unterwerfen, die Annahme eines Vergleichs dagegen den Parteien freisteht<sup>18</sup>. Aus Beweisgründen erfolgte der Abschluss von *Compromissen* meist schriftlich, nicht selten vor Gericht. Ungeachtet später noch vertiefend aufzugreifender, dogmatischer Neuansätze, die das Schiedswesen im Verlauf mehrerer Jahrhunderte unterschiedlich bewerteten und auch in der Gerichtspraxis erhebliche Veränderungen nach sich zogen, lässt sich vor dem Hintergrund des zu allen Zeiten vorhandenen Anreizes, größere finanzielle Belastungen, Ärger und die Schwerfälligkeit eines sämtliche prozessuale Möglichkeiten ausschöpfenden, ordentlichen Verfahrens weitgehend vermeiden zu können, generalisierend feststellen, dass Einschränkungen personeller, inhaltlicher oder zeitlicher Art generell nicht getroffen wurden: Unabhängig von der Parteifähigkeit, der zu schlichtenden Gegenstände oder des Umstandes, dass sich der Schiedsvertrag auf bereits entstandene oder zukünftige Streitigkeiten bezog, sind entsprechende Verträge vom Mittelalter bis in die Frühe Neuzeit durchgängig und flächendeckend für Deutschland nachweisbar. Allgemein üblich war es schließlich auch, entweder eine Strafe festzusetzen oder das Übereinkommen mit einem Eid zu bekräftigen, um den Willen, den gütlichen Ausspruch als rechtsverbindlich anzusehen, zu bekräftigen<sup>19</sup>. In Übereinstimmung mit diesen allgemeinen Prinzipien hatten auch die Brentanos ihre Absprache bestätigt und sie mit ihren Unterschriften besiegelt.

Wir können nur Vermutungen darüber anstellen, warum Dominico Antonio die beiden Untergerichte konsultierte. Vielleicht ahnte er bereits in diesem frühen Stadium des komplexen Streits, dass er ohne Druckmittel gegen seine wirtschaftlich weit überlegenen und damit auch in taktischer Hinsicht machtvolleren Onkel nicht zu seinem Ziel gelangen würde. Dabei musste sich Dominico Antonio nicht zwangsläufig die Erlangung einer Definitivsentenz zum Ziel gesetzt haben. Denn der Gebrauch von Gerichten durch die Parteien, also das Verhalten, das die moderne Geschichtswissenschaft als „Justiznutzung“ beschreibt, kann auf klägerischer Seite<sup>20</sup> auch dadurch motiviert sein, lediglich Verhandlungspositionen neu

<sup>17</sup> Fassung vom 30. 01. 1877, RGBl., 83; zu den Schiedsregeln dort *Simon Hayum*, Der Schiedsvertrag (Tübingen 1892) (im Folgenden zitiert: *Hayum*, Schiedsvertrag) und *Krause*, Schiedsgerichtswesen (Fn. 4) 97 ff.

<sup>18</sup> Eine förmliche Gleichstellung der beiden Rechtsinstitute nimmt *Adolf Stölzel*, Die Entwicklung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien, Bd. 1 (Neudr. d. Ausg. Stuttgart 1872, Aalen 1964) § 11, 240, vor.

<sup>19</sup> Einzelheiten bei *Krause*, Schiedsgerichtswesen (Fn. 4) 29 ff., 61 ff.

<sup>20</sup> Auch die im Allgemeinen zahlungsverpflichtete, beklagte Partei verfolgt strategische Interessen bei der Einlegung von Rechtsmitteln und damit bei der Justiznutzung, um hierdurch

zu bestimmen<sup>21</sup>. Druck konnte dadurch erzeugt werden, die Reputation des Verfahrensgegners öffentlich in Frage zu stellen, so dass bereits die Rechtshängigkeit eines Prozesses allein geeignet war, zum Ziel zu kommen. Susanne Jenks spricht in diesem Zusammenhang von Öffentlichkeit als „kalkulierbarer Sanktion“<sup>22</sup>. Damit zeigt sich, dass auch ein Rechtsstreit ohne Ausgang nicht zwangsläufig unproduktiv war<sup>23</sup>. Ebenso wie Dominico Antonio womöglich motiviert war, das Gerichtsverfahren anders als für die Erlangung eines vollstreckbaren Titels zu nutzen, ließen sich etliche weitere Beispiele aus überlieferten Kaufmannsbüchern und aus der reichskammergerichtlichen Prozesspraxis anführen, wie Parteien die öffentliche Justiz instrumentalisierten, indem sie sich damit begnügten, einen zunächst

Zeit zu gewinnen. Dazu näher *Anja Amend*, Konfliktlösung bei streitigen Wechseln im Alten Reich. Der Kaufmannstand zwischen der Suche nach Alternativen zur gerichtlichen Geltendmachung von Forderungen und strategischer Justiznutzung, in: Akten des 36. Deutschen Rechtshistorikertages Halle an der Saale, herausgegeben von *Rolf Lieberwirth, Heiner Lück* (Stuttgart 2008) 153–175 (im Folgenden zitiert: *Amend*, Konfliktlösung), mit Hinweisen auf zeitgenössische Literatur zum Prozessrecht, in denen dieses Verhalten erörtert wird.

<sup>21</sup> Bei *Amend*, Konfliktlösung (Fn. 20), wird alternativ Justiznutzung in der Form beschrieben, dass die obsiegende Partei eine Gerichtsentscheidung als Drohmittel in einem außergerichtlichen Aushandlungsprozess benutzen kann. Ein moderner politikwissenschaftlicher Ansatz spricht in diesem Zusammenhang von der „Implementation von Gerichtsentscheidungen im Kontext der rechtssoziologischen Verfahrenstheorie“, *Erhard Blankenburg, Thomas Gawron, Ralf Rogowski, Rüdiger Voigt*, Zur Analyse und Theorie der Implementation von Gerichtsentscheidungen, in: Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft (DÖV) 39 (1986) 274–285, hier insbes. 282f., und *Erhard Blankenburg, Rüdiger Voigt* (Hrsg.), Implementation von Gerichtsentscheidungen (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 11, Opladen 1987). Zu Drohungen als Element der Absicherung von Verträgen im Vorfeld gerichtlicher Auseinandersetzungen *Oliver E. Williamson*, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus. Unternehmen, Märkte, Kooperationen (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 64, Tübingen 1990) 190ff.; im Folgenden zitiert: *Williamson*, Ökonomische Institutionen.

<sup>22</sup> In ihrem Vortrag „Hansische Kaufleute vor englischen Gerichten“, gehalten am 14. 12. 2005 vor dem Arbeitskreis Handelsrechtsgeschichte in Frankfurt am Main. So nun auch *Beate Sturm*, „Borg macht Sorg“: Schuldenkonflikte im frühneuzeitlichen Hannover, in: Soziale Praxis des Kredits 16.–20. Jahrhundert, herausgegeben von *Jürgen Schlumbohm* (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Niedersachsen und Bremen 238, Hannover 2007) 53–79, 63f. (im Folgenden zitiert: *Sturm*, Borg macht Sorg). Untersuchungen aus den 1980er Jahren haben gezeigt, dass der Erfolg der vorzeitigen Erledigung eines Prozesses in der Begleichung der klägerischen Forderung liegt, *Erhard Blankenburg*, Mobilisierung von Recht, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie (ZfRSoz) 1 (1980) 33–63, 53f.

<sup>23</sup> *Udo Reifner*, Recht ohne Richter. Zur Soziologie des Rechtsgebrauchs, in: Soziologie des Rechts, FS für *Erhard Blankenburg*, herausgegeben von *Jürgen Brand, Dieter Stempel* (Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie 24, Baden-Baden 1998) 103–127, 117, spricht davon, dass Konfliktvermeidung kein Wert an sich sei. Dies widerspricht freilich dem Idealtyp eines Gerichtsverfahrens als streitiger Auseinandersetzung, die in die rechtliche Entscheidung eines Dritten mündet, und dem, was *Erhard Blankenburg*, Thesen zur Umverteilung von Rechtschancen, in: Alternativen in der Ziviljustiz. Berichte, Analysen, Perspektiven, herausgegeben von *Erhard Blankenburg, Walther Gottwald, Dieter Stempel* (Köln 1982) 29–39, 32, als „Nullsummenspiel“ bezeichnet. Auf diesen Idealtyp stützt sich auch die Theorie der „Legitimation durch Verfahren“ von *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren (Frankfurt a. M. 1997).

rechtshängig gemachten Prozess nicht weiter zu betreiben und es bei dem erzielten vorläufigen Zustand zu belassen.

Im Übrigen kommt bei der Konfliktbewältigung unter Handeltreibenden außergerichtlichen Lösungen eine besondere Rolle zu. In diesem Zusammenhang sei zunächst angemerkt, dass die außergerichtlichen Alternativen der Konfliktlösung in der Praxis meist erst greifbar werden, wenn sie selbst, wie in dem hier vorgestellten Streit idealtypisch geschehen – und das ist in gewisser Weise ein Paradoxon –, gerichtsnotorisch geworden waren. Dies gilt umso mehr für historische Untersuchungen, die nur ausnahmsweise auf andere Quellen als Gerichtsakten zurückgreifen können, in denen sich die Rechtswirklichkeit widerspiegelt<sup>24</sup>. Entsprechend aussagekräftige Geschäftsbücher, wie die des Amsterdamer Kaufmanns Hans Thijs, stellen eine Seltenheit dar<sup>25</sup>. Generell dürfte die orale Vorlaufphase einer Auseinandersetzung nicht zu unterschätzen sein.

Gerade aufgrund des durch die Einbindung öffentlicher Justiz drohenden Verlusts an Reputation waren maßgeblich Kaufleute an sich darauf angewiesen, sich den in Handelskreisen üblichen Ritualen anzupassen. Kennzeichnend für deren Geschäftsbeziehungen untereinander waren persönliche Integrität und die Lebensführung nach einem bestimmten Verhaltenskodex. Diese Elemente garantieren Prestige, Vertrauen und damit nicht zuletzt Kreditwürdigkeit<sup>26</sup>. Zudem war stets schon ein unbefleckter Leumund essentieller Bestandteil des Geschäftswerts<sup>27</sup>. Geschäftliche Transaktionen dagegen durch ein Gericht als öffentlichem Gremium beurteilen zu lassen, bedeutete unter Umständen auch, Geschäftsgeheimnisse offenlegen zu müssen<sup>28</sup>. Das Bestreben, soziale Alternativen zum Gerichtsgebrauch zu suchen, dürfte erst recht für gesellschaftsinterne bzw. innerfamiliäre Konflikte gegolten haben, zumal bei einem Familienunternehmen wie dem der Brentanos, dessen Erfolg Zeitgenossen vor allem auf den „festen und so

<sup>24</sup> Darauf weist auch *Sturm*, *Borg macht Sorg* (Fn. 22) 53 f., 62 hin.

<sup>25</sup> Zu ihm *Oscar Gelderblom*, *Zuid-Nederlandse kooplieden en de opkomst van de Amsterdamse stapelmarkt (1578–1630)* (Hilversum 2000).

<sup>26</sup> So auch *Mark Häberlein*, *Brüder, Freunde und Betrüger. Soziale Beziehungen, Normen und Konflikte in der Augsburger Kaufmannschaft um die Mitte des 16. Jahrhunderts* (Colloquia Augustana 9, Berlin 1998) 275, der bezüglich Ehre und Vertrauen vom „symbolischen Kapital“ eines Handelshauses spricht. Zum Vertrauen als Faktor in der modernen ökonomischen Organisation *Williamson*, *Ökonomische Institutionen* (Fn. 21) 345 f. Wie *Sylvia Marzagalli*, *Les modalités de règlement des conflits commerciaux entre la France et les Etats-Unis au tournant du XIX<sup>e</sup> siècle, un révélateur du fonctionnement des réseaux marchands*, in diesem Band, berichtet, kontrollierte sich das Handelsnetz hinsichtlich der Kredit- und Vertrauenswürdigkeit der einzelnen Handelspartner dauernd selbst und war so in der Lage, viele Konflikte bereits im Vorfeld zu vermeiden.

<sup>27</sup> Dazu auch *Hartmut Berghoff*, *Die Zähmung des entfesselten Prometheus? Die Generierung von Vertrauenskapital und die Konstruktion des Marktes im Industrialisierungs- und Globalisierungsprozess*, in: *Wirtschaftsgeschichte als Kulturgeschichte. Dimensionen eines Perspektivenwechsels*, herausgegeben von *Hartmut Berghoff*, *Jakob Vogel* (Frankfurt a. M., New York 2004) 143–168, 143 f.

<sup>28</sup> Welche Konsequenzen sich hieraus bei einem gerichtlich ausgetragenen Konflikt mit einem Vertragspartner ergeben konnten, wird bei *Amend*, *Konfliktlösung* (Fn. 20) beschrieben.

erfolgreichen Zusammenhalt der Geschäftsteilhaber“ und Familienangehörigen<sup>29</sup> und auf beste Verbindungen zum kaiserlichen Hof in Wien zurückführten<sup>30</sup>. Entsprechend war der vorgestellte Prozess auch, neben drei weiteren Verfahren, eines davon war nur unterinstanzlich geführt<sup>31</sup>, das einzig nachweisbare, das eine Brentanosche Handelsgesellschaft bzw. ein kaufmännisch aktives Mitglied der Familie überhaupt in Frankfurt geführt hatte<sup>32</sup>; dabei hatten etliche Firmen mehrerer Familienmitglieder in Frankfurt seit der 2. Hälfte des 17. Jahrhunderts einen Sitz<sup>33</sup>. Auch für süddeutsche Handelsgesellschaften der Fuggerzeit wurde festgestellt, dass mit Hilfe von Schiedsklauseln Streitigkeiten innerhalb der Gesellschaften den ordentlichen Gerichten weitgehend entzogen waren, um Gesellschaftsinterna nicht der Öffentlichkeit preisgeben zu müssen<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Dietz, Handelsgeschichte (Fn. 5) 247.

<sup>30</sup> Brentano, Frankfurter Blätter für Familiengeschichte 1913 (Fn. 9) 83.

<sup>31</sup> Zum einen handelte es sich um eine Klage Stephano Brentanos gegen einige Juden, die seinem Sohn Lotterielose für von diesem auf den Namen des Handelshauses des Vaters unrechtmäßig ausgestellte Wechselbriefe verkauft hatten; dazu die Prozessdruckschrift: Documentirte Facti species und gründliche Fürstellung derer an des Franckfurtischen Handelsmanns Stephano Brentano jüngsten Sohn Johann Peter Jacob Brentano von einer Rotte Lotterie-Juden ausgeübt, und durch die Fortsetzung der rechtlich angefangenen Untersuchung, annoch klärer zu Tage kommen werdender sträfliche Betrügereyen und Verbrechen, ISG Frankfurt a. M. Prozessdruckschriften 16 (Altsig. 72, Az. B 11). Zum anderen versuchten C. Brentano und Fornä neben einer Reihe weiterer Gläubiger Rückstände eines verstorbenen Schuldners bei dessen Witwe Antonetta Margaretha Breiting einzutreiben, ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 130. Schließlich stritt das Handelshaus Anton Maria Brentano gegen Cornelius van der Hoeven u. a. aus Rotterdam, ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 599. Bei diesem Streit um eine Forderung von 12.000 fl. holländisch war der Sohn Johann Maria Brentano die Wechselverbindlichkeit „einseitig“ eingegangen, woraufhin der Vater Anton Maria Brentano den Sohn später aus der gemeinsamen Handlung entließ und ihn wegen Wechselbetrugs anzeigte.

<sup>32</sup> Lediglich Domenico Martino Brentano hatte einen Prozess vor dem Reichshofrat um den Beisassenstatus und die damit verbundene Aufenthaltsgenehmigung geführt. Als Katholiken und Ausländer hatten die zugewanderten Brentanos trotz ihrer Niederlassung in Frankfurt nicht die vollen Bürgerrechte erhalten, sondern wurden vom Rat der Stadt nur als so genannte Beisassen zugelassen. Über die Beisassen-Ordnung versuchten die alteingesessenen Frankfurter, die Aufnahme weiterer italienischer Händler zu verhindern. Die Prozessdruckschrift zeugt von dem Kampf, den der Vater von Pietro Antonio Brentano führte. Druckschrift des Prozesses des Brentano gegen die Stadt Frankfurt am Main „Kurtzer / Geschichts=Verlauff, / samt obwaltenden / Rechtlichen Gründen / in der / bey / Höchstpreißlichem / Reichs=Hof=Rath / Rechts=hängigen Sache, / BRENTANO (DUOMENICHO MARTINO) / entgegen / Burgermeister und Rath / der Stadt Franckfurt“ (Frankfurt a. M. 1755), ISG Frankfurt a. M. Prozessdruckschriften 23. Hier außer Betracht bleiben die Verfahren Frankfurter Provenienz, in denen Brentanos auf der Beklagtenseite standen, wie etwa die Sache van der Hoeven gegen Anton Maria Brentano, ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 599. Dazu *Amend-Traut*, Wechselverbindlichkeiten (Fn. 2).

<sup>33</sup> Dietz, Handelsgeschichte (Fn. 5) 246.

<sup>34</sup> Lutz, Rechtliche Struktur (Fn. 3) 342–347, 477f. Gesellschaftsverträge des süddeutschen Raums stellten einen eigenen Typus dar; bei ihnen zählten Verwandte und langjährige Bekanntschaften zu den vornehmlichen Geschäftspartnern, um hierdurch das Geschäftsrisiko zu minimieren und Konflikte zu vermeiden. Näher dazu m.w.N. auch *Amend*, Konfliktlösung (Fn. 20).

Dagegen konstatieren handelsrechtshistorische Forschungsarbeiten zum Hamburger Raum eine in der Frühen Neuzeit wachsende Missachtung gütlicher Einigungen, die sich von mittelalterlichen Strukturen abkehrt<sup>35</sup>. Die dort untersuchten Prozesse konzentrierten sich allerdings auf Streitigkeiten zwischen verschiedenen Handelspartnern, die freilich auch Handelsgesellschaften waren. Ein ähnlicher Befund lässt sich bei den Fuggern machen; Konflikte der Fugger mit Handelspartnern sind in höchstrichterlichen Akten aus dem 16. Jahrhundert gar nicht, sondern erst für die spätere Zeit nachweisbar<sup>36</sup>.

Bei Gesellschaftsstreitigkeiten<sup>37</sup> einerseits und Konflikten zwischen verschiedenen Handelspartnern andererseits können demnach unterschiedliche Tendenzen für die Frühe Neuzeit ausgemacht werden. Hiermit korrespondierend sind auch die außergerichtlichen Alternativen der Konfliktlösung, namentlich die Einschaltung von Vermittlern, wie sie auch der eingangs zitierte *Compromiss* vorsah, je nach zugrunde liegendem Vertragsverhältnis in unterschiedlicher Intensität nachweisbar<sup>38</sup>.

Doch zurück zum Fall: Wie sich noch zeigen sollte, ignorierte nicht allein Dominico Antonio die Vereinbarung über die außergerichtliche Schlichtung etwaiger Meinungsverschiedenheiten. Nachdem die beiden von ihm angerufenen Gerichte ihre Unzuständigkeit erklärt hatten, besann sich Dominico Antonio auf die getroffene Vereinbarung und verlangte nunmehr, zur Überprüfung der Handelsbücher, Schiedsrichter einzusetzen<sup>39</sup>. Doch bevor diese damit beginnen konnten, mehr als 300 Handelsbücher, 80 Inventare und unzählige weitere Schriftstücke der Brentanoschen Firmen zu revidieren, kämpften die Parteien rund zwanzig Jahre lang erbittert um die Besetzung der Schiedsrichterposten. Denn ihr Vertrag benannte nämlich die zu bestimmenden Schiedsrichter nicht. Da hierdurch ein wesentlicher Bestandteil des *Compromisses* fehlte, und so die Auswahl des Unparteiischen in die Willkür der Parteien gestellt war, lag es nahe, diese Lücke durch ein ordentliches Gericht füllen zu lassen. Tatsächlich war es in der gemeinrecht-

<sup>35</sup> Dazu näher unten vor Fn. 94.

<sup>36</sup> *Anette Baumann*, Die Fugger als Kläger vor dem Reichskammergericht (1496–1806), in: Die Fugger und das Reich. Eine neue Forschungsperspektive zum 500jährigen Jubiläum der ersten Fuggerherrschaft Kirchberg-Weißenhorn, herausgegeben von *Johannes Burkhardt* (Veröffentlichungen der Schwäbischen Forschungsgemeinschaft 4/32; Studien zur Fuggergeschichte 41, Augsburg 2008) 151–182, 164, 169–172.

<sup>37</sup> Welche das im Einzelnen sein konnten, legt *Anja Amend-Traut*, Brentano, Fugger und Konsorten – Handelsgesellschaften vor dem Reichskammergericht (Schriftenreihe der Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung 37, Wetzlar 2009) dar.

<sup>38</sup> Auch heute spielt die Schiedsgerichtsbarkeit insbesondere im internationalen Wirtschaftsverkehr wieder eine große Rolle, da nur über sie ein multilaterales Rechtsinstrument zur Vollstreckbarkeit von Gerichtsurteilen an die Hand gegeben wird; durch das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958, dem sich 148 Staaten unterworfen haben, können auch ausländische Schiedssprüche vollstreckt werden. Zu diesem und weiteren Aspekten des modernen Schiedsverfahrens *Stefan Kröll*, Das Schiedsverfahren als Streiterledigungsmechanismus des Wirtschaftsverkehrs. Grundlagen und Grundsätzliches, in: *Law Zone 2* (2008) 23–28.

<sup>39</sup> Siehe dazu den Vertrag (Fn. 1).

lichen Literatur umstritten, wie mit solchen unvollständigen *Compromissen* zu verfahren sei. Der Ansicht, die Lücke zöge die Nichtigkeit des gesamten Vertrags nach sich, hielt man entgegen, dem Wunsch der Parteien nach einem Schiedsspruch müsse möglichst nachgekommen werden, das Gelingen des Schiedsvertrags solle von der fehlenden Bestimmtheit der Schiedsrichter nicht abhängen – übrigens eine Auffassung, die sich zuletzt auch in der Civilprozessordnung von 1879 niederschlug<sup>40</sup>. So landeten die Brentanos geradewegs bei den ordentlichen Gerichten in einem Streit, der entsprechend ihres *Compromisses* doch an sich außergerichtlich beizulegen war. Die Vereinbarung über die private Konfliktlösung wurde demnach selbst Gegenstand eines förmlichen Gerichtsverfahrens. Hierdurch verwischten die streitenden Parteien die Grenze zwischen öffentlicher und privater Konfliktbewältigung zum ersten Mal. Wie noch zu zeigen sein wird, sollten weitere Übertretungen folgen.

Gewöhnlich bekleideten rechtskundige Personen das Amt eines Schiedsrichters. Gleichwohl griff man ausnahmsweise auch auf Sachverständige zurück<sup>41</sup>. Unter Kaufleuten war es sogar üblich, sich sachkundiger Schiedsmänner zu bedienen, oder es war gar statutarisch angeordnet, sich bei Streitigkeiten zunächst an so genannte „Handels-Correspondenten“, sachverständige „Gerichtsverwalter“ oder Schiedsrichter mit anderen Bezeichnungen zum Schlichtungsversuch zu wenden, bevor man die Streitsache an ein ordentliches Gericht zuließ<sup>42</sup>. Insbesondere in Handelsstädten, wie etwa in Augsburg oder Frankfurt, waren dementsprechend außergerichtliche Schlichter tätig, die sich meist aus der Kaufmannschaft selbst rekrutierten<sup>43</sup>.

Ein Vergleich mit der Rechtstradition anderer Länder zeigt, dass die Einschaltung von Dritten, wenn auch in abgewandelter Form, eine durchaus gängige Form war, Konflikte außergerichtlich beizulegen bzw. Streit bereits im Vorfeld zu vermeiden: Auch in vielen anderen Aktenbeständen traditioneller europäischer Han-

<sup>40</sup> Zur Bezeichnung der Schiedsrichter im *Compromiss* näher *Hayum*, Schiedsvertrag (Fn. 17) 35 ff.

<sup>41</sup> *Krönitz*, Oeconomische Encyclopädie (Fn. 8) nennt etwa Frauen, die einem Patrimonialgericht vorstanden und dieses durch einen dazu vereidigten Gerichtshalter verwalten ließen.

<sup>42</sup> In einigen Teilen Deutschlands war dies z. B. durch Wechselordnungen vorgeschrieben, *Christian Gottlieb Riccius*, Exercitatio iuris Cambialis, Bd. 17 (Goettingae 1781) Sect. I., § 1–9, 15–19. So war bei sämtlichen Hamburgischen Gerichten die Einhaltung eines gütlichen Verfahrens vor sog. „Gerichtsverwaltern“ bzw. „guten Männer“ obligatorische Voraussetzung für das Beschreiten des ordentlichen Klagewegs, *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 4) 69 ff.

<sup>43</sup> Für Augsburg etwa *Mark Häberlein*, zuletzt in seinem Vortrag vor dem Frankfurter Arbeitskreis Handelsrechtsgeschichte „Augsburger Kaufleute des 16. Jahrhunderts zwischen Markt und Recht“, gehalten am 12. 12. 2007 an der Goethe-Universität Frankfurt a. M. Außerdem: *Mark Häberlein*, Die Fugger. Geschichte einer Augsburger Familie (1367–1650) (Stuttgart 2006); *Amend*, Konfliktlösung (Fn. 20); *Gabriele Marcussen-Gwiazda*, Zur Liquidation der Juwelenhandlungsgesellschaft Daniel de Briers, in: Die Reichsstadt Frankfurt als Rechts- und Gerichtslandschaft im Römisch-Deutschen Reich, herausgegeben von *Anja Amend*, *Anette Baumann*, *Stephan Wendeborst*, *Steffen Wunderlich* (bibliothek altes Reich baR 3, München 2008) 165–183.

delsplätze, vor allem in Italien, so etwa in venezianischen Akten, sind außegerichtliche Streitschlichter nachgewiesen. Und selbst im traditionellen China<sup>44</sup> wurde bei praktisch allen Verträgen ab einer gewissen wirtschaftlichen Bedeutung, die nicht auf einen simultanen Austausch beschränkt waren – also etwa beim Immobilienverkauf oder bei Darlehensverträgen – ein Vermittler als „dritte Partei“ gegen Vergütung hinzugezogen. Dieser erstellte jedoch nicht nur den Vertrag im Auftrag der Parteien, sondern fungierte bei Problemen hinsichtlich seiner Durchsetzung auch als Schlichter. Dabei wurde ein Scheitern der Bemühungen des Vermittlers seiner Unfähigkeit und nicht der Unzulänglichkeit der Parteien zugerechnet<sup>45</sup>.

Dank des Brentanoschen Streits um die Besetzung der Schiedsrichterposten haben wir genauere Kenntnis sowohl von der Auffassung der Parteien als auch von den Ansichten zunächst von rechtskundigen und sodann von rechtsgelehrten Gremien darüber, welche Kriterien bei der personellen Ausstattung eines schiedsrichterlichen Verfahrens für maßgeblich gehalten wurden<sup>46</sup>: Anfangs hatte der Frankfurter Schöffenrat als Frankfurter Untergericht erstinstanzlich über die Angelegenheit zu befinden. Er war nicht zwingend mit drei Juristen besetzt. Seine Besetzung richtete sich vielmehr nach Ansehen, Bildung und Auskommen<sup>47</sup>. In einem späteren Anlauf gelangte die Sache in der ersten Instanz an eine Juristenfakultät: Universitäten waren bis in das 19. Jahrhundert hinein in die Gerichtsverfassung eingebunden; die sog. *transmissio actorum* war ein Verfahrensmodell, bei dem deutsche Gerichte die vollständigen Prozessakten eines Zivil- oder Strafverfahrens Professoren einer juristischen Fakultät zur Entscheidung vorlegten. Nach Aktenlage erstellten sie einen Entscheidungsentwurf, der durch seine gerichtliche Verkündung in Rechtskraft erwuchs<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Gemeint sind hier die Strukturen, die von der letzten kaiserlichen Dynastie (1644–1911) bis zu ihrer endgültigen Außerkraftsetzung in den 1920er und 1930er Jahren systemleitend waren.

<sup>45</sup> *Karla Foerste*, Streitvermeidung im traditionellen China. Die „dritte Partei“ bei Begründung und Durchsetzung von Verträgen, in: Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter (Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie/Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften/Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn 1999/2) 1–19, insbes. 12 ff.

<sup>46</sup> Dazu auch *Hayum*, Schiedsvertrag (Fn. 17) 43 ff. Nach römischrechtlicher Tradition waren insbesondere Minderjährige und Frauen vom Amt ausgeschlossen.

<sup>47</sup> Zur Ratsfähigkeit näher *Amend-Traut*, Wechselverbindlichkeiten (Fn. 2), unter Punkt C.V.2.; *Rainer Koch*, Grundlagen bürgerlicher Gesellschaft. Verfassungs- und sozialgeschichtliche Studien zur bürgerlichen Gesellschaft in Frankfurt a.M. (1612–1866) (Wiesbaden 1983); *Ralf Roth*, Stadt und Bürgertum in Frankfurt am Main. Ein besonderer Weg von der ständischen zur modernen Bürgergesellschaft 1760–1914 (München 1996); *Barbara Dölemeyer*, Frankfurter Juristen im 17. und 18. Jahrhundert (Ius Commune Sonderhefte 3, Frankfurt am Main 1993) XXXI ff.

<sup>48</sup> Dazu näher etwa *Anja Amend*, Die Inanspruchnahme von Juristenfakultäten in der Frankfurter Rechtsprechung. Zur Rolle der Spruchkollegien auf territorialer Ebene und ihre Bedeutung für das Reich, in: Die Reichsstadt Frankfurt als Rechts- und Gerichtslandschaft im Römisch-Deutschen Reich der Frühen Neuzeit, herausgegeben von *Anja Amend*, *Anette*

Beide erstinstanzliche Verfahren gelangten zu den beiden Höchsten Reichsgerichten. Das Reichskammergericht, von Kaiser Maximilian I. im Jahr 1495 installiert, um den Ewigen Landfrieden zu garantieren, war u. a. letzte Instanz für privatrechtliche Streitigkeiten reichsmittelbarer Untertanen, mit denen Urteile territorialer und reichsstädtischer Obergerichte angefochten werden konnten<sup>49</sup>. Der Reichshofrat war gleichfalls kaiserliches Höchstgericht, doch sowohl durch seinen Aufgabenkreis als auch seinen Sitz in Wien stets dem Kaiser enger verbunden<sup>50</sup>. Im Übrigen ist das Verhältnis der beiden Gremien bis heute nicht abschließend geklärt. Neben einigen Kompetenzbereichen, die eindeutig dem Reichshofrat zugeordnet werden können, bestand in letztinstanzlichen Zivilsachen offensichtlich ein Konkurrenzverhältnis<sup>51</sup>. Den Parteien war jedenfalls erlaubt, sich bei solchen Streitigkeiten an dieses oder jenes Gremium zu wenden, was dazu führte, dass die Widersacher – ungeachtet der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens – nicht selten beide Gerichte gleichzeitig oder nacheinander anriefen, wenn durch eines der beiden Foren eine ungünstige Entscheidung drohte oder bereits gefällt worden war<sup>52</sup>.

Der Frankfurter Schöfferrat beschied nach langwierigen Verhandlungen zunächst, dass „Kläger wohl befugt sey, zu Untersuch- und Entscheidung der zwischen beyden Theilen fürwaltenden Streitigkeiten 2 Schiedsrichter, worunter ein Rechtsgelehrter befindlich, zu ernennen: dabey jedoch denen Beklagten ein gleiches thun unbenom[m]en, sondern vorbehalten bleibt“<sup>53</sup>. Dem folgend brachte Dominico Antonio den Lizentiaten Hoppe und den Handelsmann Georg Friedrich Bachmayer als Schiedsrichter bei. Doch gaben sich die Beklagten hiermit

*Baumann, Stephan Wendeborst, Steffen Wunderlich* (bibliothek altes Reich baR 3, München 2008) 77–96.

<sup>49</sup> Zur institutionellen Verfassung des Reichskammergerichts noch immer unerreicht: *Rudolf Smend*, Das Reichskammergericht. Erster Teil: Geschichte und Verfassung, Bd. IV, Heft 3 (Quellen zur Verfassungsgeschichte des Deutschen Reiches in Mittelalter und Neuzeit, Weimar 1911). Zur Zuständigkeit des Reichskammergerichts neuerdings *Bernd Schildt*, Die Entwicklung der Zuständigkeit des Reichskammergerichts. Von der Kayserlichen Cammer-Gerichts-Ordnung Anno 1495 zum Concept der Cammer-Gerichts-Ordnung vom Jahr 1613 (Schriftenreihe der Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung 32, Wetzlar 2006) m.w.N.; *Bernhard Diestelkamp*, Zur ausschließlichen Zuständigkeit des Reichshofrats für die Kassation kaiserlicher Privilegien, in: *Höchstgerichte in Europa. Bausteine frühneuzeitlicher Rechtsordnungen*, herausgegeben von *Leopold Auer, Werner Ogris, Eva Ortlieb* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 53, Köln, Weimar, Wien 2007) 163–176.

<sup>50</sup> *Oswald von Gschließer*, Der Reichshofrat. Bedeutung und Verfassung; Schicksal und Besetzung einer obersten Reichsbehörde von 1559–1806 (Wien 1942).

<sup>51</sup> Siehe dazu etwa den bei *Anja Amend*, Gerichtslandschaft Altes Reich im Spiegel einer Wechselbürgschaft, in: *Gerichtslandschaft Altes Reich. Höchste Gerichtsbarkeit und territoriale Rechtsprechung*, herausgegeben von *Anja Amend, Anette Baumann, Stephan Wendeborst, Siegrid Westphal* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 52, Köln, Weimar 2007) 7–15 (im Folgenden zitiert: *Amend*, Wechselbürgschaft), geschilderten Fall.

<sup>52</sup> *Amend*, Wechselbürgschaft (Fn. 51); *Amend*, Wechselverbindlichkeiten (Fn. 2).

<sup>53</sup> Vom 20. 07. 1764, (Fn. 1) fol. 13, mit Verweis auf „Act. No. 50“.

nicht zufrieden und wandten sich mit einer Appellation an das Reichskammergericht, das jedoch 4 1/2 Jahre später „nach Maßgab des Judicati dd. 20. Jul. 1764 inhaesive erkannt“ hatte; nachdem folglich der zuvor gefällte schöffenrätliche Spruch bestätigt worden war, hatten die Unterlegenen ein Gesuch eingereicht, wonach sie um Erklärung des ihnen „dunkel und zweifelhaft“ vorkommenden Ausspruchs gebeten hatten – eine Maßnahme, die in der rechtswissenschaftlichen Literatur verpönt war und die Gerichte nur höchst ungern beantworteten: „Das Gesuch wird abgeschlagen, so lange er [der Reichshofrat, *Anm. d. Verf.*] derselben ausweichen kann. Gemeiniglich halten die Parteien auch nur aus Verzögerungssucht um dieselbe an“<sup>54</sup>. Dementsprechend erfolglos verliefen auch die beim Reichshofrat aufgenommenen Bemühungen der unterlegenen Brentanos<sup>55</sup>. Erst hierauf suchten sich Letztere den Lizenziaten Wallacher und als Handelskundigen den entfernten Verwandten Stephano Dominico Brentano aus der Töngesgasse aus.

Die vier ausgewählten Schiedsrichter wurden vor dem Frankfurter Gericht darauf vereidigt, „mit bestem Fleiß und genau [zu] untersuchen, demnächst [...] nach gefaßter gründlichen Einsicht, getreulich und unpartheyisch aus einander[zu]setzen“<sup>56</sup>. Hinsichtlich der Arbeitsweise der Schiedsrichter wies das Frankfurter Gericht jedoch einen weiteren Antrag ab, wonach die „Gelehrten sich nicht in das mercantilische, und die Kaufleute sich nicht in das Juristische mischen sollten“<sup>57</sup>. Allein die Unparteiischen konnten ihre Tätigkeit noch immer nicht aufnehmen. Die gegnerische Seite verstand es, durch weitere Kampagnen nochmals Aufschub zu erreichen. So leistete sie den vorab geforderten „commissions=Kosten Vorschuß“ nur zögernd, und gegen die Hinterlegung der zu untersuchenden Akten an einen „dritten Ort“ legte sie „das Rechtsmittel der Reduction“<sup>58</sup> ein, worauf die „Imploranten in die Kosten des verzögerten Prozeßes verurtheilt“ wurden<sup>59</sup>. Schließlich bat „klagender Theil“ wegen der „Saumseeligkeit der beeden andern Mit=Schiedsrichter“ und „weil wegen der Partheylichkeit der gegenseitigen Schiedsrichter doch keine majora zu hoffen“ um eine Aktenver-

<sup>54</sup> Ausspruch vom 09. 01. 1769, (Fn. 1) fol. 13. Zum Inhäsiavausspruch, einer abschlägigen Antwort, die nicht revisibel war, etwa *Johann Christian Herchenbahn*, Geschichte der Entstehung, Bildung und gegenwärtigen Verfassung des Kaiserlichen Reichshofraths, Bd. 2 (Mannheim 1792) 302f.; im Folgenden zitiert: *Herchenbahn*, Reichshofrath.

<sup>55</sup> Conclusum v. 03. 02. 1769, (Fn. 1) fol. 14.

<sup>56</sup> Wie Fn. 1, fol. 10, mit Verweis auf „Act. Vol. II No 109“.

<sup>57</sup> Antrag (Fn. 1), fol. 14<sup>v</sup>, 15<sup>r</sup>, mit Verweis auf „Act. N. 200; wurde mit Decret vom 09. 03. 1774 abgeschlagen, ebenda mit Verweis auf „Act. N. 211a.“.

<sup>58</sup> Bei ihr handelt es sich um die Läuterung eines Schiedsspruchs als Rechtsmittel, dazu etwa DRW XI, Sp. 481 mit Quellennachweisen. Nach *Andreas Perner*, Gerichtlicher Process, [...], corrigiert und gebessert (Ingolstat 1551) Th. 6, 89, vermag die Reduktion die Vollziehung der schiedsrichterlichen Erkenntnis grundsätzlich nicht zu verhindern.

<sup>59</sup> Wie Fn. 1, fol. 14, mit Verweis auf „Act. N. 113“. Zu weiteren Verzögerungen kam es, nachdem einer der beiden Verfahrensgegner, Stephano Brentano, 1769 verstorben war, was die verbliebenen Gegner veranlasste, ein Arrestgesuch anzustrengen, das wiederum zu Verzögerungen führte, ebenda.

sendung „ad Imparbiales“<sup>60</sup>. Erst nach dieser „Bedrohung“ ließ sich die Gegenseite endlich auf die schiedsrichterliche Begutachtung der Handelsbücher ein.

Als bald nach Aufnahme der Revisionsarbeit erschien Schiedsrichter Brentano von Neuem nicht, worauf man beschloss, dass die übrigen Schiedsmänner weiter arbeiten sollten, „daß der gegenseitige Schiedsrichter auch einen besondern Extract verfertigen solle, und alsdann, wenn ein jeder seine Verrichtung geendigt habe, solche, ob sie gleichlautend befunden werde, von ihnen beyden zu untersuchen seyn werde.“ Gegen dieses Ansuchen protestierte der Mitschiedsrichter Brentano – letztlich erfolglos – „als null und nichtig, in hefftigen Ausdrücken gegen den Kläger“<sup>61</sup>. Ebenso vergeblich wurde in einem weiteren Gesuch die Begründung bemüht, dass in den einzusehenden Handelsbüchern „auch Dinge vorkämen“, die sie und ihre Familien betrafen und „Geheimnisse bleiben müßten, die nicht jedem zum durchgrübeln überlassen werden könnten“<sup>62</sup>.

Ein nur vorläufig letztes Mal jagten die Verfahrensgegner das schiedsrichterliche Verfahren durch sämtliche Instanzen, als sie um die Abänderung der oppositionellen Schiedsrichter nachsuchten. Zunächst durch die Juristenfakultät Halle abgeschlagen, an die die Akten zur Entscheidung versandt worden waren<sup>63</sup>, blieb auch eine hiergegen angestrebte Appellation an das Reichskammergericht erfolglos<sup>64</sup>. Ohne dass die Schiedsrichter mit ihrer Tätigkeit in nennenswerter Weise vorangekommen waren, waren mittlerweile die Gerichte schon rund 14 Jahre allein mit theoretischen Fragen zur Besetzung des einzuberufenden Schiedsrichtergremiums und dem Umfang seiner Prüfungskompetenz beschäftigt worden. So verwundert es nicht, dass es unterdessen auch zu ersten Todesfällen unter den Schiedsleuten kam. Auch überrascht es nach den bereits geschilderten Querelen nicht weiter, dass die Verfahrensgegner das Verscheiden des Handelsmanns Bachmayer wiederum zum Anlass nahmen, diverse Einwände gegen die Neubesetzung umständlich vorzubringen, deren gründlichere Erzählung hier jedoch ausgespart werden soll.

Die geschilderte Vorgehensweise zeigt, dass Parteien nicht nur reguläre Prozesse vor ordentlichen Gerichten zu verschleppen vermochten, wie dies aus überlieferten Gerichtsakten hinlänglich bekannt ist. Auch der an sich außergerichtlich beizulegende Streit konnte durch ein Manöver, wie dies die beklagten Brentanos ausführten, über Jahre hinausgezögert werden<sup>65</sup>. Immerhin hatte einer der beklagten Mitgesellschafter, und nach seinem Tod dessen Rechtsnachfolger, guten Grund, das Ende des Verfahrens so lange als irgend möglich hinaus zu schieben:

<sup>60</sup> Wie Fn. 1, fol. 14, mit Verweis auf „Act. N. 168“.

<sup>61</sup> Wie Fn. 1, fol. 14, mit Verweis auf „Act. N. 186“.

<sup>62</sup> Im Ergebnis beließ man es deshalb bei der gemeinsamen Einsichtnahme, (Fn. 1) fol. 14, mit Verweis auf „Act. N. 189“.

<sup>63</sup> „Implorantische Bitte“ um Aktenversendung verstattet, mit Verweis auf „Act. N. 231“, Urteil am 06. 04. 1778 eröffnet, ebenda mit Hinweis auf „Act. N. 233“.

<sup>64</sup> Wie Fn. 1, fol. 14, Appellation mit Verweis auf „Act. N. 284“, wurde abgeschlagen, mit Verweis auf „Act. N. 256“.

<sup>65</sup> Zum selben Ergebnis für Hamburger Admiralitätsprozesse gelangt *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 4) 71 f.

Stefano Brentano führte mittlerweile die Handelsgesellschaft unter der alten Firma „Dominico Brentano & Söhne“ „mit so wenig Geschick“ allein fort, dass er bei seinem Tod 1769 mit rund 50.000 Gulden verschuldet war und eine große Zahl unbefriedigter Gläubiger zurückließ<sup>66</sup>.

Auch verdeutlichen die beschriebenen Aktivitäten die Ambivalenz von Justiznutzung insbesondere durch Vertreter des Handelsstands: Einerseits wurden durch entsprechende Verzögerungstaktiken bei Bedarf Gerichte instrumentalisiert. Andererseits standen und stehen langwierige Gerichtsverfahren generell im Widerspruch zu den Bedürfnissen des Handels, der bestrebt ist, seine Geschäfte zügig und außergerichtlich abzuwickeln. Letzteren Aspekt umschrieb der Frankfurter Gerichtsrat Maß bei den Verhandlungen des 5. Deutschen Juristentags im Jahr 1864 anlässlich der Frage zur Notwendigkeit eines höchsten Gerichtshofes in Handelssachen für ganz Deutschland so: „Der Handelsstand pflegt überhaupt nicht nach Principien, sondern nach Interessen zu handeln. Das Bedürfnis hat den Handelsstand von jeher dahin geführt, sich gegen die Justiz, wie sie in allen unseren Staaten gewesen ist, zu sträuben: er konnte die langen Fristen und den schwerfälligen Gang des Processes nicht abwarten; wenn der Proceß zu Ende [war, *Anm. d. Verf.*], hatte der Kaufmann, dessen Geschäfte immer schnell gehen müssen, kaum noch ein Interesse daran, wie die Sache entschieden war“<sup>67</sup>.

Schließlich zeigt diese erste Etappe im Brentanoschen Streit, wie die Gerichtspraxis in einem in der Literatur breit erörterten Problem verlief. Zweifelte man in der in römischrechtlicher Tradition verhafteten Dogmatik die Gültigkeit eines Schiedsvertrags wegen der unzureichenden Benennung der Schiedsrichter überwiegend an, verhalten dagegen die ordentlichen Gerichte durch die nachträgliche Bestimmung von Schiedsrichtern der Schiedsabrede zu ihrer Durchführbarkeit. Damit war zum einen der Versuch unternommen, im öffentlichen Interesse zu handeln<sup>68</sup>, indem eine Entlastung der ordentlichen Gerichtsbarkeit durch die außergerichtliche Streitentscheidung in der Sache selbst herbeigeführt wurde – was im vorliegenden Fall freilich nicht gelang. Zum anderen kam diese Spruchpraxis auch den Interessen der Parteien des Schiedsvertrags, namentlich Vertretern des Handelsstandes mit ihrer Vorliebe für solche gütlichen Einigungen, entgegen und verhalf ihnen zur Durchsetzung.

Doch zurück zum Brentanoschen Familienzweist: Im Dezember 1784, also 28 Jahre nach Aufnahme der Bemühungen durch Dominico Antonio, legte das – zu guter Letzt gerichtlich bestimmte – Schiedsrichtergremium endlich verschiedene Aufstellungen vor<sup>69</sup>, auf deren Grundlage die Nachfahren der beiden verbliebe-

<sup>66</sup> Dazu näher *Dietz*, *Handelsgeschichte* (Fn. 5) 249.

<sup>67</sup> *Verhandlungen des Fünften Deutschen Juristentages*, Bd. 1 (Berlin 1864) 149.

<sup>68</sup> Zum generell vorrangig berücksichtigten öffentlichen Interesse in streitigen Handelssachen siehe auch *Jean Hilaire*, *La résolution des conflits en matière de commerce à travers les archives du Parlement au XIII<sup>e</sup> siècle*, in diesem Band.

<sup>69</sup> Schriftliche Reproduktion von Auszügen verschiedener Handelsbücher, ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 132, Aktennr. 251, [Q] 97, Scripturen [Q] 98, Aufstellungen bzgl. der Amsterdamer Handlung [Q] 105, Auszug aus dem Kapitalienbuch [Q] 106.

nen Gesellschafter dazu verurteilt wurden, einen Betrag von rund 100.000 Gulden zu zahlen<sup>70</sup>. Hinsichtlich eines Postens über 33.486 Gulden nebst Zinsen machten die Schiedsrichter ihre Entscheidung davon abhängig, dass Dominico Antonio „mittelst leiblichen Eydes erhärten“ müsse, dass eine Kürzung des väterlichen Gesellschaftsanteils zu keiner Zeit – also weder mit ihm noch zuvor mit dem Vater – vereinbart worden sei. Bei erfolgter Eidesleistung werde „die von den Herren Beklagten eigenmächtig vorgenom[m]ene Reduction des Klägers Vaters von einem ganzen auf einen halben Compagnon hiermit als zu Recht nicht beständig wiederum aufgehoben, somit letztere schuldig erkannt“<sup>71</sup>.

Nachdem Dominico Antonio die Bedingung erfüllt hatte, hätte der Konflikt zu einem Ende kommen können. Allerdings wollten sich die unterlegenen Brentanos mit dem ergangenen *Laudum* nicht zufrieden geben. Zwar war das so genannte *Laudum* ein generell verbindliches Endurteil der Schiedsrichter<sup>72</sup>. Doch hatte sich in Deutschland seit dem 16. Jahrhundert, auf die Lehre von Durantis zurückgehend, in der Literatur und ihr folgend in der Praxis des Reichskammergerichts eine Konstruktion durchgesetzt, mit deren Hilfe eine gerichtliche Überprüfungsinstanz geschaffen war: Noch nach mittelalterlichem deutschem Recht war der Schiedsspruch eine bindende Entscheidung, wodurch in derselben Sache keine Klage mehr vor einem ordentlichen Gericht erhoben werden konnte. Dieses hatte vielmehr die schiedsrichterliche Entscheidung nach ihrem förmlichen Nachweis wie jedes andere öffentliche Urteil zu vollstrecken, ohne dass jedoch eine materielle Überprüfung des Spruchs erfolgte<sup>73</sup>. Die römisch-kanonische Doktrin dagegen leugnete mit der Verbindlichkeit des Schiedsvertrags als *nudum pactum* auch die Rechtskraft des auf ihm basierenden Spruchs<sup>74</sup>. Erstmals Durantis unterschied dann in der Glossatorenzeit zwischen *arbiter* und *arbitrator* dahingehend, dass sich der Rechtsfragen entscheidende und an das Recht gebundene *arbiter* auch streng an die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens zu halten, der *arbitrator* dagegen über streitige Tatbestände, wie zum Beispiel die Bemessung des entstandenen Schadens oder die Angemessenheit des Preises, nach billigem Ermessen zu

<sup>70</sup> Vom 16. 12. 1784, (Fn. 1), fol. 19<sup>v</sup>, mit Verweis auf „Act. N. 86“.

<sup>71</sup> Der Bescheid endet mit dem Hinweis, wonach die Berechnungsgrundlagen beiden Parteien „zur Einsicht vorgelegt, auch jedem darvon auf sein Verlangen und kosten Abschrift ertheilt werden.“ Unterlagen und Bescheid wurden bei dem Frankfurter Gericht mit der weiteren Maßgabe hinterlegt, auch an die auswärtigen Mitbeklagten in Tremezzo, Amsterdam, Miltenburg und Mailand „vermittelst Subsictialen an deren Orts Obrigkeiten das gegebene *Laudum* insinuieren zu lassen“, (Fn. 1), fol. 24<sup>v</sup>.

<sup>72</sup> Zum Begriff *Krönitz*, *Oeconomische Encyclopädie* (Fn. 8); *Samuel Oberländer* (Hrsg.), *Lexicon juridicum romano-teutonicum*, unveränderter Nachdruck Nürnberg 41753, herausgegeben und eingeleitet von *Rainer Polley* (Köln, Weimar, Wien 2000) (im Folgenden zitiert: *Oberländer*, *Lexicon juridicum romano-teutonicum*) und *Hayum*, *Schiedsvertrag* (Fn. 17) 92, Anm. 1 m.w.N.

<sup>73</sup> Als Nachweis kamen etwa das Zeugnis der Schiedsrichter, der versiegelte Urteilsbrief oder der Eintrag ins Stadtbuch in Frage; näher dazu *Krause*, *Schiedsgerichtswesen* (Fn. 4) 35 ff.

<sup>74</sup> Dazu näher *Krause*, *Schiedsgerichtswesen* (Fn. 4) 48 ff. Zur Rechtsnatur des Schiedsspruchs für die Zeit nach Inkrafttreten der CPO *Hayum*, *Schiedsvertrag* (Fn. 17) 92 ff.

befinden habe<sup>75</sup>. Hinsichtlich des Schiedsvertrags, der den Schiedsrichter der Einhaltung des strengen Rechts entthob und ihn zu einer Entscheidung nach Billigkeitskriterien ermächtigte, setzte sich in der Folge die Interpretation durch, hierin einen Vertrag über die Bestellung eines *arbitrator* zu sehen, dessen Urteil innerhalb eines Zeitraums von 30 Jahren von einem ordentlichen Richter überprüft werden konnte<sup>76</sup>. Nur die Entscheidungen des *arbiters* wurden weiterhin für unanfechtbar gehalten. Damit war „eine Tür geöffnet, um das Rechtsmittelwesen auch in das Gebiet der Schiedssprüche einzulassen“<sup>77</sup>; in der Praxis des Reichskammergerichts setzte sich hierauf bald die Auffassung durch<sup>78</sup>, ein Schiedsspruch sei stets dann überprüfbar, wenn er eine „enormissimam laesionem vel manifestam et evidentem iniquitatem“<sup>79</sup> oder die *laesio* „ultra dimidiam iusti precij“<sup>80</sup> enthielte. Auf reichsrechtlicher Ebene<sup>81</sup> fand die Entwicklung schließlich ihren Höhepunkt in § 66 des Regensburger Reichsabschieds von 1594, der eine Revision gegen Schiedssprüche beim Reichskammergericht für zulässig erklärte, sofern „sich die Partheyen de enormissima laesione beklagen würden, quae liquido & manifestè ex actis constare possit, adeoque pravam sit arbitrium, ut manifesta ejus iniquitas appareat“<sup>82</sup>.

Dementsprechend fand eine richterliche „Reduction des Laudi statt“, wenn „von dem gravaminirenden Theil dem Richter mit Anführung und Bescheinigung [die] so enorm verlezenden Umstände würcklich unter Augen gelegt werden

<sup>75</sup> *Guilelmus Durantis*, *Speculum Guielmi Durantis* (1494), Libri I, Particula I, Tit. De arbitro et arbitratore, fol. 42<sup>r</sup>–54<sup>r</sup>, v. a. Abschnitt „Arbiter quod sit“, fol. 42<sup>r</sup>. Damit hatte sich die Lehre vom römischen Recht abgewandt, das für beide Institute nur die Bezeichnung *arbitrator* kannte, L. 76–79 D. pro socio XVII, 2.

<sup>76</sup> *Andreas Gaill*, *Practicarum observationum, tam ad processum iudicarium, praesertim Imperialis Camerae, quam causarum decisiones pertinentium, libri 2* (Antverpiae 1653) hier lib. I, *Observ. CL.*, No. 1 seqq., 259 seqq. (im Folgenden zitiert: *Gaill*, *Practicarum*). Zu dieser Entwicklung siehe auch *Helmut Coing*, *Zur Entwicklung des Schiedsvertrages im Ius Commune. Die amicabile compositio und der Schiedsspruch ex aequo et bono*, in: *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984*, herausgegeben von *Hans-Jürgen Becker, Gottfried Baumgärtel* (Berlin 1984) 35–46.

<sup>77</sup> *Krause*, *Schiedsgerichtswesen* (Fn. 4) 54.

<sup>78</sup> Noch *Johann Georg Estor*, *Anfangsgründe des gemeinen und reichsprozesses, vermehrte und verbesserte Aufl.* (Frankfurt und Leipzig 1752) (im Folgenden zitiert: *Estor*, *Anfangsgründe*), unterscheidet jedoch trennscharf zwischen Schiedsfreunden, die ohne „die Form des Processes [...] in einer Gesellschaftssache“ tätig würden, wenn „also einem contracte bona fidei, ungleiche vertheilung des gewinnes und verlustes gemacht hätte, und daß der verkürzte in gesellschaft stehende dawider sich melden könnte“, und Schiedsrichtern, die gewählt würden, um „die streitigkeit nach vorschritt des prozesses zu untersuchen“, Tit. 121 und 122, §§ 1002–1017 b., 367–371.

<sup>79</sup> *Gaill*, *Practicarum* (Fn. 76) 8ff.

<sup>80</sup> *Joachim Mynsinger von Frundeck*, *singularium observationum Imper. Camerae centur. VI.* (Helmaestadii 1594) Cent. I, *Observ. XXXIII.*, 27 seq.

<sup>81</sup> Zur Gesetzgebung in den Territorien siehe *Krause*, *Schiedsgerichtswesen* (Fn. 4) 56 ff.

<sup>82</sup> *Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede, Welche von den Zeiten Kayser Conrads des II. bis jetzo, auf den Teutschen Reichs-Tägen abgefasset worden*, Bd. 3 (Frankfurt am Mayn 1747) 418–451, 431 f.

kann<sup>83</sup>. Passend hierzu strengte weniger als zwei Wochen nach Publikation des *Laudums* die Gegenseite<sup>84</sup> von Dominico Antonio die gerichtliche Überprüfung des schiedsrichterlichen Urteils an; seine Widersacher erachteten es aus mehreren Gründen für nichtig und beriefen sich deshalb „auf die Zulässigkeit mehrerer gegen ein *laudum* eintreffender Rechtsmittel“<sup>85</sup>.

Indem so die Unterlegenen die auf der Grundlage des *Compromisses* ergangene schiedsrichterliche Entscheidung durch die öffentliche Justiz inhaltlich überprüfen ließen, erreichten sie es ein weiteres Mal, die Grenze zwischen öffentlicher und privater Konfliktbewältigung zu verwischen. Nicht nur, dass die geschilderten Bekämpfungen durch die Brentanoschen Brüder in ihrer Intensität und Ausdauer außergewöhnlich sein dürften und die „in diesem Prozeß hervortretende bittere Feindschaft [...] in auffälligem Gegensatz“ zu dem bisherigen festen Familien- bzw. Gesellschafterzusammenhalt unter den Brentanos stand<sup>86</sup>. Auch sind gerichtliche Verfahren, in denen schiedsgerichtliche Sprüche überprüft wurden, im 16. Jahrhundert noch häufiger, dagegen ab dem 17. Jahrhundert zunehmend als Rarität zu bezeichnen<sup>87</sup>. Gegenstand eines reichskammergerichtlichen Verfahrens

<sup>83</sup> Aus dem Gutachten der Juristenfakultät Tübingen mit Verweis auf Gaill, Lauterbach und Estor (zu diesen näher vor Fn. 112), ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 132, Aktennr. 249, ohne [Q], fol. 67.

<sup>84</sup> Einige der Beklagten akzeptierten den Schiedsrichterspruch. Nur Peter Anton und der Anwalt der Erben des Stephano Brentano, also die beiden ehemaligen Mitgesellschafter Dominico Antonios bzw. ihr Rechtsbeistand fochten den Schiedsrichterspruch an.

<sup>85</sup> Vom 24. 12. 1784 (Fn. 1), fol. 29<sup>v</sup>, mit Verweis auf „Act. [276]“.

<sup>86</sup> Dietz, *Handelsgeschichte* (Fn. 5) 247.

<sup>87</sup> Für die vollständig durchgesehenen Bestände Frankfurts und Lübecks ergibt sich für das 16. Jahrhundert folgendes Bild: StA Lübeck RKG Nr. W 21, Tode gegen Wilmes, dort *Laudum* von 1467, [Q] 5; StA Lübeck RKG Nr. B 31, Boeß gegen Schloeffken, dort Schiedsspruch aus der Mitte des 16. Jahrhunderts; StA Lübeck RKG Nr. H 57, Herzog Adolf von Schleswig-Holstein-Gottorf gegen den Rat der Stadt Lübeck, dort Schiedssprüche u. a. durch den König von Dänemark, [Q] 42, fol. 210<sup>v</sup>–215, die Räte der Städte Lübeck und Hamburg, und den Herzog von Braunschweig-Lüneburg [Q] 47, 141, 346, 347, aus der Zeit zwischen 1401–1474. Der Streit drehte sich hier um hoheitliche Rechte; StA Lübeck RKG Nr. R 30, Rockendorff gegen Rosenauer, dort vom Rat der Stadt Lübeck beglaubigter *Compromiss* vom 22. 06. 1567, [Q] 5, und *Laudum* vom 04. 10. 1567, [Q] 6; Urkunde der Stadt Lübeck, dass die Parteien die Appellation fallen gelassen und sich in den schiedsrichterlichen Spruch fügen, ohne [Q] am Ende. Für Frankfurt ist zwar kein Verfahren im Repertorium nachgewiesen, in dem ein Schiedsspruch gegenständlich war. Wie die Prüfung anderer Repertorien, wie etwa Stuttgart, jedoch ergeben hat, steht dieser Befund isoliert und dürfte eher auf Verzeichnungslücken zurückzuführen sein. Im Stuttgarter Bestand finden sich zudem auch andere Bezeichnungen für schiedsrichterliche Sprüche, wie etwa in HStA Stuttgart RKG Nr. 4451, dort der vor dem Bischof von Konstanz geschlossene sog. „Anlaß“ von 1462, Aktennr. I, ohne [Q], hinter [Q] 49; HStA Stuttgart RKG Nr. 4327, dort sog. „Taidigungen“ von 1513 und 1450, [Q] 10, fol. 50<sup>v</sup>–54<sup>v</sup>, die in einem Streit zwischen den Jagstfishern von Wimpfen im Tal und den Deutschordensuntertanen in Jagstfeld um Weidgerechtigkeiten auf der Flussinsel Wöhrd zur Untermauerung der appellatischen Ansprüche den Akten beigefügt wurden, worin die dort genannten Beteiligten „gemittelt unnd getheidingt worden“, [Q] 13. Für das 17. und 18. Jahrhundert: In Frankfurt sind bis auf das hier untersuchte Brentanosche ausschließlich Verfahren, die „jüdische Compromisse“ bzw. von Rabbinern verfasste Schiedssprüche beinhalten, nachgewiesen: ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 666, Mayer zur

sind schiedsrichterliche Entscheidungen in der Regel nur noch dann, wenn um die Vollstreckung des kompromissarischen Urteils gestritten wurde<sup>88</sup>. Gelang es demnach immer seltener einer Partei, Gründe vorzubringen, mit denen sie erfolgreich gegen die von den Gegnern zumeist vorgebrachte *exceptio transactionis*, also die Einrede, dass die rechtshängig gemachte Sache bereits rechtskräftig entschieden ist<sup>89</sup>, durchdrang? Eher hängt der Umstand, dass das hier vorgestellte Verfahren zu seiner Zeit als vereinzelte Erscheinung gelten muss, zum einen mit der sinkenden Popularität der freiwillig geschlossenen Schiedsverträge zusammen: Vor dem Hintergrund der generell spärlichen Reichsgesetzgebung mit prozessuellem Inhalt lässt sich der Stellenwert ablesen, den die Frage der richterlichen Überprüfbarkeit von Schiedssprüchen und damit das Schiedswesen insgesamt noch zur Zeit des Erlasses der einschlägigen Regelung im Regensburger Reichsabschied, also am Ende des 16. Jahrhunderts einnahm. Bestätigt wird diese Einschätzung durch die Begründung für die Vorschrift, in der es heißt, dass „solche Compromiss an berühmtem Cammer-Gericht zu viel gemein werden, auffwachsen, und darumb die unvermeidliche Nottdurfft erfordert, auff eine beständige Verordnung zu gedencken“<sup>90</sup>. Und noch im Jahr 1690 spricht Samuel Stryk davon, dass „hodie arbitratorum in negotiis controversis frequentissimus usus est, unde Jura praesentis Tituli usu fori non exolevisse, sed confirmata esse, nemo in dubium revocabit“<sup>91</sup>. Im Jahr 1755 dagegen konstatiert dann Hellfeld, die *Compromisse* seien „auch

gelben Rose gegen Amsel zur Mais, dort *Compromiss* aus der 2. Hälfte des 17. Jahrhunderts; ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 673, Model zum goldenen Hasen gegen Löw zur gülden Arche, dort *Compromiss* von 1677, [Q] 37, und weitere Schiedssprüche durch Rabbiner; ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 751, Moses und Michael zur roten Tür gegen Bartold Schard, dort Anspruch auf Vollstreckung eines 1727 geschlossenen *Compromisses*; ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 786, Moses Benedikt Goldschmidt gegen Jakob Emden, dort hebräisches *Laudum*, [Q] 60; ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 819, Moses Jakob Hahn gegen Schultheiß, Bürgermeister, Schöffen und Rat der Stadt Frankfurt, dort Anspruch auf Vollzug eines von jüdischen Schiedsrichtern gefällten Kompromissurteils von 1693, [Q] 6; ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 828, Isaak Nathan Goldschmidt gegen Schultheiß, Bürgermeister, Schöffen und Rat der Stadt Frankfurt, dort Frage der Gültigkeit eines 1722 geschlossenen jüdischen *Compromisses*, [Q] 8. Für den Lübecker Bestand: StA Lübeck RKG Nr. B 22, Verfahren Bargerdorff gegen Redegeldt, dort *Compromiss* vom 24. 08. 1622 nach [Q] 13, Lit. D.; StA Lübeck RKG Nr. L 8, Verfahren Lauwen gegen Brüning, dort *Laudum* der Schiedsleute vom 17. 10. 1659, wonach die Parteien „es für daß Höchste gericht außgedisputiret und gesprochen“ halten wollten, [Q] 8; StA Lübeck RKG Nr. R 38, Verfahren Rodtberth gegen Grabower, dort Sprüche der Ältesten der Schippgesellschaft von 1603 und 1605, [Q] 6, fol. 10, 12.

<sup>88</sup> So etwa in ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 751 und 819.

<sup>89</sup> *Oberländer*, *Lexicon juridicum romano-teutonicum* (Fn. 72), benennt insgesamt 16 Gründe, warum die Einrede „ihren Abfall“ hat, darunter auch, „wann eine enorme Verkürzung geschehen“. Dazu auch *Matthaeus Wesenbeck*, In *Pandectas iuris civilis* (Patavij 1658) Digest. Lib. II., Tit. XV., 157–171, zum Schiedsvertrag insbes. 162. Zur *exceptio transactionis* insgesamt auch *Johann Zanger*, *De Exceptionibus et Quaestionibus* (Francofurti ad Moenum 1730) Part. III., Cap. XVIII., 630–641.

<sup>90</sup> § 65 RA 1594 (Fn. 82) 431.

<sup>91</sup> *Samuel Stryk*, *Specimen Usus moderni pandectarum* (Francofurti & Witebergae 1690) Lib. IV., Titul. VIII., § 1, 432.

noch jetzo nicht ganz ausser Gebrauch gekommen“<sup>92</sup>, obwohl bereits zur gleichen Zeit erstmals das Sprichwort „mach kein Compromiss, du verlierst es gewiß“ nachweisbar ist<sup>93</sup>. 1774 stellt Moser schließlich fest, *Compromisse* seien „sehr selten“<sup>94</sup>.

Hauptursache dieses generellen Bedeutungsverlusts schiedsrichterlicher Entscheidungen war der Umstand, dass ausschließlich kontradiktorische Urteile die Möglichkeit boten, aus ihnen unmittelbar zu vollstrecken<sup>95</sup>. Mit Rücksicht hierauf dürften die höheren Gerichtskosten und die Belastung sozialer Netzwerke unter den Kaufleuten zunehmend nachrangige Kriterien gewesen sein, zumal in größeren Handelsstädten die Konfliktbereitschaft durch gestiegene innerstädtische Konkurrenz angewachsen sein dürfte, und die handelsrechtliche Fachkompetenz graduerter Richter zunehmend Anerkennung unter den Kaufleuten fand<sup>96</sup>.

Zum anderen gebot § 65 des Regensburger Reichsabschieds, dass „nicht alle compromissa oder arbitria, wie sie auch geschaffen wären, an Unserm Cammer-Gericht zugelassen oder anzunehmen, sondern (jedoch mit Cammer-Richters und Beysitzer guten freyen Willen) allein diejenigen, so sich zwischen den Ständen, die dem Reich immediate unterworfen, und vermög der Reichs-Ordnung die Austräg haben, dann auch den Personen welche ihrer Eigenschafft nach, in erster Instantz ans Cammer-Gericht gehörig, zutragen, daselbst auf- und angenommen werden sollen“<sup>97</sup>. Diese in ihrer Rechtsnatur als Sollvorschrift ausgestaltete Regelung ermöglichte es den Assessoren des Reichskammergerichts, bei sämtlichen nicht Reichsunmittelbaren frei darüber entscheiden zu können, ob sie über die bei ihnen angetragene Schiedssache entscheiden wollten. So erklären sich die auch nach 1594 vereinzelt vorkommenden Verfahren reichsmittelbarer Parteien, die einen *Compromiss* anfochten, zu denen auch der Streit der Brentanos zählt.

Obwohl seine Verwandten ausnahmsweise dennoch das Gehör des Reichskammergerichts in einer zuvor schiedsrichterlich entschiedenen Sache fanden, wollte Dominico Antonio keinesfalls weiter streiten; in einem „Versuch zur Güte“ erbot er sich, statt der „bereits gesprochene[n] Summe von 99983 Gulden [...] mit der

<sup>92</sup> *Johann August Hellfeld*, Repertorium reale practicum iuris privati Imperii Romano-Germanici oder Vollständige Sammlung aller üblichen und Brauchbaren Rechte im Heil. Römischen Reiche, und den benachbarten Landen [...], 2. Theil C bis F (Jena 1755) 982.

<sup>93</sup> *Wiguläus Xaver Aloys von Kreittmayr*, Anmerkungen Über den Codicem iuris Bavarici iudiciarii (München 1754), Cap. 17, § 2, 231.

<sup>94</sup> *Johann Jacob Moser*, Von der Teutschen Justiz-Verfassung, Bd. I (Franckfurt und Leipzig 1774), 2. Buch, 11. Cap., § 14, 527, der hier freilich mit seiner Äußerung solche *Compromisse* gemeint hat, bei denen die Parteien vereinbart haben, ihre Streitigkeit sogleich an eines der Reichsgerichte zu bringen.

<sup>95</sup> *Krause*, Schiedsgerichtswesen (Fn. 4) 36, Fn. 190. Dieses Motiv nennt auch *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 4) 72, für die Hamburger Verhältnisse.

<sup>96</sup> Für das Hamburger Admiralitätsgericht hat dies *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 4) 72, festgestellt. Zur Rezeption wechselrechtlicher Judikatur des Reichskammergerichts durch die Handelspraxis siehe *Amend-Traut*, Wechselverbindlichkeiten (Fn. 2).

<sup>97</sup> § 65 RA 1594 (Fn. 82) 431.

runden Summe von 90/m. Gulden sich begnügen zu wollen<sup>98</sup>. Hierauf wurden ihm von der Gegenseite 2.000 Gulden geboten<sup>99</sup>. Dominico Antonio schlug dieses „Angebot“ aus und berief sich auf die Rechtskraft des schiedsrichterlichen Spruchs. Hiergegen reichten die Beklagten ein Parere zu den Akten, wonach die Kürzung des Gesellschafteranteils von „einem ganzen auf einen halben Compagnon“ rechtmäßig erfolgt und demzufolge von den Schiedsrichtern ein Posten über rund 40.000 Gulden falsch bilanziert worden sei<sup>100</sup>. Solche kaufmännischen Gutachten, jedenfalls in der handelsrechtlichen Judikatur weit verbreitet und dort als Beweismittel allgemein anerkannt<sup>101</sup>, fanden vielfach sogar Eingang in gedruckte Handbücher zur kaufmännischen Praxis oder ihren Niederschlag in Gesetzessammlungen<sup>102</sup>, was starkes Indiz dafür ist, dass ihnen zumindest im Geschäftsverkehr darüber hinaus der Charakter von allgemein verbindlichen Rechtsquellen beigelegt wurde; Krause konstatiert, Parere hätten seit dem 17. Jahrhundert „langsam den Charakter von Schiedssprüchen“ angenommen, so dass die die Gutachten erstellenden Handelsleute insoweit den aktenversendenden Juristenfakultäten gleichzusetzen seien<sup>103</sup>. Allein, das Parere blieb von der Frankfurter Gerichtsbarkeit unbeachtet. Vielmehr scheiterte ein weiterer, jetzt gerichtlich angestrebter Güteversuch; darauf hatten Gerichte insbesondere dann hinzuwirken, wenn „die Sache so dunkel und verwickelt ist, daß man nicht sowohl ihre Entscheidung finden, als ungefähr nur muthmassen kann, welche Partei das Recht auf ihrer Seite hat“<sup>104</sup>. Wie bereits erwähnt, wurde die Durchführung eines Güteverfahrens im Verlauf der Frühen Neuzeit durch statutarrechtliche Regelungen vielerorts sogar zur obligatorischen Voraussetzung ordentlicher Verfahren<sup>105</sup>.

Nach diesen letzten vergeblichen Bemühungen um eine gütliche Regelung wurde im Jahr 1789 vom Frankfurter Schöffenrat „vi decreti [...] ex officio auf die Versendung der Acten erkannt“<sup>106</sup>. Nunmehr sollte also die juristische Fakultät Tübingen die Frage einer nochmaligen Revision der Handelsbücher klären. Hierbei war auf etliche Punkte einzugehen, die die Beklagten gegen die Wirksamkeit

<sup>98</sup> Wie Fn. 1, fol. 29<sup>v</sup>, mit Verweis auf „Act. [363]“.

<sup>99</sup> Wie Fn. 1, fol. 29<sup>v</sup>, mit Verweis auf „Act. [370]“.

<sup>100</sup> Wie Fn. 1, fol. 29<sup>v</sup>, mit Verweis auf „Act. [373, 374]“.

<sup>101</sup> *Eva-Christine Frentz*, Kaufmännische Gutachten – Parere – im Hamburgischen Seeprozess, in: ZNR 10 (1988) 151–178.

<sup>102</sup> So etwa bei *Johann Gottlieb Siegel*, Corpus juris cambialis. [...] Vollständige Sammlung derer auf den vornehmsten Handels-Plätzen auch anderer Orten in Europa üblichen allerneuesten Wechsel-Handlungen [...] auch endlich eine zum Wechsel-Recht überhaupt dienliche Einleitung [...], II Theile (Leipzig 1742). Dazu näher auch die Ausführungen zu Punkt B.I. bei *Amend-Traut*, Wechselverbindlichkeiten (Fn. 2).

<sup>103</sup> *Krause*, Schiedsgerichtswesen (Fn. 4) 72.

<sup>104</sup> So *Herchenbahn*, Reichshofrath (Fn. 54) zu eigens eingesetzten Hofkommissionen zum Versuch eines gütlichen Ausgleichs, 324, 458.

<sup>105</sup> Dazu auch schon die Ausführungen vor Fn. 17. Für das Verfahren vor dem Hamburger Admiralitätsgericht, bei dem etwa ein Güteverfahren zwingend vorgeschrieben war, *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 4) 69–72.

<sup>106</sup> (Fn. 1) fol. 29<sup>v</sup>, mit Verweis auf „Act. [371]“. Aktenversendung in ISG Frankfurt a.M. RKG Nr. 132, Aktennr. 249, ohne [Q].

der schiedsrichterlichen Entscheidung vorbrachten. Neu war insbesondere der Einwand, die Kommissions-Akten seien nicht vollständig gewesen, „mithin aus mangelhaften Acten das Laudum gesprochen worden“.

Die Juristenfakultät Tübingen bestätigte jedoch das *Laudum*: „Deßen allen aber unerachtet, in genauerer Erwägung dieser weitläufigen Rechts-Sache, sind wir aber doch der rechtlichen Meynung, daß gedachtes Laudum allerdings zu Recht beständig, und Beklagter und Implorantischer Theil mit seinem in so manchem Betracht ganz unstatthafften Gesuche abzuweisen sey“<sup>107</sup>. In ihren *rationes decidendi* führten die Juristen aus, die maßgeblichen Akten hätten der Kommission vorgelegen. Dies sei infolge der vorherigen Einwendungen dekretiert und damit rechtskräftig. Schließlich habe der Kläger auf Vollständigkeit beharrt und die Beklagten selbst hätten zunächst die vollständige Aushändigung der Unterlagen verweigert<sup>108</sup>. Hieraus ergebe sich, „daß, wann je die zur Entscheidung der Sache nöthigen Handelsbücher und Documenta nicht vollständig der Schiedsrichterlichen commission zur Einsicht vorgelegt worden wären, hiervon die Schuld niemand anders, als dem beklagten – jetzt implorantischen Theile selbst beygemessen werden müßte; wie dann noch im Jahr 1777 [...] von Seiten der Kauffmännischen Hrn. Schiedsrichter über den beklagten Theil wegen vorenthaltung einiger noch zu edirenden Handelsbücher und Documente Klage geführt wurde“<sup>109</sup>.

Im Übrigen bescheinigte die Juristenfakultät den Schiedsrichtern akribische Arbeit, die zu richtigen Ergebnissen geführt habe. Die als falsch gerügte Bilanzierung sei auf den Umstand zurückzuführen, dass „eines Theils des Klägers Vater zur Ungebühr von seinen Brüdern und Handlungsgeößen von einem ganzen auf einen halben Compagnon reducirt wurde; wie solches von den gesam[m]ten Schiedrichtern so gründlich, als umständlich dargethan worden ist [...] wogegen beklagter Theil um so weniger Ursache sich zu beschwehren hat, als noch im Laudo bey diesem Puncte, um ja auf das sicherste zu gehen, noch vorerst dem Kläger der Reinigungs-Ayd zuerkannt worden ist.“ Vielmehr sei „dem Societats-Fond [...] die beträchtliche Summe von 40/m Gulden entzogen und auf die unverantwortlichste Weise einigen Handelsgenossen privativ zugeschieden worden“<sup>110</sup>. Aus der Aufdeckung weiterer Posten durch die Schiedsrichter habe sich zugunsten des Klägers außerdem ergeben, dass „würcklich existirende activa nicht gehörig eingetragen, bald falsche erdichtete passiva der Societat zur Last gelegt“ wurden<sup>111</sup>.

Schließlich wies die Juristenfakultät unter Benennung einschlägiger Fundstellen in prozessrechtlicher Literatur darauf hin, dass „bekannten Rechten nach nur dann eine Reduction des Laudi“ stattfinde, wenn der schiedsrichterliche Spruch eine enorme Verkürzung der Rechte einer der Parteien darstelle, und die beschwerte Partei dem Richter „mit Anführung und Bescheinigung der so enorm

<sup>107</sup> ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 132, Aktennr. 249, ohne [Q], fol. 43<sup>v</sup>, 44<sup>r</sup>.

<sup>108</sup> ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 132, Aktennr. 249, ohne [Q], fol. 61<sup>r</sup>.

<sup>109</sup> ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 132, Aktennr. 249, ohne [Q], fol. 62.

<sup>110</sup> ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 132, Aktennr. 249, ohne [Q], fol. 64<sup>v</sup>, 65<sup>r</sup>.

<sup>111</sup> ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 132, Aktennr. 249, ohne [Q], fol. 65<sup>v</sup>, 66<sup>r</sup>.

verletzenden Umstände würcklich unter Augen“ legen könne<sup>112</sup>. Da jedoch die „Imploranten eine Verletzung der Art nichts weniger als erwiesen, und in die Augen fallend dargelegt haben“, müsse es bei dem schiedsrichterlichen Spruch bleiben<sup>113</sup>.

Daraufhin appellierten die Provokanten an das Reichskammergericht, das eine Kommission beauftragte, die schiedsrichterlichen Inventarien zu überprüfen<sup>114</sup>. Das Urteil des Reichskammergerichts, das auf den Sommer 1799 datiert, stellt unter anderem fest, dass die von den Schiedsrichtern vorgenommenen Bewertungen nach Maßgabe des Kommissionsberichts zu korrigieren seien, und hauptsächlich, „daß die Reduction des Paolo Brentano von einem ganzen auf einen halben Compagnon für rechtsbeständig zu erklären, und die aus dem Grunde der wieder aufgehobenen Reduction dem Appellaten zugesprochene Foderungen [...] an der dem Appellaten zu gut geschriebenen Hauptsummen abzuziehen“ sei<sup>115</sup>. Von der sich ursprünglich auf rund 100.000 Gulden belaufenden Forderung verblieb den Rechtsnachfolgern des mittlerweile ebenfalls verstorbenen Dominico Antonio jedenfalls nur mehr ein Bruchteil. Daneben hatten beide Parteien erhebliche Prozesskosten zu tragen; allein einer der vier Sachverständigen, Bachmayer, hatte insgesamt 5.860 Gulden für 1.465 Sitzungen à 4 Gulden berechnet, und die Kosten für die in der Zeit zwischen August 1799 und Februar 1800 eingesetzten kaiserlichen Kommission beliefen sich auf 3.211 Gulden 36 Kreuzer<sup>116</sup>.

Das Reichskammergericht wich in seiner Entscheidung von den Standpunkten der Schiedsrichter und der Juristenfakultät ab, denn es hielt den Umstand, dass eine Reduzierung auf einen halben Compagnon nicht stattgefunden habe, als nicht erwiesen an. In Anlehnung an die Ausführungen der eingesetzten Kommission wurde demnach der Kläger dafür als beweispflichtig angesehen. Die Handelsbücher gaben hierüber keine hinreichende Auskunft<sup>117</sup>, und der hierauf von Dominico Antonio geleistete Eid war zur Beweisführung offensichtlich als nicht ausreichend angesehen worden.

Um ein weiteres Verfahren vor dem Frankfurter Schöffengericht zu vermeiden, der mit der Vollstreckung des reichskammergerichtlichen Urteils und demzufolge mit der endgültigen Abrechnung der einzelnen Streitposten beauftragt worden war, griffen die Parteien zuletzt doch noch auf ein Mittel friedlicher Streitbeilegung zurück: Im Jahr 1801 schlossen die Parteien einen Vergleich, der höchstrichterlich

<sup>112</sup> Mit Hinweis auf *Andreas Gaill*, Deß Keiserlichen Cammer Gerichts sonderliche Gerichtsbreuche/ unnd RechtsRegeln (Hamburg 1603) Lib. 1, Obs. 150, n. 9. 11, 288–290; *Wolfgang Adam Lauterbach*, Collegium Theoretico-Practicum (Tubingae 1726) Pars I, Lib. IV., Tit. VIII., § 37, 389; *Estor*, Anfangsgründe (Fn. 78).

<sup>113</sup> ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 132, Aktennr. 249, ohne [Q], fol. 67.

<sup>114</sup> ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 132, Aktennr. 253, ohne [Q], Kommissionsbericht nebst Aktenbeilagen.

<sup>115</sup> Urteil vom 16. 07. 1799 ist den Akten beigelegt, ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 132, Aktennr. 249, [Q] 150.

<sup>116</sup> Zu den Kosten siehe auch *Dietz*, Handelsgeschichte (Fn. 5) 249.

<sup>117</sup> Zu deren Beweiskraft *Carsten Dunkmann*, Die Beweiskraft der Handelsbücher. Von den Anfängen bis zur Verabschiedung des ADHGB von 1861 (Saarbrücken 2007).

bestätigt wurde. Zwar war ein solches Attest nicht zwingend vorgesehen, doch „zuweilen glauben die Parteien, ihren Vergleich unverbrüchlicher zu machen, wenn sie um eine förmliche [...] Bestätigung bitten“<sup>118</sup>. In ihr heißt es, die Rechtsnachfolger der gegnerischen Onkel machten sich „hauptsächlich aus Beweggründen der Gutmüthigkeit [...] verbindlich [...], die Summe von Gulden 6.000 und überdieß als ein freywilliges Geschenk“ zu zahlen<sup>119</sup>.

Die beschriebene gerichtliche Auseinandersetzung mit Aspekten eines außergerichtlichen Verfahrens offenbart, wie beengend der Versuch einer Grenzziehung zwischen diesen beiden Bereichen wirken kann: Denn der Fall zeigt, mit welchen Instrumenten außergerichtlicher Streitbeilegung Parteien operieren, aber auch, wie diese Instrumente in einem förmlichen Gerichtsverfahren aufgehen konnten.

Die spektakuläre Vorgehensweise, mit der über ein halbes Jahrhundert Geschäftsinterna in mehr als 70 cm Prozessakten öffentlich zur Schau gestellt wurden, stellt einen Sonderfall dar: Spielte die außerordentliche, einverständliche Streitbeilegung bzw. die Schiedsgerichtsbarkeit gerade unter Handelspartnern nur bis zum 17. Jahrhundert eine besonders große Rolle, und dürfte insbesondere die fehlende Vollstreckungsmöglichkeit von Schiedssprüchen Ursache für die generelle Flucht ins kontradiktorische Verfahren sein, bleiben Streitigkeiten innerhalb von Gesellschaften ordentlichen Gerichten eher entzogen. Die Brentanos schlugen dagegen den Prozessweg auch für ihre interne Auseinandersetzung ein, freilich nur über den Umweg über ein vermeintlich gütliches Verfahren, und konnten hierdurch eine endgültige Entscheidung nicht nur eindrucksvoll hinauszögern, sondern zumindest teilweise zuletzt das Reichskammergericht in der Sache überzeugen. Damit weist das hier vorgestellte Verfahren darauf hin, dass Kaufleute in der Frühen Neuzeit der öffentlichen Justiz generell mehr Bedeutsamkeit beimaßen, indem sie es verstanden, diese für sich nutzbar zu machen.

## Abstract

On the basis of the conflicts between the associates and legal successors of the Brentano trading company, established in 1703, the litigability of arbitration agreements is examined. The case shows, with which means of extra-judicial settlement the parties operated, but as well, how these instruments could mould into formal litigation. In growing contrast to the medieval structures, the contempt for amicable settlement between trade partners grows during the early modern period – with the apparent exception of conflicts within commercial societies and families. But even here the growing popularity of public and state-

<sup>118</sup> Zu den Kosten dieser Bestätigung für ein reichshofrätliches Schreiben *Herchenbahn*, Reichshofrath (Fn. 54) 460. Im Übrigen wurde es bei einer gütlichen Einigung der Parteien allgemein als notwendig angesehen, die Beilegung des zuvor gerichtshängigen Streits anzuzeigen. Wie dies verfahrensmäßig zu erfolgen hatte, ebenda 458f.

<sup>119</sup> ISG Frankfurt a. M. RKG Nr. 133.

based conflict resolution led the quarreling parties to exploit the public jurisdiction. They used it to delay decisions which should have been resolved outside the courts for long years. The ordinary courts supported the viability of the arbitration agreement by ex-post nomination of arbiters. By doing so, they acted in the public interest as they removed the load off their own shoulders and supported an extra-judicial decision. In the end, the 16<sup>th</sup> century's practice of the Imperial Chamber Court to control the content of arbitration agreements led to numerous state codes in the 17<sup>th</sup> and 18<sup>th</sup> centuries which in accordance with the absolutistic claim to judicial sovereignty degraded the arbitration agreements to a mere process-lengthening pre-stage of the ordinary justice.

## Résumé

L'affrontement entre les associés et les successeurs de la société commerciale Brentano fondée en 1703 permet d'esquisser le caractère judiciaire des décisions arbitrales. L'affaire montre avec quels instruments extra-judiciaires les parties opèrent, mais aussi comment ces instruments peuvent s'intégrer à une procédure judiciaire formelle. A l'époque moderne, qui s'écarte en cela des structures médiévales, se dessine un mépris grandissant pour le règlement à l'amiable des conflits entre partenaires commerciaux. Les conflits internes à la société notamment à la famille semblent cependant échapper à cette tendance.

Grâce à la popularité croissante des modes de résolution des conflits par des institutions publiques souveraines, les parties en conflit instrumentalisaient, d'une certaine façon, la justice étatique, laquelle pouvait en outre être ralentie durant de nombreuses années par le recours aux procédures et manœuvres extrajudiciaires. Parce que les tribunaux ordinaires contribuaient à leurs réalisations, grâce à la détermination ultérieure de conventions d'arbitrage par des arbitres, ils agissaient dans l'intérêt public en désengorgeant les tribunaux ordinaires grâce à la résolution amiable des conflits. Enfin, la pratique judiciaire qui avait encore cours au 16<sup>ème</sup> siècle de contrôler au fond les dispositions prévues par les conventions d'arbitrage, débouche aux 17<sup>ème</sup> et 18<sup>ème</sup> siècles sur de nombreuses lois locales qui – en harmonie avec les conceptions absolutistes de l'autorité judiciaire – dégradent les procédures d'arbitrage en une fragile instance préliminaire qui accroît encore la durée des procès devant les tribunaux ordinaires.

*Karl Otto Scherner*

## Formen der Konfliktlösung im Handels- und Seerecht in Nürnberg, Hamburg und Leipzig zwischen 1500 und 1800

### I

Mein Beitrag zum Gesamtthema befasst sich mit der Frage, ob und inwieweit im frühneuzeitlichen Deutschland, also etwa zwischen 1500 und 1800, für kaufmännische Streitigkeiten eine besondere Gerichtsbarkeit vorhanden war, sowie, ob die Behandlung kaufmännischer Streitigkeiten vor ordentlichen Zivilgerichten besonderen Regeln folgte, oder ob es auch andere Wege der Konfliktlösung gab. Eine Zäsur gegenüber den mittelalterlichen Verhältnissen ergibt sich – jedenfalls für den deutschen Teil des Alten Reichs – allein schon daraus, dass hier die spätestens im 15. Jh. einsetzenden Reformen der Organisation des Gemeinwesens auch für die Gerichtsbarkeit als eine seiner Säulen nicht ohne Folgen blieben. Wegen weitgehender gesetzgeberischer Abstinenz des Reichs auf diesem Gebiet waren Schauplatz der Reformen die Territorien und die Reichsstädte. Neben den bisherigen Lösungen drängte nun vermehrt das als „Kaiserrecht“ rezipierte römische Recht, hier in der Gestalt des römisch-kanonischen, im Mittelalter entwickelten Prozesses in den Vordergrund, der grundsätzlich von drei Instanzen ausging und so auch die Gerichtsverfassung prägte. Bei diesem Entwicklungsprozess kamen als Akteure neben den Kaufleuten als den unmittelbar Betroffenen und der politischen Führung auf der anderen Seite die am römischen Recht geschulten Juristen hinzu.

Meine Betrachtung, die sich auf die wichtigsten Punkte beschränken muss, beginnt mit der Skizzierung der Sicht des Problems einer besonderen Handelsgerichtsbarkeit durch einen zeitgenössischen Autor. Anschließend wird die Entwicklung in drei der damals bedeutendsten deutschen Handelsplätze auf der Grundlage des bisherigen, teilweise unbefriedigenden Forschungsstandes dargestellt<sup>1</sup>. Hierbei steht die Reichsstadt Nürnberg im Mittelpunkt, von der man sagt, sie sei „die Wiege des deutschen Typs des Handelsgerichts“ in Gestalt der späteren

<sup>1</sup> Bezeichnend ist, dass die Arbeit von *Wilhelm Silberschmidt*, *Die Entstehung des deutschen Handelsgerichts*. Nach archivalischen Quellen dargestellt (Leipzig 1894) (im Folgenden zitiert: *Silberschmidt*, *Entstehung*), trotz ihres Alters bis heute unverzichtbar ist.

Kammern für Handelssachen am Landgericht, in denen abweichend von ausländischen Vorbildern, wie der italienischen Konsulargerichtsbarkeit, neben Laienrichtern auch gelehrte Richter urteilen<sup>2</sup>. Dabei gehe ich jeweils auf Parallelen oder Abweichungen in der ebenfalls reichsfreien Stadt Hamburg, dem wichtigsten Seehandelsplatz, und schließlich noch auf die Verhältnisse in der kursächsischen Messestadt Leipzig ein. Das sich daraus ergebende Bild enthält zwangsläufig nicht die ganze Palette der einschlägigen Institutionen wie die genossenschaftlichen Gerichte des Hansgrafen<sup>3</sup> und Wettgerichte<sup>4</sup> oder städtische Gastgerichte<sup>5</sup>, die in das Mittelalter hineinreichen und die sich in der Regel an weniger bedeutenden Plätzen erhalten haben. Auch die für die frühe Neuzeit wichtigen Wechselgerichte<sup>6</sup> können hier nicht behandelt werden. Die Darstellung bricht mit der Französischen Revolution, genauer dem Ende des Alten Reichs, ab.

Der auf dem Gebiet des Handelsrechts bedeutendste deutsche Jurist der frühen Neuzeit, der Lübecker Bürgermeister Johannes Marquard (1610–1668), hat sich in seinem 1662 erschienenen, in ganz Europa beachteten monumentalen „Tractatus politico-iuridicus de iure mercatorum et commerciorum singulari“ auch mit unserem Thema befasst<sup>7</sup>. Er beginnt, die mittelalterliche Konsulargerichtsbarkeit im Blick, mit der Feststellung, dass die Kaufmannskollegien wie auch andere Berufszusammenschlüsse nicht nur ihre Statuten und Gewohnheiten (*consuetudines*) begründen, sondern sich auch ihre Richter wählen können, dass dies freilich keine

<sup>2</sup> *Hans Liermann*, Nürnberg als Mittelpunkt deutschen Rechtslebens, in: Jahrbuch für fränkische Landesforschung 2 (1936) 9.

<sup>3</sup> *Adalbert Erler*, Art. Hansegraf, in: HRG I (Berlin 1971) 2002f.; *Carl Koehne*, Das Hansgrafenamt. Ein Beitrag zur Geschichte der Kaufmannsgenossenschaft und Behördenorganisation (Berlin 1893); *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 27 ff.; *Paul Rehme*, Geschichte des Handelsrechts, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts 1 (Leipzig 1913) 28–259, 136, 142 Anm. 25 (im Folgenden zitiert: *Rehme*, Geschichte).

<sup>4</sup> Ein Beispiel bei *Otto Frommer*, Anfänge und Entwicklung der Handelsgerichtsbarkeit in der Stadt Königsberg in Preußen (Breslau 1891); *Siegbert Lammell*, Die Gesetzgebung des Handelsrechts, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, herausgegeben von *Helmuth Coing*, Bd. 2, Tbd. 2 (München 1976) 571–1012, 693 ff. (im Folgenden zitiert: *Lammell*, Gesetzgebung).

<sup>5</sup> *Gerhard Köbler*, Art. Gast, -recht, -gericht, in: LexMA IV, 1130f.; *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 31 ff.; *Rehme*, Geschichte (Fn. 3) 151; *Alfred Schultze*, Über Gästerecht und Gastgerichte in den deutschen Städten des Mittelalters, in: HZ 101 (1908) 423–528, 503 ff.

<sup>6</sup> Zur Gesetzgebung *Lammell*, Gesetzgebung (Fn. 4), zur Literatur *Karl Otto Scherner*, Wissenschaft des Handelsrechts, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Privatrechtsgeschichte, herausgegeben von *Helmuth Coing*, Bd. 2, Tbd. 1 (München 1977) 797–997, 959, 969 f. (im Folgenden zitiert: *Scherner*, Wissenschaft).

<sup>7</sup> *Marquard, Johann*, Tractatus politico-iuridicus de Jure Mercatorum et Commerciorum singulari [...] (Francofurti 1662) (im Folgenden zitiert: *Marquard*, Tractatus). Zu Marquard und diesem Werk zuletzt *Karl Otto Scherner*, Zum Sonderrecht der Kaufleute bei Johann Marquard, in: Usus Modernus pandectarum. Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit. Klaus Luig zum 70. Geburtstag, herausgegeben von *Hans-Peter Haferkamp*, *Tilmann Reppen* (Köln, Weimar, Wien 2007) 199–217. Marquards Stellungnahmen befinden sich im 1. Band, 3. Buch, 6. Kapitel: „De Judicibus et Consulibus Mercatorum, eorumque Electione, Jurisdictione, Officio, Salario, et Remotione“ (zit. 1, 3, 6) sowie im 7. Kapitel: „De Processu seu Judicio Mercatorum summario“ (zit. 1, 3, 7).

Exemption von der *iurisdictio ordinaria* bedeute. An Beispielen zeigt er, dass es hier unterschiedliche Formen der Koexistenz gab und knüpft dabei an den schon von den Legisten geführten Meinungsstreit in dieser Frage an. Tenor ist freilich, dass es ganz von der Obrigkeit abhängt, wie stark die Stellung der Konsulargerichtsbarkeit, also ihr Kompetenzbereich ist – eine eindeutig absolutistische Position<sup>8</sup>. In dem anschließenden ausführlichen Überblick vor allem über die damaligen in Süd- und Westeuropa vorhandenen, von Marquard im weitesten Sinne der kaufmännischen Gerichtsbarkeit zugerechneten Einrichtungen<sup>9</sup> erwähnt er neben den italienischen und spanischen Konsulargerichten u.U. einschlägige Edikte der französischen Könige, auch das 1560 begründete kaufmännische Schiedsgericht in Paris<sup>10</sup>. Angeführt werden auch die im 17. Jh. in Antwerpen begründete Börse mit ihren Rechtsprechungsbefugnissen<sup>11</sup>, die Gerichtsprivilegien englischer Kaufleute in Hamburg<sup>12</sup> und ebensolche von Hansekaufleuten etwa in Spanien<sup>13</sup>, also die ganze Palette, auch jüngste deutsche Einrichtungen und Traditionen, auf die noch einzugehen ist. So sehr das alles als Rechtswirklichkeit dargestellt und so wenig deren Legitimation angezweifelt wird, so selbstverständlich werden die anschließend aufgelisteten Amtspflichten der *Consules* den gemeinrechtlichen Vorstellungen über Rechtsanwendung und Prozessführung unterworfen<sup>14</sup>. Hierzu gehört zunächst der spätestens seit Baldus unbestrittene Satz, dass in kaufmännischen Streitigkeiten die *aequitas* Vorrang hat, und es deswegen in der *Curia mercatorum* unzulässig ist, *de apicibus iuris disputare*. Allerdings müsse sich die *mera aequitas* am Recht orientieren und dürfe ihm nicht widersprechen. Unerlaubt sei die im eigenen Kopf produzierte, sozusagen selbstgemachte Gerechtigkeit. Vor allem dürfe nicht gegen geschriebene Rechte verstoßen werden<sup>15</sup>. Zweitens: Die richterlichen Regeln und Tugenden, die sich auf das Verfahren beziehen, etwa was die Anhörung der streitenden Parteien angeht, sind einzuhalten<sup>16</sup>. Ihren Entscheidungen müssen sie, drittens, die *mores* und *consuetudines* der Kaufleute zu Grunde legen, so wie jeder Richter, der das Gewohnheitsrecht und die Statuten beachten muss<sup>17</sup>. Weil die *Consules* ihre *consuetudines* besonders gut kennen, würden an einigen Handelsplätzen auch *Pareres* verfasst, auf Anfrage erteilte kaufmännische Gutachten<sup>18</sup>. Marquard stützt sich bei alledem nicht nur auf Stel-

<sup>8</sup> Marquard, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 6 n 1 ff., 10ff.

<sup>9</sup> Marquard, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 6 n 16 ff.

<sup>10</sup> Marquard, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 6 n 27.

<sup>11</sup> Marquard, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 6 n 28.

<sup>12</sup> Marquard, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 6 n 30.

<sup>13</sup> Marquard, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 6 n 32.

<sup>14</sup> Marquard, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 6 n.

<sup>15</sup> Marquard, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 6, 48 ff.

<sup>16</sup> Marquard, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 6, 50.

<sup>17</sup> Marquard, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 6, 51 ff.

<sup>18</sup> Zur zeitgenössischen Diskussion über die Rechtsnatur solcher Gutachten vgl. Eva-Christine Frentz, Kaufmännische Gutachten – Parere – im Hamburgischen Seeprozess, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (ZNR) 10 (1988) 151–178, 153 ff. (im Folgenden zitiert: Frentz, ZNR 1988).

len aus den *Corpora iuris civilis* und *canonici*, sondern neben Legisten auch auf jüngere Vertreter des *Mos italicus*, auf den Niederländer Peter Wesenbeck, den deutschen Kameralisten Andreas Gail und den Genueser Sigismondo Scaccia. Es sei wünschenswert, wenn an jedem Handelsplatz ein solches Gericht (*magistratus et consules*) geschaffen würde. Da aber, so fährt Marquard fort, solche sehr selten seien, vor allem in Deutschland, müssten die Kaufleute die ordentlichen Gerichte anrufen<sup>19</sup>. Viertens, und das ist das Fazit: Die Kaufleute und ihre *Consules* sollen, wenn es nötig ist, *Iurisconsulti* und erfahrene Männer (*bonosque viros*) konsultieren. Wenn leichtfertige Kaufleute oder deren *Consules* täglich nur rufen würden: *Stylus, stylus, aequitas, aequitas, conscientia, conscientia* sei nur eine *aequitas cerebrina*, eine eingebilddete Billigkeit zu erwarten<sup>20</sup>. Marquard äußert damit grundsätzliche Zweifel an der Eignung zum Richter durch bloße Zugehörigkeit zu einem Beruf oder Stand. Auch wenn er sich hier ebenfalls auf zeitgenössische Autoren beruft, die sich zum Teil sehr drastisch ausdrücken, muss man davon ausgehen, dass er auch aus eigener Erfahrung spricht. Gerade deshalb ist die Hochschätzung bemerkenswert, die er den kaufmännischen Laienrichtern entgegenbringt, die sich an dem erwähnten Pflichtenkodex orientieren, insbesondere durch Anfertigung der *Pareres*. Marquard spricht also nicht nur für sich, wenn er eine kaufmännische Sondergerichtsbarkeit nicht nur für akzeptabel, sondern auch für wünschenswert hält, freilich nur bei dem geforderten Niveau. Anderenfalls empfehle sich – wie schon gesagt – der Gang zum ordentlichen Gericht.

Marquards Stellungnahme zum *iudicium mercatorum summarium*, also zu den zu beachtenden Verfahrensregeln, erweist sich als Verbindung gewachsener Formen mit Prinzipien. Der summarische Prozess als Ausnahme vom *iudicium ordinarium* nach gemeinrechtlicher Vorstellung sei dann angezeigt, wenn zugunsten bestimmter Personen oder Ziele ein schnelles Verfahren nötig ist, auch im Interesse der Allgemeinheit (*res publica*), wenn die Parteien ohne langwierige Belastung (*sufflamen*) zum Einvernehmen geführt und die Streitigkeiten mit weniger Aufwand (*ocius*) beendet würden<sup>21</sup>. Das gelte insbesondere für Streitigkeiten unter Kaufleuten, weil unter diesen die *veritas negocii* gelte, und deswegen die *aequitas* und nicht die Spitzfindigkeiten des Gesetzes zu beachten seien. Der Vernunft und der *aequitas* entspreche es aber, dass ihre Streitigkeiten auch summarisch, d. h. rasch und *levato velo*, so wie schon nach römischem Seerecht, ohne Verzögerung und abseits der üblichen Regeln entschieden und vollstreckt würden<sup>22</sup>. Nach Anführung von Beispielen für abgekürzte Verfahren aus den Niederlanden und für privilegierte Hansekaufleute bezieht sich Marquard auf die *Clementina Saepe*, die klassische Umschreibung des summarischen Verfahrens bei kirchlichen Gerichten, die von den Legisten übernommen worden war<sup>23</sup>. Hier würden nur die „na-

<sup>19</sup> Marquard, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 6, 54.

<sup>20</sup> Marquard, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 6, 55 ff.

<sup>21</sup> Marquard, Tractatus (Fn. 7) 1, 2, 7, 3.

<sup>22</sup> Marquard, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 7, 4 ff.

<sup>23</sup> Marquard, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 7, 8. Zur Entwicklung bis zur *Clementina Saepe* (2 Clem. 5, 11) und deren Wirkung bereits Hans Karl Briegleb, Einleitung in die Theorie der summa-

*turalia*“ des Verfahrens gelten, die da seien: 1) Ladung, 2) Kurzer Sachverhalt, 3) Klageantrag, 4) Beweiserbieten (*probationes semiplenae*), 5) *Cognitio causae, saltum aliqua et levis*, 6) *Sententia sine conclusione*<sup>24</sup>. Es folgen zahlreiche Beispiele aus Literatur, Gerichtspraxis und Gesetzen für die Bedeutung dieser Regeln. Als Beleg für die allgemeinen Prinzipien des summarischen Prozesses werden auch Sonderfälle wie das mittelalterliche Gastgericht herangezogen, das nach dem Revidierten Lübisches Stadtrecht von 1586 vom Niedergericht, also der unteren Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit, wahrgenommen wird<sup>25</sup>. Auch Eigenheiten des Sächsischen Prozesses, die, verglichen mit dem römisch-kanonischen, prozessbeschleunigend wirken, werden angeführt<sup>26</sup>.

## II

Und nun zu den Nürnberger Verhältnissen: Die Nürnberger Reformation von 1479 gilt als „Pionier“ des neuen, das Gemeine Recht der Zeit aufnehmenden und in seiner wissenschaftlichen Haltung moderneren Typus der Gesetzgebung deutscher Städte und Territorien (Wieacker)<sup>27</sup>. Vom 14. bis zum 15. Jahrhundert war die Stadt zu einem politischen und kulturellen Kraftzentrum des Reichs geworden, nach damaligen Maßstäben eine Großstadt und die Reichsstadt mit dem größten Territorium<sup>28</sup>. Die Beziehungen zu Italien waren nicht nur auf dem Gebiet des Handels sehr eng; der von den alten patrizischen Kaufmanns- und Bankiersfamilien besetzte Rat stand mit Venedig in regem Meinungs-austausch über wirtschafts- und rechtspolitische Fragen<sup>29</sup>. Der Rat hatte eine Revision des Stadtrechts für notwendig erachtet, weil der herkömmliche Prozess und die Gerichtsverfassung nach dem Urteil der am römischen Recht geschulten, aus politischen und wirtschaftlichen Gründen immer unentbehrlicher werdenden Juristen den gewandelten Anforderungen nicht mehr zeitgemäß schienen, insbesondere angesichts der bevorstehenden kaiserlichen Kammergerichtsordnung. Auch genügten die bisherigen Rechtsgewohnheiten nicht mehr den gewandelten Bedürfnissen von Wirtschaft und Handel. Der von Juristen gefertigte Entwurf wurde jedoch vom Rat unter Beibehaltung bewährter Regeln und Einrichtungen geändert, so dass die Reformation am Ende weniger romanistisch ausfiel als die Reformgesetze anderer Städte und Territorien<sup>30</sup>. Die Reformation, erstmals 1484 als Ganzes im

rischen Prozesse (Leipzig 1859, ND Frankfurt 1969) 15 ff. Zur Bedeutung für das Handelsrecht *Levin Goldschmidt*, Universalgeschichte des Handelsrechts (Stuttgart 1891) 173.

<sup>24</sup> *Marquard*, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 7, 9.

<sup>25</sup> *Marquard*, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 7, 14 ff.

<sup>26</sup> *Marquard*, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 7, 29.

<sup>27</sup> *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, (Göttingen 21996) 193.

<sup>28</sup> *Werner Schultheiß*, Geschichte des Nürnberger Ortsrechts (Nürnberg 1972) 6, 12f. (im Folgenden zitiert: *Schultheiß*, Geschichte).

<sup>29</sup> Hierzu Beispiele bei *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 72 ff.

<sup>30</sup> *Schultheiß*, Geschichte (Fn. 28) 12f.

Druck erschienen, geht davon aus, dass grundsätzlich alle Zivilstreitigkeiten in erster Instanz vor das Stadtgericht gehören, soweit nicht besondere Gerichte zuständig sind, deren Zuständigkeit und Verfahren jeweils positiv geregelt sind<sup>31</sup>. Da ein besonderes Forum für kaufmännische Streitigkeiten nicht vorgesehen war, bedeutete das, dass diese wie die Streitigkeiten unter Nürnberger Bürgern oder zwischen diesen und Fremden in erster Instanz vor dem Stadtgericht auszutragen waren. Es wäre unrichtig, dies als einen für die Kaufmannschaft nachteiligen Umstand anzusehen. Denn die Allkompetenz des Stadtgerichts war eine der Errungenschaften deutscher Städte im Rahmen ihrer in unterschiedlichem Maß gelungenen Emanzipation vom Stadtherren. So war es auch in Nürnberg gewesen, wo die Bürger seit dem frühen 15. Jh. durch Privilegien des Kaisers, also des Stadtherren, ihre eigene Gerichtshoheit errungen hatten<sup>32</sup>. Stadtgericht war wie auch anderwärts ursprünglich der Rat selbst als die Spitze der Kommune, später einzelne Mitglieder oder von ihm eingesetzte Richter. Nach der Reformation von 1479, der 1497 eine Stadtgerichtsordnung folgte, war das Stadtgericht mit dem Stadtrichter als Vorsitzendem, den zwei Bürgermeistern, sechs Schöffen als Urteilssprecher sowie zwei gelehrten Juristen (Doktoren) als Beisitzer besetzt, später wurde der Spruchkörper vergrößert<sup>33</sup>. Die Reformation hielt also am bisherigen Laienrichtertum fest, nicht jedoch am mündlichen Prozess, wie er für das Stadtgericht noch zwanzig Jahre zuvor in Nürnberg als maßgeblich angesehen worden war. Nunmehr war der schriftliche Prozess verbindlich, von ungleich längerer Dauer. Für die Lösung kaufmännischer Konflikte vor Gericht war das, orientiert man sich an Johannes Marquard, eine deutliche Verschlechterung. Abgemildert wurde dies jedoch dadurch, dass man für einige Bereiche an mittelalterlichen Prozessformen festgehalten hat. So sollten nach der Gerichtsordnung von 1497 nicht nur „mit Alter Herkommen“ Sachen bis zu 5 Gulden Streitwert summarisch und schleunig vor dem Fronboten, dem Gerichtsdiener, verhandelt werden<sup>34</sup>. Für die Kaufleute wesentlich wichtiger war, dass schon nach der ersten Fassung der Reformation von 1479 „Gesten“, die keine Wohnung in Nürnberg hatten, bei Klagen gegen einen Bürger bis zu 32 Gulden Streitwert vor dem Stadtgericht nicht nur kürzere Ladungsfristen zugutekommen, sondern dass auch in der Reihenfolge der Sachen die Gäste bevorzugt werden sollen. Unter Umständen galt dies auch, wenn ein Gast klagte<sup>35</sup>. Das mittelalterliche Gastgericht<sup>36</sup> hatte sich hier als besondere Ver-

<sup>31</sup> *Rudolf Schielein*, Die Entwicklung der Gerichtsverfassung in der Reichsstadt Nürnberg vor allem vom 15. bis 18. Jahrhundert (Jur. Diss. Erlangen 1952) 25 ff. (im Folgenden zitiert: *Schielein*, Entwicklung). Ausgaben der Reformation bei *Heinrich Gebrke*, Bibliographie der Gesetzgebung des Privatrechts. Deutsches Reich, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, herausgegeben von *Helmut Coing*, Bd. 2, Tbd. 2 (München 1976) 310–418, 414 f. (im Folgenden zitiert: *Gebrke*, Bibliographie).

<sup>32</sup> *Schultheiß*, Geschichte (Fn. 28) 5 ff.; *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 36.

<sup>33</sup> *Schielein*, Entwicklung (Fn. 31) 28; *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 40 ff.; *Schultheiß*, Geschichte (Fn. 28) 12 f.

<sup>34</sup> *Schielein*, Entwicklung (Fn. 31) 48 ff.; *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 45 f.; Stadtgerichtsordnung I, 2.

<sup>35</sup> *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 36 f.; *Schielein*, Entwicklung (Fn. 31) 45 f.

fahrensform vor dem Stadtgericht gehalten. Die andere Möglichkeit eines beschleunigten, für Kaufleute günstigen Verfahrens war die Zuständigkeit des Bürgermeisters in bestimmten Fällen. Dieses Amt, das im Rahmen des Demokratisierungsprozesses in den Städten, vor allem in den Reichsstädten, anstelle des herrschaftlichen Schultheißen an der Spitze der Administration, also des Rats, getreten war<sup>37</sup>, wurde zu Beginn des 15. Jh. in Nürnberg vom älteren Bürgermeister als Leiter der Verhandlungen im Rat bekleidet, während der jüngere mit Vorbereitungs- und Unterstützungsmaßnahmen betreut war, wie mit der Entgegennahme von Eingaben oder deren Weiterleitung. Sachen von geringer Bedeutung erledigte er selbst<sup>38</sup>. Aus dessen Tätigkeit entstand allmählich eine selbständige Justizbehörde, die für alle strittigen Bagatellsachen, für die es kein privilegiertes Forum gab, zuständig war. Hat ein Bürger eine Forderung gegenüber einem „Gast“, so kann er nach der Reformation von 1479 den Gast oder dessen Gut zu Sicherungs- oder Vollstreckungszwecken „verhaften und verbieten [...] lassen“, zunächst durch den Gerichtsboten (Fronboten), später nur durch den Rat oder den Bürgermeister<sup>39</sup>. Auch dies dürfte eine Aufzeichnung bestehenden Rechts sein<sup>40</sup>, des sogenannten Fremdenarrests<sup>41</sup>. Das Gleiche stand dem „Gast“ wegen einer Forderung gegen einen wegen Schulden flüchtigen Bürger zu, als Sicherung für den Fall der Verurteilung in einem nachfolgenden Prozess<sup>42</sup>, eine Form des Fugitivenarrests<sup>43</sup>. Die Zuständigkeit des Bürgermeisters für eine Vollstreckung reichte auch dann aus, wenn der Kläger, der auch ein Gast, also ein auswärtiger Kaufmann sein konnte, vor diesem klagte und der Schuldner seine Schuld bekannte<sup>44</sup>. Das gerichtliche Geständnis als Grundlage eines vollstreckbaren Urteils findet sich bereits im Italien des 13. Jh.<sup>45</sup>. Silberschmidt hat in diesem „Bürgermeisterprozess“ mit einigem Recht einen „Ersatz für eine eigene Handelsgerichtsbarkeit“ gesehen, ebenso wie in Augsburg und Frankfurt<sup>46</sup>. Geht man davon aus, dass es Ziel aller Reformationsgesetzgebungen wie jeder Gesetzgebung war, auch Unklares oder Umstrittenes klarzustellen, dann konnte dies auch in der Fortschreibung von Be-

<sup>36</sup> Siehe Fn. 5.

<sup>37</sup> Vgl. Klaus Peter Schroeder, Art. Rat, Ratsgerichtsbarkeit, in: HRG IV (Berlin 1990) 15 ff., 159; Gerhard Köbler, Art. Bürgermeister, in: LexMA II, 1047f.

<sup>38</sup> Schielein, Entwicklung (Fn. 31) 54 m. Nachw.

<sup>39</sup> Tit. IV Ges. 1 Silberschmidt, Entstehung (Fn. 1) 38.

<sup>40</sup> Daniel Waldmann, Die Entstehung der Reformation von 1479 und die Quellen ihrer prozeßrechtlichen Vorschriften, in: Mitteilungen des Vereins zur Geschichte der Stadt Nürnberg 18 (1908) 1–98, 82 (im Folgenden zitiert: Waldmann, Entstehung).

<sup>41</sup> Allgemein zum Arrest der Überblick von Gerhard Buchda, Art. Kummer, in: HRG II (Berlin 1978) 1257 ff. (im Folgenden zitiert: Buchda, Kummer).

<sup>42</sup> Tit. V Ges. 6 Silberschmidt, Entstehung (Fn. 1) ebenda.

<sup>43</sup> Hierzu Buchda, Kummer, (Fn. 41) 1259. Der Ursprung dürfte im frühmittelalterlichen Handhaftverfahren liegen.

<sup>44</sup> Tit. V Ges. 14 Silberschmidt, Entstehung (Fn. 1) ebenda.

<sup>45</sup> Silberschmidt, Entstehung (Fn. 1) 39 m.w.Nachw.; vgl. auch Heinz Holzhauser, Art. Geständnis, in: HRG I (Berlin 1971) 1629 ff., 1634; Waldmann, Entstehung (Fn. 40) 80f. verneint einen italienischen Einfluss.

<sup>46</sup> Silberschmidt, Entstehung (Fn. 1) 39.

währtem, allemal Wichtigem bestehen. Wie wir gesehen haben, gilt dies auch für die die Kaufleute betreffenden Partien.

Die Einrichtung des Reichskammergerichts 1495, also die Schaffung einer neuen Appellationsinstanz, bedeutete für das Verfahrensziel einer möglichst raschen Konfliktlösung ein neues Risiko. Die Möglichkeit, sich davon befreien zu lassen, hatte der Nürnberger Rat umgehend angestrebt. 1508 erhielt die Stadt, auch durch Einsatz finanzieller Mittel, von Kaiser Maximilian ein Privileg, nach dem nicht nur, wie auch in Privilegien für andere Reichsstädte, für die Appellation am Reichskammergericht eine Mindestappellationssumme (hier 600 Gulden) festgelegt wurde, sondern die Appellation in Kaufmannssachen völlig ausgeschlossen wird<sup>47</sup>. Darüber hinaus sollen die Prozesse der Kaufleute (Kauf, Rechnung, Gesellschaft) an den Nürnberger Gerichten in deren Interesse „summarie“ behandelt werden, wie sich „nach des Kaisers Satzungen und des Reichs beschriebenen Rechten“ gebühre<sup>48</sup>. Hier wird eindeutig auf die römisch-kanonische Prozessrechtslehre der Legisten verwiesen. Außerdem sei niemand geschickter zu entscheiden als die „verständigen“ Kaufleute selbst. Die Besonderheit des Nürnberger Appellationsprivilegs, das innerhalb des Reichs seiner Zeit voraus war, könnte dadurch zu erklären sein, dass die an den Kaiser gezahlten Gelder nicht von den großen Familien, sondern von den „führenden Kaufleuten“, genauer: den aktiven Kaufleuten, aufgebracht worden waren<sup>49</sup>.

Das Privileg wurde 1522 von Karl V. noch einmal bestätigt. Der Teil, der unter Berufung auf das Reichsrecht den Kaufleuten ein summarisches Verfahren zusichert, blieb zunächst ohne Folgen, etwa in Gestalt einer Ergänzung oder Änderung der Reformation. Ob es zutrifft, dass das Interesse, das Nürnberg bei der Bitte um das Privileg des summarischen Prozesses für kaufmännische Streitigkeiten bekundet hatte, nur auf taktischen Erwägungen beruhte<sup>50</sup>, mag dahinstehen. Sicher ist, dass man, jedenfalls beim Rat, einen derartigen Reformbedarf nicht sah, zumal damals im deutschen Teil des Reichs keine Vorbilder existierten.

Außerdem ist neben den erwähnten tradierten summarischen Verfahren noch mit einer weiteren Möglichkeit der Konfliktlösung unter Kaufleuten in der ersten Hälfte des 16. Jh. in Nürnberg zu rechnen; es gibt Anhaltspunkte dafür, dass sich die Kaufleute selbst geholfen haben. Der Frankfurter Prokurator und Advokat Johann Martin Vogt, Autor eines 1654 erstmals erschienen Traktats zum Wechselrecht<sup>51</sup>, berichtet, dass sich die Kaufleute in Frankfurt, wo es „keinen absonderli-

<sup>47</sup> Hierzu ausführlich *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 49 ff., 58 ff.

<sup>48</sup> *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 59.

<sup>49</sup> *Havald Rehm*, Die Nürnberger Handelsgerichtsbarkeit. Verfassung und Prozeß insbesondere im 19. Jahrhundert (Nürnberg 1974) 1 (im Folgenden zitiert: *Rehm*, Handelsgerichtsbarkeit); hier weiterführende Hinweise auf Quellen und Literatur.

<sup>50</sup> So *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 61.

<sup>51</sup> *Johann Martin Vogt*, Tractatus analyticus de cambiis, tam regularibus, in quo termini hujus artis, ab exteris nationibus petiti, et proinde captui Germanorum minus obvii, explicantur, ad gestum et gustum Germaniae nostrae applicantur, variis diversorum locorum consuetudinibus, statutis et praeiudiciis, juvantur 1654; auch: Giessae 1658, cum additionibus Ahasver Fritschii (Francofurti 1670), Thes. VII. Zu Vogt vgl. *Scherner*, Wissenschaft (Fn. 6) 61.

chen Magistrat“ gebe, der „die zwischen ihnen fürfallenden Streitigkeit sua auctoritate erörtern dörrfte“, also kein besonderes Handelsgericht, ohne Einschaltung des Rats, „absque strepitu iudicii“, selbst um eine Lösung „per modum compromissi“ bemühen würden<sup>52</sup>. Mit *compromissum* hat man den Schiedsvertrag bezeichnet, in dem sich die Parteien einem Schiedsrichter unterwerfen, der hier auch ein Kaufmann ist<sup>53</sup>. Gelingt dies nicht, so Vogt weiter, so werde „per modum deputationis vel commissionis“ eine Lösung gesucht, also dem Wege über vom Rat beauftragte Schiedsrichter, die dann allerdings wegen oft fehlender Kenntnisse in „des Kauffmans Styli“ „unparteiliche Parere oder Kauffmansbelehrung“, also Handelsgutachten, heranzögen, die über den *Stylus* und die *consuetudo*, also die einschlägigen Rechtsgewohnheiten, informieren. Warum sollte es nicht genauso oder ähnlich in Nürnberg gewesen sein, das damals zu den wenigen Städten und Territorien gehörte, die das Schiedsverfahren gesetzlich geregelt haben? Anders als die vorhergehenden Fassungen enthält die revidierte Reformation von 1564 einen neuen Titel 9 im ersten Buch mit der Überschrift „Von Compromissen, Hindergengen und Anlassen“. Obwohl gerade auch im Verfahrensrecht diese Fassung stärker romanisiert ist als die früheren, folgt das neu aufgenommene Schiedsverfahren den „einheimischen“ (Krause), in der süddeutschen Region durch die Augsburger und Münchener Stadtrechte des 13. u. 14. Jh. überlieferten Grundsätzen: Verbindlichkeit der formlosen Schiedsvereinbarung, die Parteien können Rechts- oder Billigkeitsentscheidungen vereinbaren, Rechtsmittel sind ausgeschlossen und der Schiedsspruch ist vollstreckbar, allerdings nur bei Einschaltung des ordentlichen Gerichts. Wenn die zum raschen Handeln verpflichteten Richter die ihnen gesetzte Frist nicht einhielten, wurde der Schiedsvertrag hinfällig<sup>54</sup>. Wenn zutrifft, dass die verbreitete Nichtbehandlung des Schiedsgerichts in der Reformationsgesetzgebung des 16. Jh. nicht darauf schließen lässt, das Schiedswesen sei außer Gebrauch gekommen – in Frankfurt gab es noch ein Jahrhundert später die Praxis des *compromissum* unter Kaufleuten, obwohl die Frankfurter Reformation dazu schweigt –, dann gilt das für Nürnberg erst recht. Die dortige Aufnahme des Schiedsverfahrens in die Fassung von 1564 zeigt vielmehr das Interesse am geregelten Erhalt einer Institution, die sich in wesentlichen Punkten vom römisch-rechtlichen *compromissum* unterscheidet.

Als erstes Zwischenergebnis lässt sich festhalten: Am Beispiel der Nürnberger Reformationsgesetzgebung des 15. und 16. Jh. sowie Parallelen in anderen Städten und Territorien wird sichtbar, dass sich trotz der in Süddeutschland stärkeren Ro-

<sup>52</sup> *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 117 hat nicht nur auf Vogt selbst hingewiesen, sondern auch auf spätere Literatur, die über diese Frankfurter Praxis berichtet. Der erste in dieser Reihe war *Johann Marquard*, Tractatus (Fn. 7), der sie zu den zeitgenössischen Beispielen für eine spezifische Handelsgerichtsbarkeit zählt; Bd. 1, 3, 6 n 31. Zu den anderen Autoren wie Johann Jakob Heydiger und Paul Jakob Marperger: *Scherner*, Wissenschaft (Fn. 6) 937 bzw. 947.

<sup>53</sup> Zum römischen *compromissum* und dessen Rezeption *Hermann Krause*, Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland (Berlin 1930) 48 ff. (im Folgenden zitiert: *Krause*, Entwicklung).

<sup>54</sup> *Krause*, Entwicklung (Fn. 53) 57 ff., 30 ff.

manisierung für Kaufleute wichtige, u.U. unentbehrliche Gerichts- und Verfahrensformen gehalten haben, und keineswegs nur in Resten: die prozessuale Privilegierung von Fremden in der Tradition des Gastgerichts, der Exekutionsprozess und das Schiedsgericht.

Seit der Mitte des 16. Jh. zeichnet sich mit der Entstehung von Börsen an wichtigen europäischen Handelsplätzen eine neue Entwicklung ab. Der mit seinen Waren reisende Kaufmann gehörte der Vergangenheit an, das Fracht- und Botenwesen hatte den Transport übernommen. Börsen waren Zusammenkunftsorte von Kaufleuten, an denen Fernhandelsgeschäfte über vertretbare Tauschgüter<sup>55</sup> abgeschlossen wurden und die teilweise auch schiedsgerichtliche Funktionen erlangten, eine Entwicklung, die in Antwerpen begonnen hatte. Dem könnte entsprechen, dass 1560 in Nürnberg Kaufleuten vom Rat erlaubt wurde, den Markt abzuläuten, d. h. für geregelte Markttermine zu sorgen. Es wurde eine Marktordnung erlassen, die von Kaufleuten, es waren schließlich fünf „Marktvorsteher“ („Marktvorgeher“, „Marktherren“), überwacht wurde, denen zwei Vertreter des Rats, „Obermarktherren“, zugeordnet wurden<sup>56</sup>. Ebenfalls noch im 16. Jh. wuchs den Marktherren eine weitere, an sich öffentliche Aufgabe zu, die Beaufsichtigung des damals zwischen den Handelsplätzen neu eingerichteten Fracht- und Botenwesens, die sich zunächst in disziplinarrechtlichen Befugnissen erschöpfte, später jedoch auch Jurisdiktion in diesem Bereich einschloss<sup>57</sup>. Bei diesen Neuerungen ist bemerkenswert, dass der Rat, der sonst gerade in Nürnberg auf Erhaltung seiner Macht und Kompetenzen bedacht war, die Kaufmannschaft eingeschaltet und ihr sogar richterliche Befugnisse eingeräumt oder solche zumindest geduldet hat<sup>58</sup>. Es war nur rational und vor allem ökonomisch, das Interesse und die Sachkunde der unmittelbar Betroffenen zu nutzen. Das gilt mit Sicherheit auch für die Bewältigung einer der größten Krisen für den frühneuzeitlichen Handel, der Währungskrise infolge der sog. Münzverschlechterung<sup>59</sup>. Die dadurch verursachte Veränderung von Wertrelationen der Münzen führte zu Preissteigerungen, die noch dadurch verschlimmert wurden, dass sie sich ständig änderten, insgesamt den Handel verunsicherten, eine besondere Form der Inflation, die neue rechtli-

<sup>55</sup> Zu dieser Entwicklung *Hermann Kellenbenz*, *Gewerbe und Handel 1500–1648*, in: *Handbuch deutscher Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, herausgegeben von *Hermann Aubin*, *Wolfgang Zorn*, Bd. 1 (Stuttgart 1971) 414–464, 445 f. (im Folgenden zitiert: *Kellenbenz*, *Gewerbe*).

<sup>56</sup> *Silberschmidt*, (Fn. 1) 67 ff.; *Theodor Heerdegen*, *Das Merkantil-, Friedens- und Schiedsgericht der Stadt Nürnberg*. (Jur. Diss. Erlangen; Nürnberg 1897) 6 f. (im Folgenden zitiert: *Heerdegen*, Nürnberg); *Pius Dirr*, *Der Handelsvorstand Nürnberg 1560–1910* (Nürnberg 1910) 7; *Rudolf Liebstädter*, *Die Gerichtsbarkeit der Marktvorsteher der Stadt Nürnberg*. Ein Beitrag zur Frage des Laienrichtertums auf dem Gebiet der Handelsgerichtsbarkeit. (Jur. Diss. Würzburg 1922) 7.

<sup>57</sup> *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 68 f.; *Heerdegen*, Nürnberg (Fn. 56) 9 f.

<sup>58</sup> Ob diese Initiative auf eine schon damals organisierte Kaufmannschaft schließen lässt, wie schon die ältere Literatur annimmt, z.B. *Heerdegen*, Nürnberg (Fn. 56) 6 f., kann dahinstehen.

<sup>59</sup> Hierzu auch *Kellenbenz*, *Gewerbe* (Fn. 55) 446.

che Konflikte entstehen ließ. Die Nürnberger Kaufleute hatten bereits 1580 vereinbart, welche Münzen angenommen und wie diese zu bewerten seien. Als dies misslang, sah man das Heil in der Kontrolle eines obligatorischen bargeldlosen Zahlungsverkehrs über eine Bank<sup>60</sup>. Im Sommer 1621 wurde in Nürnberg eine Girobank eröffnet, sehr wahrscheinlich nach venezianischem Vorbild. Nach der für sie maßgeblichen Bankordnung sollten alle Handelszahlungen sowie Depositengelder über 200 fl. über Banko erfolgen. Mindestens die Hälfte der Einlagen sollte in guten Münzen erfolgen. Besetzt war das Bankoamt wiederum mit Marktvorstehern sowie vom Rat „Deputierten“ und zwei *Jurisconsulti*. Auch die vom Banko herrührenden Streitigkeiten sollten entschieden werden, damit, wie es heißt, der Rat von ihnen verschont werde. Dies war eine gerichtliche Zuständigkeit, die noch dahin präzisiert wurde, dass sie für die Zahlungen über Banko „auf Kauf und Verkauf oder auf Handelszahlungen, auf Wechseln und auf Deposito oder Interessengeldern“ gelte, später noch für alle Streitigkeiten in Währungsfragen<sup>61</sup>. Da es zu Kompetenzkonflikten mit dem Stadtgericht gekommen war, wurde 1624 vom Rat außerdem dekretiert, dass alle Kaufmannssachen an das Bankoamt zu verweisen seien, wo sie durch summarische Cognition erledigt oder in Güte verglichen werden sollen. Bei der Entscheidung durch Cognition, einem abgekürzten Verfahren, das sowohl schriftlich als auch mündlich durchgeführt werden konnte, waren die rechtsgelehrten Konsulenten nicht stimmberechtigt. Dem Privileg von 1508 entsprechend war Appellation gegen den Bankobescheid nur beim Rat möglich. Verweisungen an das Stadtgericht waren nur zulässig für Zeugenvernehmungen oder andere Beweiserhebungen, oder wenn es um schwierige Rechtsfragen ging<sup>62</sup>. Anders als im Verhältnis zum Stadtgericht schloss die Zuständigkeit des Bankoamts nicht aus, dass die Parteien ihre Streitigkeiten bei den Marktvorstehern im sog. „Marktgewölbe“ *de simpliciter et plano* austrugen<sup>63</sup>. Dies und die erwähnte Aufnahme von Regelungen über Schiedsgerichte in die Reformation stützen die in der Literatur vertretene These, dass auch in Nürnberg das kaufmännische Schiedsgerichtswesen mindestens bis ins frühe 16. Jh. zurückreicht<sup>64</sup>. Initiativen der Kaufmannschaft und erfahrene Juristen, die den Rat überzeugten, führten schließlich dazu, aus dem Bankoamt ein regelrechtes Handelsgeschicht zu machen, das nun auch die Beweisaufnahmen selbst vornehmen konnte. Dadurch sollte nicht nur das ohnehin überlastete Stadtgericht entlastet, sondern auch die raschere Entscheidung, das Privileg von 1508 in die Tat umsetzend, gewährleistet werden. Auch waren inzwischen in Bozen, Braunschweig und Leipzig Handelsgeschichte entstanden<sup>65</sup>. 1697 wurde die Gerichtsordnung für das „Mercantil- und Bankogericht“<sup>66</sup> erlassen. Das an sich noch zuständige Stadtgericht wurde

<sup>60</sup> Zum folgenden ausführlich *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 66 ff., 77 ff., 78 ff., 86 ff.

<sup>61</sup> *Rehm*, Handelsgerichtsbarkeit (Fn. 49) 5 f. m.w.Nachw.

<sup>62</sup> *Heerdegen*, Nürnberg (Fn. 56) 13 ff.

<sup>63</sup> *Heerdegen*, Nürnberg (Fn. 56) 17; *Liebstädter*, Gerichtsbarkeit (Fn. 56) 47 ff.

<sup>64</sup> Vgl. *Rehm*, Handelsgerichtsbarkeit (Fn. 49) 3.

<sup>65</sup> *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 92 f.; *Heerdegen*, Nürnberg (Fn. 56) 22 ff.

<sup>66</sup> Des zu Nürnberg angerichteten Mercantil- und Banco-Gerichts Ordnung ao. 1697.

vom Rat angewiesen, Handelssachen nun an das Mercantilgericht zu verweisen. Ansonsten handelte es sich um die Fortsetzung der gerichtlichen Tätigkeit des Bankoamts. So wurde an der Besetzung des Gerichts nichts geändert. Prokuratoren und Advokaten der Nürnberger Gerichte konnten auch hier, wenn auch eingeschränkt, tätig werden (Art. 4, 13, 14). Es galten die Grundsätze des summarischen Verfahrens. Wurde die Klage schriftlich erhoben, sollten die Parteien und ihre Anwälte höchstens zwei Schriftsätze wechseln und erklären, sich der Entscheidung des Gerichts zu unterwerfen (Art. 8). Als überflüssig angesehene Beweisangebote konnten abgelehnt werden. Das Urteil erging schriftlich, wurde aber in einem besonderen Termin verkündet (Art. 15). Da grundsätzlich ein gütlicher Vergleich erwünscht war, empfahl sich das mündliche Verfahren, bei dem der Kläger, auch wenn er durch einen Anwalt vertreten war, persönlich anwesend sein musste (Art. 7). Der Beklagte hatte darauf seine Einreden vorzubringen, denen dann Replik und Duplik folgten. Die Appellation an den Rat war zulässig, nicht jedoch an das Reichskammergericht (Art. 16). Dass im Laufe des 18. Jh. die Prozesse immer länger dauerten, dürfte darauf zurückzuführen sein, dass sich die Gerichtspersonen, insbesondere die Konsulenten, nicht an die Prinzipien des summarischen Prozesses gehalten haben. Gericht und Prozessordnung wurden 1804 aufgehoben<sup>67</sup>. Die Rechtsprechung ist, soweit ersichtlich, noch nicht erschlossen.

Als wirkungsvoll für die Konfliktlösung unter Kaufleuten erwies sich eine weitere Nürnberger Einrichtung: die Abfassung von schriftlichen Gutachten über kaufmännische Rechtsfragen, die erwähnten *Pareres*, die von juristischen Sachkennern wie Johannes Marquard hochgeschätzt waren und deren Einholung in einem Reichsgutachten vom 31. 7. 1668 den Gerichten nahegelegt wurde<sup>68</sup>. Die Marktvorsteher, also die gleichen Kaufleute, die dem Bankoamt und später dem Mercantilgericht angehörten, daneben auch als Schiedsrichter tätig waren, erstellten diese Gutachten auf Anfrage<sup>69</sup>. Als seit 1635 noch zwölf Marktadjunkten hinzukamen, die zur Kontrolle des Banko eingesetzt worden waren, haben auch diese mitgewirkt und die Gutachten unterschrieben. Gelegentlich hat man auch besonders sachkundige Kaufleute hinzugezogen. Zwischen 1629 und 1813 wurden 1126 *Pareres* erteilt. Sie befassten sich mit zahlreichen kaufmännischen Rechtsfragen, insbesondere mit Wechselrecht<sup>70</sup>. Anfrager waren neben Juristen, Kaufleuten und Stadtregierungen auch Gerichte. Sie kamen nicht nur aus deutschen Handelsstädten wie Frankfurt, Hamburg, Köln, Augsburg, Regensburg, sondern auch aus

Hierzu *Lammel*, Gesetzgebung (Fn. 4) 699; *Heerdegen*, Nürnberg (Fn. 56) 22ff.; *Rehm*, Handelsgerichtsbarkeit (Fn. 49) 10ff.

<sup>67</sup> *Heerdegen*, Nürnberg (Fn. 56) 30ff.

<sup>68</sup> *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 157f. Vgl. das Kaiserliche Commissions-Decret vom 8. 10. 1668, in: Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede, Vierter Theil, Nr. XXIX (Frankfurt 1747, ND Osnabrück 1967) 59f.

<sup>69</sup> *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 96 ff.; *Heerdegen*, Nürnberg (Fn. 56) 17ff.; *Rehm*, Handelsgerichtsbarkeit (Fn. 49) 8f. Ausführlicher *Philipp Pommer*, Die Rechtsgutachten der Nürnberger Marktvorsteher (Jur. Diss. Erlangen 1948) (im Folgenden zitiert: *Pommer*, Rechtsgutachten).

<sup>70</sup> Vgl. den Überblick bei *Pommer*, Rechtsgutachten (Fn. 69) 16–105.

dem Ausland wie Genua, Venedig, Antwerpen oder England. Teilweise wurden die Gutachten in italienischer oder flämischer Sprache erteilt<sup>71</sup>. Sie zirkulierten auch in Handelsstädten und wurden dort unterschrieben. Für die deutsche und europäische Geschichte des Handelsrechts sind sie von großer Bedeutung. Ihre bisherige Erschließung ist unzureichend<sup>72</sup>.

### III

Auch im frühneuzeitlichen Hamburg konnten Kaufleute ihre Konflikte vor ordentlichen Gerichten, Sondergerichten oder ganz ohne beide austragen. Verglichen mit Nürnberg gibt es Parallelen, aber auch Unterschiede<sup>73</sup>. Diese beruhen einmal darauf, dass im Norden der Einfluss des römisch-gemeinen Rechts und der mediterranen Handelspraxis geringer war, andererseits, dass es sich hier um einen Seehandelsplatz handelt. Gerichtsverfassung und Verfahren waren durch das Stadtrecht und die Gerichtsordnung von 1603/1605 umfassend geregelt und wurden später teilweise revidiert<sup>74</sup>. Dieses Gesetz, in dem ältere Ordnungen des Nieder- und Obergerichts zusammengefasst und revidiert worden sind, war bis zur Mitte des 17. Jh. bestimmend. Das Niedergericht, erstmals 1497 so bezeichnet als Instanz für zivilrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert bis 100 Mark, war – wie das Nürnberger Stadtgericht – ursprünglich grundsätzlich auch für Handels- und Wechselsachen, Schiffs-, Fracht-, Versicherungs- und lange Zeit auch für die Konkursachen zuständig<sup>75</sup>. Man konnte aber, wenn das Niedergericht nicht ausschließlich zuständig war, auch das Obergericht anrufen, unabhängig vom Streitwert<sup>76</sup>. Ob die Behauptung, das Niedergericht hätte eigentlich ein Handelsgericht

<sup>71</sup> Pommer, Rechtsgutachten (Fn. 69) 10f., 26; Silberschmidt, Entstehung (Fn. 1) 97.

<sup>72</sup> Pommer informiert zwar über wesentliche inhaltliche Aussagen der Gutachten, nicht jedoch über die Rechtsgrundlagen, auf die sich diese im Einzelfall stützen. Wie sich seinen Ausführungen entnehmen lässt, ist der Quellenhorizont nach der Art des Usus modernus sehr weit. Besonders wertvolle Informationen sind hier über die Handelsbräuche zu erwarten, auf die sich die Gutachten berufen.

<sup>73</sup> Zur hamburgischen Gerichtsverfassung und zu den Verfahren im Allgemeinen zuletzt sowie zum Admiralitätsgericht grundlegend *Eva-Maria Frentz*, Das Hamburgische Admiralitätsgericht (1623–1811). Prozeß und Rechtsprechung, (Rechtshistorische Reihe 43, Frankfurt, Bern, New York 1985) 1 ff., 34 ff. (im Folgenden zitiert: *Frentz*, Admiralitätsgericht); instruktiv auch *Daniel Heinrich Jacobi*, Geschichte des Hamburger Niedergerichts (Hamburg 1866) (im Folgenden zitiert: *Jacobi*, Geschichte).

<sup>74</sup> Die älteste Ausgabe: Gerichtsordnung und Statuten der Stadt Hamburg von 1603/1605 (Hamburg 1605); eine jüngere: Hamburger Stadtrecht 1603/05, in: Der Stadt Hamburg Gerichtsordnung und Statuta, Ausgabe des Vereins für Hamburgische Geschichte (Hamburg, 1842); frühere und spätere Gerichtsordnungen abgedruckt bei *Christian Daniel Anderson*, Sammlung Hamburgischer Verordnungen 1–8 (Hamburg 1774–1810).

<sup>75</sup> *Jacobi*, Geschichte (Fn. 73) 106 ff., 116 f.; *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 73) 283.

<sup>76</sup> *Jacobi*, Geschichte (Fn. 73) 106 f.

werden sollen<sup>77</sup>, zutrifft, sei dahingestellt. Nach 1605 waren jedenfalls alle see-rechtlichen Klagen bei ihm zu erheben<sup>78</sup>. Ihm standen ursprünglich zwei deputierte Mitglieder des Rats, die *Rathmänner*, vor. Das Urteil wurde von den „Ding-leuten“ gesprochen, zu denen neben Bürgern auch rechts- und gesetzeskundige Fürsprecher (*procuratores*) gehörten. Das Verfahren war zunächst, wie seit dem Stadtrecht von 1420 und den Grundsätzen des sächsischen Prozesses entsprechend, mündlich und öffentlich, die Parteien konnten ohne Fürsprecher ihre Sache selbst vortragen, durften sich aber auch durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen<sup>79</sup>. Von den späteren Gesetzesänderungen ist die Änderung der Gerichtsordnung von 1622 im Hinblick auf die Besetzung des Gerichts von Bedeutung. Auf Verlangen der Bürgerschaft wurde erstmals auch ein Jurist gewählt mit der Folge, dass auf diesen der Vorsitz überging. Später kam auch ein zweiter Licentiat oder Doktor hinzu<sup>80</sup>. Das Vertrauen des Publikums in das gelehrte Richtertum war also gewachsen. Wie in Nürnberg gab es besondere Zuständigkeiten, wie die des Bürgermeisters in Bagatellsachen (GO 1603, 1, 4, 5) oder den Fremdenarrest (GO 1603, I, 17, 1). Andererseits waren örtliche oder personell beschränkte Sonderregelungen und Privilegien üblich. So hatten die englischen *Merchant Adventurers*, die Inhaber des Tuchhandelmonopols auf dem Kontinent, in Hamburg ihren eigenen Richter für Streitigkeiten unter Ihresgleichen, von einem Hamburger Kaufmann konnten sie nur vor dem Rat verklagt werden, mussten sich aber selbst als Kläger mit dem Niedergericht begnügen. Auf die Privilegien der hansischen oder Hamburger Kaufleute im Ausland, etwa in Spanien und Portugal, wo diese sich eine eigene Konsulargerichtsbarkeit gesichert hatten, sei nur hingewiesen<sup>81</sup>. Auch Hamburg hatte 1553 ein Appellationsprivileg erhalten, allerdings auf Streitigkeiten über liquide und verbrieft Forderungen bis 600 Gulden beschränkt<sup>82</sup>. Die Stadt gehörte zu den Reichsstädten und Territorien, die in der frühen Neuzeit dem Schiedsgerichtswesen dadurch eine besondere Bedeutung verliehen, dass sie die Durchführung eines Güteverfahrens zur obligatorischen Voraussetzung für die Erhebung einer Klage bei allen Hamburgischen Gerichten machten, erstmals seit 1603. In Seehandelssachen geschah das in Form des alten gewohnheitsrechtlichen „Dielenverfahrens“ vor den beiden Prätoeren, den Gerichtsverwaltern, das erst 1724 gesetzlich geregelt wurde<sup>83</sup>. Es glich zwar mit der förmlichen Ladung des Beklagten, der Verhandlung bis zur Duplik, der Beweiserhebung durch Zeugen, Urkunden und Parteivernehmung dem ordentlichen Prozess, enthielt aber Merkmale des summarischen Verfahrens, u. a. die Verkürzung

<sup>77</sup> So *Ernst Baasch*, Die Handelskammer zu Hamburg 1665–1915, 1; 1665–1814 (Hamburg 1915) 204 (im Folgenden zitiert: *Baasch*, Handelskammer).

<sup>78</sup> *Frentz*, Admiraltätsgericht (Fn. 73) 284.

<sup>79</sup> *Jacobi*, Geschichte (Fn. 73) 9 ff., 11 ff., 18 ff.

<sup>80</sup> *Jacobi*, Geschichte (Fn. 73) 24 ff.; 33.

<sup>81</sup> *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 141; *Frentz*, Admiraltätsgericht (Fn. 73) 283 Anm. 8; *Marquard*, Tractatus (Fn. 7) 1, 3, 6, 30, 37 ff.; Abdrucke der Privilegien bei *Marquard*, Tractatus (Fn. 7) Bd. 2, 55 ff., 194 ff.

<sup>82</sup> *Frentz*, Admiraltätsgericht (Fn. 73) 116; *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 141.

<sup>83</sup> *Frentz*, Admiraltätsgericht (Fn. 73) 69 f.

der Fristen sowie Bevorzugung der Mündlichkeit als Prozessmaxime, die Sprüche waren aber wie Gerichtsentscheidungen uneingeschränkt vollstreckbar. Soweit ersichtlich, endeten diese Güteverfahren in Seesachen jedoch immer mit der Verweisung an das inzwischen neu geschaffene Admiralitätsgericht. Das Verfahren vor den Gerichtsverwaltern konnte auch durch ein Streitschlichtungsverfahren vor dem Hamburgischen Rat ersetzt werden. Anders war das Güteverfahren der sogenannten „guten Mannschaft“ einzuordnen<sup>84</sup>. Zuständig nur in Versicherungssachen und anerkannt als vorgeschaltete Güteinstanz war es ein reines Schiedsgericht, bei dem die Parteien die „guten Männer“ wählen konnten. Es entspricht dem gemeinrechtlichen *compromissum* und musste nach den gesetzlichen Regelungen seit 1656 innerhalb von zwei Monaten abgeschlossen sein, bei sehr freier Gestaltung des Verfahrens. Aber auch hier zeigte sich eine Abkehr von der alten, gerade im Handelsrecht verbreiteten Vorstellung, Konflikte durch Kompromisse zu lösen<sup>85</sup>. Güteverhandlungen wurden nicht betrieben oder schließlich doch das Admiralitätsgericht angerufen, dem man offenkundig mehr Fachkompetenz zutraute. Auch wehte im Hamburger Geschäftsleben ein schärferer Wind<sup>86</sup>. Die Kaufmannschaft war nicht mehr eine homogene soziale Gruppe mit einem hohen Stellenwert der inneren Harmonie. Die streitige Entscheidung in Assekuranzsachen aufgrund von in Hamburg abgeschlossenen Verträgen hatte sich der Rat vorbehalten<sup>87</sup>.

Verglichen mit der Entwicklung der Nürnberger Gerichtsverfassung und des Prozessrechts war der Hamburgische Gesetzgeber bei gleichen Grundstrukturen also ungleich aktiver, wie sich in der Einführung eines obligatorischen, wenn auch wenig wirksamen Güteverfahrens im Rahmen der Reformen von 1603 zeigt. Angesichts dessen fragt man sich, wie der Beitrag der Kaufleute selbst auf dem Gebiet der Konfliktlösung aussah. Früher als in Nürnberg war in der frühen Neuzeit in Hamburg ein von Kaufleuten besetztes Gericht entstanden. Basis war der „mene Kopman“, ein Zusammenschluss von Flandern-, England-, Schonen- und Islandfahrern, also Fernkaufleuten, den es auch in anderen Seehäfen gab. Ihm hatte der Rat 1517 gestattet, zusammen mit den beiden Zollherren des Rates aus den drei erstgenannten Gruppen „je zwei Olderleude“ zu wählen. Dieses auch „Kaufmannsrat“ oder „Börsenalten“ genannte Kollegium sollte Handelsstreitigkeiten, auch Seesachen, als Schiedsgericht entscheiden. Daneben hatten die Börsenalten auch disziplinarische Befugnisse gegenüber dem eingesetzten Personal wie den Schiffern. In schwierigen Fällen oder solche von öffentlichem Interesse sollten die Zollherren zur Entscheidung herangezogen werden<sup>88</sup>. Es entspricht dem strengen Regiment, das auch der Hamburgische Rat über die Gerichtsbarkeit ausübte, dass mit der „Foundation der Börsenalten“ seine eigene judikative Hoheit nicht berührt werden sollte, ein Vorbehalt, den wir schon als politisches und rechtliches Pro-

<sup>84</sup> *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 73) 70 ff.

<sup>85</sup> Vgl. hierzu *Krause*, Entwicklung (Fn. 53) 64 ff., 70.

<sup>86</sup> *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 73) 71 f.

<sup>87</sup> *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 73) 287.

<sup>88</sup> *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 73) 282 f.

blem in mittelalterlichen italienischen Stadtkommunen gegenüber der Konsulargerichtsbarkeit antreffen<sup>89</sup>. Über die Tätigkeit der Börsenalten, ein mündliches Verfahren, ist nichts überliefert. Andererseits wird für Hamburg, das mit der Errichtung einer Börse und der Aufsicht der Kaufleute über das Botenwesen Nürnberg jeweils kurz vorausgegangen war, nichts von einer von Kaufleuten in irgendeiner Form wahrgenommenen jurisdiktionellen Tätigkeit berichtet. Auch als man zur Bewältigung der Folgen der Münzverschlechterung wie in Nürnberg eine Bank gründete, waren in der Bankordnung keine Rechtsprechungsbefugnisse zu finden, wie sie der Rat von Nürnberg gewährt hatte. Immerhin wurde das Appellationsprivileg um alle Bank- und Faktoreisachen erweitert<sup>90</sup>.

Der Anstoß zu einer tiefgreifenden Veränderung der Hamburgischen Gerichtslandschaft, soweit es um die kaufmännischen Streitigkeiten ging, kam von außen. Der westeuropäische Seehandel hatte schon länger unter der Seeräuberei gelitten. Besonders seit 1621 hatten die Kaperungen von Hamburgischen Schiffen durch nordafrikanische und türkische Korsaren zugenommen, die ihre Raubzüge bis in den Ärmelkanal ausdehnten. Lübeck hatte dabei innerhalb von vierzehn Jahren zwanzig Schiffe verloren<sup>91</sup>. Die Belastung der Wirtschaft bestand nicht nur im Verlust der Schiffe und Waren, sondern auch in den Kosten für den Loskauf der gefangenen Besatzungen, die durch Sammlungen aufgebracht werden mussten. Wie auch anderwärts suchte man Abhilfe in der Einrichtung ständiger Admiralschaften und der Einsetzung eines Admiraltätskollegiums mit dem Zweck der Organisation bewaffneter privater Konvois. Im Juli 1623 wurden sechs Bürger und zwei „Schifferalte“, erfahrene Kapitäne im Ruhestand, vom Rat eingesetzt, die zusammen mit fünf Ratsmitgliedern die „deputierten Herren und Bürger der Admiraltät“ bildeten. Die am 10. August 1623 erlassene Admiralschaftsordnung<sup>92</sup> bildete die Rechtsgrundlage des Kollegiums. Sie regelte nicht nur die Organisation ständiger Admiralschaften, eines Admirals in Anlehnung an das Hamburgische Stadtrecht von 1603 (II, 14.41 ff.), Dinge wie Mindestbewaffnung und Finanzierung, verlieh jedoch keine Jurisdiktionsgewalt. Da diese jedoch gerade von den Ratsmitgliedern im Kollegium gefordert wurde, gewährte sie der Rat am gleichen Tag, und zwar nicht nur bezogen auf die Streitigkeiten zwischen Schiffen und Reedern, Besatzung und Befrachtern, sondern sie wurden noch ausgedehnt auf alle Seerechtsmaterien, für die bisher das Niedergericht zuständig war, sowie auf Versicherungssachen, für die sich bisher der Rat für zuständig erklärt hatte<sup>93</sup>. Damit war eine die gesamten seerechtlichen Streitigkeiten umfassende, an-

<sup>89</sup> Hierzu grundlegend *Antonio Padoa Schioppa*, Giurisdizione e statuti delle arti nella dottrina commune, in: *Ders.*, Saggi di storia del diritto commerciale (Milano 1992) 11–62.

<sup>90</sup> *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 141, 77; *Frentz*, Admiraltätsgericht (Fn. 73) 116.

<sup>91</sup> *Frentz*, Admiraltätsgericht (Fn. 73) 288 ff.; *Philippe Dollinger*, Die Hanse (Stuttgart 51988) 447. Anschaulich *Eckhart Kleßmann*, Geschichte der Stadt Hamburg (Hamburg 51985) 156 ff.

<sup>92</sup> Unter anderem abgedruckt bei *Marquard*, Tractatus (Fn. 7) 2, 589 ff. Lit. R. Zur Zuverlässigkeit dieses Abdrucks *Frentz*, Admiraltätsgericht (Fn. 73) 290 f.

<sup>93</sup> *Frentz*, Admiraltätsgericht (Fn. 73) 291 ff.

dere Hamburgische Gerichte ausschließende erstinstanzliche Zuständigkeit geschaffen. Die erwähnten Güteverfahren waren auch hier durchzuführen. Das Gericht selbst war personell identisch mit dem Admiralitätskollegium, hinzu kam noch der Sekretär, dem aber keine richterliche Funktion zukam. Den abwechselnden Vorsitz führte einer von den zwei Bürgermeistern. Interessant ist dabei die Mitwirkung graduierter Juristen. Obwohl es hier keine besonderen Regelungen gab, betrug ihr Anteil unter den Vorsitzenden des Admiralitätsgerichts mehr als siebenzig Prozent. Das entspricht dem Umstand, dass die Bürgermeister im Laufe der Zeit, bereits 1643, alle graduiert waren. Von den übrigen vier Ratsherren sollte die Hälfte graduiert sein, die anderen Kaufleute mit Seehandelserfahrung. Von einem graduierten Ratsherrn mussten die Relationen und Entscheidungsvorschläge formuliert werden. Die Vertreter der Bürgerschaft im Admiralitätsgericht sollten erfolgreiche Kaufleute mit Erfahrung in „Seesachen“ sein, besonders im Italien- und Spanienhandel<sup>94</sup>. Die Qualifikation der Schifferalten habe ich schon erwähnt. Mit Recht hat man davon gesprochen, dass dieses Berufungsverfahren dem Fachkundeprinzip folge<sup>95</sup>.

Für die Gerichtsverfassung und das Verfahren galt grundsätzlich die Gerichtsordnung von 1603. Wie auch vor den anderen Hamburgischen Gerichten konnte jeder „Bürger oder Einwohner“, der mündig war, klagen oder verklagt werden. Fremde, Zugewanderte ohne Bürgerrecht, ebenso Juden, Frauen, außer „Handelsfrauen“, wie Kinder mussten sich durch „Vormünder“ oder *Curatores* vertreten lassen. Auch auswärtige Kaufleute ohne Wohnsitz in Hamburg waren zwar partei-, nicht aber prozessfähig und mussten sich vertreten lassen. In der Regel geschah das durch Notare oder von dem Auswärtigen beauftragte Bürger, die ihrerseits meist einen Prokurator betrauten<sup>96</sup>. Ansonsten spielten, vor allem anfangs, Prokuratoren im Admiralitätsverfahren nur eine geringe Rolle, da der Prozess durch den mündlichen Vortrag der Parteien bestimmt wurde. Die Prokuratoren mussten – wie übrigens auch nach anderen zeitgenössischen Ordnungen – „rechtserfahren“ sein, sich also im Verfahrensablauf und den Antragsrechten der Parteien auskennen, nicht im Sinn materieller Rechtskenntnisse, und schon gar nicht Juristen sein, wie die Advokaten, die die Parteien außerhalb des Prozessbereichs berieten<sup>97</sup>. Wie sich aus den Prozessakten ergibt, waren die Advokaten in Admiralitätssachen außerordentlich fähig und haben durch ihre Schriftsätze sichtlich auf die materielle Urteilsfindung eingewirkt<sup>98</sup>. Das Verfahren vor dem Admiralitätsgericht enthielt gegenüber dem allgemeinen Hamburgischen Zivilprozessrecht Besonderheiten im Sinne einer Vereinfachung und Beschleunigung, ganz in der Tradition des Seegerichts als „Gastgericht“. So war ein Teil der Ladungsfristen verkürzt, das Nichterscheinen des Beklagten führte noch früher zum Versäumnisurteil als sonst, das Beweisverfahren erfolgte nicht gesondert, sondern es war in

<sup>94</sup> *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 73) 42 ff.

<sup>95</sup> *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 73) 249.

<sup>96</sup> *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 73) 58 f.

<sup>97</sup> *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 73) 61 ff.

<sup>98</sup> *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 73) 67 f.

die Verhandlung integriert und der Urkundenbeweis als präsenes Beweismittel wurde als prozessbeschleunigend bevorzugt<sup>99</sup>. Als Urkunden wurden vom Admiralitätsgericht auch die *Pareres* bewertet<sup>100</sup>, als Beweis der tatsächlichen Übung einer *consuetudo*, einer Usance. Die Aktenversendung an juristische Fakultäten wurde 1711 im Interesse einer zügigen erstinstanzlichen Entscheidung abgeschlossen<sup>101</sup>. Dass man nach 1700 zum schriftlichen Verfahren überging<sup>102</sup>, führte zwar zur Verlängerung der Prozesse, entsprach aber dem allgemeinen Trend in der Entwicklung des sächsischen Prozesses. Gegen Beweisurteile oder Endurteile gab es verschiedene Rechtsmittel, die an Appellationssummen geknüpft waren, insgesamt aber weiter als bei anderen Seegerichten wie denen von Lübeck oder Bremen. Es gab eine *Restitutio* bei inappellablen Seesachen wieder an das Admiralitätsgericht zur Überprüfung der Entscheidung durch einen anderen Referenten, die Appellation war beim Obergericht möglich, wegen der erwähnten Appellationsprivilegien jedoch nicht beim Reichskammergericht. Stattdessen war Revision beim Obergericht selbst zulässig. Zur Grundlage der Entscheidung bediente sich dieses oft der Aktenversendung<sup>103</sup>.

Urteile und Protokolle des Admiralitätsgerichts sind in zahlreichen Archiven und Beständen erhalten, wurden aber auch in der Literatur herangezogen und wiedergegeben. Sie sind, ebenso wie die Verfassung und Prozessordnung des Gerichts, in jüngeren Untersuchungen außerordentlich gut erschlossen und ausgewertet<sup>104</sup>, anders als die in ihrer Bedeutung ebenso wichtigen Nürnberger *Pareres*. Hier kann ich nur auf die Punkte eingehen, die etwas über das Grundverständnis des Gerichts von See- und Handelsrecht sowie die Wirkung seiner Tätigkeit aussagen. Seine Rechtsprechung, deren Schwerpunkt im Seeverversicherungsrecht liegt, berücksichtigt nicht nur hamburgisches und hansisches Recht, sondern wegen dessen Lücken von Anfang an das nicht nur auf diesem Gebiet des Seerechts tonangebende niederländische Recht, angeführt von der „Ordonnantie van de Zeevart“ Philipps II. von 1563, gefolgt von den Assekuranzordnungen der niederländischen Städte und der „Ordonnance de la marine“ von 1681<sup>105</sup>. Damit ging das Gericht von einer gewissen Einheit des Rechtsraums Handels- und Seerecht aus, ebenso, dass bei der Rechtsanwendung Prioritäten der einzelnen Quellenkategorien des Handelsrechts wie *consuetudo* oder *ius scriptum* gelten. Bemerkenswert ist, dass das Admiralitätsgericht in der Regel eine gesetzliche Grundlage seiner Entscheidung zitiert, ausländische Gesetze dem Gewohnheitsrecht oder Usancen

<sup>99</sup> *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 73) 75, 77 ff., 93 ff., 95 ff.

<sup>100</sup> *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 73) 102 f.; hierzu auch *Frentz*, ZNR 1988 (Fn. 18).

<sup>101</sup> *Frentz*, ZNR 1988 (Fn. 18) 104.

<sup>102</sup> *Frentz*, ZNR 1988 (Fn. 18) 79.

<sup>103</sup> *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 73) 110 ff.

<sup>104</sup> Neben den schon erwähnten Arbeiten von *Eva-Christine Frentz*, (Fn. 18 u. 73) von der gleichen Autorin, Seerechtsentwicklung durch Seerechtsprechung. Der Beitrag des Hamburgischen Admiralitätsgerichts, in: *The Courts and the Development of Commercial Law*, herausgegeben von *Vito Piervigiovanni* (Berlin 1987) 131–160 (im Folgenden zitiert: *Frentz*, Seerechtsentwicklung).

<sup>105</sup> *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 73) 119 ff.

der See vorzieht. Die ebenfalls herangezogene Literatur bildete eher eine ergänzende Entscheidungsgrundlage<sup>106</sup>. Das hamburgische Admiralitätsgericht hat in den fast zwei Jahrhunderten seines Bestehens erheblich die Entwicklung des See- und Handelsrechts beeinflusst. Aufgrund seiner Rechtsprechung ist nicht nur die eigene Gesetzgebung ergänzt und verbessert worden<sup>107</sup>. Auch einzelne Richter haben durch Gesetzesentwürfe, Kommentare und Seerechtssysteme, in denen die gesamte europäische Seerechtsliteratur und -gesetzgebung verarbeitet wurden, ihren Teil dazu beigetragen und damit noch bis ins 19. Jh. hinein gewirkt<sup>108</sup>. Schon bald nach seiner Einrichtung wurde das Gericht um seerechtliche Gutachten von Privatleuten angegangen, von ihm selbst als „Admiralitäts-Responsa“ bezeichnet, die mit den kaufmännischen *Pareres* vergleichbar sind, nur dass sie von dem gesamten Gericht stammten. Anders war es, dass die Anfragen von anderen Spruchkörpern im Nord- und Ostseeraum kamen. Die erteilten Gutachten waren *responsa iuris* und beeinflussten unmittelbar die Rechtsprechung dieser Gerichte. Die dazu nötige Aktenversendung nach Hamburg hatte die gleiche Funktion wie die an die Juristenfakultäten, wobei bemerkenswert ist, dass es sich hier um ein erstinstanzliches Gericht handelte<sup>109</sup>.

Obwohl Hamburg mit Konfliktlösungsmechanismen gut ausgestattet war, gab es unter den Kaufleuten nach wie vor das Bedürfnis, ihre Interessen zu artikulieren, auch bei diesen Lösungen mitzuwirken oder solche tunlichst zu vermeiden. Sie fühlten sich weder durch die alten Gesellschaften der England-, Schonen- und Bergenfahrer, noch durch die Börsenalten ausreichend vertreten, und das Admiralitätsgericht war ein Kollegium, in dem der Einfluss des Rats und der Juristen bestimmend war. So trat bereits 1665 ein von den „zur See handelnden Kaufleuten“ (die mit dem „Ehrbaren Kaufmann“ identifiziert werden)<sup>110</sup> gewähltes Kollegium von sechs Kaufleuten aus ihrer Mitte und einem Schifferalten zusammen, das sich als Commerzdeputation bezeichnete<sup>111</sup>, um sich um alles, „was dem commercio nützt“, zu kümmern und mit dem Rat zusammenzuarbeiten, möglicherweise nach einem Amsterdamer Vorbild. Nachdem sie zunächst die Mängel des Convoiwesens gerügt hatte und damit die Admiralität, bewirkte die Commerzdeputation unter anderem im Versicherungswesen Verbesserungen der Versicherungsbedingungen und der Assekuranzordnung, versuchte dort schiedsrichterliche Streitbelegungen zu fördern und trug insoweit zur Konfliktvermeidung und -lösung bei. In einem Assekuranzprozess wurden die Deputierten als Untersuchungsrichter eingesetzt. Zum Programm der Deputation gehörte auch die immer wieder vorgebrachte Bitte, ein Handelsgericht zu errichten<sup>112</sup>. Sie hatte jedoch damit ebenso

<sup>106</sup> *Frentz*, Admiralitätsgericht (Fn. 73) 130, 132 ff.

<sup>107</sup> *Frentz*, Seerechtsentwicklung (Fn. 104) 152 ff.

<sup>108</sup> *Frentz*, Seerechtsentwicklung (Fn. 104) 141 ff.

<sup>109</sup> *Frentz*, Seerechtsentwicklung (Fn. 104) 133 ff.

<sup>110</sup> *Baasch*, Handelskammer (Fn. 77) 2.

<sup>111</sup> *Baasch*, Handelskammer (Fn. 77) 1 ff., Die Gründung der Commerzdeputation und ihr erster Kampf um ihre Existenz.

<sup>112</sup> *Baasch*, Handelskammer (Fn. 77) 203 ff.

wenig Erfolg wie Frankreich, das in Verhandlungen mit Hamburg den gleichen Wunsch geäußert hatte, denn der Rat stellte sich auf den Standpunkt, die bestehenden Schiedsgerichte machten eine solche Einrichtung entbehrlich; im Übrigen gebe es in Hamburg genug Gerichte. Es beweist nicht nur die damalige Wertschätzung der *Pareres*, sondern auch das Ansehen der Hamburgischen Commerzdeputation, dass auch diese schon bald nach ihrer Entstehung um Gutachten angegangen wurde, sogar durch Vermittlung des Rats oder durch einzelne Ratsherren<sup>113</sup>. Anfragen kamen auch häufig von außerhalb. Da die Deputation eine gutachterliche Tätigkeit nicht als ihre Aufgabe betrachtete, lehnte sie häufig ab, Gutachten zu erstellen. Ein Argument war, sie könnte sich nur im Hinblick auf das in Hamburg geltende örtliche und gemeine Recht äußern.

## IV

Nachdem im Rahmen einer Übersicht über die frühneuzeitlichen deutschen Formen der Konfliktlösung im Handels- und Seerecht die Nürnberger und Hamburger Verhältnisse etwas ausführlicher dargestellt worden sind, darf ein Blick auf Leipzig nicht fehlen<sup>114</sup>, nicht nur deshalb, weil es sich hier um einen bedeutenden Handelsplatz handelt, zu dessen Messen jährlich Tausende von Besuchern kamen, sondern auch, weil dort 1682, also noch vor Nürnberg, das erste Handelsgericht in Deutschland errichtet wurde. Leipzig ist außerdem deshalb interessant, weil es, anders als Nürnberg und Hamburg, keine Reichsstadt, sondern eine landesuntertänige kursächsische Stadt war, in der andere Machtverhältnisse galten. Als Messeort war die Stadt Schauplatz einer besonderen Handelsform, des auf bestimmte Termine beschränkten, aber damit umfangreichen Warenumsatzes – in Leipzig waren es drei Jahrmärkte. Die Stadt war eine der wichtigsten Knotenpunkte europäischer Handelswege, von Venedig über den Brennerpass, von Ungarn und Polen nach Nord- und Westeuropa, und sie scheint schon früh über ein Marktrecht verfügt zu haben. Die um 1160 zu datierende Stadtrechtsverleihung kennt nicht nur eine vorhandene *conventio fori*, sondern bestätigt ein summarisches Verfahren gegen säumige Schuldner<sup>115</sup>. Durch ein späteres Privileg werden auswärtige Kaufleute, die sich in Leipzig aufhalten, von der damals verbreiteten Gesamthaftung für Schulden von Landsleuten befreit. Seit dem Ende des 15. Jh. wurden die Leipziger Jahrmärkte immer wieder durch kaiserliche Privilegien bestätigt und erneuert und gegen die Versuche anderer Städte, den Marktvorteil Leipzigs zu übernehmen, geschützt.

<sup>113</sup> *Baasch*, Handelskammer (Fn. 77) 645 ff.

<sup>114</sup> Mehr als ein Blick ist für die Zeit vor 1682 im vorliegenden Rahmen auch nicht möglich; hier gibt es keine Vorarbeiten (die allerdings angesichts der Quellenlage längst überfällig sind).

<sup>115</sup> Abgedruckt in: Die Privilegien der Leipziger Reichsmessen, Leipzig 1941, 13 ff., dort auch die im Text erwähnten weiteren Privilegien.

Oberster Spruchkörper der Stadt war, wie auch sonst, grundsätzlich der Rat und im Stadtgericht waren die Schöffen die Urteiler, die daneben Rechtsbelehrungen auf auswärtige Anfragen erteilten, als Sprüche des „Schöffenstuhls“ berühmt geworden. Wie auch andere Stadtgerichte und Schöffenstühle entschieden sie auch über handelsrechtliche Fragen<sup>116</sup>. Der Leipziger Schöffenstuhl hat für unser Thema wichtige Positionen vertreten, so, dass Schiedsgerichte zulässig sind und dass Schöffen zu Schiedsrichtern gewählt werden dürfen. Schiedsgericht konnte auch der Rat sein<sup>117</sup>. Im Übrigen war die Gerichtsverfassung die übliche, in Dresden gab es ein Appellationsgericht und als höchste territoriale Instanz das Oberhofgericht in Leipzig. Wie schon erwähnt, war der sächsische Prozess für den Rechtsstreit unter Kaufleuten ungleich günstiger als der römisch-kanonische. Leipzig gehörte zu den Orten, an denen auf der Grundlage des mittelalterlichen autochthonen mündlichen Prozesses ein auf Prozesskonzentration gerichtetes Konzept von sächsischen Juristen entwickelt wurde<sup>118</sup>. Zu ihnen gehörte insbesondere der auch in Leipzig wirkende Benedikt Carpzov. Die 1622 erlassene kur-sächsische Prozess- und Gerichtsordnung für die Ober- und Untergerichte<sup>119</sup> wurde zur zentralen und detaillierten Kodifikation des sächsischen Prozesses. Auch nach diesem Gesetz soll jeder Richter versuchen, einen Kompromiss zu erreichen<sup>120</sup>.

Für die Bedürfnisse einer Messe scheint alles aber nicht ausgereicht zu haben. Als die Prozess- und Gerichtsordnung erlassen wurde, war bereits der Dreißigjährige Krieg ausgebrochen, der, ebenso wie die Münzverschlechterung, der man nicht Herr wurde, Leipzig schwer getroffen hatte. Die Finanzen der Stadt waren derart zerrüttet, dass sie der Kurfürst 1627 unter staatliche Zwangsverwaltung stellen ließ, und Ende 1680 brach auch noch die Pest aus. Den Grund für den sich abzeichnenden Zusammenbruch des Messegeschäfts sahen die Leipziger Kaufleute allerdings woanders. Sie riefen den Kurfürsten um Hilfe an und baten um Einsetzung einer Kommission, die die von ihnen gemachten Verbesserungsvorschläge prüfen sollte<sup>121</sup>. Sie beklagten, dass wegen der Dauer der Prozesse, die auf einen Missbrauch des Rechts zurückzuführen seien, viele nichts mehr auf Kommission nach Leipzig verkauften, d. h. Waren mit Verkaufsauftrag versandten. Die Kaufmannssachen, die *celerrimae expeditionis* und *summarie* sowie *ex bono et aequo* zu behandeln seien, machten ein besonderes Kaufmannsgericht nötig, das es schon in vielen Städten gäbe. Diese werden dann aufgezählt, von Paris über Genua bis nach Breslau. Für die Reihenfolge der Aufzählung sowie die zuvor angeführ-

<sup>116</sup> Ein Beispiel bei *Hermann Wasserschleben* (Hrsg.), Sammlung deutscher Rechtsquellen 1 (Gießen 1860) 251 (Kap. CXII).

<sup>117</sup> Vgl. *Krause*, Entwicklung (Fn. 53) 31 f.

<sup>118</sup> Ein Überblick bei *Wolfgang Sellert*, Art. Prozeß, sächsischer, in: HRG IV (Berlin 1990) 36–39.

<sup>119</sup> Abdrucke bei *Gehrke*, Bibliographie (Fn. 31) 418.

<sup>120</sup> *Krause*, Entwicklung (Fn. 53) 67.

<sup>121</sup> Zur Entstehung des Leipziger Handelsgerichts immer noch maßgeblich *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 122 ff.; vgl. auch *Gerhard Buchda*, Art. Leipzig, in: HRG II (Berlin 1978) 1838 ff.

ten Verfahrensprinzipien existierte ein Muster: Sie sind dem knapp zwei Jahrzehnte zuvor erschienen Werk von Johann Marquard entnommen, ein weiterer Beweis für die Wertschätzung der zeitgenössischen Juristen durch die Kaufmannschaft. Das Kaufmannsgericht soll neben zwei sachkundigen Ratsmitgliedern mit vier ausgewählten Kaufleuten besetzt werden, denen auswärtige Kaufleute als Beisitzer zugesellt werden<sup>122</sup>. Der Rat, der sich in seinen verfassungsmäßigen Rechten beeinträchtigt fühlte, leistete von Anfang an Widerstand. Dem setzte man den Hinweis auf das unanfechtbare Recht der Kaufleute, auf Verbesserung zu dringen, entgegen. Anders als in Nürnberg, wo schließlich der Rat in später Einsicht seinen Widerstand gegen die Reformen aufgegeben hatte, musste hier eine höhere Macht eingreifen: Der Kurfürst erließ am 21. Dezember 1682 die Neue Handels-Gerichts-Ordnung<sup>123</sup>, in der dem Rat der Stadt Leipzig aufgetragen wird, ein beständiges, von den Stadtgerichten unterschiedenes Gericht zu errichten, bei dem allein die Handels- und dazu gehörigen Sachen zu verhandeln wären, und mit vier Deputierten, sowohl Kaufleuten als auch Juristen, zu besetzen. Von den Parteien muss zumindest der Beklagte stets ein Kaufmann sein, auch ein durchreisender oder in Leipzig vertreter, oder der dort Vermögen besitzt. Anwälte werden nur nach Überprüfung zugelassen. Das Verfahren ist ein summarisches (kurze Ladungsfristen, Beschränkung der Einreden, Sanktionen bei Nichterscheinen vor Gericht, Zulässigkeit der Berufung nur bei Mindeststreitwert). Zum Prinzip des Summarischen und den richterlichen Pflichten gehört nach der Handelsgerichtsordnung insbesondere, in Abwesenheit der Advokaten die Parteien zu versöhnen und, wenn dies misslingt, schleunigst zu entscheiden. Bei schwierigen Rechtsfragen soll der Schöffenstuhl befragt werden. Das Gesetz, das mehrere vollstreckungs- und konkursrechtliche Fragen, auch solche des materiellen Handelsrechts, regelte, und das mehrfach verbessert wurde, ist eine der inhaltsreichsten handelsrechtlichen Kodifikationen der frühen Neuzeit in deutscher Sprache, die auch die Tendenz der damaligen Fachliteratur wiedergibt. Die Veränderungen gegenüber dem ordentlichen sächsischen Zivilprozess sind von der zeitgenössischen Rechtswissenschaft dargestellt worden<sup>124</sup>. Es ist nicht nur von Zeitgenossen gelobt, sondern gegen Ende des 18. Jahrhunderts ausführlich kommentiert worden<sup>125</sup>. Soweit ersichtlich, ist die Rechtsprechung dieses Gerichts noch nicht erschlossen. Die Leipziger Messe, deren Gefährdung zur Errichtung des Handelsgerichts geführt hatte, erlebte jedenfalls im 18. Jh. wie andere Außenhandelsmessen eine neue Blüte.

<sup>122</sup> *Silberschmidt*, Entstehung (Fn. 1) 126 f.

<sup>123</sup> Hierzu mit Fundstellen *Lammel*, Gesetzgebung (Fn. 4) 696. Bei Lammel auch eine kurze Inhaltsangabe.

<sup>124</sup> *Karl August Richter*, Dissertatio inauguralis de differentiis inter processum ordinarium et illum sic dictum summarium in judicio mercatorum Lipsiensi usitatum Praes. Conrad Wilhelm Strecker (Erfurt 1733).

<sup>125</sup> *Karl Gottlob Rössig*, Kurze systematische Darstellung der Leipziger Handelsgerichtsordnung (Leipzig 1796); hierzu *Scherner*, Wissenschaft (Fn. 6) 962 f.

## Abstract

The picture in the three cities of Nuremberg, Hamburg and Leipzig differs, but shows clear common traits. In all three cities exists a coexistence of various forms of conflict resolution. The ordinary civil courts, i.e. primarily the town- or lower courts, have, as was the general rule since the middle ages, jurisdiction over all citizens, and therefore also over commercial matters. This is true for arbitration courts as well. Within these, there are special rules which favor especially the merchants and which as well stand in a tradition of medieval institutions. By pre-posing obligatory conciliatory proceedings the importance of arbitration was even strengthened. Here as well there were special procedures for merchants. A specialized jurisdiction, following e.g. the model of the Mediterranean Consular Jurisdiction, did not exist at first, and it would have been out of place. Changes took place in all three cities since the beginning of the 17<sup>th</sup> c. in consequence of crises in which on one hand the merchants demanded specialized courts and on the other hand the administration had accepted their help. In each case the result was the erection of a new type of commercial court, with a mixed council of both merchants and lawyers acting as judges. In the process, the relative weight of the jurists increased, because the common sense clearly demanded professionalism. An additional, not yet examined way of resolving and possibly already avoiding conflicts was the use of commercial expert opinions in mercantile matters, e.g. the Nuremberg “Marktvorsteher” (literally: “market presidents”).

## Résumé

Le tableau dans les trois villes est très différent, mais présente néanmoins des traits communs.

Dans les trois villes, différents modes de résolution des conflits coexistent. Les tribunaux civils ordinaires, en premier lieu les tribunaux de la ville ou de basse justice sont en principe accessibles à tous les citoyens de la ville et de ce fait compétents pour trancher les questions commerciales. La même chose vaut pour les tribunaux d'arbitrage. On peut toutefois y appliquer des règles spécifiques, adaptées en particulier aux marchands et qui peuvent apparaître comme une transposition de modèles médiévaux.

Le recours à l'arbitrage a été renforcé par l'introduction d'une procédure obligatoire de conciliation. Là-encore, on peut observer des procédures spécifiques aux marchands. Une juridiction marchande spécifique, organisée sur le modèle des tribunaux consulaires méditerranéens, n'existait toutefois pas et aurait d'ailleurs été perçue comme un corps étranger.

Il faut attendre le début du 17<sup>ème</sup> siècle pour que des changements interviennent dans les trois villes. Ils sont la conséquence des crises au cours desquelles les commerçants ont émis des revendications et les administrations ont toléré ou suscité

l'aide des marchands. Le résultat fut à chaque fois la création de nouvelles formes de juridictions commerciales dans lesquelles siégeaient des marchands et des juristes. Tout d'abord, la place des juristes n'y était pas dominante, mais, selon un *common sense* de plus en plus, une aptitude professionnelle était à présent nécessaire. Une autre voie de résolution amiable, et visant probablement aussi à éviter les conflits fut le recours à des experts pour régler les questions relatives au droit commercial, comme par exemple les *Marktvorsteher* de Nuremberg.

*Pierrick Pourchasse*

## Le naufrage, un événement conflictuel au XVIII<sup>e</sup> siècle: L'exemple de l'Amirauté de Cornouaille

La Bretagne, à l'extrême ouest du continent européen et à l'entrée de la Manche, est placée sur le chemin des grands courants du trafic maritime européen. Au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle, ces flux commerciaux sont en pleine expansion, que ce soit les échanges intra-européens – vins, eaux-de-vie, sels et produits coloniaux de France ou matières premières pour la construction navale, céréales et produits de la pêche des pays riverains de la mer du Nord et de la Baltique – ou les grands courants du commerce international, à l'exemple des navires assurant les relations avec l'Asie ou l'Amérique.

Les côtes bretonnes sont excessivement dangereuses en raison de nombreux récifs et îles qui nécessitent une grande attention et une bonne connaissance des lieux. Le passage d'Ouessant ou celui du raz de Sein sont encore de nos jours des lieux menaçants pour tous les navires qui y circulent. À l'époque moderne, la signalisation maritime n'existe pratiquement pas. Un feu permanent a été construit à Ouessant vers 1650 et un autre fonctionne à la pointe Saint-Mathieu sous la responsabilité des moines de l'abbaye toute proche; mais leur fonctionnement est précaire: le manque de combustible les fait parfois s'éteindre et leur faible portée prête souvent à confusion<sup>1</sup>. Enfin, les tempêtes et la mauvaise visibilité due aux brumes et brouillards accentuent la dangerosité de la navigation le long des côtes bretonnes, notamment en automne et en hiver.

À ces difficultés naturelles, il faut ajouter les facteurs humains qui accentuent les risques de la mer. Selon l'historien Jacques Ducoin, sur les 231 naufrages survenus entre 1700 et 1792 à l'armement colonial nantais, 46,5% relèvent d'une erreur humaine<sup>2</sup>. Les capitaines naviguent à l'expérience et sont peu au fait des nouveaux instruments de marine. Citons à ce propos les remarques d'Estienne Cleirac,

<sup>1</sup> *Marie Christine Theurkauff, Elisabeth Peigné, Naufrageurs et pilleurs sur les côtes de Cornouaille au XVIII<sup>e</sup> siècle, mémoire de maîtrise (Nanterre 1974) 43; cité comme suit: Theurkauff, Peigné, Naufrageurs.*

<sup>2</sup> *Jacques Ducoin, Naufrages, conditions de navigation et assurances dans la marine de commerce du XVIII<sup>e</sup> siècle. Le cas de Nantes et de son commerce colonial avec les îles d'Amériques (Paris 1993) 39.*

homme de loi du début du XVII<sup>e</sup> siècle: « Les Français étaient plus disposés à vider les bouteilles, humer l'eau-de-vie et fumer le tabac qu'à manier habilement l'astrolabe, le cadran et l'arbalestrille. Ils continuaient à dresser la route à la manière antique, vue par vue, ou par cours des marées et par la couleur et condition des sables à la sonde. Mais du compas et des mathématiques, ils n'estimaient pas en avoir besoin et, si plusieurs ont à bord, en leur cabinet, les modernes écrivains sur l'art de naviguer, c'est par ostentation et par parade<sup>3</sup> ».

Pour ces diverses raisons, les côtes de la Basse-Bretagne (c'est-à-dire la partie ouest de la province) sont parmi les plus dangereuses de France et les naufrages y sont excessivement nombreux. L'amirauté de Léon recense 278 naufrages entre 1700 et 1790, alors que celle de Cornouaille en relève 328 entre 1723 et 1791<sup>4</sup>. En moyenne, quatre naufrages majeurs ont donc lieu chaque année sur cette côte bretonne, tout en sachant que nombre d'incidents de mer n'apparaissent pas dans les archives.

La mémoire collective a retenu jusqu'à nos jours les méfaits des naufrageurs qui attiraient à la côte les navires en difficulté au moyen de feux allumés sur le rivage<sup>5</sup>. Même si l'Ordonnance de marine de 1681 indique que « ceux qui allumeront la nuit des feux trompeurs sur les grèves de la mer et dans les lieux périlleux pour y attirer et faire perdre seront aussi punis de mort et leurs corps attaché à un mât planté aux lieux où ils auront fait leur feu<sup>6</sup> », les naufrageurs appartiennent plus aux légendes qu'à la réalité. Dans les archives qui subsistent, il n'y a aucune trace de vaches fantômes avec des torches attachées aux cornes ou de feux trompeurs attirant les navires à la côte. Ces histoires sont dues à l'imagination des auteurs de récits et de légendes et ont donné naissance à l'image théâtrale de ces paysans naufrageurs qui attendent, armés de crocs et de lanternes, les navires qu'ils ont attirés à la côte. Par contre, il est vrai que parfois, quand un navire est en danger, les populations locales forcent le destin pour accentuer les chances de le voir s'échouer sur le rivage.

Face à cet événement fréquent qu'est le naufrage, les autorités mettent en place des règles qui conduisent à des conflits avec les populations locales. La richesse des archives de l'Amirauté de Cornouaille<sup>7</sup> permet d'étudier ces drames de la mer à la fois accidentels et attendus par les habitants du littoral.

<sup>3</sup> Estienne Cleirac, *Us et coutumes de la mer* (Rouen 1671).

<sup>4</sup> Henri Bourde de la Rogerie, Introduction à l'inventaire de la série B des archives du Finistère (Quimper 1913); cité comme suit: Bourde de la Rogerie, Introduction.

<sup>5</sup> Alain Cabantous, *Les côtes barbares. Pilleurs d'épaves et sociétés littorales en France 1680-1830* (Paris 1993) 36.

<sup>6</sup> Ordonnance de marine de 1681, livre IV, titre IX, 45<sup>ème</sup> article.

<sup>7</sup> Les archives de l'Amirauté de Léon ont malheureusement disparu lors des bombardements de Brest pendant la seconde guerre mondiale.

## L'ordonnance de 1681

Le droit de bris a longtemps été en usage sur les côtes françaises. En Bretagne, il porte différents noms : droit de naufrage, de bris, de « varech », de « lagan », de « pecoy de mer ». Ce droit autorise la confiscation par les seigneurs riverains des épaves naufragées sur les rivages qui bordent leurs fiefs. Progressivement, ce privilège est réduit pour protéger les navigateurs et les marchands mais, s'il devient un attribut régalien, les seigneurs continuent à revendiquer la reconnaissance de leur propriété sur les épaves. Ainsi, un traité sur les naufrages adressé à Richelieu en 1629 indique : « Ce droit de bris est fort ancien en notre pays d'Armorique, où il se dit avoir été institué sur le Commandement du Royaume et par les premiers rois et princes d'icelui, et non seulement y est prétendu par eux mais aussi par plusieurs seigneurs et barons de simple rang qui le revendiquent, ou disent qu'il leur appartient de droit et concession autrefois, et qu'ils en jouissent de tout antiquité au Costes Marines qui sont des finages et limites de leurs territoires et juridictions ou advenant bris de quelques navires, ont dit ordinairement vouloir se saisir incontinent des biens du naufrage et les appliquer à leur risque<sup>8</sup> ».

À partir du règne de Louis XIV, la monarchie est soucieuse de contrôler l'espace stratégique que représentent les côtes tant au niveau militaire qu'économique et se dote de nouvelles armes législatives. En 1681, l'ordonnance de la Marine de Colbert établit « une bonne police dans les ports, côtes et rades », notamment des règles précises sur les naufrages. Désormais, « les vaisseaux, leurs équipages et chargements qui auront été jetés par la tempête sur les côtes de notre royaume ou qui y auront échoué » sont placés sous la protection et sauvegarde de l'administration royale<sup>9</sup>.

Le titre IX du livre IV de l'Ordonnance stipule entre autres :

- Que « le roi prescrit de secourir les naufragés et défend, à peine de la vie, d'attenter à leur vie ou à leurs biens »
- Que « les officiers de l'Amirauté sont chargés de diriger les opérations de sauvetage »
- Qu'« il est interdit de détériorer les épaves et les marchandises »
- Qu'« il est interdit à toute personne étrangère à l'Amirauté de s'immiscer dans le sauvetage. »

Ainsi, les seigneurs sont exclus de toute propriété sur les rivages car, comme l'indique Valin dans ses Commentaires sur l'Ordonnance, « il convenait de réprimer tous ceux des seigneurs qui prétendaient encore se maintenir dans la possession des droits d'amirauté, de naufrage et de rivage qu'ils avaient usurpés<sup>10</sup> ».

<sup>8</sup> Bibliothèque Nationale, Fonds français 8022, Traité particulier du droit du naufrage, Godefroy à Richelieu (1629).

<sup>9</sup> Jacques Péret, Naufrages et pilliers d'épaves sur les côtes charentaises aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles (La Crèche 2004) 11.

<sup>10</sup> René-Josué Valin, Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681, 2 volumes (La Rochelle 1760–1766); cité comme suit : Valin, Nouveau commentaire.

L'amirauté a désormais la charge des naufrages. La Bretagne possède sept sièges d'amirauté<sup>11</sup>. Le rivage sous la responsabilité de l'amirauté de Cornouaille, dont l'administration est installée à Quimper, s'étend depuis la rivière de Quimperlé – c'est-à-dire la Laïta – jusqu'à la rivière de Landerneau – c'est-à-dire l'Elorn. Son ressort concerne les rivières et le rivage de la mer jusqu'au point où remonte le plus « grand flot de mars », les ports et les quais. Le personnel de l'amirauté est habilité à juger les affaires relatives aux navires de mer, au commerce maritime, aux événements de la mer, aux droits maritimes et à la pêche en mer. C'est le lieu où se produit le crime ou le délit qui détermine la compétence de l'amirauté, et non la nature des faits ou la qualité des coupables<sup>12</sup>. Il va sans dire que ses compétences chevauchent celles d'autres juridictions et que les litiges sont nombreux.

Le statut du personnel est défini par un édit de 1691. Chaque amirauté est composée d'un lieutenant général, un lieutenant particulier, deux conseillers, un procureur et un avocat du Roi, un greffier, deux interprètes, deux huissiers et deux sergents, sauf les sièges de Nantes et Saint-Malo qui doivent compter quatre conseillers et trois interprètes, et celui de Brest trois interprètes<sup>13</sup>. Les principaux officiers (lieutenants et conseillers) doivent être gradués en droit, prouver qu'ils ont suivi le barreau, qu'ils sont au fait du commerce et de la navigation et qu'ils sont catholiques. Ces magistrats sont assistés par un grand nombre d'officiers subalternes et de fonctionnaires : le receveur des droits de l'amiral, les receveurs des droits de feux, de balisage, d'ancrage, les commis au délestage, au jaugeage [...]

L'Ordonnance de 1681 fixe une procédure bien précise en cas de naufrage :

1) Dès qu'un naufrage a lieu, les seigneurs ou habitants du lieu doivent avertir les officiers du siège de l'amirauté. Pour qu'il n'y ait pas « oubli » de la population, le procureur terrien, c'est-à-dire le responsable de la communauté des habitants, a le devoir, sous peine de condamnation, de signaler les naufrages sur les côtes de sa paroisse. Il a également la charge de donner les premiers secours aux naufragés. En outre, l'article 4 précise que « les habitants des paroisses maritimes sont tenus de travailler incessamment et de sauver les effets provenant du naufrage ».

2) Les officiers se transportent sur les lieux pour organiser les secours. Ils prennent contact avec les rescapés et donnent les ordres pour décharger la cargaison et l'entreposer. Pour ce faire, l'article 8 indique que « les travailleurs seront employés par marée ou par journée et il en sera tenu un « Rolle » sans qu'aucun puisse s'immiscer au travail à peine du fouet ». Ainsi, la mobilisation spontanée des riverains est, à l'arrivée des officiers, transformée en travail obligatoire en tant que sauveurs, gardiens ou charretiers.

<sup>11</sup> Le siège de l'amirauté de Bretagne, avant sa suppression en 1711, est établi à Rennes. Les sept sièges particuliers sont ceux de Saint-Malo, Saint-Brieuc, Morlaix, Brest, Quimper, Vannes et Nantes. En 1787, la partie occidentale de l'amirauté de Vannes forme une nouvelle amirauté dont le siège est fixé à Lorient.

<sup>12</sup> *Franck Tocquec*, Naufrages et pillages dans l'amirauté de Cornouaille au XVIII<sup>e</sup> siècle, mémoire de maîtrise (Brest 1992) 3.

<sup>13</sup> *Bourde de la Rogerie*, Introduction (n. 4) XIII.

3) Le greffier rédige les minutes du sauvetage, les noyés sont enterrés et l'inventaire des effets sauvés est fait en présence du capitaine ou des rescapés.

4) Les officiers s'occupent du navire. Si le renflouement est possible, le capitaine doit payer les frais de sauvetage, de justice [...] avant de repartir.

Si aucune réclamation n'est faite par les propriétaires dans le délai d'un an et un jour après le naufrage, les effets ou les sommes provenant de leur vente sont partagés entre le roi et l'amiral. En conséquence, toute appropriation des effets rejetés par la mer est, selon Valin « un vol au souverain ».

En cas de pillages, l'amirauté est chargée de poursuivre les pilliers mais, naturellement, les coupables ont toujours disparu avant l'arrivée des autorités. Ainsi, selon un mémoire des officiers de l'amirauté de Quimper de 1778: « de ces procédures immenses dans lesquelles deux ou trois cents témoins, dont beaucoup sont contraire en faits, chargent presque autant d'accusés, sont rechargés par ceux-ci qui en rechargent encore et de délits différents, ce qui entraîne une infinité de recolléments, de confrontations, de dévisagemens, de contumaces, etc, avant qu'aucun des délits les plus constatés possible puisse recevoir de jugement ; d'où il arrive que des procédures de cette nature, commencées depuis plusieurs années, restent souvent ininterrompues par l'impossibilité de le finir [...] et qu'en voulant ainsi punir tous les coupables, l'on n'en punit aucun ou l'on éloigne trop les peines pour qu'elles puissent servir à prévenir les crimes<sup>14</sup> ».

En effet, le droit de bris est tellement ancré dans la vie des habitants des régions côtières qu'aucune législation ne peut le supprimer. Il est toujours vivace au XVIII<sup>e</sup> siècle et il existe peu de naufrages sans pillages par la population locale. Par contre, la noblesse ne s'intéresse plus aux fortunes de mer. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, les seigneurs bretons ont définitivement abandonné leur droit de bris et interviennent très peu. Quand ils le font, ceci concerne le sauvetage des marins et de la cargaison ou le stockage des marchandises. Ainsi à Moëllan, sur la côte sud de Cornouaille, le seigneur de la Vallée de Kerjégu est mentionné à plusieurs reprises pour avoir logé des équipages, avoir fait remorquer un navire [...] Un capitaine se félicite de ses « bons ordres » et déclare que « rien n'eût été sauvé sans son intervention<sup>15</sup> ». Ceci confirme les propos de Valin qui écrit que « c'est presque toujours par leurs soins (la noblesse) que quantité d'effets sont sauvés du pillage avant l'arrivée des officiers de l'Amirauté<sup>16</sup> ».

## Une aubaine pour les riverains

Comment se comporte la population lors d'un naufrage? Tout d'abord, les riverains font tout leur possible pour sauver les hommes et il y a rarement hostilité en-

<sup>14</sup> *Christian Schnakenbourg*, L'Amirauté de France à l'époque de la monarchie administrative 1669-1792 (Paris 1975).

<sup>15</sup> *Theurkauff, Peigné*, Naufrageurs (n. 1) 51.

<sup>16</sup> *Valin*, Nouveau commentaire (n. 10).

vers les marins en danger de mort. Les populations côtières n'hésitent pas à risquer leur vie pour se porter au secours des naufragés. Les pêcheurs mettent leurs chaloupes à la mer même par gros temps ou organisent le sauvetage depuis la côte. Selon Cambry, parlant de l'île de Sein : « Tous volent au secours des naufragés à quelque heure de la nuit que le canon fasse le signal d'alarme. Les pilotes sautent à bord de leurs chaloupes, bravant le froid, la grêle, la tempête et la mort. Tout le monde est sur le rivage. Le malheureux qui se sauve à la nage est accueilli dans le meilleur lit du ménage. Il est soigné, chauffé, nourri. C'est une population de héros qui s'ignorent<sup>17</sup> ». En 1741, le capitaine du *Notre-Dame-de-Pitié* confirme avoir été bien traité de la part des habitants qui « vinrent à leur secours, ne lui firent point de mal, mais au contraire les ont accueilli de leur mieux<sup>18</sup> ». En 1776, lors du naufrage de la *Peggy*, un témoin raconte le courage des sauveteurs : « Il vit ce bâtiment venir à la cote près de chez luy, aussitôt il s'y rendit. Le sieur Michel Kerisit sy trouva, ainsy que plusieurs personnes. Aussitôt que le bâtiment toucha un homme de l'équipage ayant amaré une corde autour de luy, sauta à la mer et vint à terre aidé par les riverains. Ensuite, ceux du bord amarèrent la corde à bord et plusieurs riverains raidirent l'autre bout à terre avec le matelot et en firent un va et vient. Aussitôt, le Capitaine du bâtiment échoué se servit de la corde pour venir à terre, mais la corde au roulis du bâtiment cassa et le capitaine tomba à l'eau et la houlle le tira d'abord au large, d'autres houlles l'ayant rapproché, le sieur Kerisit et luy même sautèrent à la mer et ayant le bonheur de le rattraper, le portèrent comme un homme hors de luy même à terre, ensuite un autre cordage ayant été établi comme le premier les autres membres de l'équipage vinrent tranquillement à terre<sup>19</sup> ».

Après s'être occupé de l'équipage, les sauveteurs estiment qu'ils méritent une récompense car ils continuent de penser que tout ce que la mer rejette sur le rivage leur appartient de droit. Pour ce faire, ils n'hésitent pas à dépouiller les marins après les avoir sauvés, tel ce maître de barque qui, sauvant en pleine mer le capitaine d'un navire, le transporte en chaloupe jusqu'aux îles de Glénan où il le dépouille de ses vêtements en échange de son propre pantalon dont l'étoffe commençait à s'user. Le capitaine de l'*Ange Raphaël*, naufragé à Sein en 1739, fait parvenir un courrier à son propriétaire : « Je vous écris avec une larme à l'œil [...] Nous sommes tombés parmi une bande de voleurs qui nous font mourir de faim, et étant presque tout nu car nous n'avons pu sauver aucune de nos hardes<sup>20</sup> ». La cargaison est cependant la meilleure récompense qui soit et le pillage des marchandises est la règle.

Ainsi, on sauve toujours les marins avant de les piller. Selon Cambry : « on pille toujours les naufragés, mais on les arrache à la mort<sup>21</sup> ». Ceci explique pourquoi il n'y a pas toujours dépôt de plainte après un pillage. Le questionnaire prévu par les

<sup>17</sup> Jacques Cambry, Voyage dans le Finistère ou état de ce département en 1794 et 1795 (Paris an VII [1798/1799]); cité comme suit : Cambry, Voyage dans le Finistère.

<sup>18</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4352.

<sup>19</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4475.

<sup>20</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4350.

<sup>21</sup> Cambry, Voyage dans le Finistère (n. 17).

officiers de l'amirauté s'enquiert auprès des capitaines s'ils ont des plaintes à formuler contre les populations locales. Dans les trois quarts des interrogatoires, la réponse est négative même si l'on sait par d'autres sources qu'il y a eu effectivement pillage. Le capitaine du *Cheval Marin* de Zierikzee en Zélande, naufragé à l'île de Sein en 1729, déclare qu'il « n'a aucun sujet de plainte contre les habitants. Que le maître avait 3 à 400 livres dans le tiroir de sa table qui ont été sauvées, mais le dessus enlevé par la mer ou des habitants<sup>22</sup> ».

Pour les riverains, le littoral fait partie de leur territoire, du domaine de leur paroisse et est un bien commun comme les autres. À cet égard, l'ordonnance de 1681 donne la permission « à toute personne de prendre indifféremment en tout temps et en tout lieu, les vraichs (varechs) jetés par le flot sur les grèves et de les transporter ou bon leur semblera. » Il n'y a donc qu'un petit pas à franchir pour considérer que les objets et marchandises rejetés par la mer appartiennent à ceux qui les découvrent. L'accident maritime représente un bienfait, un don que la mer offre aux populations littorales. Le navire qui arrive sur le rivage leur appartient et pas l'ombre d'un doute ne traverse leur esprit.

Lorsqu'un bâtiment s'échoue et qu'il peut reprendre son voyage, les riverains s'estiment lésés. Dès lors, ils font tout ce qu'ils peuvent pour que le navire ne puisse pas repartir en mer. En 1726, le *Parker* de Londres heurte un rocher près de Sein. Un pilote tente de sauver le navire mais les habitants de l'île montent à bord pour couper drisses et voiles et l'échouer définitivement<sup>23</sup>. De la même manière, en 1754, les habitants de Plouhinec coupent les grelins<sup>24</sup> de la *Catherine* et la poussent sur les rochers afin de l'endommager pour qu'elle ne puisse reprendre la mer<sup>25</sup>. Si des étrangers s'opposent à ces comportements, ceci est considéré comme une atteinte au droit de bris et les réactions de la communauté peuvent être violentes. En 1726, à Penmarc'h, un matelot de la *Demoiselle Marie* d'Amsterdam est battu à coups de sabots pour s'être interposé et avoir voulu empêcher de couper les cordages<sup>26</sup>.

Généralement, toute la population accourt sur le rivage après un accident de mer. Lors du naufrage de la *Peggy*, le curé de Beuzec-Cap-Caval déclare avoir vu « assemblés 4 à 500 personnes de différentes paroisses<sup>27</sup> ». Les femmes et les enfants participent à l'appropriation de ces richesses qui arrivent sur les grèves. Un employé des fermes témoin du bris du *Jeune Brasseur* déclare que « le jour étant venu, une quantité de personnes de tout sexe et âge vinrent à la cotte<sup>28</sup> ». En 1726, Pierre Foucaud, capitaine de la *Patience*, affirme avoir vu « quantité d'hommes et de femmes et d'enfants assemblés à la cotte qui se mirent à piller les marchandises à

<sup>22</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4340.

<sup>23</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4338.

<sup>24</sup> Gros cordage servant à l'amarrage des bâtiments.

<sup>25</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4353.

<sup>26</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4449.

<sup>27</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4475.

<sup>28</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4464.

mesure qu'elles arrivoient à terre<sup>29</sup>». Les procureurs terriens, chargés d'avertir les autorités, retardent ou oublient d'envoyer les informations à l'amirauté pour préserver les intérêts des riverains et parfois participent eux-mêmes au pillage. Après un naufrage à Crozon en 1774, un employé de l'amirauté remarque que «le procureur terrien ne se rendit pas sur les lieux, lui qui seul a le pouvoir d'établir en pareil cas des gardiens et de commander le sauvetage<sup>30</sup>». En 1726, les procureurs terriens de Loctudy et Plonivel sont condamnés «pour avoir souffert le pillage et n'avoir pas prévenu les juges de l'Amirauté<sup>31</sup>».

Les riverains se jettent véritablement sur tout ce qui arrive de la mer. Lors du naufrage du *Saint-Jean-Baptiste et les Trépassés*, le maître du navire constate «n'avoir aucune plainte à faire à son équipage mais bien contre les riverains lesquels au nombre de plus de 80 se sont rendus par troupe à la cote, et au moment que luy jetaient sur la grève leurs hardes quelques provisions de bouche la quantité de 10 petits barils de vin du nombre de 14 ainsy que les potiches de raisins, les riverains se jettèrent sur les effets et les enlevèrent tous à l'exception de 4 des 10 barils qu'il arracha de leurs mains [...] deux des riverains montèrent à son bord sans se prêter à l'aide dans son malheur, mais que s'il eût été aidé par les riverains dont le nombre augmentait continuellement ils eussent pu profiter du moment de la basse marée, temps auquel le bâtiment se trouvait à sec avant que la mer eut repris le bâtiment, sauver une grande partie de sa cargaison<sup>32</sup>». Même les curés participent aux pillages. En 1716, le recteur de Plouhinec s'empare de barriques d'huile pour les lampes de son église. Celui de Sein, qui pourtant sermonne régulièrement ses ouailles, possède des liqueurs dont il ne peut ignorer qu'elles proviennent d'un naufrage.

L'arrivée des autorités ne met pas fin aux exactions, bien que les navires passent sous la surveillance de gardes-côtes. Les jets de pierres accueillent régulièrement le personnel de l'amirauté<sup>33</sup>. En 1724 à Sein, un insulaire s'adresse à un officier «d'un air de dédain et de menace, avec gesticulations de la tête, qu'il se fout de nous et de nos ordres<sup>34</sup>». Lors d'un autre naufrage, un villageois déclare à un officier «qu'il estoit plus que temps qu'il eut fini sa journée afin de leur laisser le moyen de commencer la leur<sup>35</sup>». À Penmarch en 1771, les habitants refusent de se retirer et les gardiens «loin de faire aucune garde des barriques en buvaient et les laissent prendre, y augmentant même la confusion et le désordre<sup>36</sup>». Il est vrai que les bris de vin, relativement fréquents sur cette côte, entraînent des beuveries collectives et des comportements très agressifs. Les populations, qui connaissent mieux que

<sup>29</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4450.

<sup>30</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4384.

<sup>31</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4450.

<sup>32</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4478.

<sup>33</sup> En 1783, près de Plozévet, lors d'une perquisition, tout le village s'assemble et un employé de l'amirauté déclare: «par crainte, nous nous sommes retirés dans un champ vis-à-vis du village où nous avons été poursuivis par les gens ameutés nous jetant des pierres».

<sup>34</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4336.

<sup>35</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4478.

<sup>36</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4478.

quiconque la géographie des lieux, organisent des expéditions nocturnes. En 1780, les gardiens du *Jeune Jacob* remarquent « vers 10 heures du soir [...] qu'il paraissait des voleurs attroupés aux environs du dépôt de notre sauvetage, nous nous sommes portés sur la côte où nous avons aperçu, en effet, à la lueur du feu de nos tentes, une cinquantaine de paysans retranchés derrière un fossé au midi du naufrage<sup>37</sup>. » La population n'hésite pas à attaquer les gardiens. En 1729, l'un d'entre eux meurt des suites d'une blessure à la tête<sup>38</sup>.

Parfois, les pilleurs se battent entre eux pour partager le butin. La plupart du temps, ce sont des querelles de clochers entre deux paroisses, quand le naufrage a lieu sur les limites communautaires<sup>39</sup>. Il arrive même que le personnel subalterne de l'amirauté participe aux pillages. Lors du naufrage du *Jeune Brasseur*, cinq gardiens sont condamnés, dont deux d'entre eux à dix ans de bannissement hors du ressort de l'amirauté et à cent livres d'amende<sup>40</sup>.

Une évolution se produit au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle. L'ordonnance de 1681 prévoit que, pour les objets retrouvés en pleine mer, le sauveteur en reçoit un tiers. Progressivement, ce système du tiers entre dans les moeurs des populations côtières. Ainsi, à l'île de Sein, dans la seconde moitié du siècle, quand les îliens sauvent des effets ou des bateaux naufragés, ils les déclarent la plupart du temps auprès de l'amirauté en échange de la promesse d'en recevoir le tiers. Les populations littorales acceptent l'idée d'un salaire pour rémunérer leur travail de sauvetage. En 1761, après le sauvetage d'un navire de Guernesey, cinq pêcheurs demandent « conformément à l'ordonnance, le salaire qu'elle accorde au remorqueur des effets en pleine mer, tels que nous sommes, ayant remorqué ledit Grenazien des dangers évidents de perdition [...] sans leur avoir donné la moindre terreur<sup>41</sup> ».

## L'application de la loi par les autorités

Face au comportement délictueux des populations, les autorités se doivent de rechercher les coupables. En cas de pillage, la présence sur les lieux d'un naufrage est considérée comme condamnable. Naturellement, les enquêtes menées par les officiers de l'amirauté donnent peu de choses. Les témoins sont rares, personne n'a rien vu et ne sait qui s'est déplacé sur le rivage.

En conséquence, les autorités se tournent vers l'Église et demande aux curés de collaborer avec l'amirauté. Pour ce faire, deux moyens sont utilisés :

- *Les monitoires*, lettres que l'on publie aux prônes des paroisses pour obliger les fidèles à venir déposer ce qu'ils savent des faits sous peine d'excommunication.

<sup>37</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4421.

<sup>38</sup> *Theurkauff, Peigné*, Naufrageurs (n. 1) 139.

<sup>39</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4447. Un témoin « ne sait si cela appartenait aux gens de Tréogat ou Tréguennec parce que cela se passait sur la limite » entre les deux paroisses.

<sup>40</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4665.

<sup>41</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4516.

Les révélations reçues par les curés sont ensuite envoyées au greffe de l'amirauté.

- *Les aggravées et les réaggravées*, en cas d'insuffisance de révélations. Ce sont de nouveaux monitoires qui, outre l'excommunication, excluent de la société civile celui qui reste sourd à l'appel de l'Église (les paroissiens ne doivent plus avoir aucun contact avec ceux qui connaissent les faits et se taisent).

Ces intimidations religieuses sont rédigées par l'évêque de Quimper puis sont publiées trois dimanches consécutifs lors des grand messes. Naturellement, les prêtres des paroisses concernées par les pillages montrent peu d'enthousiasme pour obtenir des informations sur leurs ouailles. Ils sont malgré tout obligés d'aider les autorités, sous peine de privation de leurs temporels. Le recteur de Labadan écrit à l'amirauté le 29 avril 1737 : « Soyez je vous prie, bien persuadé que j'ay fait mon possible pour empêcher qu'aucun de mes paroissiens n'ait encouru les censures portées dans le monitoire, l'aggrave et régrave que vous m'avez adressés au sujet du dernier bris arrivé à la cote de Plozévet et que je n'ay pas pu publier plutôt que dans les temps marqués au bas de la copie cy-incluse parce que je ne l'ay reçue que le soir du premier dimanche de Carême. Le porteur doit vous remettre 28 livres de savon et 19 livres 10 sols, c'est tout ce que j'ay pu arracher, pour ainsi dire, malgré mes pressentes invitations tant en chaire qu'au tribunal, et ce dont vous aurés s'il vous plaît la bonté de m'accuser la réception affin que je fasse sentir à mon petit troupeau que je suis fidèle dépositaire de ce qu'il devra par la suite me confier<sup>42</sup> ». À Sein, après un échouement, le recteur disparaît huit jours sans que personne ne sache où il a pu se rendre.

La crainte de la punition divine conduit cependant à des dénonciations. Celles-ci viennent le plus souvent de la ville, surtout de Quimper, mais très peu des paroisses concernées par le bris. Nombre de dénonciateurs sont des acheteurs de marchandises naufragées qui se disculpent en indiquant qu'ils ne connaissaient pas leur origine. Ces témoins qui fournissent les premiers indices bénéficient d'un préjugé favorable et leurs dépositions sont rarement mises en doute. Par contre, la parole d'un riverain, naturellement considéré comme coupable ou complice, a peu de valeur pour les autorités. On lui montre systématiquement « qu'il ne dit pas la vérité et qu'il sera prouvé le contraire contre lui<sup>43</sup> ». Lorsque des preuves accablent un villageois, celui-ci donne généralement d'autres noms. Il n'existe pas d'aveux sans dénonciations collectives ou particulières. C'est une manière d'échapper à une peine individuelle, de se protéger derrière une solidarité commune. Parfois, ces dénonciations relèvent de règlements de comptes entre individus, entre classes sociales ou entre paroisses. En 1754, un accusé met en cause la déposition d'une voisine car, explique-t-il, « lui ayant sous fermée une partie du lieu où il demeure, elle mettait des bestiaux sur ses terres ensemencées; maltraita sa fille, enceinte, elle en perdit son fruit, frappa l'accusé d'un coup de pied au bas ventre dont il tomba en faiblesse; a dit que sa femme défunte avait eu quatre enfants illégitimes avant

<sup>42</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4457.

<sup>43</sup> *Theurkauff, Peigné, Naufrageurs* (n. 1) 106.

qu'ils se marient<sup>44</sup> ». À partir de ces diverses informations, les autorités font des perquisitions dans la paroisse accusée de pillage.

La défense des accusés est toujours la même: ils se trouvaient par hasard sur les lieux du pillage en allant par exemple amener ses bêtes aux champs, ils ne croyaient pas mal faire en sauvant des objets qui allaient se détériorer ou se perdre dans la mer [...]. La plupart indiquent d'ailleurs qu'ils ont l'intention de rendre à l'amirauté les objets qu'ils ont sauvés du naufrage. Pour tous les accusés, il y a une totale absence de reconnaissance de leur faute.

Les sanctions contre les pillers sont définies par l'ordonnance de 1681. Elles sont d'une grande sévérité. L'article 2 prévoit la peine de mort contre les riverains qui pillent les navires jetés à la côte. D'autre part, les responsables des paroisses sont responsables financièrement des dommages commis par leurs ouailles.

L'application est variable selon les périodes. Généralement, les autorités sont très laxistes et ne montrent pas une grande détermination pour éclairer les circonstances des naufrages et des pillages. En 1738, un commis de l'amirauté déclare qu'il « ne peut vaquer à tout, vu les friponneries que l'on fait [...] quantité de personnes des différentes paroisses se sont présentées comme à l'ordinaire auxdits bris et naufrages<sup>45</sup> ». En 1768, le procureur du roi affirme « qu'il est même difficile de scavoir qui sont toutes ses personnes qui ont fait les restitutions attendues outre les particuliers qui ont restitué, plusieurs recteurs et prestres et moines et mesme des accusés ont de bonnes foy remis au greff en disant par leur déposition les avoir acheptés de bonne foy ne sachant pas qu'ils provinssent d'un bris, et qu'ils estoient assez malheureux en rendant les savons de perdre les sommes qu'ils leur avoient couté. Au moyen de quoy mon dit sieur procureur du Roy proteste de nullité de la pressante sommation avec réservation de tous ces droits et actions<sup>46</sup> ». Dans quelques affaires, les autorités cherchent à reprendre les choses en main et appliquent la loi avec une grande rigueur: plusieurs personnes sont envoyées aux galères en 1727 et, dans les années 1753–1754, deux pillers sont condamnés à mort. Il est vrai qu'ils avaient incendié un navire échoué à la côte<sup>47</sup>. Si l'un s'enfuit, l'autre est « pendu et étranglé » et son cadavre reste exposé à la potence pour l'exemple. Après ces condamnations exemplaires, le comportement des riverains évolue provisoirement et les affaires de pillage diminuent fortement pendant quelques années. Cependant, après ces exemples d'une grande sévérité, la répression se relâche à nouveau et, rapidement, les fortunes de mer donnent à nouveau lieu à des scènes de pillage. En 1768, le commis de l'amirauté à Camaret constate après un naufrage:

<sup>44</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4465.

<sup>45</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4349.

<sup>46</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4458.

<sup>47</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4467. Yves Maurice, « atteint et convaincu d'avoir furtivement et nuitamment entré dans le navire la Parfaite de Nantes, échouée à la côte de Trégunc, la nuit du 14 au 15 janvier 1754 et d'être l'auteur de l'incendie dudit navire et de sa cargaison; pour réparation de quoi, le condamne d'être pendu et étranglé jusqu'à extermination de vie à une potence qui sera dressée proche l'endroit de l'échouement et incendie dudit navire. »

« on a sauvé que cinq barriques d'huile, les riverains en ayant défoncé beaucoup, coupé toutes les manœuvres et les voiles; ils ne nous ont rien laissé de ce pauvre navire que ce qu'ils n'ont pu emporter [...] Il faudrait une commission rigide pour faire craindre ces riverains, vous savez comme ils agissent aux bris<sup>48</sup> ». À partir de 1775, les autorités montrent à nouveau une volonté pour organiser une justice expéditive. Les officiers font appel à l'armée et pratiquent des arrestations sur le champ.

D'une manière générale, les services de l'amirauté sont très peu efficaces et montrent peu de zèle à poursuivre les coupables. Les abus des officiers sont fréquents et nombre d'entre eux ne brillent pas par leur intégrité. Pour la plupart, le naufrage est considéré avant tout comme une source de revenus et les frais qu'ils demandent pour leurs services sont considérés comme exorbitants. Certains officiers rechignent à se déplacer sur les lieux des naufrages quand l'affaire n'en vaut pas la peine. Très souvent, ils y envoient des représentants qui ont peu d'autorité. Régulièrement, les marchands réclament des marchandises disparues alors qu'ils ont la preuve qu'elles ont été sauvées lors du naufrage. En 1726, des marchands d'Amsterdam écrivent à l'amirauté: « Nous voyons avec chagrin qu'il n'y a pas grand chose de sauvé. Le capitaine Douvres, qui commandait ce navire perdu, est arrivé ici mais, la note qu'il nous a donnée des marchandises sauvées, ne s'accorde pas tout à fait bien avec la déclaration de votre Amirauté. Par exemple: cette dernière dit: 7 balles de laine marquées M et 3 balles sans marque, et la note du capitaine dit: 10 balles M<sup>49</sup> ».

La gestion des sauvetages est très mal organisée. Le personnel réquisitionné est peu payé et avec beaucoup de retard. En conséquence, les villageois essaient de se soustraire aux réquisitions par tous les moyens ou de se payer par divers artifices. Le transport entre le rivage et les lieux de stockage est difficile à contrôler. En 1780, lors du naufrage du *Jeune Jacob*, un navire chargé de vin, les surveillants ne comprennent pas pourquoi les charretiers sont ivres lorsqu'ils arrivent au lieu d'entreposage. L'un d'eux déclare qu'il ne sait si « c'est dans nos charrettes qu'ils ont pris leur ivresse<sup>50</sup> ». D'autre part, les bâtiments pour stocker les marchandises sont difficiles à trouver et sont régulièrement visités. En 1733, à Plouhinec, le magasin brûle « on ne sait par quel accident ». En outre, les marchandises restent longtemps entreposées sans entretien et se détériorent.

Les marchands concernés par les naufrages hésitent à faire appel à l'amirauté et ne portent pas toujours plainte pour les pillages. En effet, les autorités exigent le paiement d'une caution pour garantir le paiement des frais de sauvetage et de justice. Pour de nombreux capitaines, l'arrivée des officiers est assimilable à un danger encore plus redoutable que le pillage. Certains les supplient de ne pas se déran-

<sup>48</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4380.

<sup>49</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4338 et B 4449.

<sup>50</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4421.

ger afin de ne pas engager de trop grands frais. En effet, généralement, la liquidation d'un navire naufragé et le montant de la vente s'annulent<sup>51</sup>.

La rapacité des officiers de l'amirauté donne naissance à une véritable hostilité des marins naufragés envers leur prétendu travail de sauvetage. En 1726, à Audierne, le capitaine de la *Sainte Anne* de Pénerf ne consent pas à être interrogé et se refuse à signer tout papier. Un peu plus tard, il n'assiste pas à l'inventaire et défend à ses matelots de s'y rendre, et, quand des charpentiers accompagnés d'un huissier se rendent à son bord afin d'y effectuer les réparations, les matelots rétorquent : « qu'ils eussent à se retirer et que l'amirauté n'avait rien à voir<sup>52</sup> ».

Lors d'un naufrage, deux mondes s'affrontent : les populations côtières et l'administration royale. Les riverains, pour qui le pillage des épaves est une coutume inhérente à la vie des gens de mer, ne se considèrent pas comme coupables mais comme victimes d'une administration qui ne comprend rien à leur mode de vie. Pour eux, tout objet abandonné sur la côte appartient à celui qui le trouve. En face d'eux, la monarchie administrative cherche à uniformiser le droit en mettant en place des règles communes à l'ensemble du territoire. Cette affirmation est difficile car, rendue fragile par les poursuites judiciaires, la cohésion des communautés rurales est renforcée par les violences des agents de la répression.

À ceci, il faut ajouter le particularisme breton. La province a été rattachée au début du XVI<sup>e</sup> siècle au royaume de France. En contrepartie, le souverain a promis de maintenir les coutumes de Bretagne, mais l'esprit de l'ordonnance de 1681 va totalement à l'encontre de la coutume du pillage des épaves. La présence de plus en plus prégnante de l'état centralisateur suscite une réaction des populations qui combat avec ses modestes armes pour conserver ses droits coutumiers.

## Kurzfassung

Die Bretagne, die sich im äußersten Westen des europäischen Kontinents und am Zugang zum Ärmelkanal erstreckt, liegt an den großen europäischen Schifffahrtsrouten. Die bretonischen Küsten sind außerordentlich gefährlich aufgrund der zahlreichen Riffe und Inseln und erfordern deshalb große Achtsamkeit und gute Ortskenntnis. Aus diesen Gründen gehören die Küsten der Basse-Bretagne (also des westlichen Teils der Provinz) zu den gefährlichsten Frankreichs, und die Schiffsunglücke hier sind außerordentlich zahlreich.

Für die Küstenbewohner ist die Küste Gemeingut und der Unfall auf See stellt eine Wohltat, eine Gabe dar, die das Meer ihnen darbringt. Das gestrandete Schiff gehört ihnen, hieran haben sie nicht den leisesten Zweifel. Die bürokratische Monarchie ihrerseits ist bemüht, die Schiffe und Kaufleute zu schützen. Im Falle eines

<sup>51</sup> *Theurkauff, Peigné*, Naufrageurs (n. 1) 136. Lors de la liquidation du *Lévrier* de Londres le 17 mars 1736, le total des frais est de 540 livres 17 sols 11 deniers, or le montant de la vente ne s'élève qu'à 79 livres 17 sols 11 deniers.

<sup>52</sup> Arch. départementales du Finistère, B 4338.

Schiffbruchs prallen also zwei Welten aufeinander: die Küstenbevölkerung und die königliche Administration. Die Küstenbewohner, für die das Plündern der Wracks gewohnheitsmäßig zum Leben der Seeleute gehört, betrachten sich nicht als Schuldige, sondern als Opfer einer Administration, die nichts von ihrer Lebensweise versteht. Für sie gehört jeder an der Küste zurückgelassene Gegenstand dem, der ihn findet. Ihnen gegenüber versuchen die Behörden, das Recht zu vereinheitlichen, indem sie einheitliche Regeln für das gesamte Königreich aufstellen. Doch die Absicht der Verwaltung ist schwer umzusetzen, denn der durch gerichtliche Verfolgungen brüchig gewordene Zusammenhalt der ländlichen Gemeinden erstarkt wieder durch die Gewaltakte der Beamten, die das neue Recht durchsetzen sollen.

## Abstract

Brittany, at the extreme western end of the European continent and at the entry of the Channel, is situated on the way of the great currents of the European maritime traffic. The coasts of Brittany are extremely dangerous because of their numerous reefs and islands which demand great attention and good geographic knowledge of the region. For these various reasons, the coasts of lower Brittany, i.e. the western part of the peninsula, count among the most dangerous of France, and the cases of wreckage are especially high.

For the coast dwellers, the coast is a common good, and the maritime accident represents a benefit, a gift offered by the sea. The ship which runs ashore belongs to them and not a shadow of doubt crosses their minds. On its side, the royal administration tries to protect the ships and the merchants. Thus, in the case of wreckage, two worlds collide in another sense as well: The people living by the sea and the royal authority. The coast dwellers, for whom the plundering of the wreck is a custom inherent to the lifestyle of the people of the sea, don't consider themselves as guilty but as victims of an administration incapable to understand their way of life. For them, each object abandoned at the coast belongs to the finder. Facing them, the authorities try to standardize the law by establishing general rules for the entire territory. But this intention of the administration is difficult to implement as the solidarity within the rural communities, weakened by the judicial pursuits, is strengthened again by the acts of violence committed by the agents who enforce the new rules.

*Christian Pfister-Langanay*

## Mer et droit à Dunkerque ou l'impossible conciliation (XVII<sup>e</sup>–XIX<sup>e</sup> siècles)

Si la résolution des conflits en matière de commerce maritime semble un intitulé à première vue simple, son contenu échappe le plus souvent aux analyses des meilleurs spécialistes. Comme l'indique fort bien le résumé de présentation de cette journée d'études, d'une part le droit français, qui attribue le contentieux commercial à des juridictions spécialisées, fait aujourd'hui exception et, d'autre part, le monde des affaires se caractérise par un grand besoin de souplesse, nécessaire pour résoudre leurs conflits. Ces deux remarques peuvent nous servir de lignes conductrices pour ce qui suit, à savoir les conflits de juridiction ou leur absence, la gestion des litiges dans un cadre très particulier: Dunkerque, capitale de la course européenne à l'égal d'Alger la barbaresque et dans une vision résolument ancrée dans la longue durée, soit 250 ans environ<sup>1</sup>! Il faut aussi souligner la faiblesse de la bibliographie concernant d'une manière générale la justice à Dunkerque, d'autant que les principaux fonds ont brûlé en 1929. Il n'est donc pas étonnant de se reporter toujours à l'article fondamental mais cependant dépassé de Louis Lemaire remontant à 1912<sup>1</sup>.

Notre approche est toute autre. Nous vous proposons une série de cas concrets qui ont profondément marqué la vie socio-économique dunkerquoise, lourds de confrontations. Leur acuité atteint un point tel qu'ils ont parfois été volontairement et complètement occultés par les protagonistes, et partant, absentes de l'historiographie actuelle.

Le plus souvent, nous serons en présence de sombres affaires volontairement passées sous silence par les acteurs impliqués et qui font tout pour que le droit n'y joue pas son rôle normalement dévolu. Nous avons donc travaillé paradoxalement sur le vide documentaire, expression à rapprocher de celle utilisée par Alain Corbin quand il veut définir la mer: le territoire du vide. Il a donc fallu établir cette suite « d'histoire en creux » pour aboutir à cette conclusion, somme toute banale, qu'entre l'univers maritime et la sphère juridique, les rapports sont très élastiques, voire elliptiques.

<sup>1</sup> *Louis Lemaire*, La justice criminelle du Magistrat de Dunkerque sous la domination française (1662–1789), dans: Bulletin de l'Union Faulconnier 15 (1912) 213–329 et 427–429. La question a été partiellement reprise par *Céline Sename*, La justice et les violences à Dunkerque au temps de Jean Bart, dans: Revue historique de Dunkerque et du littoral 37 (2004) 355–367.

## La difficile implantation de l'amirauté française

Comme dans toute ville flamande, le magistrat se révèle être extrêmement chatoilleux en ce qui concerne l'étendue de ses compétences judiciaires. En 1597, la femme d'un suppôt de l'amirauté de Dunkerque ayant été accusée du crime de sorcellerie, ladite amirauté prétend instruire son procès et, à cette occasion, érige un pilori sur le quai. Après deux ans d'intenses négociations, l'archiduc Albert donne raison à la ville et ordonne la destruction du pilori<sup>2</sup>. Avec l'installation du régime français, les conflits se multiplient et atteignent un degré de gravité jamais nulle part atteint dans les autres ports du royaume, d'autant que les compétences de l'amirauté de France sont profondément remaniées par le tout nouveau secrétaire d'Etat à la Marine, Jean-Baptiste Colbert<sup>3</sup>. La charge débute à l'inspection du maître des requêtes Lambert d'Herbigny, en 1670, qui a pour classique mission de réprimer les abus. Il en résulte un arrêt du Conseil du 25 août de la même année qui fait défense à toute personne de percevoir des droits d'amirauté sans permission. Est visé le grand bailli de Dunkerque, Faulconnier, c'est-à-dire le représentant local des droits du roi, qui plus est, chef du parti français ayant fait le bon choix dès 1646, lors de la prise de la ville par le prince de Condé. Il est obligé de renoncer à certaines *reconnaissances* sur l'entrée des marchandises au port à *peine d'être considéré comme concussionnaire*. La ville perd également le droit de fanal. De nouvelles lettres patentes (août 1671) redéfinissent les tâches de l'amirauté qui, curieusement, n'avait pas encore de domicile fixe. La ville lui offre alors «trois chambres de plein pied au premier étage de l'hôtel de ville donnant sur la place d'armes et le marché aux voitures». Enfin, une ordonnance fixe le tarif des différents droits qui pèsent sur la navigation, précédant de deux ans un même règlement concernant l'ensemble des ports du royaume. Dunkerque a donc servi de banc d'essai pour Colbert.

Cette antériorité n'empêche pas le conflit d'exploser en 1678, année qui voit à la fois la fin de la guerre de Hollande et l'arrivée d'un nouveau lieutenant général à la tête du siège de l'amirauté. En quelques semaines, les griefs se multiplient et se résument comme suit :

- Exemption fiscale et de logement pour les officiers de l'amirauté;
- Droit de vente sur le quai;
- Utilisation de la prison de la ville;
- Utilisation de la cloche municipale;
- Préséance sur le magistrat dans les cérémonies publiques.

En août 1679, le magistrat incarcère dans ses cachots l'huissier de l'amirauté et chasse l'institution de ses murs en faisant changer la serrure de la chambre d'amirauté, installée dans l'hôtel de ville depuis 1670. L'édit du roi du 28 septembre 1680

<sup>2</sup> Voir *Louis Lemaire*, La sorcellerie à Dunkerque. Jugements pour crime de sortilège (1596–1599), dans: Bulletin de l'Union Faulconnier 15 (1912) 377–329 et 430–432.

<sup>3</sup> Vue générale et succincte dans *Alexandre de Saint-Léger*, La Flandre maritime et Dunkerque sous la domination française (1659–1789) (Paris 1900) 148–150.

rendu en faveur des officiers de l'amirauté n'est pas exécuté par la ville. La tension monte encore d'un cran quand les échevins font défense aux bélandriers de reconnaître la juridiction de l'amirauté et emprisonnent le doyen de ce corps pour s'être fait recevoir par cette instance. Il est nécessaire de s'arrêter un instant sur ce cas, exemplaire à plus d'un titre. En effet, les deux parties en présence ne peuvent que s'empoigner dans la mesure où les navires en question, les bélandres sont des navires à navigation mixte: d'une part parcourant les fleuves et canaux de l'intérieur des terres, ils relèvent de la jurisprudence urbaine, et d'autre part, cabotant le long de la côte flamande, plus précisément de Boulogne-sur-Mer à Ostende, ils ressortissent alors des compétences de l'amirauté. Outre l'arrêt du Parlement de Paris du 7 février 1681 définissant le territoire de chacun, la parution en août de la même année, de l'ordonnance de la Marine consacre la spécificité du droit maritime. Il y a même de fortes probabilités pour que ce célèbre monument de la législation colbertiste ait été, durant sa longue maturation, influencée dans son esprit par les affaires dunkerquoises. Ces dernières ont pris une tournure et une violence à nulle autre pareille. Le plus remarquable est la ténacité du magistrat à défendre ses privilèges à tel point qu'un arrêt du Conseil du 31 décembre 1686 ait été encore nécessaire pour réaffirmer la nouvelle donne. La victoire de l'amirauté est complète: seules les bélandres dans les canaux lui échappent. Pourtant l'intendant Demadrys est obligé d'élaborer un *Mémoire interprétatif* en date du 29 mars 1687 pour une bonne application de cette réglementation qui précise les attributions de l'amirauté et les prérogatives de ses officiers. Là encore, Dunkerque sert de banc d'essai ou de modèle puisque la procédure est reprise en 1694 par Seignelay pour l'ensemble des ports français.

Quelle leçon tirer de cette querelle sans cesse renouvelée? Elle est tout à fait typique de la justice de l'Ancien Régime avec ses multiples accommodements et rebondissements, et partant peu intéressante, par sa banalité, pour l'historien. En revanche, son manque d'écho dans l'historiographie locale intrigue davantage. En effet, Pierre Faulconnier, grand bailli de Dunkerque, ne souffle mot de ces deux décennies de mésentente dans la grande œuvre qu'est son histoire de Dunkerque parue en 1730 à Bruges<sup>4</sup>. Il y est pourtant directement impliqué. Cette histoire urbaine passe sous silence ces sombres affaires pour le moins gênantes, au profit des exploits de Jean Bart. Cette œuvre eut beaucoup de succès par le caractère déjà positiviste de la démarche et par l'abondance et la qualité de l'illustration, exceptionnelle pour l'époque, encore plus pour une édition non parisienne. Aucune ville de Flandre n'a bénéficié d'un pareil traitement. Elle a servi de matrice pour les synthèses élaborées aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, la dernière, celle de Louis Lemaire, parue en 1927, demeurant aussi muette sur les péripéties judiciaires qui nous intéressent. Il faut attendre sept ans plus tard pour que le même auteur nous fournisse un pre-

<sup>4</sup> *Pierre Faulconnier*, Description historique de Dunkerque, ville maritime et port de mer très fameux de la Flandre occidentale, (à Bruges en Flandre chez Pierre Vande Cappelle et André Wydts 1730). L'auteur est grand bailli de 1676 à 1735 et président de la Chambre de commerce, fondée en 1700, de 1715 à 1735.

mier exposé des faits<sup>5</sup>, sans réellement en comprendre la portée. Malheureusement, comme tous les travaux parus à la veille de la Seconde Guerre mondiale, il est « resté en l'air », sans reprise ultérieure<sup>6</sup>. Il faut avouer que les éventuels chercheurs n'avaient pas la tâche facile, du fait de la destruction des archives de l'amirauté de Dunkerque et de l'incroyable dispersion de ce qu'il en reste<sup>7</sup>.

Les longues guerres de la fin du règne de Louis XIV sont l'occasion pour Dunkerque de devenir sans conteste la capitale de la course française, et même européenne. Aussi les querelles traditionnelles auraient dû disparaître. Il n'en fut rien. La délivrance des congés au sujet des bélandres rejaillit en 1710. Le procureur leur applique sur les canaux le régime de haute mer, d'où l'indignation du magistrat et son ordonnance du 5 avril qui menace les sergents de l'amirauté de troubler les bélandriers sous peine de 7000 livres tournois d'amende. La Chambre de commerce lui emboîte le pas. Cette nouvelle institution, créée en 1700, devient l'interlocuteur incontournable de l'amirauté et c'est par son biais que nous allons découvrir les tenants et les aboutissants de cette nouvelle affaire de congés.

### L'affaire Nicolas Bourgeois<sup>8</sup>.

En janvier 1710, un scandale éclate au grand jour à Dunkerque avec la diffusion d'un libelle intitulé: *Observations sur le commerce qui se fait ouvertement à Dunkerque avec les ennemis du Roy*. Pour l'essentiel, les alliés, nos ennemis, *ont restably dans cette dernière ville [Ostende] leurs magasins où ils apportent indifféremment toutes sortes de marchandises, provenant de leur cru [...]*. Ils possèdent un lieu d'entrepôt idéal, *Nieuport qui n'est éloigné d'Ostende que de trois lieues, et de six de Dunkerque [...]*. Grâce au système des passeports en cours, *trois ou quatre bateaux pescheurs de Nieuport employés à cet usage [...] ne se meslent uniquement que de ce négoce, c'est-à-dire [...] ne font autre chose que de transporter ces marchandises ennemies de Nieuport à Dunkerque*<sup>9</sup>. C'est un grave crime que de commercer avec l'ennemi.

La Chambre de commerce, directement mise en cause, publie immédiatement un *Mémoire [...] pour servir d'éclaircissement sur celui publié sous le nom de Nicolas Bourgeois*<sup>10</sup>. Nous tenons donc l'auteur du libelle explosif.

<sup>5</sup> Louis Lemaire, L'Amirauté de Dunkerque (1579 – 1791), dans: Bulletin de l'Union Faulconnier 31 (1934) 155–241 ; cité comme suit: Lemaire, L'Amirauté.

<sup>6</sup> Agathe Leysens n'en parle pas dans sa thèse, Élités sociales, corporations et pouvoirs à Dunkerque au XVIII<sup>e</sup> siècle (soutenue en 2006 sous la direction de Philippe Guignet).

<sup>7</sup> Nous venons de retrouver trois liasses concernant ces affaires dans AN, Marine, C<sup>4</sup> – 225, 228 et 229, mais reliées dans un désordre indescriptible au XIX<sup>e</sup> siècle, ce qui rend leur exploitation presque impossible.

<sup>8</sup> Exposé de l'affaire dans Christian Pfister-Langanay, Dunkerque-Ostende. Quelques jalons sur l'évolution de leurs rapports au XVIII<sup>e</sup> siècle, in Actes du 101<sup>e</sup> congrès national des sociétés savantes, (section d'histoire moderne et contemporaine 1, Lille 1976) 39 et suivantes.

<sup>9</sup> Chambre de Commerce de Dunkerque (CCDk), (1710) 11.

<sup>10</sup> Ibid., 24 et suivantes. Aux Archives départementales du Nord, série C, supplément n<sup>o</sup> 333, se trouvent le mémoire de Bourgeois et la réponse de la Chambre de Commerce.

Nos négociants repoussent les accusations du dit Bourgeois, mais sans les éclaircir. *Ce que Bourgeois adjoute des livres contre la religion, le Roy et l'Etat, qu'il dit estre apportés de Nieuport à Dunkerque n'est mis que pour se rendre plus odieux la cause de la franchise [...] ceux qui connoissent Dunkerque savent que ces sortes de livres n'y trouveroient point de débit, cette ville n'estant composée que de marchands et d'armateurs tout occupez de leur interest et qui ne connaissent point d'autres livres que leurs registres et les tarifs de fermes.*

Ce ne fut qu'en mars que les délibérations de la Chambre de commerce nous livrent les circonstances qui servirent de détonateur. Ces trois mois de réticences de la part de négociants indiquent bien dans quelle mauvaise posture ils se sont mis.

Le 19 décembre 1709, Bourgeois fait arrêter deux bateaux pêcheurs de Nieuport: la *Sainte-Marie* et le *Saint-Jean*, grâce à la chaloupe la *Vengeance* du capitaine Mathieu Catuy. Cette entreprise, aux yeux des négociants dunkerquois, *mérite d'estre très sévèrement et très exemplairement punie* parce qu'*il s'agissait moins de l'interest particulier de ceux à qui appartiennent ces marchandises que de l'interest général du Commerce de Dunkerque dont la franchise se trouve attaquée [...]*

À travers cet épisode, somme toute mineur, de la guerre de course, c'est la pierre angulaire de l'économie dunkerquoise qui se trouve en jeu, la franchise accordée en 1700. Les négociants dunkerquois, à la même époque (séance du 2 avril 1710), au nom de leurs libertés, refusent d'analyser l'ordonnance du 29 mars publiée par Wyart, lieutenant général de l'amirauté, qui exige des bélandriers de demander des congés de départ et de tenir des rapports au retour.

Cette attitude très désinvolte n'est pas du tout du goût des bureaux de Versailles comme le montre une lettre de Desmaretz, datée du 30 mars 1710, accompagnée d'une sévère réprimande de Pontchartrain<sup>11</sup>. Sur les 40 133 livres de marchandises emportées par Bourgeois, à peine 3000 concernent la consommation de Dunkerque<sup>12</sup>. Les magistrats changent alors de tactique: ils font traîner l'affaire en longueur, tant et si bien que Nicolas Bourgeois est contraint d'entreprendre une nouvelle requête au début de 1711. Il nous fournit d'intéressants détails supplémentaires. Ce trafic de contrebande dure *depuis plusieurs années*<sup>13</sup>, et le 19 décembre 1709, sa chaloupe *ayant été obligée [...] de rentrer dans le port à cause d'une tempête violente [...]*, *il fist passer son monde et ses vivres dans un caïcq de galère [...] se rendit maïstre le mesme jour sur les dix heures du soir, de deux barques avec lesquelles il entra le lendemain.*

La Chambre de commerce lui intente un procès, sous prétexte qu'il n'avait pas la permission de l'intendant. Bourgeois rétorque *qu'il n'en eut pas le temps parce que la marée baissait, et qu'un moment plus tard, il n'aurait pu sortir du port faute d'eau [...]*.

<sup>11</sup> CCDk, (séance du 17 avril 1710) 137.

<sup>12</sup> Ibid., (séance du 23 avril 1710) 141.

<sup>13</sup> Ibid., (séance du 11 février 1711) 32 et suivantes.

La Chambre de commerce l'emporte: Caruy, capitaine du caïcq, est arrêté par Levy, commandant des galères<sup>14</sup>, et mis aux fers pendant deux mois. Le conseil de l'amirauté confisque les deux prises, sauf le dixième, au profit de l'amiral. Ce jugement du comte de Toulouse, donna enfin, plus de douze mois après, les véritables circonstances de l'incident. Il s'est passé à la hauteur de Zuydcoote, à une lieue de la plage. Les deux chaloupes étaient commandées par Jacques Leus et Jean Nauth. Ce ne fut qu'à la troisième sortie du « caïcq » (barque) de la galère *la Palme* ou *la Commandante*, que les Nieuportais furent pris. Les négociants dunkerquois avaient donc réussi à parer ce très dangereux coup, en argumentant sur les erreurs administratives de Bourgeois: des autorisations non demandées, une trop grande liberté d'exécution donnée à son équipage qui se composait de sept marins de la galère et de six matelots aventuriers.

Le malheureux Bourgeois semble alors bien découragé. Il parle *des retarde-ments infinis qu'elle* [la Chambre de commerce] *a fait essuyer au suppliant* et la vie lui devient impossible à Dunkerque, puisque de l'aveu même de la Chambre: *Nous ne saurions donner de preuves plus convaincantes de cette impossibilité de frauder à Dunkerque, que le mestier de savonnier que bourgeois a été obligé de prendre*<sup>15</sup>.

À la fin de février 1711, Bourgeois prend pour la dernière fois la plume. Mentionnant la fraude des négociants, il écrit qu'ils ont au contraire favorisé ce commerce, et par là, ruiné la manufacture du suppliant, que bien loin de se cacher de la protection qu'ils accordent pour l'entrée des marchandises étrangères, ils en ont ouvertement soutenu le commerce, qu'il est encore entré à Dunkerque jusqu'à 54 chaloupes pescheuses [...] avec un tel scandale que mesme les barques dont le suppliant demande la confiscation ont fait 38 voyages, ont mesme esté faits 14 jours après le jugement de M. l'amiral<sup>16</sup>.

Les armateurs dunkerquois ne se troublent pas pour autant. Quand, à la fin d'avril 1711, le conseil de l'amirauté accorde à Bourgeois le produit de ses prises, ils réagissent de la façon suivante: *Que ce jugement trouble infiniment le commerce de cette ville, parce que nos négociants ne savent plus sur quels principes ils doivent le faire*. Cette ingéniosité de propos est fort peu goûtée à Versailles. Pontchartrain envoie deux lettres fort sèches, déclarant que Sa Majesté a trouvé mauvais qu'elle n'ait pas empêché ce commerce, et que son intention est que les Edits [...] soient exécutés à Dunkerque sans interprétation comme ils le sont ailleurs<sup>17</sup>. Le ministre n'est pas dupe des machinations de la Chambre, puisqu'il ajoute: *Sa Majesté a esté très surprise de la requête de la Chambre de commerce et des Magistrats de cette ville, aussy bien que des moyens sur lesquels ils se fondent pour autoriser le commerce frauduleux qu'ils se sont ingérés de tolérer et de faire avec les ennemis*

<sup>14</sup> À cette époque, Dunkerque possède des galères. Voir René Burlet, Des galères de Rochefort aux galères de Dunkerque, dans: Revue historique de Dunkerque et du littoral (RHDL) 41 (2008) 53–72.

<sup>15</sup> CCDk, (séance du 25 février 1711) 105.

<sup>16</sup> Ibid., (séance du 22 avril 1711) 169.

<sup>17</sup> Ibid., (séance du 06 mai 1711) 195.

*de l'Etat [...] [Elle a] la bonté d'excuser le mauvais party qu'ils ont pris en cette occasion, mais elle m'a ordonné de vous écrire d'avertir cette Chambre qu'elle prist bien garde à l'avenir de retomber dans une pareille faute.*

Cette affaire Bourgeois met en évidence la très grande indépendance des armateurs dunkerquois, l'étroitesse des liens qui les unissent avec leurs confrères ostendais à cette époque, et l'importance de la contrebande.

Sur ce dernier point, le trafic s'effectue dans les deux sens: les négociants dunkerquois écoulent leurs marchandises de prise, et même demandent en février 1711 des passeports pour que les Hollandais puissent venir racheter leurs navires pris, qui encombrant le port<sup>18</sup>. En juin de la même année, ils font publier un mémoire [...] *pour restablir dans cette ville la liberté d'y faire venir de Nieuport les marchandises des Pays-Bas espagnols et français occupés par les ennemis pour estre transportées à Cadix*<sup>19</sup>.

Ainsi l'amirauté et les traites sont publiquement et journallement bafouées dans leurs compétences, d'autant plus que le procureur de l'amirauté, Jean Porquet de Belledalle est en même temps juge au siège des traites<sup>20</sup>. Cette vulnérabilité se confirme en 1712 quand les troupes britanniques occupent la ville. Desmaretz veut être informé immédiatement de ce qui se passe à Dunkerque les concernant<sup>21</sup>. C'est un simple commis des traites, Berthoumet, qui, à partir de juillet 1712, lui envoie les listes des navires anglais qui arrivent à Dunkerque, précisant bien s'ils ont payé ou non les droits de l'amirauté et c'est son supérieur, Boutillier, qui se charge des rapports de synthèse<sup>22</sup> dans lesquels il mentionne de façon précise que les marchands de la zone occupée, Lille surtout, préfèrent envoyer leurs marchandises plutôt par Ostende que par Dunkerque. Cette absence de l'amirauté est bien curieuse mais peut se comprendre car elle a d'une part à gérer des problèmes comme celui de la destruction du port et d'autre part d'avoir en son sein des personnes comme le procureur Porquet de Belledalle qui sera obligé de se démettre de sa charge en 1716, suite à la plainte de plus de 30 négociants l'accusant de *concession, fausseté et malversation [...] Il a trouvé le secret de gagner en six ans plus de 300 000 livres pour le bénéfice d'une charge dont la finance n'est que de 15 000 livres*<sup>23</sup>. Il est vrai que le siège de Dunkerque vient de connaître une période faste. La guerre de succession d'Espagne (1702–1713) rapporte à la cité 1614 prises et 8775 rançons de prisonniers. L'amirauté vend pour 30,5 millions de marchandises

<sup>18</sup> Ibid., (séance du 18 février 1711) 83.

<sup>19</sup> CCDk, (séance du 22 juin 1711) 236.

<sup>20</sup> Un édit de mai 1711 autorise les officiers des amirautés à exercer toute autre charge de judicature. Le bureau des traites n'a pas ici pour objet de percevoir les droits levés sur les marchandises à l'entrée ou à la sortie du royaume, mais de gérer les procès qui naissent entre fermiers et contribuables. Dans le cas particulier de Dunkerque, c'est l'amirauté qui donna naissance à ce tribunal par édit, en mai 1691.

<sup>21</sup> AN, G7–1697, f° 166–179 et G7–1698, f° 1 à 178.

<sup>22</sup> Il a dû quitter Dunkerque après le 12 décembre 1713 pour Saint-Malo, ce qui est une belle promotion, puis pour La Rochelle en 1714.

<sup>23</sup> Lemaire, L'Amirauté (n. 5) 206–207.

et de navires capturés. La guerre précédente d'Augsbourg avait permis d'atteindre 25 millions. Les bureaux ne chôment guère et le prix des charges augmente considérablement. Hue de Caligny, auteur du mémoire de la Flandre maritime pour l'instruction du duc de Bourgogne, le signale en 1698. La charge de lieutenant général passe de 10 000 – 12 000 livres tournois à 42 000, celle de procureur de 7 000–8 000 livres tournois à 20 000<sup>24</sup>.

En définitive, au début du XVIII<sup>e</sup> siècle, nous avons une Chambre de commerce qui fraude à grande échelle au détriment des traites et qui plus est au profit de l'ennemi, et une amirauté dont les représentants locaux sont pour le moins impliqués dans des affaires louches, ou, tout au moins, multiplient à plaisir les procédures de tous ordres, en particulier pour augmenter les frais de course, depuis l'armement jusqu'à la liquidation des prises. Quant à l'État, il est bien renseigné, mais empêtré dans ses propres contradictions, les intérêts des différents secrétaires d'État étant souvent opposés, il ne peut guère agir de manière rationnelle. Le duel Colbert-Louvois a été particulièrement dur à Dunkerque et Vauban en a particulièrement souffert. Cette situation semble perdurer au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle et même s'aggraver à l'extrême fin de l'Ancien Régime.

#### *L'après-guerre d'Amérique et ses conséquences*

La guerre de course étant devenue l'activité traditionnelle des Dunkerquois, de très nombreux armements attendent fort longtemps leur liquidation après les hostilités. Le maréchal de Castries le sait pertinemment puisqu'il reçoit, en février 1785, 3 878 livres tournois de la part de l'affairiste Tuggehe, somme provenant des rançons remontant à 1759. Elle provient du cotre *le Faucon*, faisant partie de l'escadre de Thurot pour laquelle il manque encore 157 735 livres tournois à verser aux équipages<sup>25</sup>. Aussi, notre ministre de la Marine est-il particulièrement vigilant à suivre ce genre d'affaire pour la guerre qui vient de s'achever et les nombreuses déclarations de faillite afférentes.

Nous ignorons le nombre des faillites intervenues : il y en eut 34 entre 1767 et 1776, et 30 de 1777 à 1781 (montant global de 993 303 livres tournois pour ces cinq années<sup>26</sup>). De septembre 1783 à septembre 1784, 24 maisons suspendent leurs paiements. Les pertes s'élèvent à 5025 329 livres tournois. Les juges et consuls dunkerquois sont très clairs sur les causes de la catastrophe : *Les négociants [...] profitant du voisinage du port d'Ostende, avaient entretenu avantageusement notre navigation depuis le commencement des hostilités ; mais amorcés par les premiers bénéfices, un assez grand nombre s'était livré inconsidérément à des entreprises dont le succès dépendait uniquement de la continuation de la guerre, et que l'événement subit de la paix a rendues tout à fait ruineuses.*

<sup>24</sup> Alexandre Desplanque, dans : Bulletin de la commission historique du Nord 11 (1871) 308.

<sup>25</sup> AM, Cherbourg, 3 P<sup>2</sup>-34, (lettre du 11 mars 1785).

<sup>26</sup> CCDk, (17 janvier 1782) 7.

Le négociant Torris suit la même procédure en novembre 1781<sup>27</sup>. Il avait suspendu ses affaires à cause des *dérangements d'affaires par l'interruption forcée des paiements considérables qui lui étaient dus en Angleterre*. Il annonce à Calonne son entière libération, en précisant qu'il s'est abstenu de fréquenter la Bourse. Aussi exige-t-il et obtient-il que deux conseillers de la Chambre l'accompagnent à sa première apparition en Bourse (requête du 1<sup>er</sup> décembre 1781)<sup>28</sup>. Cet heureux événement décrit par la Chambre de commerce est fort éloigné de ce que le maréchal de Castries découvre trois ans après au sujet de cet individu redevable de sommes considérables envers la caisse des Invalides et les équipages de ses corsaires. Le ministre apprend avec satisfaction que la vente du caïche l'*Aigle* rapporte 8900 livres tournois qui seront déposées à la caisse des Invalides, mais qui à la surprise d'apprendre que la somme est aux mains du greffier de l'amirauté et que, de plus, c'est la caisse des Invalides qui paye les 300 livres tournois de frais d'huissier<sup>29</sup>. Il rejette en sorte le plan proposé par l'armateur : *Le parti, Monsieur, que le sieur Torris m'a proposé, tendait à confondre les intérêts des équipages des Invalides avec ceux des autres créanciers et à les jeter dans les longueur qu'entraîne nécessairement une union des créanciers*<sup>30</sup>. L'affaire rebondit en 1785. Castries recherche désespérément les 64 645 livres tournois dues par Torris. Parallèlement, il découvre que l'ancien contrôleur de la Marine, le sieur Chamault, en poste à Dunkerque jusqu'en janvier 1785 est également très impliqué dans ces malversations : *J'ai examiné le mémoire qu'il m'a adressé et comme il ne détruit pas entièrement les torts et les négligences qui lui on été imputés*<sup>31</sup>. Il réduit donc sa pension annuelle à 2000 livres tournois. Le plus grave s'avère être les agissements du trésorier des Invalides du moment, Vanwormoudt qui commet l'imprudence d'accepter quatre lettres de change de la part de Torris d'un montant total de 28 776 livres tournois au lieu d'exiger de l'argent comptant, les quatre lettres ayant été établies au moment de la faillite. Qui plus est, notre trésorier, malgré sa bourde, ose réclamer six deniers par livre, soit 2,5% de frais sur cette opération, la rondelette somme de 4786 livres tournois. Il faut attendre avril pour apprendre que les biens de Torris ont été saisis et que le produit de leur vente sera entièrement versé aux équipages, déduction faite des 4786 livres tournois de frais de justice. De plus le sieur Vanwormoudt *doit s'imputer le vice de son opération* concernant les quatre lettres de change et *fera bon de ses propres deniers* pour les 28 776 livres tournois concernées<sup>32</sup>. L'affaire n'est pas pour autant terminée. Le maréchal de Castries n'est pas au bout de ses peines. En juin, il fait part de son étonnement à l'ordonnateur de la Marine, Barthouilh de Couloumé, que *sans avoir égard à l'arrêt du conseil du 25 juillet 1784, le procureur du Roi a abandonné ses poursuites, qu'il laisse à la disposition de*

<sup>27</sup> *Ibid.*, (lettre du 14 novembre 1781) 443. Passif de 0,5 million de livres tournois pour 1,2 million d'actifs dont à peine le dixième disponible.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 458.

<sup>29</sup> AM Cherbourg, 3 P2-34, (lettres des 12 mars et 25 avril 1784).

<sup>30</sup> *Ibid.*, (lettre du 3 juillet 1784).

<sup>31</sup> *Ibid.*, (lettre du 5 mars 1785).

<sup>32</sup> *Ibid.*, (lettre du 04 avril 1785).

*sindics et séquestres, non seulement la vente des biens faillis, mais encore les fonds qui en proviennent, qu'on observe point dans ces ventes les formalités prescrites et les discussions qu'elles exigent. Cette conduite est formellement contraire aux intentions du Roi, elle est visiblement préjudiciable aux intérêts des Invalides [...]. Vous voudrez bien sans nul délai me rendre compte de cette affaire [...]*<sup>33</sup>. Nous ignorons la réponse de l'ordonnateur, mais signalons qu'il est remplacé quatre jours après, le 29 juillet, par le sieur Mercier. Le lendemain, le tout nouveau commissaire général de Marine à Dunkerque ne reçoit comme il est prévu aucune visite protocolaire du magistrat, de la Chambre de commerce, des négociants et même des officiers de l'amirauté et au ministre de conclure: *leur malhonneteté provient de la peine qu'ils éprouvent de voir la Marine conserver à Dunkerque un administrateur supérieur*. Torris demande alors des secours pour subsister et surtout obtient un arrêt de défense du Parlement de Paris contre la sentence de l'amirauté<sup>34</sup>. Une véritable guerre des tranchées s'installe. Ulcéré, le ministre ne déclare-t-il pas qu'il *n'entrera dans aucune discussion relativement à l'indécence de ces actes des syndics*<sup>35</sup> et en décembre, il envoie, sans doute avec beaucoup de satisfaction, *un arrêt du conseil qui déboute les syndics et requestes de la faillite Torris de leur opposition à la répartition aux équipages des deniers déposés dans la caisse des Invalides*<sup>36</sup>.

Nous voyons bien l'extrême difficulté d'un ministre, ici même, d'un grand ministre, à se faire simplement obéir par ses propres employés qui, en sus, sont parfois complice d'affaires qu'ils ont, sinon à juger, mais au sujet desquelles on leur demande d'appliquer correctement les décisions de justice prises au plus haut niveau. Ce bras de fer s'éclaire davantage si nous tenons compte parallèlement d'une énorme affaire qui embarrasse singulièrement les négociants dunkerquois la même année.

### *Le scandale de la baraterie*

*Cette affaire délicate* donne un énorme souci aux négociants à partir de la fin août 1785: le capitaine J.-M. Auffret est impliqué dans des assurances frauduleuses concernant son navire la *Charlotte* perdu en février, au large du Ferrol, en allant vers Gênes<sup>37</sup>. L'instruction n'est pas encore achevée en février 1788 et qu'en sorte les événements prérévolutionnaires ne nous permettent pas de connaître le dénouement de cette ténébreuse affaire. Remarquons qu'en 1860, l'historien local Raymond De Bertrand reste très embarrassé pour exposer cet événement. Il ne cite jamais de nom et *parmi tous ces gens-là, il y avait très peu d'individus nés à Dunkerque*<sup>38</sup>. 80 ans après l'épisode, l'affaire restait délicate!

<sup>33</sup> *Ibid.*, (lettre du 17 juin 1785).

<sup>34</sup> *Ibid.*, (lettre du 22 août 1785).

<sup>35</sup> *Ibid.*, (lettre du 28 octobre 1785).

<sup>36</sup> *Ibid.*, (lettre du 2 décembre 1785).

<sup>37</sup> CCDk, (lettre du 25 août 1785) 359.

<sup>38</sup> *Raymond de Bertrand*, Le port et le commerce maritime de Dunkerque au XVIII<sup>e</sup> siècle,

Revenons aux faits. En novembre 1785, six navires périssent *par des causes inconcevables*, d'où *l'embarras et la consternation du commerce de cette ville de se voir dans la nécessité absolue d'exposer aux événements naturels de la mer, dans cette saison-ci, et navires et marchandises sans pouvoir se faire assurer*<sup>39</sup>. Quatre négociants de Bayonne refusent de rembourser une police de 20000 livres tournois présentée pour le compte d'Antoine Thevenet fils<sup>40</sup>. Début 1786, le garde des sceaux consent à ce que les officiers de l'amirauté aient connaissance exclusive de cette affaire<sup>41</sup>.

La Chambre entend garder *le plus profond secret pour que certaines gens ne prennent point l'épouvante et que l'on puisse mettre la main sur eux*<sup>42</sup>, ce qui est chose faite dans la nuit du 16 au 17 février: 11 arrestations et 2 prises de corps décrétés<sup>43</sup>.

#### Arrestations

- L. Hamel                                capitaine du *Saint-Louis*
- J.-M. Auffret                        capitaine de la *Charlotte*
- E. Aymes                                capitaine des *Bons Amis*
- A. Mousquet                        second des *Bons Amis*
- G. Crycx                                capitaine de l'*Africain*
- L. Reven                                second de l'*Africain*
- Seguin, Cannevet, Samson et Colas dit Landeau  
chargeurs

#### Prises de corps décrétés

- F. Lambert                            capitaine du *Balon Nantais*, se constitue prisonnier le 21 avril
- H. Townson                        capitaine de la *Charmante*.

Les chargeurs sont des marchands cordiers, charpentier de navires, maître d'école ou tailleur-fripier. Nous avons affaire aux comparses. Les responsables ont eu le temps de filer.

- F. E. Tappy                            armateur de la *Charlotte*: en Suisse
- Louis Roy                            armateur des *Bons Amis*: fugitif. Il avait déposé son bilan le 6 février, laissant 164658 livres tournois de passif.
- Antoine Thevenet père    courtier: fugitif

dans: Mémoire de la Société dunkerquoise pour l'encouragement des sciences, des lettres et des arts 10 (1864–1865) 347–353.

<sup>39</sup> CCDk, (lettre du 19 novembre 1785) 524.

<sup>40</sup> CCDk, (lettre du 03 décembre 1785) 566.

<sup>41</sup> CCDk, (lettre du 19 janvier 1786) 24.

<sup>42</sup> CCDk, (lettre du 03 février 1786) 46.

<sup>43</sup> CCDk, (lettre du 20 février 1786) 86.

- Jean-Daniel Holtz            courtier: se réfugie à Aix-la-Chapelle
- Reste Uytborck            armateur du *Saint Louis* arrêté ultérieurement.

Le scandale s'étend progressivement: six puis huit, et finalement onze navires sont les victimes de cette baraterie généralisée. D'autres personnages, tout aussi dunkerquois que Thevenet et Roy quittent discrètement la ville: Mathieu Féchon fils, J. Dayn, Étienne Emery (décrété fugitif en mai) et Spyns. Les directeurs de la Compagnie d'assurances d'Anvers ne s'en cachent pas: *Nous sommes journalièrement persécutés pour le remboursement [...] nous délayons de satisfaire aux dîtes sollicitations surtout depuis que nous sommes informés que les honnêtes gens de votre ville même ne font aucun doute quant aux fraudes suspectées*<sup>44</sup>. L'intendant des pêches, Chardon ajoute: « *je ne vois pas qu'il y ait misère à en faire à la Chambre d'assurance*<sup>45</sup> ».

Pourtant la multiplication des demandes de renseignements de la part des Anversois tend à faire croire le contraire<sup>46</sup>.

En janvier 1788, les assureurs anversois ne sont pas encore découragés: *Comme il en est actuellement chez vous des affaires fâcheuses d'assurances qu'on est depuis si longtemps à pénétrer*<sup>47</sup>. Les conseillers de la Chambre déclarent que l'instruction secrète est presque achevée pour huit navires<sup>48</sup>. Ensuite n'apparaît plus aucune mention sur ce scandale. Est-ce dû aux destructions d'archives? Peu probable. Est-ce dû aussi à une volonté d'étouffer l'affaire? Certainement. Déjà, en octobre 1787, Chardon remarque que *cette malheureuse affaire des navires perdus qui dure depuis deux ans [...] ne se termine pas*. Par deux fois, le conseiller pensionnaire de la Chambre de commerce, Reynaud, est convoqué par le procureur de l'amirauté et refuse d'y paraître<sup>49</sup>.

Quoiqu'il en soit, pour les 13 prévenus prisonniers à Dunkerque, l'amirauté dépense 1463 livres tournois de frais de subsistance en 1787 et le ministre accorde en février 1788, une augmentation de leur ration, passant de six à huit deniers<sup>50</sup>. Il est vraiment dommage que nous restons dans l'ignorance complète du dénouement. Les archives de la Chambre de commerce restent muettes et celles de la juridiction consulaire ont brûlé. Mais la volonté de faire traîner les choses est évidente.

Bref, l'atmosphère portuaire à Dunkerque se révèle être délétère à la veille de la Révolution d'autant que d'autres conflits traversent les élites en place.

La première fracture, dans ce petit monde dirigeant, remonte à la création de la Chambre consulaire. L'édit de février 1700, qui établit la Chambre de commerce, prévoit aussi un Tribunal consulaire. C'est une atteinte directe aux traditionnelles compétences du magistrat qui réussit une première fois, en 1700, à étouffer l'af-

<sup>44</sup> CCDk, (lettre du 24 février 1786) 97.

<sup>45</sup> CCDk, (lettre du 20 avril 1786) 207.

<sup>46</sup> CCDk, 182, 224, 264, 266.

<sup>47</sup> CCDk, (23 janvier 1788) f<sup>o</sup> 32 v<sup>o</sup>.

<sup>48</sup> CCDk, (04 février 1788) f<sup>o</sup> 34 v<sup>o</sup>.

<sup>49</sup> CCDk, (10 février 1788) f<sup>o</sup> 61.

<sup>50</sup> AM Cherbourg, 3 P2-36 (lettre du 22 février 1788).

faire dans l'œuf, puis l'écarte de nouveau en 1735. La situation aurait pu durer longtemps sans le « coup de majesté » de Maupéou en février 1771 qui supprime, entre autres, le Conseil d'Artois. Il faut cependant attendre février 1776 pour que la nouvelle institution fonctionne avec bien des embûches puisqu'en juillet 1781, la Chambre de commerce mobilise l'ensemble de la classe marchande au moyen d'une pétition signée par 300 négociants pour sauver la nouvelle institution.

Au-delà de ce scénario classique de querelle de clocher, retenons deux faits :

- L'appui de l'amirauté à la Chambre consulaire (24 janvier 1782);
- La rupture, maintenant nette, du moins dans les esprits, entre le monde marchand et le monde politico administratif local<sup>51</sup>.

Mais les choses se précipitent à partir de 1788, un souci de réputation travaille les négociants locaux, celui de retrouver leur honneur perdu. En dépit de leurs efforts, la fraude, sous toutes ses formes, continue jusqu'à la suppression de la Chambre de commerce : « francisation » des toiles « belges » en janvier 1790, sous-estimation, dénoncée par le bureau de la Balance du Commerce, des chiffres du trafic avec le Royaume-Uni, plainte de Calais, en avril, à propos du smogglage. Pour couronner le tout, l'écrivain de la Chambre, Bacquet, fait chanter l'institution en la menaçant de livrer des mémoires compromettants à l'Assemblée nationale. L'affaire est si grave que *les conseillers n'ont pas cru devoir en faire part à la municipalité pour ne pas ébruiter la chose*. Enfin, l'année s'achève par la découverte, en novembre, de la concussion des gardes de la Chambre à propos d'objets à embarquer.

Revenons en arrière, tout bascule en juillet 1789. Nos négociants, nous l'avons constaté, sont des hommes pleins d'initiatives, voire franchement aventuriers. Ils vont admirablement jouer leur propre partition lors de la Révolution.

Leur première parade est la création, le 25 juillet, d'une garde bourgeoise – bien-tôt garde nationale – uniquement constituée de volontaires presque tous négociants et commandée par le négociant Emmery. C'est une réponse immédiate et magistrale à la menace d'une sédition populaire contre les trafiquants de blé qui aurait déstabilisé le magistrat au profit du procureur du roi à l'amirauté, Laurent Coppens. La parade est aussi, dans les dernières semaines de 1790, l'investissement de la société des amis de la Constitution par les négociants. Cette société est, dans l'esprit de son créateur Laurent Coppens, destinée, comme il le dira plus tard, à « réconcilier tous les patriotes ». Il est entendu que, sous le terme « patriotes », Coppens et ses amis désignent tous les Dunkerquois favorables aux changements en cours mais qui ne trempent pas dans toutes ces sordides affaires d'avant 1789 et qui ne se mêlent pas de trafiquer les blés. Cette société cherche surtout à faire contrepoids à l'hégémonie des négociants après les élections municipales de janvier 1790 qui voient le triomphe exclusif de ceux-ci (dix officiers municipaux sur onze et un constructeur de navires, douze négociants et six grands commerçants sur 24

<sup>51</sup> *Christian Pfister-Langanay*, *Élites, institutions portuaires et règlement de compte à Dunkerque (1776–1791)*, dans : *Pouvoirs et littoraux du XV<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle*, sous la direction de *Gérard Le Bouëdec, François Chappe* (Rennes 2000) 429–436.

notables municipaux). La ville est même partagée topographiquement par les résultats électoraux : les quartiers du sud-ouest : celui des Carmes où siège la Marine, celui des Capucins où réside la douane, votent pour les amis de Coppens. Les trois autres quartiers élisent au contraire les amis de Thiery et d'Emmery. C'est donc autour du procureur du roi à l'amirauté que se développe la remise en cause du pouvoir négociant. L'amirauté avait toujours échappé à l'emprise locale car elle était habilitée par ses compétences à enquêter et à juger dans des domaines que la Chambre de commerce et la juridiction consulaire tiennent pour leurs propres.

Le conflit Coppens-Emmery se poursuit : un nouvel affrontement par échange véhément de libelles qui éclate en février 1791 à propos du nouveau tribunal de commerce. Si Coppens a dû sourire en apprenant la disparition de la Chambre de commerce par le décret du 27 septembre de la même année, le conseil général de la commune, a dû savourer sa victoire le 23 novembre, en apposant les scellés sur le greffe de l'amirauté abolie par la loi du 9 août. Le tribunal de commerce, corps élu, demeure donc. La Révolution n'est-elle pas d'abord le triomphe du principe de l'élection ? Le commerce a, en définitive, conquis son indépendance totale vis-à-vis des autres pouvoirs et aussi Laurent Coppens ne manque-t-il pas de déclarer, avec autant de bon sens que d'acrimonie : *J'ai toujours prétendu qu'on ne peut confier la surveillance du commerce à ceux qui le font*. Préscience de ce qui va se passer au XIX<sup>e</sup> siècle.

C'est probablement à ce moment-là que s'effectue le rapt des archives de l'amirauté qui se trouvent maintenant incluses dans celles de la ville, rapt qui ne portait que sur les archives « vivantes » dont le contenu n'avait pas à être exposé au public. Sur quelles nouvelles pistes nos négociants vont-ils se lancer au XIX<sup>e</sup> siècle ?

### *La pêche à Islande*

C'est la grande affaire de Dunkerque entre 1814 et 1914 : 7812 armements réalisés en un siècle au large de cette île sinistre pour capturer la fameuse morue. Après le commerce interlope dont les négociants locaux ont fait leur deuil, après la chute de l'Empire, cette activité domine l'horizon dunkerquois durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle. La vie et le travail à bord sont épouvantables tout autant, du reste, que les conditions de navigation. L'Islande frôle au nord le cercle polaire arctique et n'est séparée parfois du Groenland que par un détroit de 300 km de large. Un navire de l'État (le stationnaire) patrouille dans ses immensités glacées et tempétueuses à partir de 1831, durant la campagne de pêche. Au retour en France, ce commandant de la « Royale » rédige et envoie au ministre de la Marine un rapport circonstancié de tout ce qu'il a vu et entendu. Les plus anciens remontent aux années 1844 et 1845 dus au lieutenant de vaisseau d'Estremont de Maucroix (1806–1860), qui effectue plusieurs croisières dans ce secteur. Nous sommes en présence d'un homme expérimenté<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> Chiffres tirés de Jean-Pierre Mélis, *Christian Pfister-Langanay, Du dogre au dundée dunkerquois. 150 ans de changement technique sur les bancs d'Islande*, dans : *Industrial revolu-*

Ces documents sont rédigés sobrement et avec précision, les tournures administratives sont rares. Tous sont inspirés par l'idée que ces pêcheurs constituent un vivier d'excellents marins pour la patrie. Plus ils sont nombreux, et mieux la marine royale puis impériale se portera. Ce « populationnisme » quelque peu primaire est unanimement partagé par les rédacteurs de ces rapports. Ils pensent avant tout en officiers militaires ayant charge d'âmes. La sauvegarde des équipages et leur bien-être sont leurs premiers soucis, ce qui explique tout l'intérêt de ces documents. Ces officiers n'ont rien à cacher, encore moins au ministre de la Marine.

Les conditions climatiques très dures, subordonnent tout et changent constamment. En juin 1843, après des sondages qui supposent une mer calme, l'océan, le lendemain (2 juin) se déchaîne. Le cutter, cette année-là sur zone, s'en tire sans dommages grâce à trois matelots qui exposent leur vie. Le temps devient très brumeux du 18 au 28 juin. Le 8 août, il est *fort mauvais et la mer très grosse*, rendant impossible les transbordements : une embarcation est défoncée.

L'année suivante, en 1844, les conditions climatiques deviennent épouvantables (cinq naufrages). *Le temps ne cessa pas d'être affreux, la brume continuellement épaisse, le vent très fort, la mer très grosse : nous cassâmes notre vergue de cape en trois endroits.* Le mauvais temps continue : *nous manquions d'eau : j'essayai d'en faire avec la neige qui tombait toujours mais l'eau de mer qui embarquait en même temps à chaque lame, se mêlait à la neige.* Nous sommes en mai ou en juin.

La flottille dunkerquoise subit de très graves sinistres, perdant 404 marins de 1835 à 1839 ce qui poussera l'État à interdire tout départ de pêche avant le 1<sup>er</sup> avril. Le chef de station s'occupe essentiellement de l'état des navires et de celui des équipages. Il doit posséder un caractère bien trempé quand nous voyons les problèmes qu'il affronte.

Le stationnaire est considéré comme une sorte de navire atelier pour la flottille dunkerquoise. Dès qu'il arrive sur la côte est de l'Islande, d'Estremont de Maucroix écrit : *Nous rendîmes à ces navires les secours qu'ils réclamèrent de nous* (le 4 juin 1843). Il les retrouve le 7 juillet au cap Langanæs, au nombre d'une trentaine : *Pendant huit jours, nos charpentiers et surtout notre forgeron furent sans cesse occupés à leur faire des réparations dont ils avaient le plus grand besoin*<sup>53</sup>.

Se présentent des cas plus graves quand le bâtiment fait eau et la remarque du commandant ne manque pas d'étonner : *Comme les années dernières aussi, le capitaine d'un navire qui faisaient beaucoup d'eau et auquel je dus offrir de le réparer, refusa mon offre en alléguant l'intérêt de sa pêche déjà fort en retard.* La visite des autres navires montre que *les canots (de sauvetage) sont presque tous dans un état déplorable, et ne sont embarqués que pour se conformer au règlement qui les y oblige.*

tions and the sea, sous la direction de *Christian Koninckx* (Académie royale de Belgique, *Collectanea Maritima* 5, Bruxelles 1991) 369–390.

<sup>53</sup> *Christian Pfister-Langanay*, Les Dunkerquois au large de l'Islande. La vision des marins militaires au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, dans : La pêche en Manche et en mer du Nord XVIII<sup>e</sup>–XIX<sup>e</sup> siècles, sous la direction de *Christian Pfister-Langanay*, *Patrick Villiers* (Lille 1998) 91–112.

Parfois la situation se complique quand, en 1844, le capitaine du *Courrier* de Gravelines ne déclare pas sa voie d'eau, mais est dénoncé par ses hommes. Il rejette l'offre de réparation. D'Estremont écrit alors: *Ce refus s'était déjà présenté plusieurs fois les années précédentes; ne voulant pas les réparer malgré eux, [il] avait inscrit sur leur registres de bord sa proposition d'aide et son rejet. Le Courrier coule en fin de campagne, heureusement, l'équipage est sauf.*

Toujours la même année, au sud du cap Langanæs, il visite une vingtaine de navires dont *plusieurs avaient besoin de voiles, de cordages et que je leur donnai après m'être assuré toutefois qu'il y avait urgence réelle.*

En 1854, Barladier du Mas déclare qu'il lui est impossible d'acquitter toutes les réparations. Il signale en avoir fait faire d'importantes à plus de 20 bâtiments et *nous avons dû consommer pour eux non seulement tout ce qui nous est donné à cet effet à notre départ, mais encore beaucoup d'objets de notre propre approvisionnement.*

Cette aide matérielle est le maximum que peut entreprendre la marine royale. Quand l'ouragan survient, il ne reste plus au stationnaire qu'à compter les pertes. En 1844, au début de la campagne, quatre navires sont perdus. En 1854, Barladier du Mas rend compte de deux pertes totales: *l'« Occasion » de Paimpol et la « Marie » de Dunkerque qui se perdent dans les mêmes circonstances: au mouillage, leurs ancres et leurs chaînes n'étant pas assez fortes.*

Chose curieuse, notre capitaine de frégate insiste longuement sur ces naufrages, en soulignant *« la facilité avec laquelle les capitaines et les équipages abandonnent leurs navires [...]. Dès que le navire est échoué, chacun s'occupe de ses effets. Les hommes de la « Marie » [...] n'avaient rien perdu [...] ils ne s'occupent pas le moins du monde, des navires qui, la plupart du temps, pourraient être renfloués par leurs propres moyens [...]. Ils pourraient donc travailler avec succès à sauver leur navire: mais non, il est assuré souvent pour une somme bien plus considérable que sa valeur et ils hâtent de faire abandon du navire [...] sachant très bien cependant que, dans ce pauvre pays, tout sera vendu à vil prix.*

Et le militaire de conclure: *Je ne m'explique pas une pareille conduite.* Cependant, il n'est pas à une surprise près: la conduite des équipages l'interpelle aussi.

## L'état des équipages

Les conditions de vie des équipages font partie des préoccupations majeures des commandants de la station, aider ces hommes, les soigner, les secourir, ou tout simplement les sauver au cas échéant. Cela n'exclut pas, non plus, une surveillance de leur part concernant leur discipline, vision militaire oblige et aussi idée de l'époque, il faut moraliser le peuple. La mutinerie est un phénomène décrit comme banal et le plus souvent associé au problème de l'alcoolisme.

D'Estremont de Maucroix insiste en premier lieu sur le caractère tout à fait particulier de la pêche à Islande pour l'expliquer: *Ce métier [...] qui s'exerce ici, ne*

*peut attendre de la plupart des hommes [...] aucun sentiment raisonnable ou généreux. Quand l'ivresse vient encore à s'ajouter, arrive un désordre affreux, ce qui lui laisse quelques doutes sur le genre de mort des hommes qu'on dit tombés à la mer. Il faut interdire de distribuer en une seule fois [...] la ration de genièvre de toute une semaine.*

Mais les capitaines sont aussi coupables que leurs hommes : le lieutenant de vaisseau pare donc au plus pressé : punitions sévères en fonction du code militaire, mais il est peu soutenu par les capitaines qui se retrouvent seuls ensuite devant leurs équipages. *Les choses laissent encore beaucoup à désirer* en 1843. Nous ne trouvons aucune plainte à ce sujet en 1844. En 1854, Baladier du Mas indique, sans commentaire, que des *faits d'indiscipline qui se sont passés à bord de la « Louise » sont de nature la plus grave et nécessitent la répression la plus sévère.*

Le rapport du stationnaire insiste sur les mauvais armements qui mettent en péril la vie des équipages, cela concerne aussi bien la valeur des hommes que la qualité du matériel. L'*Eugénie* de l'armateur Derycke est exemplaire sur ce point. Dès le 20 juillet, le navire est dans un grand dénuement : à peine trois mois de vivres pour une campagne de six à sept mois !

Les officiers remarquent aussi que le niveau intellectuel des équipages est très faible : en 1843, à bord de l'« *Eugénie* », la mort du capitaine n'est pas constatée, mais l'officier a soin d'ajouter qu'*il était impossible qu'il en fut autrement, il ne restait personne à bord qui sut écrire* sur un équipage de 12–15 marins ! De ce fait, les procédures administratives ne sont pas respectées : les journaux de bord mal tenus. Dans ces conditions, météorologie épouvantable, équipages peu brillants, navires vulnérables, tout accident prend immédiatement des proportions catastrophiques et explique partiellement le bilan funèbre des années 1835–1839.

Revenons à l'« *Eugénie* » dont le capitaine s'est soi-disant suicidé et où le second est incapable de le remplacer dans la mesure où il a l'habitude de naviguer « autrement qu'en vue de terre ». Le stationnaire est alors obligé de confier le commandement de la corvette à un de ses hommes pour le retour à Dunkerque.

Il est inutile d'insister sur le laxisme, parfois criminel, de certains armateurs, mais, chose beaucoup plus grave, les rapports des stationnaires se suivent et se ressemblent. Jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, ils n'assistent à aucun progrès sur les faits qu'ils dénoncent. Chaque année, le ministre de la Marine envoie un rapport résumant les interventions du chef de station à la Chambre de commerce qui elle-même procède à une réunion d'armateurs à Islande. Il est à constater que rien ne transpire, que le public et la presse locale sont laissés dans l'ignorance. La justice n'a pas son mot à dire. Une seule affaire arrive au grand jour lors de l'audience du 25 avril 1829 de la cour d'assises et transcrite dans le *Journal de Dunkerque* qui ne fait que copier un article du *Mémorial de la Scarpe*, imprimé à Douai. La cour s'est prononcée sur le meurtre d'un novice de 19 ans, Joseph Vitaille, embarqué sur le sloop le « *Jeune Jean Bart* » commandé par le capitaine François Brauwr. Devenu le souffre-douleur de deux marins, il décède le 3 août après quatre mois de brimades, puis de tortures avec la complicité du capitaine et le silence du restant de l'équipage qui avoue le forfait après la campagne.

À l'orée du XX<sup>e</sup> siècle, l'État multiplie les lois et décrets sur l'armement des navires, donnant ainsi aux stationnaires une base légale à des interventions qui jusqu'à présent n'avaient qu'un caractère facultatif. Dans ce contexte, les rapports avec les armateurs s'aigrissent au point que ces derniers contestent publiquement les allégations du stationnaire. *Au nom de tous les armateurs, je proteste de la manière la plus énergique contre le rapport du commandant de la « Manche » concernant l'armement de nos navires et l'état d'insalubrité du poste d'équipage* (1896). Ce même armateur, à propos de la déclaration d'innavigabilité d'un de ses navires par le stationnaire, s'estime *victime d'un abus de pouvoir et de l'incompétence bien démontrée de la commission du « Lavoisier »* et réclame des dommages et intérêts<sup>54</sup>.

En revanche, huit ans auparavant, quand sept navires sont perdus avec 165 hommes, les autorités locales auraient tout fait pour interdire la circulation d'une plainte en flamand dénonçant *les riches avares qui êtes nés dans la fortune* acquise sur tant de souffrances<sup>55</sup>.

Mais une bonne part de ces souffrances provient de la consommation excessive d'alcools sur les navires. En dépit de la réglementation qui porte sur la part officielle, les armateurs ferment les yeux sur ce que les pêcheurs emportent à titre individuel. Les conditions de travail étant ce qu'elles sont, l'alcool devient un véritable fléau, qui à l'inverse de ce qui se passe à Paimpol, ne sera jamais dénoncé. Un bel exemple de cette conspiration du silence nous est fourni par les faits qui suivent.

Le 15 juin 1854, le journal *l'Autorité* écrit : *Hier, le « Saint Jean-Baptiste » est entré à la marée du soir, et les marins de ce navire se sont transportés aussitôt à la chapelle N.-D. des Dunes où ils sont restés longtemps prosternés devant l'image de la Mère de Dieu. Ils la remerciaient de les avoir sauvés des périls qu'ils n'ont cessé de courir pendant leur navigation. En effet, des onze hommes qui composaient l'équipage, six seulement sont revenus. Le capitaine, le second et trois matelots ont été enlevés par un coup de mer et si les six autres n'ont pas éprouvé le même sort, c'est qu'ils ne se trouvaient pas sur le pont à ce moment.*

Ce récit est exact, mais il faut attendre encore deux ans pour que le rapport du commandant du stationnaire apporte de bien dramatiques précisions.

*Ce bâtiment reçut à bord une lame qui lui enleva le patron et quatre hommes. Le fils du patron, mousse de 15 ans, ayant pu saisir son père en crochant une gaffe dans sa chemise de laine, le pauvre enfant sentait l'étoffe se déchirer, il appelait de toutes ses forces, tous étaient ivres, personne ne vint et le patron disparut.* Le stationnaire avait recueilli à chaud le témoignage de l'adolescent encore sous le choc de la tragique disparition de son père. Jamais la presse locale ne se fit l'écho de ce drame et bien entendu personne ne fut inquiété dans cette affaire. Tout porte à

<sup>54</sup> *Jean-Pierre Mélis*, Grande pêche. Goélettes flamandes à Islande (Chasse-Marée, 2006) 57; cité comme suit: *Mélis*, Grande pêche.

<sup>55</sup> *Mélis*, Grande pêche (n. 54) 175.

penser que l'alcool a dû bien souvent jouer un rôle dans la disparition de certains capitaines.

Derrière un titre, un rien provocateur, nous avons voulu simplement montrer que la conciliation n'est opératoire qu'à un certain niveau, celui interne au milieu négociant. Mais dès que ce monde fermé se sent menacé par une intrusion étrangère quelconque, il est remarquable de constater le changement d'attitude complet : l'annihilation de l'adversaire.

À travers ce survol de deux siècles et demi, nous constatons plusieurs cas de figures qui nous sont devenus familiers :

\* L'installation de l'amirauté française entre dans un schéma très classique, celui de l'affirmation de l'état absolutiste qui rogne les ailes de la traditionnelle autonomie municipale. Mais, dans le cas présent, le conflit atteint un degré qui n'a cours nulle part ailleurs dans le royaume, car nous avons affaire d'une part à une ville flamande habituée à ses libertés urbaines, et d'autre part à un foyer corsaire où la violence est monnaie courante, voire la norme.

\* La fraude est consubstantielle au commerce, surtout en zone frontière. En 1711, la Chambre de commerce est totalement coupable de ce point de vue, avec circonstances aggravantes, de commerce avec l'ennemi. Elle réussit cependant à faire condamner le malheureux par qui le scandale arrive. Qui plus est, le cumul des charges l'arrange beaucoup puisque la place de procureur de l'amirauté et celle de juge du bureau des traites sont dans les mains d'une seule et même personne. Le contrôleur général le sait pertinemment mais, en 1712, sa priorité est de gérer au mieux l'occupation du port par les Anglais, puis sa destruction et non pas cette fraude locale, fusse-t-elle spectaculaire.

\* Les Dunkerquois ayant pris l'habitude d'interpréter les ordres du Roi, la volonté d'un ministre pèse peu. Le maréchal de Castries s'en rend vite compte en 1785 en constatant les énormes retards des versements des prises aux marins et des sommes dues à la caisse des Invalides. Qu'il soit obligé de sévir auprès d'armateurs indéliçats, c'est chose on ne peut plus normale, mais découvrir les malversations des deux trésoriers successifs de la Marine, l'est moins, et de faire finalement démissionner le commissaire général trop impliqué, ne l'est pas du tout.

\* L'amirauté est devenue la citadelle, la Bastille à abattre. La Chambre de commerce lui refuse toute information sur le scandale de la baraterie et l'affrontement s'exacerbe en 1789-1790 quand le dernier procureur du siège fait tout son possible, en particulier en créant la garde nationale pour empêcher le monde négociant de faire main basse sur la future municipalité. Peine perdue...

\* Le XIX<sup>e</sup> siècle voit le triomphe de la bourgeoisie d'affaires qui réalise ses ambitions au large de l'Islande, faisant fi de toute règle, de toute législation, fusse-t-elle la plus légère. Si la Marine nationale peut dresser, en toute indépendance, la liste sans fin des infractions, jamais le commissaire des affaires maritimes et encore moins les tribunaux n'interviendront dans ce Far West nordique.

Ces cinq exemples mettent en évidence plusieurs singularités qui comptent dans la longue durée.

\* La place de l'État dans la gestion du délit maritime.

\* La difficile affirmation d'un État vis-à-vis d'une mer toujours plus lointaine, et sa relative impuissance envers les camarillas locales.

\* Les contradictions d'un État trop polymorphe: les instances militaires s'opposant aux instances civiles, elles-mêmes en concurrence, d'où les possibilités de chantage des uns envers les autres.

\* La radicalité des solutions: le plus fort gagne.

En conséquence, le droit n'est plus la norme. Il s'applique d'une manière curieusement élastique. Au mieux c'est un outil permettant de contourner les règles juridiques, au pire il concourt à sa propre disparition dans les faits.

Aussi, quand nous ouvrons un dossier de procès maritime, nous savons être en présence de la partie émergée de l'iceberg, comme pour les juridictions terrestres, il n'y a pas là originalité, mais, c'est en amont que les choses semblent différer profondément, l'infra judiciaire, la composition compte beaucoup sur terre, alors qu'elle ne compte pour rien sur mer, puisque qu'elle se charge de faire disparaître les preuves.

## Kurzfassung

In diesem Beitrag unternimmt es der Autor, die Strategie zu skizzieren, welche die aufeinander folgenden Hafaneliten Dünkirchens anwendeten, um ihre vitalen Interessen vom 17. bis zum Ende des 19. Jahrhunderts zu verteidigen. Wenn auch eine Schlichtungspolitik innerhalb der Gruppe bestanden haben muss, um intern Zwistigkeiten zu regeln, insbesondere während der sehr langen Perioden des Kaperkriegs, verflüchtigte sich dieses Verfahren, sobald sich eine höhere Autorität anschickte, in die maritime Domäne einzugreifen, vor allem über das Steuerwesen und die behördliche Aufsicht. Die Situation kompliziert sich in dem Maße, in dem sich die Wechsel in der politischen Zugehörigkeit, die geschickt aufrecht erhaltene Unschärfe der Kompetenzen der verschiedenen sich in Hafengelegenheiten einschaltenden Institutionen sowie die bisweilen verblüffende Vermischung, sogar eine Komplizenschaft, zwischen den lokalen Akteuren und den örtlichen Repräsentanten der Marine verschachteln und überlagern.

Dieses auf Klientelismus und Finanz gegründete System öffnete allen Exzessen Tür und Tor, doch diese wurden derart geschickt verschleiert, dass der Autor lediglich eine Art „Archäologie des Beweises“ betreiben kann, um zu entdecken, dass jenseits einer bestimmten noch zu definierenden Schwelle, die Wahl der Versöhnung weder wünschenswert noch erwünscht war.

## Abstract

In this article, the author tries to line out the strategy which the successive élites of the harbor of Dunkerque adopted in order to defend their vital interests from the 17<sup>th</sup> to the end of the 19<sup>th</sup> c. If the politic of conciliation must have existed in the

middle of the group in order to regulate the differences internally, especially in the very long periods of the war of capture, the procedure volatilized as soon as any higher authority pretended to mix into the maritime domain, especially with the help of fiscal questions or via matters of inspection. The situation is complicated in the measure in which the changes of political obedience, the carefully upheld blur of competences of the different institutions which intervene in harbor matters, the sometimes surprising mixture or even complicity between domestic actors and the local representatives of the Marine intertwine. This system, founded on clientelism and money, opens the door to all sorts of transgressions. These are however so cunningly disguised that the author can only undertake a sort of «Archeology of proof» in order to discover that beyond a certain threshold which remains to be defined the choice of conciliation was neither desired nor desirable.



Thierry Hamon

## Le contentieux du commerce des toiles, du tribunal des manufactures au tribunal de commerce: L'exemple de Quintin (XVIII<sup>e</sup>–XIX<sup>e</sup> siècles)

Il semble solidement acquis, pour quiconque s'intéresse à la résolution des conflits en matière de commerce terrestre et maritime en France, que les tribunaux de commerce, institués sous cette dénomination par la loi du 24 août 1790 (confortée ensuite par le Livre IV du Code de commerce de septembre 1807), trouvent leur origine directe dans les consuls des marchands de l'Ancien Régime: l'impact de la Révolution se serait donc limité, pour l'essentiel, à un changement d'appellation. C'est l'opinion clairement exprimée dès 1812 par Merlin de Douai, ancien député de 1789, tour à tour Montagnard en 1793, «Thermidorien» après la chute de Robespierre, membre du Conseil des Anciens, ministre de la Justice puis directeur exécutif sous le Directoire, avant de se rallier à Napoléon et à l'Empire, en devenant conseiller d'Etat et procureur général près la Cour de Cassation<sup>1</sup>. Dans son *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, demeuré fameux, les articles «Tribunal de commerce» et «Consuls des marchands» se complètent en effet mutuellement, établissant une filiation directe entre les deux institutions qui se sont «substituées» l'une à l'autre<sup>2</sup>; s'il admet que les juridictions commerciales «ne sont plus appelées consulaires» depuis 1790, il rappelle que c'est «François I<sup>er</sup> qui, au mois de juillet 1549, [en] jeta à Toulouse les premiers fondements<sup>3</sup>».

Jean-Marie Pardessus, premier grand juriste commercialiste du XIX<sup>e</sup> siècle, juge à la Cour de Cassation, partage complètement cette approche, dans son *Cours de Droit commercial* de 1814: «La nécessité de faire statuer sur les contestations commerciales par des juges habitués à ces sortes d'affaires, a toujours été reconnue; ces juges, établis en France sous les titres divers de *Conservateurs des privilèges des foires*, puis de *Consuls de marchands* qui leur furent successivement donnés

<sup>1</sup> Edna Hindie Lemay, Dictionnaire des Constituants. 1789–1791, t. 2 (Paris 1991) 659–662; cité comme suit: Lemay, Dictionnaire des Constituants.

<sup>2</sup> Philippe-Antoine Merlin, Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence, t. 14 (Paris 1815) 184; cité comme suit: Merlin, Répertoire.

<sup>3</sup> Merlin, Répertoire, t. 3 (n. 2) 13. Une très intéressante synthèse sur les juridictions consulaires françaises de l'Ancien Régime et les institutions étrangères ayant pu inspirer Henri II en 1549, est opérée par l'ouvrage suivant: Édouard Richard (dir.), Droit des affaires. Questions actuelles et perspectives historiques (Rennes 2005) 74–77.

par les édits de 1563, 1673 et quelques autres postérieurs, subsistèrent longtemps sous ces dénominations; la loi du 24 août 1790 leur donna le nom de *tribunaux de commerce*, qu'ils portent encore<sup>4</sup>. De nos jours, Jean Hilaire réaffirme également que « la continuité [des tribunaux de commerce] avec les juridictions consulaires a été parfaite<sup>5</sup> ».

Il ne faudrait toutefois pas conclure de cette incontestable filiation entre *consuls des marchands* et *tribunaux de commerce*, que ces derniers trouvent systématiquement leur origine dans une juridiction consulaire de l'Ancien Régime: cela relève d'une évidence pour tous ceux d'entre eux qui ont été établis au cours du XIX<sup>e</sup> ou du XX<sup>e</sup> siècle, dans des villes dont le développement économique relativement tardif n'avait pas antérieurement rendu nécessaire l'instauration de juges consuls. Beaucoup plus étonnante est, par contre, la situation de quelques tribunaux de commerce ayant effectivement succédé, lors de la Révolution, à des juridictions de l'Ancien Régime qui, certes, étaient compétentes pour trancher des litiges de type commercial, mais qui n'avaient pas pour autant le statut de juridictions consulaires stricto sensu: prévôt des marchands de Paris<sup>6</sup>, Conservation des privilèges des foires de Lyon<sup>7</sup> [...] ou tribunaux des manufactures.

C'est à ce lien, méconnu car relativement exceptionnel, que s'attachera cette étude, à travers l'exemple du tribunal de la manufacture des toiles de Quintin<sup>8</sup>, lequel se métamorphose en tribunal de commerce en 1791.

Cette filiation, pour surprenante qu'elle puisse paraître sur le plan institutionnel, illustre toute la « *souplesse propre au monde des affaires* », et montre bien que « *les acteurs de la vie économique disposent de multiples solutions pour résoudre les litiges*<sup>9</sup> ». Ce cas d'espèce apporte, par-là même, une modeste contribution à l'histoire des tribunaux de commerce, à une époque charnière de leur existence: si la

<sup>4</sup> Jean-Marie Pardessus, Cours de Droit commercial, t. 5 (Paris 31826) 1.

<sup>5</sup> Jean Hilaire, Le Droit, les affaires et l'Histoire (Paris 1995) 258 (cité comme suit: Hilaire, Le Droit, les affaires et l'Histoire). Cet ouvrage contient un important chapitre, intitulé: « Le poids du passé. Les juridictions consulaires » (253–274). Les travaux récents de Fabien Valente analysent, eux aussi, les raisons pour lesquelles « les juridictions consulaires [...] ayant traversé l'Ancien Régime et la Révolution, ont été défendues par les rédacteurs du Code de commerce ». Fabien Valente, Les juridictions consulaires dans le Code de commerce napoléonien, dans: Les tribunaux de commerce. Genèse et enjeux d'une institution (Collection Histoire de la Justice 17, Paris 2007) 111.

<sup>6</sup> Jusqu'à la veille de la Révolution, le prévôt des marchands reste compétent pour trancher, avec l'assistance de quatre échevins, le contentieux relatif au commerce des marchandises livrées par voie fluviale, ainsi que celui pouvant surgir entre payeurs et rentiers, à propos des rentes constituées; Claude-Joseph de Ferrière, Dictionnaire de Droit et de pratique, t. 1 (Paris 1762) 552 (cité comme suit: Ferrière, Dictionnaire); François Bluche, Dictionnaire du Grand Siècle (Paris 1990) 1253.

<sup>7</sup> Un édit de juillet 1669 précise la très large compétence de la Conservation de Lyon, et étend à cette juridiction les règles de procédure prévues pour les juges consuls des marchands par le Titre XVI de l'ordonnance Civile d'avril 1667. Il reste en application jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Ferrière, Dictionnaire, t. 1 (n. 6), 368–370.

<sup>8</sup> Petite ville située à une vingtaine de kilomètres au sud-ouest de Saint-Brieuc, dans le département des Côtes-d'Armor (France).

<sup>9</sup> Selon les propres termes du document préparatoire à la journée d'étude de Roscoff.

création du consulat de Quintin ne s'inscrit manifestement plus dans la dynamique du Moyen Âge où domine l'influence des corporations de marchands, ni dans celle de l'Ancien Régime (où l'initiative de structurer et développer les juridictions commerciales appartient surtout au pouvoir royal), elle ne saurait pas davantage se rattacher au vaste mouvement des affaires du XIX<sup>e</sup> siècle : celui-ci laisse en effet manifestement à l'écart le pays quintinais, dont l'industrie toilière entame une inexorable récession dès les guerres napoléoniennes, et semble quasi moribonde à la fin des années 1820<sup>10</sup>.

Avant d'étudier comment s'opère le passage du tribunal des manufactures à celui de commerce, il est nécessaire de présenter rapidement le contexte économique de la région, entre le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle et celui du siècle suivant, caractérisé par un négoce centré sur les toiles de lin. Si cette monoactivité permet au commerce de se maintenir durant la tourmente révolutionnaire, elle le rend aussi particulièrement fragile.

Au demeurant, la culture du lin n'est pas nouvelle en Bretagne et remonte au cœur du Moyen Âge, où elle est notamment attestée dans le nord de la péninsule armoricaine<sup>11</sup>. Elle connaît ensuite un fort développement au XV<sup>e</sup> siècle, époque où, à Quintin, il existe suffisamment de tisserands pour que leur production soit exportée vers l'Espagne et le Portugal, à partir du port de Nantes. Le nombre de ces professionnels augmente constamment jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle, en dépit des vicissitudes internationales qui ne peuvent manquer d'avoir des répercussions sur le commerce ibérique, comme, par exemple, lors des tensions entre Richelieu et les Habsbourg<sup>12</sup>. Une nouvelle période faste s'ouvre vers 1650 : elle dure un siècle, s'achevant en 1779, au moment de la mise en place d'un fort protectionniste douanier par l'Espagne. Au milieu de ce véritable siècle d'or, la ville et son arrière-pays (comprenant vingt-cinq paroisses) comptent plus de 1500 tisserands : 1537 exactement, dont 358 pour la seule cité de Quintin, selon un recensement nominatif effectué vers 1750<sup>13</sup>.

Cette production textile, disséminée sur un espace rural bien déterminé et faisant intervenir des acteurs relativement nombreux à chacune des étapes du travail, est désignée sous le nom de *manufacture* ; dans le pays de Quintin, le terme ne vise donc pas encore un travail organisé en ateliers ni une entreprise de l'ère préindu-

<sup>10</sup> Jean Martin, *Toiles de Bretagne. La manufacture de Quintin, Uzel et Loudéac (1670–1830)* (Rennes 1998) 317 ; cité comme suit : *Martin, Toiles de Bretagne*.

<sup>11</sup> Jean-Pierre Leguay, Hervé Martin, *Fastes et malheurs de la Bretagne ducale (1213–1532)* (Rennes 1982) 235. Bernard Tanguy, Michel Lagrée, *Atlas d'Histoire de Bretagne* (Morlaix 2002) 88.

<sup>12</sup> En réaction à la déclaration de guerre de la France à l'Espagne en mai 1635, Philippe IV décide d'un embargo sur l'importation des toiles appelées « quintines » ; *Martin, Toiles de Bretagne* (n. 10) 31.

<sup>13</sup> Archives départementales des Côtes-d'Armor (cité comme suit : Arch. dept. Côtes-d'Armor), Liasse B 3736. En 1713, il y a 390 tisserands à Quintin et dans ses faubourgs, faisant fonctionner 676 métiers à tisser ; Édouard Pied, *Les anciens corps d'arts et métiers de Nantes*, t. 3 (Nantes 1903) 333 ; cité comme suit : *Pied, Les anciens corps d'arts et métiers*.

strielle, mais bien une « *manufacture dispersée* », au sens où les auteurs de l'Encyclopédie entendent ce mot. Le juriste Guyot, en 1780, définit d'ailleurs toujours la manufacture comme « la fabrication de certains ouvrages qui se font à la main<sup>14</sup> ». Vingt-deux ans plus tôt, en 1758, les membres de la *Société d'agriculture, de Commerce et des Arts* officiellement établie par les Etats de Bretagne, évoquant une fabrique des coutils<sup>15</sup> établie aux environs de Rennes, fournissent une description assez précise du fonctionnement d'une telle « manufacture dispersée<sup>16</sup> » : « Ce sont les laboureurs, leurs femmes, leurs enfants, leurs domestiques, leurs journaliers, enfin tout le peuple de quelques paroisses qui y travaillent [...] Tous ces tisserands sont cultivateurs. Ce sont eux qui font les labours, les semailles, les récoltes et qui battent les grains. Leurs métiers ne les occupent que lorsque la culture des terres ne demande plus le secours de leurs bras. Il n'y a point de moments vides pour eux. Les temps d'inaction qui se rencontrent dans toutes les saisons de l'année – les hivers, surtout – qui, pour les autres paysans ne sont que des intervalles longs et ruineux où ils consomment sans acquérir, deviennent des temps de bénéfice pour ces tisserands cultivateurs ». Et de conclure : « Cette manufacture est du nombre de celles qui enrichissent vraiment l'Etat ».

De la récolte du lin au tissage et à la commercialisation des toiles, la route est toutefois longue et assez tortueuse : son point de départ – tout au moins en terres bretonnes – se situe à Roscoff, port de débarquement des graines de lin importées des Pays Baltes depuis le XVI<sup>e</sup> siècle<sup>17</sup>, lesquelles sont ensuite semées non pas dans les environs mêmes de Quintin, mais plus au nord, dans le Trégor côtier, au climat et au sol plus favorables. Une fois arrachées, récoltées et rouies<sup>18</sup> par les agriculteurs, les tiges de lins – appelées « *lin en bois* » – sont achetées à domicile par des marchands dénommés *linotiers*, qui les transportent au marché public de Quintin<sup>19</sup> afin de les proposer aux *fileuses*. Celles-ci y reviennent à leur tour pour commercialiser leurs fils auprès des tisserands. Ces derniers, après avoir confectionné un certain nombre de toiles, prennent de nouveau la route de la ville pour les vendre

<sup>14</sup> *Joseph-Nicolas Guyot*, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, Panckoucke, t. 38 (Paris 1780) 428 ; cité comme suit : *Guyot*, Répertoire.

<sup>15</sup> Il s'agit d'étoffes de fils de lin ou de chanvre.

<sup>16</sup> C'est le terme même utilisé par l'auteur anonyme du mémoire de la Société d'agriculture : « Cette Manufacture dispersée est intéressante par le nombre des fabricants qu'elle occupe et par la quantité de matières premières du crû de la Province qu'elle emploie » ; Corps d'observations de la Société d'agriculture, de Commerce et des Arts établie par les Etats de Bretagne (années 1757 & 1758) (Rennes 1761) 254–256.

<sup>17</sup> *Martin*, Toiles de Bretagne (n. 10) 96.

<sup>18</sup> Le rouissage consiste à déposer les tiges de lin dans de l'eau pendant une quinzaine de jours, afin de dissoudre la gomme qui fait adhérer la partie textile à la partie ligneuse de la plante ; *Antoine Aulanier, François-Germain Habasque*, Usages et Règlements locaux du département des Côtes-du-Nord (Saint-Brieuc 1877) 38–43. *Thierry Hamon*, Le statut juridique des routoirs en Bretagne, de l'Ancien Régime au XIX<sup>ème</sup> siècle. L'exemple du Trégor, dans : *Du lin à la toile. La proto-industrie textile en Bretagne, sous la direction de Jean Martin, Yvon Pellerin* (Rennes 2008) 65–91.

<sup>19</sup> Marché ayant lieu tous les mardis et vendredis.

aux marchands de gros ou de détail, au nombre d'une cinquantaine en 1687, chiffre atteignant soixante-sept, cinquante ans plus tard, et quatre-vingt trois à la veille de la Révolution. Il ne reste plus alors aux grossistes qu'à exporter leurs acquisitions vers l'Espagne et ses colonies d'Amérique, via les ports de Morlaix, Saint-Malo ou Nantes, après, toutefois, avoir eu soin de faire blanchir les toiles écruées par des artisans des campagnes.

Ce caractère quasi exclusivement international des débouchés de la production toilière quintinaise, pour spectaculaire qu'il apparaisse au premier abord, constitue un indéniable facteur de fragilisation qui, à terme, lui sera fatal: en dépit de leurs efforts, les négociants ne réussiront pas à percer au plan français, et ne pourront pas davantage se contenter de la seule consommation locale, qui constitue un marché beaucoup trop restreint. Dans ces conditions, le blocus lié aux guerres de la Révolution et de l'Empire, puis, de 1811 à 1823, l'indépendance des anciennes colonies espagnoles de Colombie, du Pérou et du Mexique, portent un coup de grâce à la fabrication et au commerce des toiles dans le pays de Quintin. Dès 1826, la plus grande partie des tisserands ne réussissent plus à dégager de leur travail de quoi faire vivre leurs familles. L'acte de mort de cette activité semble être dressé en 1852 par François Cyprien Baron du Taya, agronome et petit-fils du dernier juge du tribunal de la Manufacture, lorsqu'il évoque de façon un peu grandiloquente, la « poussière où est ensevelie depuis vingt ans cette pauvre industrie, mutilée, étouffée et condamnée à ne jamais reparaître<sup>20</sup> ».

Les démarches victorieuses faites en 1791 par les négociants pour doter leur ville d'un tribunal de commerce prenant la suite de celui de la manufacture, ont donc été insuffisantes pour enrayer un inéluctable déclin commercial [...].

La création d'un tribunal des manufactures au siège de Quintin est directement liée à la rationalisation de la production textile voulue par Colbert à partir de 1669, au nom du mercantilisme<sup>21</sup>. Comme l'exprime encore fort bien un siècle plus tard l'auteur anonyme du *Code de la Police*, « il n'y a point, en effet, de manufacture en France où la police doive être plus exactement exercée que sur celle des toiles, pour tout ce qui regarde la qualité des lins et des chanvres, soit pour les filages, soit pour le nombre des filets dont doivent être ourdies les pièces de toiles – ce qu'on nomme la chaîne – soit pour les filets dont on doit faire les trames, pour en éviter le mélange d'une qualité avec une autre, soit enfin pour les longueurs et largeurs que les pièces de toile doivent contenir: cette espèce de manufacture n'est pas seulement utile au public, mais encore à l'Etat, parce qu'il s'en fait un grand com-

<sup>20</sup> Annuaire des Côtes-du-Nord (Saint-Brieuc, 1853) 78.

<sup>21</sup> Au sein d'une bibliographie immense, on retiendra notamment deux ouvrages anciens de référence, complétés par une magistrale synthèse récente: *Germain Martin*, *La grande industrie sous le règne de Louis XIV (plus particulièrement de 1660 à 1715)* (Paris 1899) (réimpression: Genève 1978; cité comme suit: *Martin*, *La grande industrie*); *Henri Sée*, *Histoire économique de la France*, t. 1 (Paris 1948) 221–289; *Philippe Minard*, *La fortune du colbertisme. État et industrie dans la France des Lumières* ([Paris] 1998); cité comme suit: *Minard*, *La fortune du colbertisme*.

merce<sup>22</sup>». L'ambitieuse politique économique royale visant à développer les exportations de produits manufacturiers français par un accroissement de leur qualité, ne peut donc rester sans incidence sur le travail des tisserands et marchands, au plan local. Ceux de Quintin, restés jusque-là inorganisés, n'ont encore ni jurande ni même simple confrérie, contrairement à leurs homologues d'autres villes bretonnes voisines – telles Morlaix<sup>23</sup> et Lannion<sup>24</sup> – ou plus lointaines – comme Rennes<sup>25</sup> ou Nantes<sup>26</sup>. Cela explique probablement pourquoi il faut attendre août 1676 pour qu'un premier texte, assez général, s'intéresse aux toiles dites « Bretagne », et réglemente la largeur de celles fabriquées à Quintin, lesquelles, désormais, « ne pourront être vendues que dans les places et marchés publics destinés pour la vente<sup>27</sup> ». Cet arrêt du Conseil du Roi, spécifique à la Bretagne et à la Normandie, précise qu'en cas « de contraventions commises par les tisserands ou marchands, les toiles seront confisquées et eux condamnés en cent livres d'amende, moitié envers le Roy, et moitié envers l'hôpital du lieu ».

<sup>22</sup> Code de la Police, ou analyse des règlements de police, par M. D\*\*\*, ancien Conseiller du Roi, Lieutenant général de Police de la Ville de [...] en Champagne, t. 1 (Paris, 1767) 447 (cité comme suit: Code de la Police). Cet ouvrage est attribué à un certain Sieur Duchesne, par le Dictionnaire des ouvrages anonymes de Barbier et Billard.

<sup>23</sup> La ville de Morlaix peut s'enorgueillir d'être le siège de la plus ancienne confrérie de tisseurs de Bretagne, remontant à l'an 1100: la confrérie de la Trinité. A l'origine simple association de dévotion et non véritable structure professionnelle, elle évolue pour devenir rapidement l'organe officiel des marchands de toiles et des tisserands, obtenant de nouveaux statuts du Duc Pierre II (1450–1457); *Paul Peyron*, Notre-Dame-du-Mur et la Confrérie de la Trinité de Morlaix, dans: *Bulletin de la Société Archéologique du Finistère* 22 (1895) 239–266; *Joseph Daumesnil, Adolphe Allier*, Histoire de Morlaix (Morlaix 1879) (réimpression: Ain 1995) 254, 261. *Jean-Pierre Leguay*, Les métiers de l'artisanat dans les villes du Duché de Bretagne aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles, dans: *Les métiers au Moyen-âge. Aspects économiques et sociaux*, Actes du Colloque international de Louvain-la-Neuve (7–9 octobre 1993) (Publications de l'Institut d'Etudes Médiévales de l'Université catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve 1994) 157–204 (et: *Mémoires de la Société d'Histoire et d'Archéologie de Bretagne* 77 [1999] 134–136).

<sup>24</sup> La confrérie de la Trinité, regroupant les tisserands de Lannion et de la paroisse voisine de Brélévenez, est attestée dès le règne de la Duchesse Anne (1489–1514); *Adolphe Le Nepvou de Carfort*, Notice historique sur Lannion et ses environs (Lannion 1862) 33–34 (réimpression: Paris 2004); *Thierry Hamon*, Artisans et commerçants dans le Trégor à la fin du règne de Louis XV. La structure du commerce et de l'industrie, ou la fin du mythe corporatif, dans: *Revue Trégor, Mémoire vivante* 6 (1994) 3–28.

<sup>25</sup> A Rennes, les « tissiers en fil » se dotent d'une confrérie dès avant 1340 (la Confrérie Sainte Anne), sans pour autant chercher à transformer celle-ci en jurande véritable, à l'époque moderne: au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, les tisserands rennais sont ainsi classés dans la catégorie des « métiers libres »; *Armand Rebillon*, Recherches sur les anciennes corporations ouvrières et marchandes de la ville de Rennes (Rennes, Paris 1902) 35.

<sup>26</sup> Les tisserands de Nantes sont constitués en jurande véritable, dotée de statuts approuvés par les autorités judiciaires le 2 septembre 1575. *Pied*, Les anciens corps d'arts et métiers, t. 3 (n. 13) 276–287.

<sup>27</sup> Arrêt du Conseil d'Etat du Roy concernant les Manufactures des toiles des provinces de Bretagne et de Normandie, 14 août 1676, article 4. Texte publié par: *Pied*, Les anciens corps d'arts et métiers, t. 3 (n. 13) 323–325.

Dix ans sont encore nécessaires pour que ces dispositions soient effectives et qu'un bureau de visite commence effectivement à fonctionner, en 1687, sous la direction de « deux gardes-jurés », d'abord choisis parmi les tisserands, puis, à partir des années 1720, parmi les marchands<sup>28</sup>.

Le système n'est toutefois définitivement organisé qu'à la suite de nouvelles lettres patentes royales en date du 19 février 1736, extrêmement détaillées, « portant règlement des toiles appelées *Bretagne*, qui se fabriquent à Quintin, Uzel, Loudéac et aux environs<sup>29</sup> ».

Les articles 16 et 21 disposent que « seront tenus les fabricants, tisserands et ouvriers travaillant ou faisant travailler pour leur compte, même les marchands qui feront travailler des ouvriers à façon, de porter lesdites toiles au sortir du métier, et avant que de pouvoir les exposer en vente, [au] Bureau de visite [...] pour y estre vues et visitées par deux Inspecteurs Marchands et par le commis préposé à la Marque ». Ces inspecteurs marchands « seront choisis entre les principaux marchands établis dans la ville, et seront nommés tous les trois mois dans une assemblée desdits marchands, qui sera convoquée à cet effet par le Juge des Manufactures de [la] ville et tenue en sa présence, sans que, sous quelque prétexte que ce soit, aucun desdits marchands puisse se dispenser de remplir lesdites fonctions, à peine de trois cents livres d'amende » (art. 21).

Bien que la durée des mandats soit très différente (trois mois, au lieu d'un ou deux ans), on peut d'ores et déjà noter une indéniable similitude avec les modalités de désignation des juges-consuls prévues par l'édit de novembre 1563 concernant la ville de Paris<sup>30</sup>, généralisées ensuite à tous les consulats de France par l'ordonnance du Commerce de mars 1673<sup>31</sup>; la comparaison peut également être faite avec la procédure d'élection des juges des tribunaux de commerce, aux termes de la loi d'organisation judiciaire des 16–24 août 1790<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> *Martin*, Toiles de Bretagne (n. 10) 75, 77.

<sup>29</sup> Règlement subdivisé en cinquante articles, arrêté au Conseil royal des Finances et enregistré par le Parlement de Bretagne le 22 mars 1736. Le texte intégral est publié par: *Pied*, Les anciens corps d'arts et métiers, t. 3 (n. 13) 340–356.

<sup>30</sup> L'article 1<sup>er</sup> de l'édit de novembre 1553 enjoint « aux prévôt des marchands et échevins de Paris de nommer et élire en l'assemblée de cent notables bourgeois de ladite ville [...] cinq marchands du nombre desdits cent [...], le premier desquels [étant] nommé juge des marchands, et les quatre autres consuls desdits marchands [...] ; la charge desquels cinq ne durera qu'un an ». L'article 2 ordonne « aux cinq juges et consuls d'assembler et appeler, trois jours avant la fin de leur année, jusqu'au nombre de soixante marchands, bourgeois de ladite ville, qui en éliront trente d'entre eux, lesquels, sans partir du lieu et sans discontinuer, procéderont avec lesdits juges et consuls, en l'instant et le jour même [...] à l'élection de cinq nouveaux juges et consuls des marchands », ce qui sera, à l'avenir, « la forme gardée et observée en l'élection desdits juges et consuls »; *Daniel Jousse*, Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance du Commerce du mois de mars 1673 (Paris 1761) 279; cité comme suit: *Jousse*, Nouveau Commentaire.

<sup>31</sup> Titre XII, art. 1; *Jousse*, Nouveau Commentaire (n. 30) 217.

<sup>32</sup> Les articles 6, 7 et 11 du titre 12 de la loi des 16–24 août 1790, consacré aux « juges en matière de commerce », disposent que « chaque tribunal de commerce sera composé de cinq juges [...] [qui] seront élus dans l'assemblée des négociants, banquiers, marchands, manufacturiers [...] de la ville [...] [Ces] juges de commerce seront deux ans en exercice »; *Désiré*

Comment, du point de vue concret, se déroulent à Quintin les élections des inspecteurs marchands ? Un procès-verbal de l'« assemblée des commerçants » en date du 30 décembre 1769<sup>33</sup>, laisse clairement entrevoir un réel problème de participation, que l'on retrouvera sans surprise lors des élections consulaires d'après 1791 : après une première assemblée à laquelle nul ne se présente, une nouvelle convocation ne réussit à réunir « qu'un petit nombre de marchands » – cinq sur quatre-vingt-trois ! –, bien que le juge des manufactures ait « attendu plus d'une heure » dans l'espoir d'accueillir quelques retardataires, comme il le précise lui-même, non sans une certaine amertume. Compte tenu de cette difficulté sans doute chronique, la procédure s'adapte et prend quelques libertés avec la lettre du règlement de 1736 : au lieu procéder simplement à l'élection de deux inspecteurs pour trois mois – ce qui contraindrait à une nouvelle et problématique réunion dès la fin mars de l'année suivante – l'assemblée de décembre 1769 choisit d'établir un véritable tableau de roulement étalé sur plus de trois ans, imposant la charge d'inspecteur des toiles non seulement aux cinq négociants présents, mais aussi à vingt-et-un autres, dont il n'est pas jugé nécessaire de rechercher l'accord, et qui sont au contraire menacés d'amende s'ils manquaient à leurs fonctions : les absents n'ont-ils pas toujours tort ?

Contrairement aux inspecteurs marchands élus par leurs pairs, les « commis à la marque des toiles » sont, quant à eux, nommés par le Conseil du Roi, représenté localement par l'inspecteur des manufactures de l'Ouest, établi à Saint-Malo<sup>34</sup>. Faisant office de « sous-inspecteurs », ils jouent un rôle central dans la recherche des infractions et la répression des fraudes commises par les tisserands, ce qui leur attire bien des inimitiés. Leur création traduit les réticences du pouvoir royal à confier exclusivement à des professionnels du textile la gestion des bureaux de marque des toiles, ainsi que la surveillance de l'application de la réglementation. Cela ne suffit toutefois pas à prévenir tout dysfonctionnement, comme le révèle l'exemple de Quintin où le commis à la marque des toiles, Jean-Baptiste Fleury, est révoqué en 1773 après trente-six années de fonctions, suite à la découverte d'irrégularités dans sa comptabilité<sup>35</sup>. Le dernier titulaire de la charge, dans les ultimes années de l'Ancien Régime, est un certain Sieur Taton, présenté comme un honnête « père de famille, sans grief, sans forfaiture [...] qui a embrassé [cette fonction] comme un état permanent<sup>36</sup> ». Cela ne le met toutefois pas à l'abri d'une pétition des tisserands adressée au conseil général de la commune pour réclamer sa destitution, en janvier 1791.

*Dalloz*, Jurisprudence générale. Répertoire méthodique et alphabétique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence, t. 34 (Paris 1869) 1478.

<sup>33</sup> Arch. dept. Côtes-d'Armor, B 3736.

<sup>34</sup> *Minard*, La fortune du colbertisme (n. 21) 38.

<sup>35</sup> *Jean Martin*, La manufacture des toiles Bretagne (1670–1830). Un échec proto-industriel, dans : *Mémoires de la Société d'Emulation des Côtes-d'Armor*, 130 (2002) 77–80 ; cité comme suit : *Martin*, La manufacture des toiles Bretagne.

<sup>36</sup> Archives Municipales de Quintin (cité comme suit : Arch. Mun. Quintin), D1, folio 2 r<sup>o</sup> ; D2, folio 36 r<sup>o</sup>/v<sup>o</sup>.

En tout état de cause, inspecteurs marchands et commis à la marque des toiles, quoique intimement associés au fonctionnement du tribunal des manufactures, ne font pas partie de la juridiction stricto sensu. L'ancien Droit a en effet toujours le souci, en matière d'arts et métiers, de distinguer scrupuleusement l'instance chargée de détecter les infractions, de celle ayant pour mission de les sanctionner: la première est, de préférence, constituée de professionnels, élus au sein des jurandes ou selon un mécanisme plus ouvert (comme c'est le cas ici); la seconde est toujours attribuée à des magistrats relevant de la Justice déléguée: en l'occurrence, le juge des manufactures.

Les lettres patentes de 1736 rappellent d'ailleurs expressément la dichotomie de cette procédure: « Les toiles qui, lors de la visite qui en sera faite dans ledit Bureau, seront trouvées en contravention [...] seront saisies à la requête du commis préposé à la marque; lequel en poursuivra la confiscation par-devant les juges des manufactures, avec les condamnations d'amende ordonnées par le règlement<sup>37</sup> ».

Le texte est par contre beaucoup plus elliptique pour ce qui concerne la qualité et le choix de ces *juges des manufactures* proprement dits. L'article 45 se borne à établir un lien avec « le juge de police de la ville de Quintin », à qui il est enjoint de faire diligence pour installer « dans l'Hôtel de ville ou dans le lieu où se tient la juridiction de police, une barre de fer sur laquelle l'aune juste – mesure de Paris – et ses partitions seront distinctement marquées, comme aussi les longueurs et partitions de l'aune mesure de Vitré ou Saint-Malo, sur laquelle tous les marchands, négociants ou autres qui se servent des mesures dans leur commerce, seront tenus de les faire étalonner, en présence desdits juges de police et de les faire marquer, à chacun des deux bouts qui seront garnis de fer, d'une marque à feu qui contiendra le nom de la ville ».

Si les lettres patentes de 1736 n'estiment pas nécessaire d'apporter d'autres précisions, c'est parce que la compétence judiciaire en matière de « contraventions aux règlements des manufactures » et de « contentieux entre les ouvriers et les marchands, ou entre ouvriers », est d'ores et déjà organisée par le texte général de 1669, complété par l'édit d'octobre 1699 généralisant les sièges de police. En première instance, cette mission est explicitement attribuée « aux maires et échevins, dans les villes où il y a des Hôtels de Ville; à leur défaut, [aux] lieutenants généraux et officiers de police; et à défaut des uns et des autres [...] aux juges des seigneurs, dans l'étendue des hautes justices<sup>38</sup> ».

<sup>37</sup> Article 17 du règlement du 22 mars 1736. *Pied*, Les anciens corps d'arts et métiers, t. 3 (n. 13) 354.

<sup>38</sup> S'agissant d'une juridiction d'attribution dérogeant à la compétence générale des tribunaux ordinaires de la Justice déléguée, l'édit de création d'août 1669 prend soin d'énumérer limitativement les attributions des juges des manufactures: ils ne peuvent statuer que sur les contestations portant sur « les longueurs, largeurs, qualités, visites, marques, fabriques ou valeurs des ouvrages produits », ainsi que sur « les salaires desdits ouvriers ». Cette dernière précision permet, incidemment, de faire figurer les tribunaux des manufactures parmi les ancêtres non seulement de quelques juridictions de commerce, mais aussi des conseils de Prud'hommes, dans leur conception primitive de 1806; Code de la Police, t. 1 (n. 22) 414; *Guyot*, Répertoire, t. 38 (n. 14) 434.

Bien que Quintin soit constituée en *Communauté de Ville* depuis le début du XV<sup>e</sup> siècle et députe à l'assemblée des Etats de Bretagne<sup>39</sup>, la cité ne dispose pas d'un droit de justice, contrairement à sa voisine, Guingamp, dont les bourgeois sont titulaires d'une basse et moyenne juridiction<sup>40</sup>. N'étant, par ailleurs, siège d'aucun tribunal royal, l'édit créant des lieutenants généraux de police n'y est pas mis en œuvre<sup>41</sup>.

Dans ces conditions, l'on constate sans surprise que les attributions de juge des manufactures sont exercées non par un échevin, mais par le magistrat seigneurial de la puissante et ancienne baronnie de Quintin, qui troque officiellement son nom pour celui de duché de Lorges en 1706, suite à son achat par le maréchal de Durfort, vingt-cinq ans plus tôt<sup>42</sup>. Les audiences ont lieu dans l'auditoire aménagé à l'étage de la halle du marché au blé, située au haut de la rue au lin<sup>43</sup>. Il convient de noter que la ville se trouve quand même dans une situation assez atypique, dans la mesure où les édiles municipaux réussissent le plus souvent à conserver – voire à récupérer – au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle, leurs attributions contentieuses, en arguant du fait que « des juges ordinaires ne peuvent connaître avec compétence des différends survenus en matière commerciale ». La situation est souvent tellement confuse que « les intendants eux-mêmes ignorent souvent les véritables juges des manufactures », au point d'arriver « à ne tenir finalement compte que de l'édit de 1669, soit que les offices créés par les édits de 1699 et 1704 aient été rachetés, soit que la coutume ait abrogé cette ordonnance<sup>44</sup> ».

Rien de tel à Quintin, où le « sénéchal et premier magistrat, juge civil et criminel de la cour du Duché de Lorges », commence épisodiquement, à partir de 1740, à adjoindre à son titre traditionnel, celui de « juge de la manufacture des toiles de ladite ville, environs et dépendances ». Le premier à le faire est Joseph Losties, Sieur

<sup>39</sup> Almanach de Bretagne pour l'année bissextile M. DCC. LXXVI (Rennes 1776).

<sup>40</sup> *Sigismond Ropartz*, Guingamp. Études pour servir à l'Histoire du Tiers-État en Bretagne, t. 1 (Saint-Brieuc 1859) (réimpression : Marseille 1982) 216–241 ; *Hervé Le Goff*, Les riches heures de Guingamp, des origines à nos jours (Guingamp 2004) 133–134.

<sup>41</sup> L'édit d'octobre 1699 n'instaure des lieutenants généraux de police, sur le modèle initié à Paris dès mars 1667, que dans les villes « où il y a parlement, cour des aides, chambre des comptes, sièges présidiaux, bailliages, sénéchaussées ou autres juridictions royales ». Cette création d'un siège de police entraîne, dans les cités où elle a lieu, la suppression du tribunal des manufactures municipal et le transfert de ses compétences. L'édit de 1699 dispose en effet expressément que les lieutenants généraux « auront la compétence des manufactures et dépendances d'icelles ». Ce texte est enregistré par le Parlement de Bretagne le 4 novembre 1699. Archives départementales d'Ille-et-Vilaine, 1 Bb 293 (Registres secrets du Parlement) ; Code de la Police, t. 1 (n. 22) 415 ; *Thierry Hamon*, Les Corporations en Bretagne au XVIII<sup>e</sup> siècle, Thèse de Doctorat en Histoire du Droit (Faculté de Droit de Rennes 1992) 124–137.

<sup>42</sup> *Jean Ogée*, Dictionnaire historique et géographique de la province de Bretagne, dédié à la Nation bretonne (Rennes 1843), t. 2 (nouvelle édition ; réimpression : Mayenne, 1979) 434.

<sup>43</sup> *François-Marie Habasque*, Ville et Forêt de Quintin, Carestiemble et le Rillan, dans : *Annuaire des Côtes-du-Nord* (1841) 96.

<sup>44</sup> L'édit de 1704 érige en office héréditaire la charge d' « auneur » de drap (mesureur), antérieurement exercée par des « maîtres drapiers drapant » élus par leur corporation. Ce texte ne reçoit toutefois aucune application en Bretagne, n'ayant pas été enregistré par le Parlement de Rennes ; *Martin*, La grande industrie (n. 21) 336, 340.

de Grénieux, appartenant à une famille notable de marchands de toiles<sup>45</sup>, et par ailleurs avocat au Parlement de Bretagne; dès octobre 1738, il prend l'initiative de faire ouvrir un registre « destiné à insérer les noms, surnoms et demeures des tisseurs et fabricants de toile<sup>46</sup> ». En janvier 1742, il a pour successeur Charles Fraval, lui aussi avocat au Parlement, qui, lorsqu'il est absent, se fait remplacer par l'alloué de la juridiction seigneuriale, Pierre-Marie Poulain de Corbion, comme c'est par exemple le cas, le 14 septembre 1745<sup>47</sup>.

Cette même année 1745, la charge de sénéchal et juge des manufactures est acquise par Jean Rodolphe Baron, Sieur du Taya<sup>48</sup>, avocat venu de Loudéac où il était précédemment procureur fiscal<sup>49</sup>. En fonctions jusqu'à la Révolution, il apparaît comme un personnage ambigu, illustrant bien les liens très forts unissant, au niveau local, le monde judiciaire à celui du commerce [...] ce qui ne va pas sans soulever quelques problèmes de déontologie! En dépit de son statut de magistrat, il n'hésite pas, en effet, à s'adonner au négoce des toiles, devenant même « un des plus éminents marchands de Quintin<sup>50</sup> », à la tête d'un patrimoine immobilier estimé à plus de 50 000 Livres<sup>51</sup>, et exportant en moyenne vers Cadix 15.000 toiles par an<sup>52</sup>. Maire de la ville à plusieurs reprises à partir de 1748, il est député aux Etats de Bretagne, lesquels intercèdent pour obtenir son anoblissement, officialisé en octobre 1785 par des lettres patentes royales lui conférant le titre d'écuyer. Son fils unique, *Rodolphe Marcellin* Baron du Taya, né en 1749, suit l'exemple paternel et cumule lui aussi les métiers d'avocat au Parlement de Bretagne et de négociant

<sup>45</sup> Arch. dept. Côtes-d'Armor, B 3736. En 1773, un membre de cette famille est chargé d'enquêter sur la dénonciation visant le commis à la marque des toiles Jean-Baptiste Fleury, soupçonné de malversations; *Martin*, Toiles de Bretagne (n. 10) 164; *Martin*, La manufacture des toiles Bretagne (n. 35) 79.

<sup>46</sup> Arch. dept. Côtes-d'Armor, B 3736.

<sup>47</sup> Registre pour la manufacture de Quintin. Arch. dept. Côtes-d'Armor, B 3736. Originaire de Normandie, la famille Poulain de Corbion est établie à Quintin dès le début du XVIII<sup>e</sup> siècle, attachée dans un premier temps à l'administration de la ferme des tabacs. Pierre-Marie Poulain de Corbion, époux de Jeanne-Suzanne d'Argaray, est également sénéchal de la baronnie d'Avaugour. Il est le père de Jean-François Poulain de Corbion, né à Quintin le 10 avril 1743, maire de Saint-Brieuc de 1779 à la Révolution, député aux Etats généraux, décédé tragiquement le 28 octobre 1799 lors de l'attaque de la ville par les chouans; *Edna Hindie Lemay*, Dictionnaire des Constituants [...], t. 2 (n.1) 766; *Henri Le Noir de Tournemine*, Aperçu historique de Quintin et ses environs (Saint-Brieuc 1911) (réimpression: Paris 1997) 73.

<sup>48</sup> Né à Ploërmel (département du Morbihan) le 30 janvier 1716, fils de Julien Baron, Sieur du Taya (avocat au Parlement de Bretagne et alloué de la sénéchaussée royale de Ploërmel), et de Marguerite Edy, originaire de Loudéac. Décédé le 15 janvier 1794. La terre du Taya, accolée au nom patronymique depuis son acquisition par Jean Baron, lui-même magistrat et grand-père de Jean Rodolphe, est située dans la paroisse de Néant-sur-Yvel (Morbihan); *Guy de Sallier Dupin*, François Baron du Taya, agronome, industriel et humaniste (1782–1865), dans: Mémoires de la Société d'Emulation des Côtes-d'Armor (Histoire et Archéologie), 136 (2008) 111; cité comme suit: *Sallier Dupin*, François Baron du Taya.

<sup>49</sup> C'est-à-dire représentant du ministère public, dans une juridiction seigneuriale.

<sup>50</sup> *Martin*, Toiles de Bretagne (n. 10) 180, 193.

<sup>51</sup> *Martin*, Toiles de Bretagne (n. 10) 239.

<sup>52</sup> 150 balles de 100 toiles.

en toiles à Quintin, ce qui est loin d'être une exception, puisque neuf autres marchands sont dans ce cas<sup>53</sup>. Il est, de surcroît, maire de la ville de 1779 à la Révolution.

Quelles sont, au demeurant, les attributions contentieuses précises de ces juges des manufactures ? Le règlement général de 1736 nous fournit quelques éléments de réponse : ils sont chargés de prononcer la confiscation des toiles défectueuses et les amendes concomitantes (art. 17), avec interdiction de « remettre ou modérer les peines prévues [...] sous quelque prétexte que ce soit, à peine de répondre en leur propre et privé nom des amendes et confiscations » (art. 47). Ils sont également tenus de motiver leurs sentences « en mentionnant les articles du règlement sur lesquels [elles] seront fondées ». Ils statuent sans appel jusqu'à la somme de cent cinquante livres, et par provision au-delà<sup>54</sup>. Un arrêt du Conseil du Roi en date du 23 mars 1738 vient préciser que, dans cette dernière hypothèse, « les inspecteurs des manufactures et les commis préposés à la marque des toiles dans les bureaux de visite ne peuvent en aucun cas être intimés sur les appels qui pourraient être interjetés des jugements rendus sur les saisies qu'ils auront faites<sup>55</sup> ».

En théorie tout au moins, l'article 58 des lettres patentes de 1736 confère encore aux juges des manufactures des attributions dépassant le strict contrôle de la qualité des toiles : ils peuvent en effet également statuer sur « tous procès et différends à mouvoir tant entre les fabricants et leurs ouvriers, qu'entre les marchands et les-dits fabricants, pour raison de saisies [...] ou autres matières concernant leur fabrique ou leur commerce ». Cela est, bien évidemment, très proche des compétences reconnues aux juges consuls par le titre XII de l'ordonnance de 1673 (art. 4) : ces derniers sont institués pour résoudre judiciairement les « différends pour ventes faites par des marchands, artisans, gens de métier, afin de revendre ou de travailler de leur profession : comme à tailleurs d'habits pour étoffe [...] ou autres semblables<sup>56</sup> ».

Dans quelle mesure, toutefois, les attributions de nature directement commerciale du tribunal des manufactures de Quintin sont-elles effectives ? Les registres « pour servir à rapporter les procès-verbaux, autres expéditions et ordonnances concernant la juridiction de la manufacture », quoique lacunaires<sup>57</sup>, nous autori-

<sup>53</sup> *Martin*, Toiles de Bretagne (n. 10) 172.

<sup>54</sup> Code de la Police, t. 1 (n. 22) 415.

<sup>55</sup> Cet arrêt fait suite à la saisie par Jean-Baptiste Fleury, commis à la marque, d'une pièce de toile directement vendue par un tisserand dans la cour d'une auberge de Loudéac, sans passer par le bureau de visite. L'acheteur, marchand professionnel, ayant fait appel de la condamnation devant le Parlement de Bretagne, Fleury sollicite l'évocation de l'affaire par le Conseil du Roi. Dans son préambule, l'arrêt rendu en présence de Louis XV fait valoir que « Sa Majesté entend que les inspecteurs des manufactures et les commis préposés à la marque des toiles exercent leurs fonctions sans être exposés à suivre de pareilles procédures, ni à défendre en leur nom sur les appels qui peuvent être interjetés des jugements rendus sur les saisies » ; Registre pour la manufacture de Quintin. Arch. dept. Côtes-d'Armor, B 3736, folio 31 r<sup>o</sup>/v<sup>o</sup>.

<sup>56</sup> *Jousse*, Nouveau Commentaire (n. 30) 228.

<sup>57</sup> Les registres conservés aux Archives départementales des Côtes-d'Armor couvrent essentiellement la période 1740–1768.

sent à répondre par l'affirmative, car ils conservent quelques rares exemples de ce type de contentieux. Ils révèlent cependant qu'en pratique, celui-ci demeure davantage traité sous l'angle de l'infraction pénale que sous celui du préjudice commercial, ce qui s'explique par la flexibilité du concept de police sous l'Ancien Régime, et son grand pragmatisme.

L'affaire suivante, survenue en 1747, en est une illustration<sup>58</sup> : à l'issue du marché tenu à Quintin le mardi 21 mars, Jacques Pommeray, fabricant habitant la ville, porte plainte auprès du commissaire juré à la visite et marque des toiles dites *Bretagne*<sup>59</sup>, en lui exposant qu'ayant « vendu ce jour une pièce de toile au Sieur Toussaint Le Texier, marchand de la paroisse d'Allineuc, contenant trente-six aunes et demy, ce dernier ne lui en avait voulu payer que trente-cinq, prétendant que ladite pièce de toile ne contenait que cet aunage ». En conséquence, plaignant et commis reviennent trouver le négociant, encore occupé à traiter ses affaires en une chambre haute de la maison du Sieur Jean Rault, « environné de toiles mesurées », en compagnie « de la nommée Jeanne Mesliard, du *Volozen*, en Saint-Thuriau, attendant le paiement d'une pièce de toile qu'elle lui avait vendue ». A la requête du commis Jean-Baptiste Fleury, le priant de lui présenter « la mesure dont il s'était servi », Le Texier, « après avoir hésité quelque temps, appelle la femme de la maison, et lui demande une mesure », qui s'avère être correctement « ferrée et marquée des deux bouts, et de la longueur prescrite par le règlement ». Pommeray, toutefois, conteste qu'il s'agisse de celle effectivement utilisée lors des transactions, ce que confirme Jeanne Mesliard, « qui, sur-le-champ, sans se déplacer, en tire une autre du coin de la cheminée ». Cette dernière « n'est ni ferrée, ni marquée, et contient de longueur un pouce de plus que celle prescrite par l'article 45 du règlement de 1736 ». Confondu par l'évidence, le négociant malhonnête ne peut que reconnaître ses torts, et « demander grâce ». Les mesures, une fois reprises par le « commis juré à la visite », confirment bien celles indiquées par le requérant, bientôt rejoint dans sa plainte par Jeanne Mesliard, étonnée que « ledit Sieur Le Texier n'ait pas trouvé dans la pièce de toile qu'elle lui avait vendue, le même aunage qu'elle comptait avoir, et que son mari lui avait dit ». Estimant « qu'une pareille conduite n'est pas tolérable », Fleury oblige alors le commerçant indélicat à payer les excédents aux deux fabricants, ce qui est exécuté sur-le-champ, sans attendre une décision de justice en bonne et due forme de la part du tribunal de la manufacture. Celle-ci intervient une semaine plus tard, le 29 mars, après dépôt au greffe de la mesure frauduleuse et « répétition<sup>60</sup> » par le commis de son procès-verbal, con-

<sup>58</sup> Registre pour la manufacture de Quintin. Arch. dept. Côtes-d'Armor, B 3736, folio 15 v<sup>o</sup>–17 r<sup>o</sup>.

<sup>59</sup> Titre utilisé à cette époque par le commis à la marque, Jean-Baptiste Fleury.

<sup>60</sup> La procédure de « répétition » mise en œuvre ici s'inspire de celle de « répétition de témoins » utilisée lorsqu'une affaire civile sur laquelle il y a eu enquête, est convertie en affaire pénale. La répétition « d'huissiers et sergents » est également prévue par l'ordonnance criminelle de 1670 (Titre X, article 7). Cette exemple illustre comment la procédure simplifiée suivie en matière de police se construit empiriquement par des emprunts tant à la procédure civile qu'à la procédure pénale; *Ferrière*, Dictionnaire, t. 2 (n. 6) 521; *Daniel Jousse*, Nouveau commentaire sur l'Ordonnance criminelle du mois d'août 1670 (Paris 1769) 193. Sur la

firmé par serment «la main levée». Voici la teneur de cette sentence: «Nous Rodolphe Baron, Sieur du Taya, sénéchal et premier magistrat civil et criminel de Quintin, juge principal du duché de Lorges et commissaire en cette partie, faisant droit sur le procès-verbal, attendu ce qui résulte de la contravention commise par le Sieur Toussaint Le Texier à l'article 45 du règlement du Conseil du 19 février 1736<sup>61</sup>, et faute à lui de s'être conformé aux dispositions dudit article, l'avons condamné en trois cents livres d'amende, conformément et suivant les rigueurs dudit règlement, lui faisant défense de tomber à l'avenir en pareille faute, sous plus grandes peines».

Cet exemple autorise à faire un rapprochement intéressant, en matière de procédure, entre *tribunaux des manufactures* et *juridictions consulaires*, bien que les premiers soient tenus de juger en sévérité, tandis que les seconds ne sont pas «astreints aux subtilités des lois et ordonnances», et peuvent statuer en équité<sup>62</sup>: dans un cas comme dans l'autre, les différends doivent cependant être «instruits et jugés sommairement [...], sans ministère d'avocat ni procureur, et à l'audience sur ce qui aura été dit et représenté par les parties». De même, il est fait interdiction, tant aux juges des manufactures qu'aux juges consuls, de «recevoir ou prendre aucun droit, sous prétexte d'épices, salaires ou vacations<sup>63</sup>».

L'ordonnance de procédure civile d'avril 1667, en plaçant immédiatement à la suite l'un de l'autre les titres consacrés à ces deux questions, opère d'ailleurs officiellement un rapprochement entre «la forme de procéder par-devant les juges et consuls des marchands» et celle suivie pour «les matières sommaires<sup>64</sup>». Elle classe expressément dans cette catégorie toutes «les choses concernant la police», ainsi que «les sommes dues pour ventes faites aux foires et marchés» [...] ce qui peut manifestement s'appliquer à l'achat de toiles par les négociants aux tisseurs.

Les juristes du Conseil du Roi et du Bureau du Commerce sont d'ailleurs parfaitement conscients des similitudes entre les juridictions manufacturières et consulaires, puisque le règlement de 1736 propre aux toiles quintinaises prévoit très explicitement que «les sentences seront écrites en la forme et manière portées par

question de la procédure en matière de police des arts et métiers: *Thierry Hamon*, Un procès en Droit du Travail à Rennes en 1705. La répression mouvementée de l'activité clandestine d'un perruquier chambreland, dans: Mémoires de la Société d'Histoire et d'Archéologie de Bretagne 84 (2006) 303-339.

<sup>61</sup> Cf. supra. L'article poursuit ainsi: «Faisant Sa Majesté défenses aux dits négociants, marchands et autres, d'avoir chez eux ni de se servir d'aucunes mesures qu'elles n'aient été ainsi étalonnées et marquées; à peine de trois cents livres d'amende contre les contrevenants, pour la première fois, et de pareille amende, même d'interdiction du commerce, en cas de récidive»; *Pied*, Les anciens corps d'arts et métiers, t. 3 (n. 13) 355.

<sup>62</sup> Préambule de l'Edit de novembre 1563 créant des juges consuls à Paris. *Jousse*, Nouveau Commentaire (n. 30) 279. *Hilaire*, Le Droit, les affaires et l'Histoire (n. 5) 255.

<sup>63</sup> Article 48 du règlement du 22 mars 1736. *Pied*, Les anciens corps d'arts et métiers, t. 3 (n. 13) 355.

<sup>64</sup> *Daniel Jousse*, Nouveau commentaire sur l'Ordonnance civile du mois d'août 1667 (Paris 1767) 216-268.

les règlements faits pour les juridictions des juges consuls ». On ne saurait être plus clair !

Faut-il, dans ces conditions, s'étonner que les négociants de Quintin, fortement associés depuis longtemps au processus de contrôle et de sanction de l'activité toilière, aient tenté – et réussi ! – à transformer leur juridiction des manufactures en tribunal de commerce et à en dominer la composition lors des élections consulaires, au moment où la Révolution vient sonner le glas d'un mercantilisme économique déjà condamné depuis un quart de siècle par les idées physiocratiques ?

La nuit du 4 août 1789, en posant le principe de la suppression des justices seigneuriales, porte un premier coup – qui se révèle fatal – à la juridiction des manufactures de la ville, dans la mesure où celle-ci est, de facto, confondue avec la haute justice du duché de Lorges, à raison du partage d'un même et unique titulaire depuis plus de quarante ans. Pourtant, les tisserands semblent encore confiants dans la survie de l'institution en janvier 1791 puisque, profitant du vent de réformes démocratiques soufflant sur la France, ils tentent, par une pétition adressée aux corps administratifs, d'obtenir d'être associés à l'avenir, au contrôle des toiles<sup>65</sup> : ils demandent donc à ce que les membres de leur profession ayant le statut de citoyen actif, « nomment au turne, par quartier, et pour un trimestre, treize d'entre eux qui, après avoir prêté serment [...], assisteront individuellement et successivement, chaque semaine, à la marque des toiles à l'intérieur du Bureau, et veilleront à l'extérieur à l'exécution du règlement [...], le tout concurremment avec le commissaire marchand ». Bien qu'elle soit très majoritairement composée de négociants, la nouvelle municipalité quintinaise accueille plutôt favorablement cette revendication, reconnaissant qu'elle « semble conforme à l'esprit de la Constitution, et sert l'intérêt du manufacturier comme celui du marchand. L'un et l'autre doivent inspecter la laize des toiles : le premier doit veiller à ce qu'une toile ne soit point rejetée injustement ; le second, à ce qu'elle ne porte point un sceau de l'approbation du Bureau si elle n'est réglée ; tous deux, en cas de contestation, requièrent un juge impartial, ou du moins, qui jouisse de leur confiance, et il est naturel qu'ils la placent, cette confiance, dans leurs pairs respectifs ». Cela n'exprime-t-il pas, finalement, une évolution de la conception de la juridiction des manufactures [...] qui explique que les professionnels locaux de la production et de la commercialisation des toiles n'aient pas trop de difficultés à s'accommoder de la structure formelle d'un tribunal de commerce, en lieu et place de l'ancienne institution<sup>66</sup> ?

Pour l'heure cependant, la loi du 27 septembre 1791 achève de faire table rase du passé, en supprimant définitivement tant les règlements de fabrication que l'administration de l'inspection des manufactures dans son ensemble, y compris les tribunaux y étant rattachés<sup>67</sup>. L'article 2 dispose en effet, sans ambages, que « les bu-

<sup>65</sup> Arch. Mun. Quintin, D1, folio 2 r<sup>o</sup>.

<sup>66</sup> Les conceptions exprimées par le conseil général de la commune de Quintin ne sont pas sans évoquer également l'état d'esprit qui présidera à l'instauration des Conseils de Prud'hommes, le 18 mars 1806. Ces derniers sont d'ailleurs tout d'abord expérimentés dans le cadre des manufactures de tissage lyonnaises.

<sup>67</sup> *Minard*, La fortune du colbertisme (n. 21) 363.

reaux établis pour la visite et marque des étoffes, toiles et toileries, sont supprimés, ainsi que lesdites visites et marques; les commissions données aux préposés chargés du service desdits bureaux, ainsi qu'aux inspecteurs et directeurs généraux du commerce et des manufactures, inspecteurs ambulants et élèves des manufactures, sont révoquées<sup>68</sup> ». Une lettre du ministre de l'Intérieur, adressée le 21 octobre suivant au dernier inspecteur des manufactures des toiles à Rennes, le Sieur Le Marchand, vient préciser les modalités d'application de la loi: il est dès cet instant, « fait défense d'apposer aucune marque aux toiles », tandis que doivent immédiatement « cesser toutes dépenses des bureaux », dont les meubles mêmes seront vendus et les « presses, coins, poinçons et autres ustensiles servant à la marque [...] remis aux municipalités<sup>69</sup> ».

Le conseil général de la commune de Quintin, dirigé depuis 1790 par Georges Frélaut, tente bien de résister en faisant hautement entendre sa protestation dans une délibération du 10 octobre 1791, déclarant que la réforme « tend à la ruine totale de la manufacture ». L'argumentation avancée, en concertation avec les négociants et fabricants, ne manque pas de pertinence économique: « le plus ferme appui du commerce est la confiance, que la règle seule peut maintenir; ces principes sont plus applicables au commerce des toiles dites *Bretagne* qu'à tout autre, puisque le débouché en a lieu chez l'étranger, qui s'en dégoûterait d'autant plus vite qu'elles ont chez lui une concurrence qui deviendrait nulle s'il retirait sa confiance; il est donc important au bonheur de la Municipalité, qui trouve ses ressources dans le commerce, que la règle pour la laize et l'aunage subsistent suivant les anciens règlements<sup>70</sup> ». Une pétition est en conséquence adressée à l'Assemblée Nationale, pour solliciter rien de moins que le retrait de la loi [...] En vain, bien évidemment, malgré le soutien apporté par le conseil général du département!

Deux mois et demi plus tard, un combat d'arrière-garde est encore mené pour tenter de différer l'inévitable, par le refus de l'administration municipale de procéder à la liquidation de l'ancien bureau des marques<sup>71</sup>. Le moyen de défense, cette fois, est purement juridique, et non plus économique: la loi, bien qu'approuvée par Louis XVI le 10 octobre 1791, ne peut entrer en vigueur à Quintin parce qu'elle n'a pas été adressée à la ville en respectant les formes légales de promulgation<sup>72</sup>. Las! Le temps n'est plus où l'absence d'enregistrement par les Parlements

<sup>68</sup> *Jean-Baptiste Duvergier*, Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat, t. 3 (Paris 1824) 428; cité comme suit: *Duvergier*, Collection complète des lois.

<sup>69</sup> Lettre de Jean-Marie Lessart, ministre de l'Intérieur du 25 janvier au 29 novembre 1791, puis ministre des Affaires étrangères jusqu'au 10 août 1792. Arrêté à la chute du Roi, il périt peu après, victime des massacres de septembre 1792; *Benoît Yvert* (dir.), Dictionnaire des ministres (Paris 1990) 66. Arch. Mun. Quintin, D 2, folio 36 v°.

<sup>70</sup> Arch. Mun. Quintin, D1, folio 54 v°.

<sup>71</sup> 2 janvier 1792. Arch. Mun. Quintin, D 2, folio 36 r°/v°.

<sup>72</sup> Le préambule de la loi du 2-5 novembre 1790 réglant le mode de promulgation des lois précise que « les lois sont obligatoires du moment où la publication en a été faite, soit par le corps administratif, soit par le tribunal de l'arrondissement », ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

pouvait avec succès paralyser le processus législatif: désormais, la dynamique politique de la Révolution l'emporte sur un juridisme scrupuleux!

Les édiles et les négociants quintinçais – qui se confondent d'ailleurs, en grande partie – ne sont pourtant pas naïfs au point de croire pouvoir arrêter le cours de l'Histoire. C'est pourquoi ils choisissent intelligemment une autre tactique: s'appuyant sur la grande loi de réorganisation judiciaire des 16–24 août 1790, ils s'efforcent d'obtenir un nouveau tribunal, en remplacement des juridictions supprimées. Dès le 9 mars – alors même que la loi n'a pas encore été débattue – le maire nouvellement élu propose au conseil municipal de présenter à l'Assemblée Nationale une supplique visant à obtenir «l'établissement dans la ville du tribunal de justice qui sera organisé pour le district<sup>73</sup>». Par souci de diplomatie, il est toutefois prévu de joindre ce texte à «une adresse de reconnaissance et d'attachement à l'auguste assemblée qui, de concert avec le meilleur des Rois, travaille au bonheur de la France». Achievée simplement le 23 juillet 1790<sup>74</sup>, la requête fait valoir que, «si les villes de Quintin et de Saint-Brieuc sont à peu près égales en population et en contributions, la première a obtenu le siège du département et celui du district: l'évêché, le séminaire, le collège, le tribunal d'administration [...] tout y est entassé. Si le tribunal du district y est placé, elle a tout, et la ville de Quintin n'a rien; ses campagnes, plus peuplées que celles de Saint-Brieuc, seront ruinées par ce système de préférence». Pour tenter de faire triompher leur cause, les membres du conseil général de la commune n'hésitent pas à invoquer, en un style grandiloquent, «les principes de l'éternelle Justice, consignés dans la Déclaration des Droits de l'Homme»: «Vous l'avez prononcé, Messieurs: les hommes sont égaux en droits: vous partagerez donc entre nos voisins et nous, les établissements du district; vous avez dit encore: nul ne sera dépouillé de sa propriété sans une préalable et juste indemnité: vous nous indemnisez donc de la perte de la plus belle juridiction de l'Ancienne Bretagne [...]. Pour le bonheur des races futures, vous avez triomphé et de l'antiquité et de votre siècle: mais c'est peu d'avoir conquis, il faut conserver; il ne suffit pas que la Constitution obtienne les hommages de l'esprit: il lui faut l'aveu des cœurs; il faut que l'amour de tous les citoyens de toutes les parties de l'Empire français, la maintienne et la défende». Et de conclure: «Daignez, Ah! daignez départir avec égalité les établissements des pouvoirs publics sur tous les lieux susceptibles d'en être les sièges<sup>75</sup>!». Pour autant, on notera que c'est un tribunal civil qui est réclamé, et non pas une juridiction commerciale: il semble en effet acquis que, Saint-Brieuc ayant seul «un port de mer», cela y «entraînera nécessairement l'implantation du tribunal de commerce».

<sup>73</sup> Registre de délibérations de la communauté. Arch. Mun. Quintin, BB 31, folio 13 v<sup>o</sup>.

<sup>74</sup> Registre de délibérations de la communauté. Arch. Mun. Quintin, BB 31, folio 43 r<sup>o</sup>/v<sup>o</sup>.

<sup>75</sup> Si, par malheur, les députés de l'Assemblée Nationale ne cédaient pas à leur désir d'implanter à Quintin le tribunal civil du district, les élus de la ville estiment que ce dernier ne devrait pas davantage être établi à Saint-Brieuc, mais que le strict respect du critère géographique – «qui vaut mieux que tout raisonnement» – commanderait de fixer cette juridiction à Plaine-Haute, petite commune rurale de 1800 communiants, «point central du district, située à deux lieues de Saint-Brieuc et une lieue un quart de Quintin».

C'est, semble-t-il, seulement parce qu'ils n'ont pas été entendus, que les « commissaires du Commerce », regroupant les principaux négociants de Quintin, se décident à présenter à l'Assemblée Nationale une nouvelle pétition, tendant cette fois « à l'obtention d'un tribunal de commerce<sup>76</sup> ». Le conseil général de la commune, examinant cette demande le 2 janvier 1791, s'y montre – comme l'on s'en doute bien ! – extrêmement favorable, « suppliant les pouvoirs administratifs supérieurs d'appuyer [cette requête] de leurs bons offices [...] afin de rendre à la Manufacture les services qu'elle réclame de leur justice<sup>77</sup> ». Le mot est prononcé, et la filiation avec l'ancien tribunal de la manufacture clairement manifestée. Des difficultés nouvelles surgissent toutefois puisque, si l'administration du district rend un avis favorable, celle du département est d'un sentiment radicalement contraire, ce qui nécessite de saisir le comité de Constitution.

Les choses, cette fois, vont bon train, grâce au concours actif du député de Saint-Brieuc, Julien François Palasne de Champeaux<sup>78</sup>, ancien sénéchal royal de la ville, qui n'a plus désormais de raisons sérieuses pour faire obstacle aux demandes quintinaises : il préfère au contraire saisir cette occasion pour faire également établir une juridiction consulaire au chef-lieu du département. Le 27 août 1791, sur le rapport de Pierre-François Gossin, député de Bar-le-Duc, spécialiste de l'organisation judiciaire et plutôt favorable aux villes moyennes<sup>79</sup>, l'Assemblée nationale vote un décret établissant « des tribunaux de commerce dans la ville de Saint-Brieuc, chef-lieu des Côtes-du-Nord, et à Quintin, lieu principal de l'établissement des manufactures dites des toiles de Bretagne<sup>80</sup> ». La compétence géographi-

<sup>76</sup> Arch. Mun. Quintin, F 7.

<sup>77</sup> Registre de délibérations de la communauté. Arch. Mun. Quintin, BB 31, folio 95 r<sup>o</sup>.

<sup>78</sup> Né à Saint-Brieuc le 21 mars 1736, fils d'un marchand receveur des fouages ordinaires, Palasne de Champeaux, après avoir été quelques années avocat au Parlement de Bretagne, devient sénéchal royal de Saint-Brieuc, le 2 octobre 1765. Proche du maire Poulain de Corbion, acquis comme lui aux idées réformistes et anticléricales, il est élu député aux Etats généraux. Il se fait remarquer à l'Assemblée Nationale, fin juillet 1791, par la présentation d'un rapport sur la suppression de 50 000 postes d'employés liés aux administrations de l'Ancien Régime. Il propose, le même jour, l'adoption d'une « mesure générale pour le maintien de l'ordre et contre la propagation de la superstition et de l'ignorance ». *Lemay*, Dictionnaire des Constituants [...], t. 2 (n. 1) 726.

<sup>79</sup> Pierre-François Gossin (1754–1794) est un membre influent des Comités de judicature et de Constitution, au sein de l'Assemblée Nationale. En janvier 1791, il est l'auteur de rapports aboutissant à la création de nombreux tribunaux de commerce (Nancy, Orléans, Angoulême, Niort, Vervins, Soissons, Montargis, Châteauroux, Issoudun, Carcassonne, Montauban, Narbonne, Auch, Tarascon, Martigues, La Ciotat, Tournus). Il se montre favorable à l'établissement de tribunaux de commerce dans des villes d'importance moyenne au vu de leur population, mais renfermant plusieurs fabriques, et situées au cœur d'un district développant un commerce considérable. De même, il estime que l'absence de toute autre administration ou juridiction ne doit pas être un argument de principe interdisant, à lui seul, toute création de tribunal de commerce : « est-ce parce qu'une ville n'a rien qu'on voudrait ne lui rien donner ? ». *Lemay*, Dictionnaire des Constituants [...], t. 1 (n. 1) 413 ; *Jérôme Mavidal, Émile Laurent*, Archives parlementaires de 1780 à 1860 1<sup>ère</sup> série, t. 22 (Paris 1888) 44, 119–120 ; cité comme suit : *Mavidal, Laurent*, Archives parlementaires [...].

<sup>80</sup> *Mavidal, Laurent*, Archives parlementaires, 1<sup>ère</sup> série, t. 29 (n. 79) 754.

que de ce dernier tribunal s'étend sur vingt-cinq communes qui correspondent, pour 80% d'entre-elles, au ressort de l'ancienne juridiction de la manufacture<sup>81</sup> : « la ville et les faubourgs de Quintin, et les paroisses de Plaine-Haute, Saint-Brandan, Le Foeil, Le Leslay, Le Vieux-Bourg, Saint-Gildas, Saint-Bihy, Seven-le-Hart, Saint-Careuc, Plaintel, Ploeuc, Lorges, Lanfains, Le Bodéo, La Harmonie, Cohignac, Saint-Donnant, Plouvara, Boquého, Plerneuf, Lameaugon, Plédran, Hénon et Saint-Julien-de-la-Côte<sup>82</sup> ». Conformément à la réforme générale de l'organisation judiciaire des 16–24 août 1790, la nouvelle juridiction commerciale doit être composée de cinq juges, qui « ne pourront rendre aucun jugement s'ils ne sont au nombre de trois au moins<sup>83</sup> ».

Dès le lendemain, Palasne de Champeaux annonce fièrement à ses « chers concitoyens » la décision obtenue, et s'en adjuge l'entier mérite, alors même qu'il y a tout lieu de croire à une discrète mais puissante intervention personnelle du marquis de La Fayette, propriétaire de plusieurs anciennes seigneuries dans le département. Probablement faut-il aussi compter sur l'influence de l'avocat Jean-Baptiste Digault, petit-fils du sénéchal Baron Du Taya, administrateur du district, élu un mois plus tard député à l'Assemblée Législative, et compagnon en maçonnerie de Palasne de Champeaux, de vingt-sept ans son aîné au sein de la loge de la Vertu triomphante<sup>84</sup>. Palasne de Champeaux, en tout cas, insiste sur le lien entre la juridiction commerciale et l'activité manufacturière : « pour que chacun des tribunaux qu'on voulait établir eût la partie qui convenait à la nature de son commerce, on vous a donné toutes les paroisses qui pouvaient tenir de près ou de loin au commerce des toiles, et on a réservé pour Saint-Brieuc celles qui, par leur position, pouvaient avoir des rapports au commerce maritime<sup>85</sup> ». Il déplore toutefois de n'avoir pu obtenir de « joindre au [nouveau] tribunal toutes les paroisses situées dans le district de Loudéac, surtout celles dans lesquelles la fabrication et le commerce des toiles ont siége ». Pour autant, il reste confiant dans la possibilité d'un élargissement du ressort, « si les administrateurs du district de Loudéac voulaient [écrire] à l'Assemblée Nationale qu'il serait de l'intérêt du commerce des toiles de Bretagne, que toutes les contestations relatives à cet objet fussent portées au tribu-

<sup>81</sup> Seules cinq communes ressortissant du tribunal de commerce de Quintin ne relevaient pas de l'ancienne juridiction des manufactures : Saint-Gildas, Saint-Bihy, Seven-Lehart et Boqueho. Inversement, cinq paroisses de la manufacture ne se retrouvent pas dans le ressort du tribunal consulaire de quintinais : Plélo et Ploufragan (ressort du tribunal de commerce de Saint-Brieuc), Guingamp, Alineuc, Le Haut-Corlay et Saint-Martin ; *Mavidal, Laurent, Archives parlementaires*, 1<sup>ère</sup> série, t. 29 (n. 79) 754 ; Arch. dept. Côtes-d'Armor, B 3736.

<sup>82</sup> L'orthographe des communes adoptée par le décret du 27 août 1791 a été respectée.

<sup>83</sup> Titre XII, article 6 ; *Duvergier*, Collection complète des lois, t. 1 (n. 68) 376.

<sup>84</sup> Palasne de Champeaux, initié à la franc-maçonnerie dès 1763 à Paris, est Vénérable de la Loge briochine de la Vertu triomphante en 1765, et contribue à sa reconnaissance par la Grande Loge de France ; *Martin*, Toiles de Bretagne (n. 10) 288–289 ; *Adolphe Robert, Edgar Bourloton, Gaston Cougny*, Dictionnaire des parlementaires français, depuis le 1<sup>er</sup> mai 1788 jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 1888, t. 2 (Paris 1889) 388 (cité comme suit : *Robert, Bourloton, Cougny*, Dictionnaire des parlementaires) ; *Jacques Brengues*, Les Francs-Maçons dans la ville. Saint-Brieuc, 1760–1990 (Rennes 1995) 10–11, 95–96.

<sup>85</sup> Arch. Mun. Quintin, F 7.

nal de commerce établi à Quintin». Pour lui en effet, «il ne fait aucun doute que l'Assemblée se porterait à décréter cette jonction». Tel ne sera pourtant pas le cas.

Louis XVI ayant différé jusqu'au 7 décembre 1791 la sanction du décret du 27 août<sup>86</sup>, la nouvelle juridiction ne peut se mettre en place qu'au début de l'année 1792, ce qui coïncide avec le moment même où l'ancien bureau de la marque des toiles cesse définitivement son activité, évitant ainsi toute solution de continuité. Le 27 janvier, afin de «procéder à l'élection des cinq juges du tribunal de commerce», le corps municipal convoque pour le dimanche suivant «l'assemblée des négociants, banquiers, marchands, manufacturiers» auxquels, pour se mettre en conformité avec le titre 12 de la loi judiciaire des 16–24 août 1790, il est désormais adjoint les éventuels «armateurs et capitaines de navires», disposition purement formelle car il n'existe guère de marins dans cette ville située à l'intérieur des terres<sup>87</sup>!

Le déroulement de la première assemblée électorale, le 5 février 1792, semble grandement renouer avec l'«assemblée des marchands» de l'Ancien Régime, tant pour ce qui concerne le lieu, que pour ce qui touche aux comportements humains<sup>88</sup>: la réunion se tient en effet dans la petite chapelle Saint Yves<sup>89</sup>, devant une faible assistance de trente-quatre commerçants patentés, alors que Quintin compte déjà au moins quatre-vingt-trois marchands de toiles en 1790. De surcroît, le nombre des présents diminue au fur et à mesure de l'élection, n'étant plus que vingt-deux pour celle du deuxième juge! Pour ces premières élections, «chaque citoyen présent écrit ou fait écrire son bulletin sur le bureau par l'un des trois scrutateurs provisoires», puis le remet «dans le vase à ce destiné». De toute façon, de nouvelles élections doivent être organisées dès le 26 février, les cinq juges consuls nouvellement élus – y compris le président – ayant donné leur démission<sup>90</sup>. Et là [...] quelle n'est pas la surprise de constater que, par 28 voix sur 38, les suffrages portent à la présidence du tribunal de commerce [...] Rodolphe Baron du Taya père, qui n'est autre que l'ancien juge des manufactures, lequel fait ainsi un étonnant et éphémère retour sur la scène judiciaire! Celui-ci accepte et déclare aux commissaires venus lui annoncer son élection que, «flatté de l'honneur qu'on lui faisait, il ferait tous ses efforts pour se rendre utile à ses concitoyens, autant que son âge le lui permettrait». Il se ravise toutefois le 16 mars suivant, estimant qu'il y a eu malentendu évident et qu'il n'a jamais eu l'intention d'accepter une place de

<sup>86</sup> Les raisons pour lesquelles le Roi diffère tant à donner son approbation à la loi ne sont pas élucidées; *Duvergier*, Collection complète des lois (n. 68) 268.

<sup>87</sup> Registre de délibérations du conseil général de la commune de Quintin. Arch. Mun. Quintin, D 2, folio 38 v<sup>o</sup>.

<sup>88</sup> Procès-verbal du 1<sup>er</sup> tour des élections pour la composition du nouveau tribunal de commerce. Arch. Mun. Quintin, K 18. Les cinq premiers juges élus à la majorité relative, au second tour, sont les Sieurs Nicolas Jean Brignon (Président, officier municipal), Toussaint Duval, Marc Boschat, Fiacre Chaliné et Jean-François Rouxel.

<sup>89</sup> Située à la jonction de l'actuelle rue des Forges et de la rue Saint-Yves.

<sup>90</sup> Registre de délibérations du conseil général de la commune de Quintin. Arch. Mun. Quintin, D 2, folio 40 r<sup>o</sup>/v<sup>o</sup>.

juge consul<sup>91</sup>. Voici ce qu'il écrit: «âgé de soixante-seize ans accomplis, ayant la mémoire et la vue fort affaiblis, et l'ouïe presque perdue, étant toujours infirme et souvent malade [...] j'ai exposé avec fermeté [...] qu'il m'était impossible, malgré ma bonne volonté, de rendre service à mes concitoyens». Il décède d'ailleurs deux ans plus tard, le 15 janvier 1794<sup>92</sup>.

L'annonce de la défection de Baron du Taya entraîne également la démission de G. Frélaud père et de Michel Le Boiteux, respectivement élus second et troisième juges consuls; les deux autres, par contre, acceptent la charge<sup>93</sup>, Charles Garnier tenant même à se justifier de son «peu de talent» en précisant qu'il s'agit pour lui d'accomplir un devoir envers ses concitoyens, au nom du «bien public et des avantages particuliers résultant de cet établissement».

Après bien des vicissitudes, le tribunal de commerce de Quintin reçoit définitivement sa première composition le 18 mars 1792, au cours d'une assemblée regroupant cinquante-sept votants, signe – enfin! – d'un début d'intérêt véritable de la part des professionnels: Charles Garnier prend la présidence de la juridiction, Julien Héllart – négociant âgé de quarante-cinq ans – en devient le second juge, tandis que sont élus F. A. Garnier, Marc Boschât (négociant de soixante ans) et Jean-François Rouxel (négociant d'environ cinquante-cinq ans). Ces deux derniers avaient déjà recueilli une majorité relative lors du scrutin du 5 février, mais s'étaient immédiatement déclarés démissionnaires.

Les sources archivistiques ne permettent pas de savoir si les élections de 1793 et 1794 pourvoyant au renouvellement partiel du tribunal quintiniais<sup>94</sup> se déroulent de manière aussi chaotique, dans un contexte politique général devenu, de surcroît, nettement plus tendu. Une lettre du 6 septembre 1794 adressée au district, apprend simplement que les élections du début de l'année renouvellent Julien Héllart dans ses fonctions, et désignent comme nouveaux consuls le négociant Yves Le Coniac et A. Chandemerle, lequel est porté à la présidence de la juridiction<sup>95</sup>. Celui-ci doit faire face à une certaine contestation lors de la «réaction thermidorienne», étant publiquement accusé «d'avoir, dans les listes que le tribunal de commerce de Quintin a envoyé au district pour la désignation des personnes propres à gérer des emplois, marqué le citoyen Jean Lefebvre comme royaliste», ce dont il se défend par une lettre du 4 Germinal An III<sup>96</sup>.

Cette fameuse liste correspond peut-être à un document non daté – mais rédigé d'une écriture contemporaine – conservé dans le fonds du district de Saint-Brieuc. Au chapitre «Tribunal de commerce», il indique, les noms suivants: «Nicolas

<sup>91</sup> Arch. Mun. Quintin, K 18.

<sup>92</sup> *Sallier Dupin*, François Baron du Taya (n. 48) 111.

<sup>93</sup> Il s'agit de Charles Garnier et de Julien Héllart.

<sup>94</sup> L'article 11 du titre XII de la loi d'organisation judiciaire des 16–24 août 1790 dispose que «les juges du tribunal de commerce seront deux ans en exercice: le président sera renouvelé par une élection particulière tous les deux ans; les autres juges le seront tous les ans par moitié»; *Duvergier*, Collection complète des lois, t. 1 (n. 68) 376.

<sup>95</sup> 15 vendémiaire An III de la République. Arch. dept. Côtes-d'Armor, 10 L 180 (Fonds du district de Saint-Brieuc).

<sup>96</sup> 25 mars 1795. Arch. dept. Côtes-d'Armor, 10 L 180 (Fonds du district de Saint-Brieuc).

Jean Brignon; Yves Le Coniac, 45 ans, négociant; Marc Boschat, 60 ans, négociant; Yves Boutier, tisserand, 55 ans; Toussaint Duval, 50 ans, négociant; Eustache Ollitrault; François Glais (Bisouin)<sup>97</sup> ».

L'identité de quelques autres juges consuls nous est connue, pour l'époque napoléonienne: en 1802, le tribunal est composé notamment des citoyens Louis Anne Patern Bouan (Président), Jean-Baptiste Mazurié, Jean-Baptiste Villart et Toussaint Duval, lequel figurait déjà parmi les premiers élus démissionnaires, dix ans plus tôt<sup>98</sup>. A l'issue des élections de janvier 1804, la juridiction est toujours composée de Jean-Baptiste Mazurié (devenu président), Toussaint Duval (juge) et Louis Bouan (rétrogradé au poste de simple suppléant), tandis qu'apparaissent Jean-Marie Le Mercier-Bourgbanc, Jean-Baptiste Villart et Paul Roux, juges, ayant comme suppléants: Charles Garnier, Eustache Ollitrault et Jean-François Rouxel<sup>99</sup>. En 1809, Louis Bouan et Toussaint Duval – dit désormais *Duval des Vallées* – sont toujours présents, tandis qu'un autre négociant aisé devient juge consul: Garnier Desgarennes<sup>100</sup>.

Le tribunal de Quintin fonctionne donc de façon suffisamment satisfaisante pour que son existence ne soit pas remise en cause à la suite de la promulgation du Code de 1807, dont le Livre IV, consacré à la juridiction commerciale, prévoit qu'un «règlement d'administration publique déterminera le nombre des tribunaux et les villes qui seront susceptibles d'en recevoir par l'étendue de leur commerce et de leur industrie». Ce décret, signé simplement le 6 octobre 1809 par Napoléon au palais impérial de Schönbrunn, confirme la présence de trois tribunaux commerciaux dans le département des Côtes-du-Nord – à Paimpol, Quintin et Saint-Brieuc –, composés chacun d'un président, de trois juges et de deux sup-

<sup>97</sup> Nicolas Jean Brignon, Marc Boschat et Toussaint Duval ont déjà été élus juges consuls lors du premier scrutin du 5 février 1792, mais ont immédiatement démissionné, sans même attendre d'entrer en fonctions. François Julien Mathurin Glais-Bisouin (1769–1806), pour sa part, n'est autre que le fils d'Olivier Glais, Sieur de Bizouin, inspecteur marchand au bureau de contrôle des toiles de Quintin en 1770, élu député des Côtes-du-Nord à l'Assemblée législative de 1791 (1742–1801); la famille Glais (originaire de la paroisse de Saint-Thélo) forme, depuis le début du XVII<sup>ème</sup> siècle, une dynastie de marchands de toiles, également fermiers généraux de la seigneurie d'Uzel, autre pôle de production toilière. Cf. infra. Arch. dept. Côtes-d'Armor, 10 L 180 (Fonds du district de Saint-Brieuc). *Martin*, Toiles de Bretagne (n. 10) 85, 280, 288, 344; *Robert, Bourloton, Cougny*, Dictionnaire des parlementaires, t. 3 (n. 84) 192.

<sup>98</sup> Arch. dept. Côtes-d'Armor, 6 U 3 – 1.

<sup>99</sup> Arch. dept. Côtes-d'Armor, 6 U 3 – 1. Jean-Baptiste Mazurié est un riche commissionnaire de roulage établi à Quintin, dont les sept voitures expédient des toiles non seulement à Brest et Nantes, mais encore jusqu'à Paris et Bordeaux. Sa fortune s'élève à 4474 francs en 1821. Il préside aux destinées du tribunal de commerce de Quintin pendant vingt ans, de 1804 à 1824. Louis Bouan, quant à lui, est un négociant aisé exportant des toiles à Nantes, Paris, Bordeaux et Cadix. *Martin*, Toiles de Bretagne (n. 10) 157, 307.

<sup>100</sup> Registre des jugements rendus de 1807 à 1838. Arch. dept. Côtes-d'Armor, 6 U 3 – 3.

pléants<sup>101</sup>. Un second décret, daté du 18 novembre 1810, en précise le ressort, constitué par les cantons de Quintin, Plöëuc et Moncontour<sup>102</sup>.

A ce stade d'analyse, il convient de s'interroger sur le peu d'intérêt apparent manifesté par les professionnels quintinains lors des premières élections consulaires, attitude d'autant plus surprenante qu'elle contraste totalement avec la vigueur de leurs interventions, lorsqu'il s'agissait d'obtenir l'établissement même d'un tribunal de commerce, en lieu et place de la juridiction des manufactures supprimée. Ce décalage ne tiendrait-il pas au fait que l'argumentation basée sur la nécessité de statuer judiciairement sur un important contentieux lié au commerce des toiles, correspondrait plus à un élément de rhétorique qu'à une réalité avérée? L'étude des registres des jugements rendus pour la période allant de 1802 à 1811, incite à conclure en ce sens<sup>103</sup>. Elle révèle en effet une très faible activité générale – s'expliquant, certes, en partie par le contexte politique, économique et militaire global –, et surtout, un nombre infime d'affaires concernant véritablement l'industrie toilière: deux seulement, jugées en juillet 1806 et juin 1809. Cette dernière est toutefois suffisamment complexe pour imposer aux juges consuls de recourir aux « usages constants et immémoriaux de la manufacture », inscrivant ainsi clairement leur décision dans la continuité de la jurisprudence locale élaborée par leurs prédécesseurs<sup>104</sup>.

Le contentieux en question porte sur la propriété de toiles écruées confiées pour être blanchies, en mars 1806, à Jean Le Carré, blanchisseur professionnel à

<sup>101</sup> La promulgation de ce décret au Bulletin des lois est retardée jusqu'en mars 1810; Bulletin des Lois de l'Empire français, 4<sup>ème</sup> série, t. 12 (Paris 1810) 222; cité comme suit: Bulletin des Lois de l'Empire français.

<sup>102</sup> Bulletin des Lois de l'Empire français, 4<sup>ème</sup> série, t. 13 (n. 101) 485.

<sup>103</sup> En l'An X (1802–1803), le tribunal de Quintin statue sur seulement trois affaires, dont la plus importante concerne un différend sur une vente de cidre; l'An XI connaît une activité un peu plus soutenue, avec cinq jugements, dont trois portent sur le paiement de billets à ordre, et un autre sur des marchandises non réglées; l'année suivante, le tribunal juge à sept reprises, tranchant un contentieux portant pour moitié sur des difficultés rencontrées par des marchands de cidre pour se faire payer les barriques livrées aux cabaretiers (l'un de ces derniers s'appelant, il est vrai, François Potdevin!); le reste concerne des billets à ordre et une lettre de change. En 1806, deux conflits seulement sont portés devant le tribunal: l'un relatif à un billet à ordre d'un montant de 281 Fr., l'autre concernant un litige portant sur un achat de toiles, opposant Mathurin Le Bescon à Jean Rio, marchand. En 1807, seules deux affaires sont jugées, relatives à des billets à ordre; l'année 1808 ne connaît aucun jugement; en 1809: trois sentences sont rendues, concernant – outre l'affaire des toiles –, une nouvelle contestation relative à une barrique (cette fois, de vin), et une autre portant sur le lieu de livraison de bois de chauffage. Un seul jugement intervient en 1810, à propos d'un conflit entre un grossiste et des commissionnaires de roulage. L'activité du tribunal est plus soutenue en 1811, avec sept affaires portant sur le non-paiement de marchandises, l'absence de règlement du coût de leur transport, ainsi que sur un billet à ordre; cette année s'achève par un dépôt de bilan et la faille du Sieur Yves Le Vacon, dont la moralité est toutefois soulignée. Registre des délibérations du Tribunal de Commerce de Quintin (An X – 1875) et Registre des jugements rendus de 1807 à 1838, Arch. dept. Côtes-d'Armor, 6 U 3 – 1. et 6 U 3 – 3.

<sup>104</sup> Registre des jugements rendus de 1807 à 1838. Arch. dept. Côtes-d'Armor, 6 U 3 – 3, folio 2 r<sup>o</sup>/v<sup>o</sup>.

Merléac, petite commune située à trois lieues de Quintin. Le déposant, Mathurin Fraboulet, est un jeune homme de vingt-sept ans, facteur chez le sieur Le Mercier-Bourgb blanc, négociant à Quintin [...] et juge consul; nouvellement marié à Perrine Feillet – elle-même fille d’un négociant – il aurait apparemment voulu «faire un petit profit, en achetant une balle de toile large», grâce à des fonds prêtés à intérêt, pour lesquels il contracte une obligation en bonne et due forme, d’un montant de 931 «livres tournois». N’ayant pas de cachet pour marquer son achat, il y appose celui de son beau-père. Malade depuis trois mois, il décède toutefois le 14 mai 1806 sans être allé récupérer les toiles mises à blanchir. Un cabaretier marchand de Quintin, François Ollivry – dont l’auberge fait face à la demeure de Jean-Marie Le Mercier-Bourgb blanc – a pour sa part, une toute autre version des faits: selon lui, c’est pour son propre compte que la pièce de toile aurait été achetée par Fraboulet, simple commissionnaire à qui il aurait remis l’argent nécessaire à cette acquisition. C’est la raison pour laquelle il tente, à plusieurs reprises, de se faire remettre les toiles par le blanchisseur, après le décès de Mathurin Fraboulet: il arrive même finalement à ses fins puisque, à force d’insistance, il réussit à attirer dans sa taverne Jean Le Carré, lorsque ce dernier vient à Quintin ramener son dépôt; l’alcool aidant, il «profite de sa faiblesse» et se fait remettre la balle de toile. Devant les protestations de la veuve, il propose de démontrer son bon droit par témoins, et introduit devant le tribunal de commerce une demande en ce sens.

La sentence du 30 juin 1809, pourtant, n’est pas celle escomptée, car elle le condamne à restituer les toiles, malgré les efforts déployés par son avocat, M<sup>e</sup> Barbedienne. La motivation de la décision ne manque pas d’intérêt, puisqu’elle fait la part belle aux usages locaux solidement établis au cours des siècles de développement de l’économie toilière dans le pays de Quintin:

«Considérant, en fait, qu’Ollivry ne présente au soutien du droit qu’il prétend à la balle de toile, aucun écrit, bordereau ou reconnaissance de la part de Fraboulet, comme il est d’usage dans les achats de toile par commission, et malgré qu’il ait eut tout le temps et la facilité de régler avec lui ses intérêts, s’il en avait, avant son décès.

«Considérant, en Droit, qu’il est d’usage constant et immémorial dans la manufacture, que la livraison par un marchand à un blanchisseur, de toiles empreintes de son cachet en dénote la propriété; qu’en admettant la preuve orale contre cet acte essentiellement caractéristique de la propriété, ce serait compromettre la sûreté des capitaux considérables qui y sont versés journellement, donner lieu à voir triompher l’intrigue et la mauvaise foi, détruire toute confiance et porter un coup funeste à une branche de commerce qui prospère depuis si longtemps».

L’exemplarité de cette sentence ne doit toutefois pas conduire à surestimer l’importance de ce type de contentieux commercial. Les contemporains ne s’y trompent d’ailleurs assurément pas, puisque le préfet soulève très explicitement la question dès 1823, réclamant, pour la première fois, des statistiques d’activité. Celles-ci révèlent que, dans les dix années précédentes, seules 20 causes ont été jugées, ce qui constitue un contraste frappant avec les 395 sentences prononcées par les juges consuls de Saint-Brieuc, voire même, avec les 72 jugements rendus à

Paimpol, pour la même période<sup>105</sup>. L'inamovible président du tribunal de Quintin, Jean-Baptiste Mazurié, en poste depuis 1804, s'efforce toutefois de relativiser la situation, en cachant sa préoccupation sous une apparente bonhomie: « le nombre des causes n'est pas considérable, [mais] cela prouve la bonne foi de notre fabrique; un tribunal de commerce est un tribunal de paix, et presque toujours, on y arrange les affaires, et j'ai eu souvent cette douce satisfaction, depuis plus de 16 à 18 ans que j'ai l'honneur de le présider ».

La faiblesse particulière et constante du contentieux commercial lié aux toiles, apparente raison d'être du tribunal quintinçais, est également clairement soulignée par un article en forme de bilan, publié en 1879 par le bihebdomadaire l'*Armorique*, lors de l'annonce de l'inéluctable suppression du tribunal:

« Les termes dans lesquels les journaux du département ont donné avis de cette décision ont pu faire penser au public que ce tribunal consulaire était enlevé à Quintin, en raison de ce que le commerce des toiles y aurait à peu près disparu.

« Cette appréciation est-elle bien exacte ? Permettez-moi de vous démontrer, du moins en partie, l'inexactitude de cette appréciation, qu'il serait fâcheux d'accréditer.

« Le tribunal de Quintin a été créé [...] alors que Quintin faisait un commerce considérable en toilerie, principalement destinée à l'exportation; ce commerce est encore aujourd'hui très important [...].

« Le commerce des toiles n'a jamais donné d'affaires bien importantes à son tribunal de commerce. Depuis sa création, il lui a toujours fourni des présidents et des juges, mais très peu de justiciables.

« Les affaires traitées étaient le plus souvent des affaires commerciales tout autres que celles se rattachant à la fabrication des toiles<sup>106</sup> ».

En dépit de la confiance sans faille du journaliste de l'*Armorique*, estimant qu'en 1879, « la fabrication de Quintin proprement dite fait encore battre au moins 800 métiers, faisant vivre environ 2000 personnes, représentant un chiffre annuel d'affaires d'au moins un million », il est solidement établi que « l'année 1849 marque la fin des dernières grandes expéditions de toiles *Bretagne* et la cessation d'activité des derniers marchands d'importance<sup>107</sup> ». Dans ces conditions, il est évident que le déclin – puis, la décadence – de l'industrie toilière ne peut manquer d'avoir une incidence forte sur l'existence du tribunal de commerce, indépendamment même de l'importance du contentieux spécifique qu'elle peut susciter. Le pays de Quintin étant une zone de mono activité économique, la chute dramatique de la production des toiles de lin et le recul de leur commercialisation, entraînent nécessairement une crise profonde de l'économie locale dans son ensemble. Elle frappe de plein fouet tous les secteurs du commerce et de l'artisanat, car ceux-ci ne peuvent

<sup>105</sup> Arch. dept. Côtes-d'Armor, Fonds de la Préfecture, 1 U 51.

<sup>106</sup> N° de mai 1879. Arch. dept. Côtes-d'Armor, 1 U 51. L'*Armorique* est un journal bonapartiste publié à Saint-Brieuc de 1860 à 1896, se présentant comme « l'organe des intérêts des Côtes-du-Nord, politique, commercial et littéraire »; *Marcel Leguen*, Deux siècles de Presse écrite en Bretagne (Spézet 2002) 88.

<sup>107</sup> *Martin*, Toiles de Bretagne (n. 10) 317.

compter sur aucune autre forme d'industrie pour produire, sur place, de la richesse.

Et de fait, c'est dès 1833 qu'un projet de suppression est élaboré par la Chancellerie, auquel il n'est toutefois pas donné suite, compte tenu de l'opposition tant des juges consuls quintinais eux-mêmes, que du conseil général du département, lequel préconise plutôt l'extension du ressort au canton voisin d'Uzel, situé lui aussi dans l'ancienne zone toilière<sup>108</sup>. Mise en sommeil durant l'Empire, la lancinante question de la suppression revient avec force en mai 1873, portée cette fois par la Chambre de Commerce de Saint-Brieuc et les commerçants de la petite ville de Moncontour, qui obtiennent le démembrement d'une partie du ressort du tribunal de Quintin au profit de celui du chef-lieu du département; le motif invoqué tient au fait que «le commerce des toiles ayant cessé – ou à peu près – dans le canton de Moncontour, la communauté d'intérêts avec Quintin n'existe plus [...] alors qu'autrefois les relations entre les deux villes étaient fréquentes<sup>109</sup>».

En mai 1877, arguant de la poursuite du déclin de l'activité de la juridiction – encore accru par l'amputation partielle dont elle vient d'être la victime –, «les autorités judiciaires du ressort de Rennes signalent au Garde des Sceaux la situation jugée critique des tribunaux de Quintin et Paimpol, qui ne paraissent plus rendre les services qu'on en avait attendus à l'époque de leur création: l'importance commerciale, assez notable autrefois, des petites villes où siègent ces tribunaux, leur paraît avoir presque entièrement disparu, tandis que le nombre infime des commerçants rend le recrutement des magistrats difficile»; enfin, argument sans appel: «le nombre des affaires annuellement soumises à leur arbitrage les classe au dernier rang de la liste des tribunaux consulaires<sup>110</sup>». Le préfet des Côtes-du-Nord, pour sa part, adopte une position plus nuancée, rappelant que, si «la chambre de commerce ainsi que le conseil d'arrondissement de Saint-Brieuc estiment que le tribunal de Quintin pourrait être supprimé sans inconvénients, le conseil général, lui, en sollicite le maintien, et le tribunal s'oppose énergiquement lui-même à la suppression projetée, en faisant observer que les commerçants du ressort, qui sont surtout intéressés à la question, se verraient avec regret rattachés à une autre juridiction<sup>111</sup>».

Si le réveil de la région paimpolaise, dynamisée à partir de 1857 par le développement de la grande pêche, permet d'épargner pour plus d'un siècle le tribunal de Paimpol<sup>112</sup>, aucun miracle économique ne vient sauver celui de Quintin. Il est

<sup>108</sup> Arch. dept. Côtes-d'Armor, Fonds de la Préfecture, 1 U 51.

<sup>109</sup> Arch. dept. Côtes-d'Armor, Fonds de la Préfecture, 1 U 51.

<sup>110</sup> Lettre adressée le 15 mai 1877 au préfet des Côtes-du-Nord, par la direction du Commerce intérieur au ministère de l'Agriculture et du Commerce. Arch. dept. Côtes-d'Armor, 1 U 51.

<sup>111</sup> Arch. dept. Côtes-d'Armor, 1 U 51.

<sup>112</sup> Supprimé simplement le 27 mai 2005 par le décret n° 2005–624, publié au Journal Officiel de la République française du 31 mai suivant.

définitivement supprimé par décret du 26 avril 1879, son ressort étant uni à celui du tribunal de commerce de Saint-Brieuc<sup>113</sup>.

## Conclusion

Les institutions, à l'instar des organismes biologiques, ne voient pas nécessairement leur existence bornée par leur disparition physique, dans la mesure où elles peuvent se poursuivre en donnant naissance à des structures nouvelles, ou en se fondant dans d'autres qui préexistent. C'est ainsi qu'il convient de relativiser fortement le caractère novateur des institutions créées à l'époque du Consulat et de l'Empire, qui donnent à la France, pour un siècle, un cadre d'une particulière stabilité : officiellement présentées, pendant longtemps, comme directement issues du génie de Bonaparte, on mesure en effet aujourd'hui tout le poids des emprunts qu'elles font, derrière des apparences de discrétion, aux techniques et structures institutionnelles de l'Ancien Régime, mises toutefois au service d'une nouvelle conception du pouvoir.

De ce point de vue, l'exemple des tribunaux de commerce en général – et de celui de Quintin, en particulier – est des plus parlants : l'importance du facteur humain, concrétisée par la stabilité des juges, explique certes, de manière globale, la « parfaite continuité » observée entre consulats et tribunaux de commerce, mais elle permet aussi de comprendre la filiation, dans certaines circonstances spécifiques, entre tribunaux des manufactures et tribunaux de commerce. Le cas d'espèce montre toutefois également les limites d'une telle succession institutionnelle, qui ne peut se perpétuer qu'à la condition de correspondre à une réalité économique pérenne, et de ne pas être simplement basée sur un rapprochement artificiel.

Pour avoir méconnu ce principe, les groupes sociaux issus des maîtres de la manufacture de toiles devront renoncer à leur autorité au plan local, ce qui n'empêchera pas les descendants de certains d'entre eux de connaître de belles destinées, loin du clocher de l'église Notre-Dame de Délivrance : tel est le cas d'Alexandre Glais-Bizoin, qui abandonne le monde du commerce pour le Droit, devenant avocat, avant de mener une longue carrière politique comme député des Côtes-du-Nord de 1831 à 1870 ; auteur, en 1847, d'un projet de loi visant à instituer un tarif postal unique, prélude à la création du timbre-poste, il termine sa vie publique comme ministre du Gouvernement de Défense nationale de Gambetta<sup>114</sup>.

<sup>113</sup> Bulletin des Lois de la République française, 12<sup>ème</sup> série, Partie principale, t. 18, Bulletin n° 441 (Paris 1879) 599.

<sup>114</sup> Alexandre Olivier Glais naît à Quintin le 20 Ventose An VIII (11 mars 1800), fils François Julien Glais-Bizoin, et de Sophie Le Grain. Le grand-père d'Alexandre Glais-Bizoin, inspecteur marchand au bureau de contrôle des toiles de Quintin en 1770, est lui-même député en 1791–1792 ; cf. supra, note n° 97 ; Robert, Bourlonton, Cougny, Dictionnaire des parlementaires, t. 3 (n. 84) 192–194 (ces auteurs font à tort d'Alexandre Glais-Bizoin le fils d'Olivier et non de François, confondant ainsi père et grand-père) ; Arch. dept. Côtes-d'Armor, 5 MiEC 1448 (État civil de Quintin) ; Martin, Toiles de Bretagne (n. 10) 85, 344. Régis de Saint-Jouan,

Dépasant le contexte quintinais, cette étude d'hommes et d'institutions de jadis a donc permis de révéler un lien institutionnel passé assez inaperçu jusqu'ici, apportant quelques éléments neufs à la réflexion sur le développement des tribunaux de commerce après la réorganisation judiciaire de 1790.

## Kurzfassung

Der Ursprung der gegenwärtigen französischen *tribunaux de commerce*, die unter dieser Bezeichnung 1790 eingerichtet und hernach durch den *code de commerce* 1807 bestätigt worden sind, wird zurecht in den gewählten Handelsrichtern der Kaufmannschaft des *ancien régime* gesehen. Die Französische Revolution hat schlichtweg deren Namen geändert. Freilich gibt es Ausnahmen, denn einige der französischen Handelsgerichte stehen in der Nachfolge anderer Gerichtsbarkeiten aus der Zeit des *ancien régime*, die zwar die handelsrechtliche Zuständigkeiten, aber im strengen Wortsinn keinen konsularischen Status besaßen. Dies traf etwa auf die Gerichte der Tuchwebereien zu, die durch Minister Colbert seit dem Jahr 1669 unter den Vorzeichen des Merkantilismus eingerichtet worden waren mit dem Ziel, die Textilproduktion zu rationalisieren und ihre Qualität zu sichern.

Dies wird hier untersucht am Beispiel von Quintin, einer Kleinstadt im Département Côtes d'Armor, südwestlich von Saint-Brieuc gelegen, die vom 15. bis zum 19. Jahrhundert ihren Wohlstand dem Tuchhandel verdankte. Ein Webereigericht tagte hier regelmäßig seit dem Jahr 1736. Es bestand aus einem einzigen Richter (zugleich, als herrschaftlicher Magistrat, mit der Polizei der Stadt betraut) und zwei Handelsinspektoren, die auf jeweils drei Monate durch eine Versammlung der wichtigsten Händler gewählt wurden. Die Modalitäten der Bestallung ähnelten stark denjenigen der Bestallung der Konsularrichter. In die Kompetenz dieses Gerichts fiel nicht nur die Ahndung von Verstößen gegen staatliche Produktionsauflagen, sondern auch, ohne Anwaltszwang, die summarische Entscheidung in Streitfällen zwischen Webern oder zwischen Arbeitern und Händlern, „in allen Angelegenheiten, die ihre Produktion oder ihren Handel betreffen“. Diese Kompetenz wird illustriert durch einen Rechtsstreit aus dem Jahre 1747, in dem es um die bei den Geschäften zwischen einem Händler und einigen Webern verwendeten Maße ging.

Die *tribunaux des manufactures* wurden im Zuge der Französischen Revolution endgültig abgeschafft. Den Kaufleuten, welche den Stadtrat dominierten, gelang es im Gegenzug, unter Verweis auf die örtliche Bedeutung des Tuchhandels, als Kompensation zu erwirken, dass in ihrer Stadt am 27. August 1791 ein Handelsgericht eingerichtet wurde: Der erste gewählte Richter war übrigens niemand

anderes als der letzte Magistrat der Manufaktur, den indes sein hohes Alter zwang, das Amt abzulehnen.

In Wirklichkeit entfaltete die neue Gerichtsbarkeit freilich nur eine äußerst geringe allgemeine Aktivität, und nur sehr wenige Prozesse betrafen tatsächlich die Tuchindustrie. Einer von ihnen jedoch, aus dem Jahr 1809, ist besonders interessant, denn die Richter begründeten ihr Urteil mit den „dauerhaften und unsterblichen Gebräuchen der Manufaktur“, und stellten sich so in Kontinuität zur Rechtsprechung ihrer Vorgänger aus dem *ancien régime*.

Dieses Gericht, das auf das engste verbunden war mit einer einzelnen wirtschaftlichen Aktivität, war naturgemäß fragil. Seit 1833 stand seine Existenz infolge des raschen und spektakulären Niedergangs der Tuchindustrie, die seit 1830 gewissermaßen moribund war, infrage. Im Jahr 1879 wurde die Handelsgerichtsbarkeit von Quintin endgültig abgeschafft.

## Abstract

The French commercial courts of today were introduced under the name of “Tribunaux de commerce” in 1790 and consequently confirmed by the Code de commerce of 1807. They are rightfully considered as direct offspring of the “Consuls des marchands” of the Ancien Régime; the Revolution simply changed their name. There exist however a few exceptions, as some of them succeeded to other courts formerly competent for resolve commercial disputes without having the status of a Consul *stricto sensu*: this is the case of the Courts of the cloth manufacturers, established by the minister Colbert since 1669 in the purpose of rationalizing and assuring the quality of the textile production, in the interest of mercantilism.

This unusual institutional filiation is studied through the example of Quintin, little town in the province of Côtes-d'Armor in northern Brittany, which became rich through the trade with linen cloth from the 15<sup>th</sup> to the 19<sup>th</sup> c. A court of cloth manufacturers is in action here since 1736, presided by a single judge (who in the same time as stately magistrate is in charge of the police of the town), assisted by two commercial inspectors elected for three months by an assembly of main merchants, similar to the mode in which the judges of the Consul are designated. This jurisdiction is not only competent for reprimanding the contraventions against the textile regulations, but also for stating summarily and without mandatory representation of a lawyer, on the conflicts between weavers or between workers and merchants, “for all the matters concerning their fabrication or their commerce”. This competence is illustrated by a case judged in 1747, regarding a dispute on the measurements used in the commercial operations between a merchant and some weavers. The courts of the manufacturers were abolished for good by the Revolution, but the merchants who dominated the municipal council, succeeded in exchange to obtain the creation of a commercial court in their town on 27 august

1791, in the name of the importance of the cloth trade on a local level. The first elected judge, by the way, was no other than the last magistrate of the former court, who however had to decline the function because of his advanced age. But in reality the new jurisdiction developed only very feeble general activities, and only very rare cases really concern the cloth industry. One of these however, dating from 1809, is particularly interesting, because the judges found their sentence on the “permanent and immortal customs of the manufacture”, thus inscribing themselves into the continuity of their pre-revolutionary predecessors’ jurisprudence.

This court is tightly joined with one single economic activity and therefore naturally fragile. Its existence is put in question from 1833 on, following the rapid and spectacular decline of the cloth industry, more or less moribund since 1830. The commercial jurisdiction of Quintin is finally abolished in 1879.

*Silvia Marzagalli*

## Les modalités de règlement des conflits commerciaux entre la France et les Etats-Unis au tournant du XIX<sup>e</sup> siècle : Un révélateur du fonctionnement des réseaux marchands

L'indépendance des Etats-Unis en 1776 permet pour la première fois aux négociants américains d'entrer en relation directe avec les marchés français. Vers la fin des années 1780, Bordeaux émerge en tant que principal port français pour l'intensité de ses relations avec la côte Est des Etats-Unis. Cette prééminence s'accroît au cours des guerres révolutionnaires et impériales qui voient le port girondin s'affirmer incontestablement comme la plaque tournante de la navigation américaine avec la France, à une époque où les Etats-Unis bénéficient de leur neutralité pour s'accaparer une partie considérable des services de transport internationaux<sup>1</sup>.

L'inexistence de toute relation suivie antérieure – les Américains avaient été jusque là assujettis aux règles dictées par la métropole anglaise, interdisant toute navigation directe entre les Treize colonies et les ports français situés sur les côtes atlantiques – et l'ampleur prise par les trafics entre Bordeaux et les Etats-Unis à partir des années 1790 – permettent de s'interroger sur la manière dont les négociants français et américains essaient de prévenir l'apparition de différends entre les deux côtés de l'Atlantique, et de résoudre les conflits une fois que ceux-ci émergent.

Une littérature de plus en plus nourrie a souligné que les négociants d'Ancien Régime rechignent à recourir en justice et préfèrent résoudre les divergences par voie d'arbitrage. D'après Oliver Williamson et la nouvelle économie institutionnelle, à chaque mode de gouvernance correspond une manière de régler les conflits. Le fonctionnement du négoce d'Ancien Régime, dans cette conception qui distingue le marché, le contrat et la hiérarchie en tant que modes de gouvernance des institutions économiques, repose sur le contrat : la négociation, la préparation et le suivi se font entre des acteurs qui sont sur un pied d'égalité. Les litiges éven-

<sup>1</sup> *Silvia Marzagalli*, Establishing Transatlantic Trade Networks in Time of War. Bordeaux and the United States, 1793–1815, dans : *Business History Review* (Harvard) 79 (2005) 811–844; *Silvia Marzagalli*, La mise en place d'un réseau commercial. Bordeaux et les États-Unis à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, dans : *Genèse et reconfiguration des réseaux de commerce et de crédit*, sur la direction de *Damien Coulon* (Strasbourg 2009); *Silvia Marzagalli*, *Bordeaux et les États-Unis, 1776–1815. Politique et stratégies négociantes dans la genèse d'un réseau commercial* (publication prévue chez Droz).

tuels sont résolus essentiellement par arbitrage<sup>2</sup>, une solution qui est parfois expressément prévue au moment de la fondation de leur société de commerce comme seule voie de recours admissible pour régler un différend entre les associés<sup>3</sup>.

En réalité, la réalité est plus complexe que ce modèle. Les sources nous renvoient à la coexistence de plusieurs modalités pour régler problèmes et divergences lorsque ceux-ci apparaissent. La destruction des archives du Tribunal de Commerce de Bordeaux nous empêche d'apprécier à sa juste mesure l'importance du recours judiciaire dans le règlement des conflits entre négociants bordelais et américains. Nous sommes donc obligés de nous appuyer sur les correspondances marchandes et les actes notariés, ce qui présente l'avantage d'illustrer également les autres moyens de parvenir à un accord, par voie d'arbitrage ou directement. Le procès n'était en fait que le dernier recours, lorsque toutes les autres tentatives de résolution du conflit se terminent par un échec.

S'attacher à l'étude de la mise en relation du négoce bordelais et du négoce américain à partir du moment où ces deux univers qui s'ignoraient jusque là largement se structurent en réseau permet en particulier de souligner que, avant même de choisir entre discussion directe, arbitrage et voie judiciaire pour résoudre les différends, le monde du négoce dispose des mécanismes propres, inscrits dans ses modalités de structuration, qui lui permettent de limiter à l'avance le risque d'arriver à une situation conflictuelle.

## Prévenir le conflit: identifier des partenaires fiables et bâtir un rapport de confiance

Lorsque les marchés bordelais et américain entrent en relation, les acteurs s'efforcent de repérer des partenaires fiables sur qui pouvoir compter pour organiser les échanges. Ce faisant, ils contribuent à créer des relations d'une nature susceptible de minimiser les conflits.

Les modalités de gouvernance propre au négoce, son fonctionnement en réseau, constituent en effet un filtre puissant limitant en amont l'avènement des litiges. En effet, les relations entre maisons de négoce ne se tissent que sur la base des garanties de sérieux et de fiabilité offertes par le monitoring constant qui d'opère au sein même des réseaux négociants, dont la géométrie est en constante reconfiguration. Parents, amis, correspondants, capitaines, livrent à tout moment, dans leurs missi-

<sup>2</sup> *Oliver E. Williamson*, *Les institutions de l'économie* (Paris 1994).

<sup>3</sup> Cf. par exemple le contrat conservé aux Archives départementales de la Gironde (désormais ADG), 3E Romegous, non côté, 19 pluviôse an X: acte de société entre Pierre Sauvage et Pierre Lagraudais prévoyant la création, à partir du 5 pluviôse, de la raison de commerce Pierre Sauvage & Cie pour cinq ans. L'acte prévoit qu'en cas de différend sur une opération, la décision finale revienne à Sauvage; en cas de contestation, les associés s'engagent à avoir recours à l'avis des arbitres et à trouver une solution à l'amiable, renonçant à tout procès.

ves, des informations susceptibles d'assoier ou de détruire la respectabilité et le crédit d'un partenaire commercial. Le signalement par un négociant d'un dysfonctionnement survenu dans ses relations avec un autre négociant – c'est-à-dire d'un comportement de la part de ce dernier qui n'est pas conforme aux normes implicites et intériorisées qui régissent les affaires – permet ainsi aux autres négociants du réseau de limiter leurs contacts avec le négociant fautif, prévenant ainsi de déconfitures futures pouvant aboutir à un litige. A l'époque de la quasi-guerre entre la France et les Etats-Unis à la fin des années 1790, la navigation entre Bordeaux et l'Amérique du Nord passe par exemple par l'intermédiaire des ports basques et s'appuie sur des négociants établis dans les ports ibériques. En écrivant à son correspondant bordelais Jean-Marie Lefébure, le négociant français Louis Crousillat, établi à Philadelphie, dénonce : « Cette maison de La Goänere de La Corogne est je vous assure bien négligente »<sup>4</sup>.

Le réseau scrute de près aussi tout signe de possible défaillance, ce qui permet parfois d'éviter de devoir engager de lourdes procédures lorsque le correspondant ne peut plus faire face à ses engagements. En écrivant de Bordeaux à ses armateurs du Rhode Island durant la Terreur, le capitaine américain Rodman atteste ainsi de la solidité de la maison de commerce américaine du consul Joseph Fenwick, établie à Bordeaux depuis 1787 : « In the first place on my arrival there I informed myself of the standing of your old correspondents Messrs. Fenwick Mason & Co who are strong and I think a much better house than at present exist in that city »<sup>5</sup>. De même Louis Crouisllat rassurait son correspondant bordelais quant à la solidité d'une maison française établie à Baltimore : « Les mauvaises affaires à Hambourg ont occasionné de grandes faillites dans ce continent, Baltimore a souffert plus que tout autre place, cette ville est presque perdue en crédit, cependant je vous annonce avec plaisir que notre Ami Carrère est toujours bien ferme »<sup>6</sup>.

Ce monitoring quotidien permet à tout négociant de se faire une idée de la solidité des partenaires, mais aussi de pouvoir demander à ses correspondants le nom d'une maison de confiance sur une place où il ne connaît personne. En 1789, Stephen Dutilh, négociant d'origine bordelaise établi à Philadelphie, demande ainsi à Philippe Thieriot de Bordeaux des informations sur Pierre Queheille de Saint-Sébastien, qui lui a proposé une opération commerciale : « Comme nous n'avons jamais eu occasion de faire des affaires avec lui, vous nous féres [*sic*] plaisir de nous marquer s'il passe pour bon & solide »<sup>7</sup>.

Le choix d'une bonne maison, solide et réputée, est en soi un gage de réduction des risques de déconfiture dont les négociants sont parfaitement conscients. Lors-

<sup>4</sup> ADG, 3E 13093, 5 thermidor an VIII, dépôt par Jean-Marie Lefébure d'une lettre de Crousillat, annexe, datée Philadelphie, 20 mai 1800.

<sup>5</sup> John Carter Brown Library (Providence, Rhode Island, désormais JCBL), Brown papers, Ship Hamilton, V\_H15, lettre du 25 février 1794 de l'île de Ré.

<sup>6</sup> ADG, 3E 13093, 5 thermidor an VIII, dépôt par Jean-Marie Lefébure d'une lettre de Crousillat, annexe, datée Philadelphie, 20 mai 1800.

<sup>7</sup> Library of Congress (Washington), Dutilh & Wachsmuth, Box 1, copie de lettre, 73, lettre du 8 novembre 1789.

qu'il prodigue ses conseils à Dupré, le frère d'un négociant bordelais, qui envisage expédier un navire de New York au Passage, le négociant bordelais Lainé écrit: «Consultez bien avant de prendre quelque parti; il faut faire choix de bon ami & chercher à connaître la solidité des maisons auxquelles vous vous adresserez [...]. Les maisons de notre place sur lesquelles vous pourrez prendre des traites avec sécurité, après vous être assuré de la solvabilité et moralité du tireur, sont, Jona Jones, J[usti]n Foussat, John Gernon, Bousquet & Anthoine, Hourquebie frères. Ces maisons font avec New York et Philadelphie. Je peux bien en oublier qqune [sic] mais je vous conseille de faire choix de celles que je vous nomme»<sup>8</sup>.

Si l'on ne se fie pas aux conseils des amis, un voyage de prospection peut permettre de rencontrer divers négociants et, en s'appuyant sur les informations recueillies de vive voix et sur sa capacité de jauger les hommes, de sélectionner ceux qui semblent offrir le plus de garanties. Même dans ce cas, toutefois, l'appui du réseau est nécessaire: le négociant se présente souvent chez ses homologues étrangers avec une lettre de recommandation, qui assure un accueil plus chaleureux et enlève toute réticence face à un inconnu. Ainsi, le 30 avril 1801, la maison Rocquette, Beeldemaker & Co. de Rotterdam écrivait à la maison Brown de Providence pour leur présenter «our friend D. Strobel» de la Strobel & Martini de Bordeaux, «who visits your country with the view to form respectable connections in your principal sea ports. We have therefore given him your address & beg leave to solicit your kind & hospitable courtesies & attentions to him during his stay, *not doubting but this personal acquaintance will tend to establish a reciprocal confidential friendship*»<sup>9</sup>.

Le réseau dans lequel le négociant est inséré lui permet donc non seulement de se procurer des informations mais aussi d'obtenir les appuis nécessaires au moment où il entre en relation avec un partenaire qu'il ne connaît pas personnellement – ceci à condition qu'il respecte lui-même les normes implicites qui règlent le jeu de l'échange et les rapports entre les acteurs économiques. Ces références sont nécessaires surtout si l'opération envisagée requiert une avance de fonds de la part du correspondant: les garanties offertes par le réseau permettent ainsi de créer une base de confiance pour entamer la nouvelle relation d'affaire.

Ainsi, après avoir adressé un ordre d'achat pour «40 à 60 milliers de sucre de bonne qualité» à Bruno Giraudeau, résident à la Nouvelle Orléans qui vient juste de passer sous souveraineté américaine, le négociant bordelais Lainé lui donne ordre de se prévaloir en tirant une traite sur lui ou en lui adressant la facture et connaissance pour règlement, et il ajoute: «M. Larralde vous dira quelle confiance vous devez avoir en moi [...] Je n'ai pu faire passer des fonds pour vous nantir d'avance parce que les affaires sont si mauvaises chez vous qu'il y a à perdre beaucoup»<sup>10</sup>. Pour vaincre les dernières hésitations, Lainé ajoute qu'il serait «fâché» si

<sup>8</sup> Bibliothèque municipale de Bordeaux (désormais BMBx), Ms 1041, Copie de lettres de H. Lainé, 17, à Dupré à New York, 22 décembre 1803.

<sup>9</sup> JCBL, Brown Papers, Papers. European correspondents, P\_E9, Box 109, folder 10. J'ai souligné en italique le passage fondamental.

<sup>10</sup> BMBx, Ms 1041, 191v, Lainé à B. Giraudeau, à la Nouvelle Orléans, 30 novembre 1804.

son correspondant refusait de lui accorder le crédit nécessaire. Lainé n'est qu'un modeste commissionnaire se lançant à l'occasion dans des affaires de moyenne envergure à son compte. Les grandes firmes disposaient de moyens plus raffinés pour lever les hésitations de leurs commissionnaires, par exemple en les autorisant à tirer sur une maison connue de Londres ou d'Hambourg, ce qui montre d'emblée au destinataire la surface positionnelle de leur nouveau correspondant et leur donne toutes les garanties de solvabilité requises.

Une fois le premier contact établi, de vive voix ou par correspondance, la prudence est toujours de mise. Là aussi, il s'agit de tester le partenaire, de bâtir et consolider une relation de confiance, avant de s'engager dans des opérations d'envergure. Cette démarche, qui limite le risque, est un excellent moyen d'éviter de conflits majeurs : l'investissement de sommes conséquentes n'interviendra qu'après qu'on se soit mutuellement testé.

La démarche de Stephen (alias Étienne) Girard – un négociant d'origine bordelaise émigré aux Antilles, puis à Philadelphie dont il deviendra l'un des premiers millionnaires – illustre les modalités déployées par les négociants de l'époque pour mettre leurs nouveaux correspondants à l'épreuve. En septembre 1792, Girard écrit à la maison Dierx, Bourgaillh & Cie à Bordeaux pour un problème relatif à l'héritage de son père et de sa mère. L'expéditeur précise avoir eu leur nom du négociant Samatan de Marseille – qui tombera bientôt sous le coup de la guillotine – avec lequel Girard est en relation depuis plusieurs années. Après avoir détaillé tous les aspects de la question sur lesquels il souhaite l'assistance de la maison bordelaise, Girard termine sa lettre en demandant également l'envoi d'un prix courant qui pourrait l'induire à essayer une expédition<sup>11</sup>.

Lorsqu'Étienne Girard se décide quelques mois plus tard à armer un navire pour Bordeaux – on est en avril 1793, juste après le début des hostilités entre la France et la Grande-Bretagne – il écrit à la maison Bonnaffé frères et fils à Bordeaux pour leur faire part de son intention d'effectuer cette expédition et leur demander des informations sur les cours des denrées et sur le change à Londres, ainsi que des renseignements sur les conditions d'admission du sucre et du café de Saint-Domingue qui arriveraient de Philadelphie sur un bâtiment parti des Etats-Unis. Fin mai, le navire de Girard est prêt à prendre le large. Le 31 mai 1793, Girard écrit de nouveau à Bonnaffé, pour lui annoncer l'avoir choisi comme consignataire du *Good Friends*, en raison de la bonne réputation de sa maison. La cargaison est importante, car le tabac, coton, riz, cire et bois ont une valeur de 100 000 lt environ. Pour cette première expédition à Bordeaux – que la guerre rend potentiellement très profitable – Girard prend la précaution d'envoyer à bord du navire son frère Jean (naturalisé John), ex colon de Saint-Domingue, en qualité de subrécargue. Quoique consignataire désigné du navire, Bonnaffé est prié de le consulter pour

<sup>11</sup> American Philosophical Society (Philadelphie, désormais APS), Girard Papers, series II, bobine 122, lettre du 30 septembre 1792. Cette bobine contient la traduction anglaise réalisée au XX<sup>e</sup> siècle des missives originales en français, devenues souvent illisibles. Basile Samatan fut guillotiné le 21 janvier 1794 : cf. *Paul Masson*, Marseille depuis 1789. Etudes historiques, dans : Annales de la faculté des lettres d'Aix 10 (1916) 119.

toute question relative à la vente de la cargaison et à l'achat du retour<sup>12</sup>. Malgré l'excellente réputation internationale de la maison bordelaise, Étienne Girard préfère donc ajouter la garantie de la présence à Bordeaux de son frère, en dépit du coût de cet intermédiaire supplémentaire : la commission perçue par Jean Girard était de 3% sur la cargaison à l'aller comme au retour, et de 5% sur le fret<sup>13</sup>.

Girard n'a donc pas eu recours à Dierx, Bourgaill & C<sup>ie</sup>, maison bordelaise qui lui avait pourtant été recommandé par son meilleur correspondant marseillais : en effet, le 17 juin 1793, soit neuf mois après leur avoir demandé de s'occuper des problèmes liés à la succession de son père, Étienne Girard n'avait toujours pas eu de réponse à sa première missive<sup>14</sup>. La demande de services de nature non strictement commerciale – dans ce cas, une fastidieuse question d'héritage – a servi à tester la fiabilité d'un éventuel correspondant. Le peu d'empressement mis par la maison Dierx décourage toute relation ultérieure. Étienne Girard opte alors pour une solution mixte, en associant à un homme choisi dans l'entourage familial proche, une maison de renommée internationale.

D'autres armateurs préfèrent mettre leur partenaire à l'épreuve par des envois plus modestes, et attendre de voir si leur ordre est exécuté avec soin avant de réaliser des expéditions plus importantes. La promesse d'envois futurs, plus consistants, aiguise alors le zèle des consignataires. Jacob & Thomas Walden de New York chargent à bord de leur navire *Thomas* quelques marchandises à leur compte et adressent navire et cargaison à Pierre Couderc junior de Bordeaux, sur lequel ils avaient reçu des informations positives. Leur lettre du 31 mai 1805 témoigne de leurs attentes et laisse également entrevoir à la maison bordelaise de futures expéditions :

« Favoured by the introduction of Mr. Delorthe, we have consigned to you the *Thomas*, captain Gardner, together with 25 h[ogshea]ds sugar, ten bales cotton, four thousands staves, & a quantity of logwood [...] p. Invoice and bill of loading, this we wish to sell to the best advantage on our a/c & render us a/c sales of each article separately to enable us to make calculations in future. The vessel is loaded mostly on freight [...]. It is our wish to have the *Thomas* return directly home [...]. We intend the vessel for a regular trader, if on this first experiment our expectations are realised, to do that & render the voyage profitable, every means of dispatch and economy must be used, & as captain Gardner is a stranger in Bordeaux we particularly request you will give him every necessary advice & assistance »<sup>15</sup>.

La relation avec Couderc se révélera très insatisfaisante, Walden estimant que Couderc a vendu sa cargaison au moment le moins favorable, et facturé de manière

<sup>12</sup> APS, Girard Papers, series II, bobine 122, lettre du 31 mai 1793 à Bonnaffé frères & fils; bobine 140, ship papers du *Good Friends*.

<sup>13</sup> APS, Girard Papers, series II, bobine 122 instructions de Stephen Girard à son frère Jean, 1 juin 1793.

<sup>14</sup> APS, Girard Papers, series II, bobine 122, lettre du 17 juin 1793, dans laquelle Girard demande à Dierx, Bourgaill & C<sup>ie</sup> de rendre à son frère Jean Girard la procuration qu'il leur avait envoyée.

<sup>15</sup> New York Historical Society (désormais NYHS), BV Walden, 154–55, 31 mai 1805.

excessive les vins chargés en retour. La stratégie classique qui allie recommandation, essai et promesse d'affaires futures ne met pas le négociant à l'abri de toute déconvenue.

## Quand la confiance est déçue : les différentes voies pour régler les différends

D'un simple reproche au recours aux arbitres, voire au procès, les firmes d'Ancien Régime disposent de plusieurs modalités pour régler les différends survenus. Les réseaux fondés sur la confiance ne sont pas infaillibles, mais les négociants ont développé des moyens pour réabsorber les dysfonctionnements sans remettre en cause les principes qui régissent le système. Pourtant, celui-ci est loin d'être parfait. Quel négociant n'a-t-il pas inscrit dans ses livres des traites impayées qui sont rapportées d'un bilan à l'autre, jusqu'à ce qu'elles apparaissent parmi les « mauvaises créances » à l'occasion d'une succession ? Et la fréquence des attermoiemens, ces accords entre un négociant insolvable et ses créanciers, par lesquels ceux-ci en sauvent l'honneur en acceptant parfois de réduire leurs prétentions de 50%, voire de 95%, ne sont-ils l'évidence même de la fragilité de la position de toute maison de commerce d'Ancien Régime, jamais à l'abri d'un dépôt de bilan<sup>16</sup> ?

En cas de déception par rapport aux attentes, la première démarche consiste à rechercher une explication directement avec le correspondant. Les lettres marchandes révèlent au passage les normes implicites que les contemporains s'attendaient à voir respectées par leur commissionnaire. En 1805, la maison Walden de New York se plaint auprès du Bordelais Couderc, car celui-ci lui a facturé du vin à 280 Francs le tonneau, alors que :

«some wine of equal quality [...] shipped at the same time at 220 F[ranc]s the ton, bought on a credit, the duties also on this was 11.90 F when on ours it appears charged 28.40 F[ranc]s. If these are errors you will of course correct them, if on the contrary you have given so very high a price for our wines, we suppose we must submit – yet in this case it appears strange that duties on the same kind of wine, at same time & by same vessel should so materially differ. This observation will apply to most of the other charges, which you will observe on comparison of the two invoices. We do not wish to make complaints in a business we are not thoroughly acquainted with, yet these observations strike us too forcibly to pass without notice»<sup>17</sup>.

Derrière l'apparente demande d'une vérification des comptes, Thomas Walden veut montrer à son correspondant bordelais qu'il n'est pas dupe. Tout en admettant ne pas être familier des trafics de Bordeaux – il s'agit du premier armement de

<sup>16</sup> *Jean Meyer*, *Les difficultés du commerce franco-américain vues de Nantes (1776–1790)*, dans : *French Historical Studies* 11, 2 (1979) 159–183.

<sup>17</sup> NYHS, BV Walden, 255, lettre à Couderc, 27 novembre 1805.

cette maison new-yorkaise vers le port girondin – Walden fait savoir à Couderc qu'il dispose des renseignements fournis par les affréteurs de son navire, ce qui lui a donc permis de constater des anomalies. Comme on ne montre pas à n'importe qui ses factures, cette information doit permettre aussi à Couderc d'apprécier le statut de Walden au sein du négoce new-yorkais, au cas où Couderc aurait cru pouvoir profiter de la naïveté d'un novice inexpérimenté.

Quelques jours plus tard, la maison new-yorkaise se plaignait aussi de la commission de 5% facturée par Couderc sur les prix du voyage des passagers transportés par le *Thomas*. Non seulement la commission portait sur une somme de 4000 francs alors que les passagers avaient payé seulement 2000 Francs, mais aussi Walden considérait cette commission indue: «no charge of this kind should be made at all – Cap.t Gardner engaged & settled with his passengers quite distinct from the other business of the ship»<sup>18</sup>.

Nous ne disposons pas de la réponse de Couderc, qui enlèverait peut-être la présomption de fraude qui pèse sur cette affaire. En revanche, une lettre de Walden de mai 1806 nous informe qu'à la réception des explications de Couderc, la maison new-yorkaise donne au capitaine Turner «full power to adjust & settle the account with you»<sup>19</sup>. Le désaccord a donc été réglé à l'amiable, en tête à tête, entre le fondé du pouvoir de l'armateur et le négociant bordelais.

Les récriminations sur des facturations excessives comme celle de Walden sont aussi nombreuses que celles sur les méventes des marchandises expédiées. Honorat Lainé de Bordeaux se lamente ainsi avec Peter Baudhuy – un Français résidant à Wilmington – qui a mal vendu ses vins: «J'avais dans le navire qui vous porta mes vins une partie moins importante où j'étais intéressé et qui ont été vendus par M. Foussat [*autre négociant bordelais installé aux Etats-Unis*] à 45 gourdes [= *dollars*]. J'ai été pleinement sacrifié et je paye un peu cher le plaisir que je m'étais proposé en me liant d'affaires avec vous»<sup>20</sup>.

Si certaines lettres font preuve d'une froideur calculée, d'autres comme celle-ci ressentent de l'irritation momentanée. Moins de deux semaines après avoir envoyé ces reproches à un ami de vieille date, Honorat Lainé de Bordeaux écrit à nouveau à Peter Baudhuy à Wilmington en espérant que celui-ci n'ait pas encore reçu sa précédente lettre du 14 mai «qui pourrait vous mortifier et qui ressent trop de l'humeur que j'éprouvais»<sup>21</sup>. En août encore, inquiet de ne pas avoir encore eu de réponse, il exprime sa crainte que sa lettre ait ou fâcher son correspondant<sup>22</sup>.

S'ils ne mâchent pas leurs mots, des conventions implicites existent en effet quant au respect formel dû à ses pairs, qui oblige à veiller à la formulation des phrases. Ainsi, dans une lettre écrite de Bordeaux le 2 juin 1811, John A. Morton signifie à Ralph Bennet Forbes, un négociant de Boston qui venait d'arriver à

<sup>18</sup> NYHS, BV Walden, 264, lettre à Couderc, 6 décembre 1805.

<sup>19</sup> NYHS, BV Walden, 358 lettre à Couderc, 3 mai 1806.

<sup>20</sup> BMBx., Ms 1041, Copie de lettres de H. Lainé, 88, 14 mai 1804, à Peter Baudhuy.

<sup>21</sup> BMBx., Ms 1041, 95v., Lainé à Baudhuy, 6 prairial an XII.

<sup>22</sup> BMBx., Ms 1041, 137, à Peter Baudhuy à Wilmington, 21 août 1804.

Marseille, que le ton de sa précédente lettre avait dépassé les bornes admissibles: «Sir, On my return here a few days ago from Paris, I received a letter from you dated at New York on the 22 Feb.y written in a style which the respect due from one merchant to another ought to have forbade»<sup>23</sup>. Morton répliquait sur un ton posé, répondant aux accusations de Forbes et l'invitant à régler directement avec le capitaine du navire les différends dans lesquels il avait été impliqué sur une affaire dans laquelle, «I assure you, I never Found either pleasure or profit»<sup>24</sup>. Encore une fois, le conflit est réglé directement à l'amiable, même si la froideur des correspondances laisse présager la fin de toute relation.

Le respect des conventions de courtoisie amène Louis Crousillat, un négociant bordelais expatrié à Philadelphie, à s'adresser à son ami et collègue Lefébure à Bordeaux, pour lui faire part de son problème avec une maison du port de La Corogne qui n'avait pas donné de ses nouvelles depuis «trop longtemps» et qui n'avait pas rendu compte d'une partie de cotons, pour lui demander s'il avait, lui, des nouvelles. Il terminait ainsi sa lettre «je suis je vous assure si fâché contre eux que je suis presque décidé à leur écrire des sottises, tâché (*sic*) cher Ami de terminer cette Affaire»<sup>25</sup>. Le recours à l'intermédiation d'un tiers est en effet l'étape obligée lorsque le règlement à l'amiable, éventuellement confié à un fondé de pouvoir, n'a pas abouti, ou que l'autre partie fait la sourde oreille.

Le recours aux arbitres était décidé de commun accord entre les deux parties. Parfois, cette volonté d'entente était enregistrée par-devant notaire ou par-devant le consul de la nation. Jean Bernard, négociant de Bordeaux, et John S. Ellery de Gloucester, déclarent ainsi par-devant le consul américain de Bordeaux leur volonté de recourir aux arbitres pour régler leur différend<sup>26</sup>, dont on ignore l'objet et la nature.

Les parties pouvaient s'entendre directement sur la personne à désigner, ou déléguer la faculté de choisir les arbitres à une tierce personne: en septembre 1799, l'agent commercial américain à Bordeaux, Isaac Cox Barnet, désigne deux experts à la requête de John Bernard de Philadelphie (il s'agit d'un homonyme du Jean Bernard qu'on vient de citer) en sa qualité de représentant des intérêts des propriétaires de la cargaison du *Tryall*, et de Thomas Talbot, capitaine du navire, qui lui avaient demandé quatre jours auparavant de régler leur différend<sup>27</sup>.

La nomination d'arbitres naît parfois du besoin d'avoir recours à une personne bien au fait de la législation et des pratiques en vigueur à Bordeaux: lorsque le

<sup>23</sup> Peabody Essex Museum (Salem, Massachusetts), Forbes Papers, bobine 44.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> ADG, 3E 13093, 5 thermidor an VIII, dépôt par Jean-Marie Lefébure, d'une lettre de Crousillat datée Philadelphie, 20 mai 1800.

<sup>26</sup> National Archives of the United States (College Park, Maryland, désormais NA), RG 84, Bordeaux consulate, C22, Register of Protests, Vol. 235 (cote ancienne): Marine Notes of Protest, 22 October 1801 – 16 avril 1803, 175, sans date (entre le 12 décembre 1802 et le 29 janvier 1803).

<sup>27</sup> NA, RG 84, Bordeaux consulate, n° 36 (cote ancienne), Consular register, 17 bis, requête d'arbitrage du 14 septembre 1799.

vire américain *Francis Ann* arrive à Bordeaux endommagé, il s'agit d'établir qui doit payer les réparations nécessaires au bâtiment. Le consul américain nomme alors un arbitre, qui procède à la répartition des frais proportionnellement à la valeur respective du bâtiment et du fret, en appliquant l'ordonnance de la Marine de 1681 dont le contenu était largement inconnu aux armateurs américains et à une partie des affréteurs<sup>28</sup>.

Dans d'autres cas, l'intérêt commun des parties réside plutôt dans la volonté d'arriver à un compromis en s'assurant de régler définitivement un problème sans risquer des dépenses procédurales élevées. En l'an IV, par exemple, une transaction intervient entre Jacques Conte, armateur du corsaire l'*Aventure*, et Jacques Lindsey, capitaine de la *Charlotte* de Charleston, capturée par le corsaire le 18 août 1796. Le capitaine ayant démontré sa neutralité, les parties procèdent par voie d'arbitrage au règlement des frais : Conte accepte de payer le pilotage, et les vivres consommés depuis l'arrestation du navire jusqu'au jour de la sortie du navire du port de Bordeaux, en numéraire effectif, d'après la valeur fixée par arbitres ; les deux parties renoncent ainsi expressément à toute autre poursuite judiciaire<sup>29</sup>. Les conflits relatifs aux prises corsaires entraînant de frais de justice vertigineux, l'accord entre les armateurs du corsaire et le représentant des intérêts du navire capturé est fréquent. En l'an VII, la maison bordelaise Arnaud fils, armateur du corsaire *Diable à Quatre*, parvient à un accord avec Moses Barnard, capitaine de la *Lydia* de Boston qu'il avait capturée. La *Lydia* avait été reprise par les Anglais, après toutefois que le corsaire français ait chargé à son bord les caisses d'argent qu'elle transportait. Le Tribunal de Commerce de Bordeaux avait déclaré la prise nulle et ordonné la restitution des piastres, tout en rejetant une demande d'indemnisation du prix du navire. Avant que l'appel ne soit prononcé par le Tribunal Civil, un accord entre les parties prévoit que le capitaine Barnard se contente de la restitution des piastres moins une somme forfaitaire de 25 000 livres tournois, moyennant lequel les deux parties renoncent à l'appel<sup>30</sup>.

Dans le cas des conflits nés entre maisons de négoce installées l'une à Bordeaux, l'autre aux Etats-Unis, le procès ne semble engagé que si les sommes en jeu étaient véritablement considérables, et après que toute tentative de parvenir à un compromis ait échoué : c'est le cas pour le conflit entre deux négociants américains établis à Bordeaux depuis les années 1780, Jonathan Jones et Joseph Fenwick. Le différend naît à propos du *Pigou*, un navire de 359 tonneaux appartenant à la maison Fenwick & Mason de Georgetown, au Maryland, mais dont l'un des associés,

<sup>28</sup> NA, RG 84, Bordeaux consulate, C22, vol. 238 (cote ancienne), Register of Protests, 66, relativement au *Francis Ann*, capitaine John Davis, 3 décembre 1805. L'ordonnance colbertienne continue à servir de référence lorsque la législation républicaine et napoléonienne n'a pas expressément introduit de nouveaux règlements.

<sup>29</sup> ADG, 3E 31369, 18 fructidor an IV, transaction entre Jacques Conte et le capitaine Jacques Lindsey.

<sup>30</sup> NA, RG 84, Bordeaux consulate, n° 36 (cote ancienne), Consular register 1799–1801, 23, accord du 2<sup>e</sup> jour complémentaire an VII.

Fenwick, vit à Bordeaux où il est consul des Etats-Unis<sup>31</sup>. Ce navire a été affrété au printemps 1793 par Jonathan Jones, un négociant quaker originaire de Philadelphie et également résidant à Bordeaux. Sa religion qui entraîne son refus de prêter serment servira d'ultime prétexte à Fenwick pour essayer de faire casser le jugement rendu en appel en faveur de Jones.

Le navire, qui navigue sous pavillon neutre, est employé pour assurer les relations entre les colonies françaises dans l'océan Indien et Bordeaux en transitant par un port américain, selon une démarche fréquemment utilisée pendant les guerres de la révolution et de l'Empire. Le *Pigou*, expédié de Bordeaux, arrive sans encombre à l'Île de France (île Maurice aujourd'hui), d'où il repart le 29 mars 1794 avec une très riche cargaison. Il est alors capturé par les Britanniques sur sa route vers New York, et amené à Halifax. La cargaison est condamnée en première instance, en raison des présomptions qui pèsent quant à sa propriété française; mais la condamnation du navire est encore en suspens. Une procédure d'appel est par ailleurs en cours, à Londres, quant à la cargaison (elle ne se terminera qu'en 1802). Il importe entre-temps donc de sauver le navire de la saisie, d'une part, et d'éviter qu'on découvre tout document prouvant la propriété française de la cargaison qui compromettrait définitivement toute chance lors de l'appel, d'autre part.

Jones était intéressé pour un million de livres tournois à cette expédition. Pour éviter la découverte par les Britanniques des documents compromettants « cachés dans plusieurs futailles de café et d'indigo, tels que le certificat d'origine des denrées coloniales, la facture générale du chargement, les traités passés avec les sieurs Beaudouin et Dupuy, l'acquit à caution, etc. »<sup>32</sup> – autrement dit, des pièces démontrant que la cargaison appartient à des Français, Fenwick avait donné ordre à son associé Mason, qui résidait au Maryland, de se rendre à Halifax et acheter la cargaison du navire. Fenwick soutient que ce rachat avait eu lieu par ordre et pour le compte de Jona Jones et de ses associés dans l'expédition du *Pigou*, soit Loriague et Gaspard Mayer, alors que Jones nia toujours avoir été mis au courant de ce rachat avant qu'il n'ait eu lieu.

Le rachat avait entraîné des pertes supplémentaires, car la cargaison n'avait pas pu être revendue au prix d'achat, Fenwick et Mason avaient donc perdu 3800 £ sterling, soit 90 000 Francs environ, perte qu'ils n'avaient pas l'intention d'assumer étant donné que d'après eux, cet achat visant à éviter des pertes à Jones aurait été fait avec l'accord de celui-ci. Faute de trouver un compromis satisfaisant, Jones et Fenwick portent l'affaire par-devant le Tribunal de Commerce de Bordeaux, qui donne raison à Jones. Fenwick fait appel, puis l'affaire est portée en cassation. La procédure s'éternise pendant plus de dix ans, ce qui n'était effectivement pas pour encourager les négociants à avoir recours à la voie judiciaire pour régler leurs différends.

<sup>31</sup> Sur Joseph Fenwick, cf. *Silvia Marzagalli*, Un Américain à Bordeaux. Joseph Fenwick, premier consul des États-Unis, dans : *Revue historique de Bordeaux et du département de la Gironde* 1 (2002) 73–90.

<sup>32</sup> BMBx, D 71215.

L'analyse des modalités de mise en relation du négoce bordelais et américain à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et des efforts et moyens déployés pour régler les différends par voie amiable, arbitrale ou judiciaire constituent à notre avis des aspects inséparables d'un même phénomène, à savoir le fonctionnement des réseaux marchands d'Ancien Régime.

Ceux-ci reposent sur la confiance réciproque établie entre les opérateurs quant au respect collectif des normes communes. Les désaccords ne remettent pas en cause les fondements du système et les logiques de fonctionnement réticulaire qui lui sont propres. En reprochant au correspondant une attitude jugée non conforme, le négociant ne fait que réaffirmer la valeur des comportements habituels dans son milieu. En ayant recours aux arbitres, les deux parties reconnaissent au fond l'existence de normes communes auxquelles ils sont prêts à se plier. Le procès confie à la justice le soin de départager les intérêts et de réaffirmer la norme.

Le sentiment que nous tirons de notre pratique des réseaux marchands d'Ancien Régime est qu'en dépit des défaillances, aucune autre modalité de fonctionnement n'est possible, du moins tant que le problème et la contrainte fondamentale d'Ancien Régime, soit l'existence de la distance-temps qui oblige l'opérateur à devoir confier la gestion de ses affaires à des agents éloignés, dépassée par une véritable révolution technologique qui réduit drastiquement, puis élimine cette contrainte. A partir du moment où la vapeur divise par 5 ou par 10 la durée d'une traversée, et que le télégraphe, puis le téléphone et internet annulent le décalage temporel de l'information qui sépare les acteurs, permettant une communication en temps réel, ce monde fondé sur la confiance entre opérateurs placés sur un pied d'égalité ne constitue plus la seule manière de faire les affaires, et cesse progressivement d'être la plus profitable. Jusque là, toutefois, il fallait bien confier le sort de l'expédition à des agents qui devaient prendre les décisions sans pouvoir consulter directement l'intéressé, qui se trouvait à de milliers de kilomètres, soit à deux-trois mois de distance-temps; seule la mise en place d'un mécanisme complexe de monitoring constant et le partage des normes et valeurs au sein d'un réseau où tout écart était repéré et dénoncé à la communauté, a permis de limiter et parfois de prévenir bien de déconfitures.

## Kurzfassung

Ausgehend von der Untersuchung der Handelsbeziehungen zwischen Bordeaux und den Vereinigten Staaten von der amerikanischen Unabhängigkeit bis zum Ende der Napoleonischen Kriege befasst sich dieser Beitrag mit den Modalitäten der Konfliktlösung, die zwischen Handelshäusern dies- und jenseits des Atlantiks praktiziert wurden. Die Korrespondenzen der Kaufleute und die Notariatsakten verweisen auf die Koexistenz mehrerer Formen der Regulierung, wenn Probleme und Divergenzen auftraten. Indes zeigt diese Studie zugleich, dass die Geschäftswelt schon vor der Wahl zwischen den Foren der Auseinandersetzung, also dem

Schieds- und oder Gerichtsverfahren, über Mechanismen verfügte, die ihr erlauben, im Voraus das Risiko, in eine konflikträchtige Situation zu geraten, zu begrenzen. Diese Präventionsmechanismen liegen begründet in Vertrauensverhältnissen, welche den Beziehungen zwischen den Handelshäusern Struktur verleihen. Die Analyse der Weise, in der Handelsbeziehungen zwischen Bordeaux und den Vereinigten Staaten von Amerika am Ende des 18. Jahrhunderts geknüpft wurden, und der geleisteten Anstrengungen und angewandten Mittel, um Differenzen gütlich, im Schieds- oder im Gerichtsverfahren beizulegen, zeigt, dass sie darauf zielten, erneut und nachhaltig die gemeinsamen Normen zu bestätigen, nach denen die Handelsnetzwerke des *ancien régime* funktionierten.

## Abstract

Departing from the study of the trade relations between Bordeaux and the United States from the American independence to the end of the Napoleonic wars, this article focuses on the modalities of the resolution of conflicts between the trading houses on both sides of the Atlantic Ocean. The analysis of commercial correspondences and of the acts of the notaries reveals various modalities to settle disputes and controversies. But this study shows as well that well before choosing between direct discussion, arbitration and litigation to solve problems, the business community had proper means at its disposal to limit in advance the risk that a conflict situation came into being. The study of the modalities in which the trade between Bordeaux and the United States was established at the end of the 18<sup>th</sup> c. and of the efforts and the means put in action in order to settle disputes by mutual agreement, arbitration or litigation show that all these means aimed to reaffirm constantly the common norms on which relied the functioning of trade networks in the Ancien Régime.



*Peter Oestmann*

## Seehandelsrechtliche Streitigkeiten vor dem Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820–1848)\*

Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands, das von 1820 bis 1879 in Lübeck residierte, war das angesehenste deutsche Gericht seiner Zeit. Obwohl es lediglich für die Städte Frankfurt, Hamburg, Bremen und Lübeck örtlich zuständig war, verschaffte seine Besetzung mit exzellenten, überregional bekannten Richterpersönlichkeiten der Rechtsprechung des Gerichts große Aufmerksamkeit. Das Fortleben partikularer Rechtstraditionen, darunter des lübischen Rechts, verbunden mit weitreichenden, teilweise bis heute nachwirkenden Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen machen diese Behörde zu einem faszinierenden Bindeglied zwischen der altständischen Justiz und der modernen, 1879 reichsweit vereinheitlichten Gerichtsverfassung. Beim Blick hinter die meist sehr knappen Lobeshymnen der oft älteren Literatur wird der Forschungsstand allerdings schnell brüchig. Leider ist die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts nämlich kaum erforscht, obwohl die Gerichtsorganisation weitgehend bekannt ist und die reiche archivalische Hinterlassenschaft durch moderne Repertorien gut erschlossen zur Verfügung steht.

Rechtshistorische Forschungen zum Oberappellationsgericht Lübeck gibt es vor allem zur Gerichtsverfassung<sup>1</sup> und zu den dort tätigen Juristen<sup>2</sup>, in Grund-

\* Der Aufsatz entstand im Rahmen eines seit 2006 von der Possehl-Stiftung Lübeck geförderten Drittmittelprojekts. Parallel dazu entstand die Dissertation von *Nora Tirtasana*, *Der gelehrte Gerichtshof. Das Oberappellationsgericht Lübeck und die Praxis des Zivilprozesses im 19. Jahrhundert* (Forschungen der Neueren Privatrechtsgeschichte 33), Köln, Weimar, Wien 2012. Die Ergebnisse von Frau Tirtasana konnte ich in diesem Aufsatz leider nicht mehr einarbeiten.

<sup>1</sup> *Horst Greb*, *Die Verfassung des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands zu Lübeck* (Diss. jur. Göttingen 1967) (im Folgenden zitiert: *Greb*, *Verfassung*); außerdem *Ulf Peter Krause*, *Die Geschichte der Lübecker Gerichtsverfassung* (Kiel 1968) 364–397; im Folgenden zitiert: *Krause*, *Lübecker Gerichtsverfassung*.

<sup>2</sup> *Katalin Polgar*, *Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820–1879) und seine Richterpersönlichkeiten* (Rechtshistorische Reihe 330, Frankfurt am Main 2007); im Folgenden zitiert: *Polgar*, *Oberappellationsgericht*.

zügen auch zum Verfahrensrecht<sup>3</sup>. Aber auch die Bedeutung des Gerichts für das Handels-, See- und Zivilprozessrecht wird seit je klar betont<sup>4</sup>. Bis auf eine kleinere Dissertation zum Familien- und Erbrecht<sup>5</sup> sowie kürzere Abhandlungen vor allem von Landwehr und Graßmann ist die Tätigkeit des Gerichts bisher aber kaum beleuchtet worden<sup>6</sup>. Eine Dissertation von Kusserow aus den 1960er Jahren widmet sich gezielt der handelsrechtlichen Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts<sup>7</sup>. Auch ein einschlägiger Beitrag von Bergfeld beschäftigt sich zwar mit den handelsrechtlichen Entscheidungen, stellt in seinem knappen Hauptteil aber lediglich wenige Äußerungen zum Kommissionsrecht zusammen<sup>8</sup>. 1994/96 erschien ein sechsbändiges gedrucktes Gesamtinventar der in Bremen, Hamburg, Lübeck und Frankfurt lagernden Akten<sup>9</sup>. Trotz der hervorragend aufbereiteten Quellenlage sind weiterführende Arbeiten aber ausgeblieben.

Die äußere Geschichte des Gerichts sei zum besseren Verständnis kurz vorausgeschickt. Das im November 1820 eröffnete Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands bildete die in der Deutschen Bundesakte von 1815<sup>10</sup> vorgeschriebene dritte Instanz für Rechtsstreitigkeiten aus Hamburg, Frankfurt, Bremen und Lübeck. Im Wesentlichen war der Gerichtshof zuständig für Zivil-

<sup>3</sup> Polgar, Oberappellationsgericht (Fn. 2) 85–97; zum Prozessrecht vor dem Oberappellationsgericht Lübeck siehe auch *Tirtasana* (wie Fn. \*).

<sup>4</sup> So etwa bei *Erich Döhring*, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500 (Berlin 1953) 31, 207; im Folgenden zitiert: *Döhring*, Geschichte der deutschen Rechtspflege.

<sup>5</sup> *Kirsten Kraglund*, Familien- und Erbrecht. Materielles Recht und Methoden der Rechtsanwendung in der Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts der vier Freien Städte Deutschlands zu Lübeck (Rechtshistorische Reihe 93, Frankfurt am Main 1991); im Folgenden zitiert: *Kraglund*, Familien- und Erbrecht.

<sup>6</sup> *Götz Landwehr*, Rechtspraxis und Rechtswissenschaft im Lübeckischen Recht vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, in: Zeitschrift des Vereins für Lübeckische Geschichte und Altertumskunde 60 (1980) 21–65; *Antjekathrin Graßmann*, Die Anfänge des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands in Lübeck, in: Schleswig-Holsteinische Anzeigen. Sonderheft Obergerichtsbarkeit in Schleswig-Holstein (Glückstadt 1988) 24–27.

<sup>7</sup> *Boto Kusserow*, Das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands zu Lübeck und seine Rechtsprechung in Handelssachen (Diss. jur. Kiel, Düsseldorf 1964); im Folgenden zitiert: *Kusserow*, Oberappellationsgericht.

<sup>8</sup> *Christoph Bergfeld*, Handelsrechtliche Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands, in: Modernisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert, herausgegeben von *Karl Otto Scherner* (Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 66, Heidelberg 1993) 67–87, dort 76–85 (im Folgenden zitiert: *Bergfeld*, Handelsrechtliche Entscheidungen) zu den Entscheidungen selbst. Zurzeit arbeitet *Tim Borgers* an einer Untersuchung über die Rechtsprechung des Gerichts im Aktienrecht.

<sup>9</sup> Gesamtinventar der Akten des Oberappellationsgerichts der vier Freien Städte Deutschlands, 6 Bde. (Köln, Weimar, Wien 1994/96), mit Einleitung von *Inge Kaltwasser* im Bd. 4 (Frankfurter Bestände, Bd. 1) 5–93 (auf Frankfurt konzentriert); im Folgenden zitiert: Repertoriumangaben aus dem Gesamtinventar.

<sup>10</sup> Art. 12 Abs. 3 Deutsche Bundesakte 1815: „Den vier freyen Städten steht das Recht zu, sich untereinander über die Errichtung eines gemeinsamen obersten Gerichts zu vereinigen“, Text bei *Ernst Rudolf Huber* (Hrsg.), Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1: Deutsche Verfassungsgeschichte 1803–1850 (Stuttgart u. a. 31978) 88.

sachen, urteilte aber teilweise auch in Strafsachen und war überdies vorgesehen als Austrägalgericht für Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten des Deutschen Bundes<sup>11</sup>. Obwohl das Gericht vor allem als Handelsgericht in Erinnerung geblieben ist, gab es eine spezifische Handelsgerichtsbarkeit nur in Hamburg. Dort hatte man die in der Franzosenzeit geschaffenen Handelsgerichte in veränderter Form beibehalten<sup>12</sup>. In Frankfurt, Bremen und Lübeck gab es im frühen 19. Jahrhundert zunächst keine gesonderten Handelsgerichte<sup>13</sup>. Für den Instanzenzug an das Oberappellationsgericht bereitete dies jedoch keine Schwierigkeiten. Sowohl Handelssachen als auch allgemeine Zivilsachen wurden dort als zivilrechtliche Verfahren angesehen und entschieden. Handelsrechtliche Streitigkeiten bildeten freilich den Schwerpunkt der gerichtlichen Tätigkeit. Insgesamt waren um 1869 60% der anfallenden Verfahren Handelssachen<sup>14</sup>. Das Gericht war besetzt mit einem Präsidenten und sechs Räten<sup>15</sup>. Das Verfahren lief rein schriftlich ab, es gab keine Audienzen. Erst 1864 wurde in Strafsachen das Öffentlichkeitsprinzip eingeführt, wofür das Gerichtsgebäude umgebaut werden musste<sup>16</sup>. In Zivilsachen blieb es bis zum Schluss beim rein schriftlichen Prozess. Im Gegensatz zu der in Deutschland vor 1800 üblichen Praxis wurden alle Urteile gegenüber den Parteien begründet. Bei den Gerichtsmitgliedern handelte es sich oftmals über deutschlandweit bekannte Rechtsgelehrte. Besonders die Präsidenten Georg Arnold Heise<sup>17</sup>, Carl Georg von Wächter<sup>18</sup> und Johann Friedrich Kierulff<sup>19</sup> waren bedeu-

<sup>11</sup> *Polgar*, Oberappellationsgericht (Fn. 2) 97–134.

<sup>12</sup> *Jan Jelle Kähler*, Französisches Zivilrecht und französische Justizverfassung in den Hansestädten Hamburg, Lübeck und Bremen (1806–1815) (Rechtshistorische Reihe 341, Frankfurt am Main 2007); hilfreicher Überblick auch bei *Christoph Bergfeld*, Handelsrecht Deutschland, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, herausgegeben von *Helmut Coing*, Bd. 3: Das 19. Jahrhundert, Tbd. 3: Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten (München 1986) 2853–2968 (2918–2927).

<sup>13</sup> Zur Einführung der Handelsgerichtsbarkeit in Bremen *Johann Christoph Schwartz*, Vierhundert Jahre deutscher Zivilprozeß-Gesetzgebung. Darstellungen und Studien zur deutschen Rechtsgeschichte (Nachdruck Aalen 1986 der Ausgabe Berlin 1898) 549.

<sup>14</sup> *Bergfeld*, Handelsrechtliche Entscheidungen (Fn. 8) 71.

<sup>15</sup> *Greb*, Verfassung (Fn. 1) 48–49; *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 67; *Polgar*, Oberappellationsgericht (Fn. 2) 63.

<sup>16</sup> *Polgar*, Oberappellationsgericht (Fn. 2) 86.

<sup>17</sup> Zu ihm: *Wilhelm von Bippen*, Georg Arnold Heise. Mittheilungen aus dessen Leben (Halle 1852); *Markus Braunewell*, Georg Arnold Heise. Biographie und Briefwechsel mit Savigny und anderen (Frankfurt am Main 1999).

<sup>18</sup> Zu ihm: *Bernhard Windscheid*, Carl Georg von Waechter (Leipzig 1880) (im Folgenden zitiert: *Windscheid*, Waechter); *Lars Jungemann*, Carl Georg von Wächter (1797–1880) und das Strafrecht des 19. Jahrhunderts (Schriften zur Rechtsgeschichte 79, Berlin 1999) 24–40; *Bernd-Rüdiger Kern* (Hrsg.), Zwischen Romanistik und Germanistik. Carl Georg von Waechter (1797–1880) (Schriften zur Rechtsgeschichte 81, Berlin 2000); *Christoph Mauntel*, Carl Georg von Wächter (1797–1880). Rechtswissenschaft im Frühkonstitutionalismus (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft 110, Paderborn u. a. 2004).

<sup>19</sup> *Jörn Eckert*, Johann Friedrich Martin Kierulff (1806–1894). Vom Universitätsprofessor zum Präsidenten des Oberappellationsgerichts zu Lübeck, in: *Juristen im Ostseeraum. Drit-*

tende Rechtswissenschaftler<sup>20</sup>. In den Augen Bernhard Windscheids war der Präsidentensessel des Lübecker Oberappellationsgerichts gleichwertig mit dem Lehrstuhl Savignys in Berlin<sup>21</sup>. In der Tat hatte Friedrich Carl von Savigny 1819 das Angebot erhalten, erster Präsident des neugegründeten Gerichts zu werden, war aber in Berlin verblieben und hatte seinen Freund Heise für das Amt empfohlen<sup>22</sup>. Das schöne Bonmot Rudolf von Jherings von Deutschlands gelehrtem Gerichtshof<sup>23</sup> bestätigt die positive Einschätzung. Die Glanzzeit des Gerichts dauerte bis 1870 und neigte sich mit der Gründung des Leipziger Bundesoberhandelsgerichts ihrem Ende zu. Nachdem bereits 1866 Frankfurt aus dem Gerichtssprengel ausgeschieden war, verlor das Oberappellationsgericht Lübeck nun nach und nach seine Zuständigkeiten, und mit Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze 1879 wurde es aufgelöst und in das heute noch bestehende Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg überführt.

Die vorliegende Studie versucht zu zeigen, wie man sich der Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts nähern kann. Ausgangspunkt ist die Beobachtung, dass das Gericht den weitaus größten Teil der Fälle durch Urteil entschieden hat. Während bei den obersten Gerichten des Alten Reiches die übergroße Zahl der Rechtsstreitigkeiten nie förmlich beendet wurde<sup>24</sup>, verhält es sich beim Oberappellationsgericht Lübeck genau umgekehrt. Eine Stichprobe, welche die jeweils 300 frühesten Zivilprozesse aus den Beständen in Frankfurt, Hamburg, Bremen und Lübeck zugrundelegt, kommt zu folgendem Ergebnis. Von den insgesamt

ter Rechtshistorikertag im Ostseeraum 20.–22. Mai 2004, herausgegeben von *Jörn Eckert, Pia Letto-Vanamo, Kjell A. Modéer* (Rechtshistorische Reihe 342, Frankfurt am Main 2007) 31–43.

<sup>20</sup> Von den insgesamt 28 Richtern des Gerichts waren 13 vor ihrer Berufung Professor gewesen, dazu *Polgar*, Oberappellationsgericht (Fn. 2) 159.

<sup>21</sup> *Windscheid*, Waechter (Fn. 18) 14–15; das Zitat findet sich u. a. bei *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 91. Die Attraktivität des Präsidentenstuhls kam auch in der großzügigen Besoldung zum Ausdruck: *Gerhard Ahrens*, Von der Franzosenzeit bis zum Ersten Weltkrieg 1806–1914. Anpassungen an Forderungen der neuen Zeit, in: *Lübeckische Geschichte*, herausgegeben von *Antjekathrin Graßmann* (Lübeck <sup>3</sup>1997) 529–675 561; im Folgenden zitiert: *Ahrens*, Von der Franzosenzeit.

<sup>22</sup> Brief Savignys vom 17. Juli 1819, bei *Adolf Stoll*, Friedrich Carl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe, Bd. 2: Professorenjahre in Berlin 1810–1842 (Berlin 1929) Nr. 352, 259–260; dazu *Joachim Rückert*, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny (Münchener Universitätschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 58, Ebelsbach 1984) 151; etwas andere Darstellung anhand der Lübecker Quellen bei *Polgar*, Oberappellationsgericht (Fn. 2) 53.

<sup>23</sup> *Rudolf von Jhering*, Agathon Wunderlich. Ein Nachruf, in: *[Jherings] Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 17 (1879) 145–157 (156).

<sup>24</sup> Die Urteilsquote am Reichskammergericht lag bei Zitations- und Appellationsprozessen unter 25%, dazu *Manfred Hörner*, Anmerkungen zur statistischen Erschließung von Reichskammergerichtsprozessen, in: *Prozessakten als Quelle. Neue Ansätze zur Erforschung der höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich*, herausgegeben von *Anette Baumann, Siegrid Westphal, Stephan Wendehorst, Stefan Ehrenpreis* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 37, Köln, Weimar, Wien 2001) 69–81 (79).

1200 Fällen wurden 1070 durch oberappellationsgerichtliches Urteil entschieden, das entspricht 89,17%. Insgesamt 65 Verfahren oder 5,42% endeten durch Vergleich<sup>25</sup>. Der Rest endete auf sonstige Weise<sup>26</sup>, etwa durch Klagerücknahme oder Deserterklärung<sup>27</sup>. Anders als bei den obersten Gerichten vor 1800 versandeten also keine Rechtsstreitigkeiten. Die Sollizitatur, mit der die Parteien vor 1806 förmlich anzeigen mussten, dass sie an einer Entscheidung des Falles immer noch interessiert waren<sup>28</sup>, war unnötig, denn das Oberappellationsgericht brauchte in

<sup>25</sup> Lübeck: AHL OAG L I 2, 33, 38, 39, 54, 63, 65, 96, 123, 132, 134, 138, 166, 178, 189, 192, 202, 212, 214, 223, 234, 241, 249, 250, 282, 287; Frankfurt: Institut für Stadtgeschichte OAGL Z Nr. 21, 52, 75, 78, 118 (außergerichtlich), 151, 180, 228, 235 (außergerichtlich), 248, 293; Hamburg, Staatsarchiv: H I 2, 3, 4, 60, 96, 135, 142, 231, 268, 284; Bremen, Staatsarchiv: B I 3, 34, 41, 43, 62, 108, 128, 139, 141, 207, 234, 261, 266, 272, 274, 275, 286, 289; Repertoriumsangaben aus dem Gesamtinventar (Fn. 9).

<sup>26</sup> Lübeck: AHL OAG L I 6 (o. A.), L I 27 (Klagerückziehung), L I 61 (Klagerückziehung), L I 68 (Dekret), L I 81 (Klagerückziehung), L I 84 (Tod des Appellanten), L I 218 (Deserterklärung), L I 246 (Beschwerderückziehung), L I 276 (Deserterklärung), L I 295 (ist nicht verfolgt worden), L I 298 (Klagerückziehung); Frankfurt, Institut für Stadtgeschichte: OAGL Z Nr. 7 (Deserterklärung), Nr. 9 (Rücksendung der Akten, da seit drei Jahren keine Reaktion), Nr. 12 (Bescheid: als beendet angesehen), Nr. 31 (Bescheid: beiderseitige Verzichtserklärung/als erledigt angesehen), Nr. 80 (Bescheid: als erledigt angesehen), Nr. 82 (zunächst Rückstellung, Vergleich wird erwartet), Nr. 143 (Deserterklärung), Nr. 155 (ohne Urteil, Akte geschlossen), Nr. 187 (Bescheid: als erledigt angesehen), Nr. 206 (aufgrund gütlicher Einigung als erledigt angesehen), Nr. 258 (Deserterklärung), Nr. 260 (o. A.), Nr. 266 (Präsidualverfügung: als erledigt angenommen), Nr. 286 (Abrufungsanzeige: für erledigt erklärt); Hamburg, Staatsarchiv: H I 15 (Verweisung der Implorantin an die hamburgischen Gerichte), H I 18 (o. A.), H I 36, H I 48 (Aussetzung/Verweisung zum Hauptverfahren an HG), H I 53 (o. A.), H I 58, H I 66, H I 73, H I 75, H I 80, H I 105 (o. A.), H I 110 (Dekret), H I 111 (Aussetzung), H I 122 (Einstellung), H I 134 (Deserterklärung), H I 136, H I 155 (Deserterklärung), H I 178 (Deserterklärung), H I 179 (Deserterklärung), H I 236 (Zurückziehung der Appellation); Bremen, Staatsarchiv: B I 15 (Deserterklärung), B I 17 (für erledigt erklärt), B I 19 (Deserterklärung), B I 20 (Deserterklärung), B I 36 (Deserterklärung), B I 47 (Verweisung auf den Rechtsweg), B I 56 (Verweisung an Bremer Senat), B I 75 (Verweisung auf den Verfahrensweg), B I 110 (Rücknahme der Appellation), B I 145 (für erledigt angenommen), B I 174 (Verweisung an das OG Lübeck), B I 198 (Verweisung auf den Rechtsweg), B I 205 (Mitteilung der OG Entscheidung Lübeck), B I 235 (Verweisung an das OG Lübeck), B I 244 (für erledigt angenommen), B I 256 (Rücknahme der Appellation), B I 259 (Deserterklärung), B I 270 (Deserterklärung), B I 271 (Rücknahme der Appellation); Repertoriumsangaben aus dem Gesamtinventar (Fn. 9).

B I 279 (Verweisung auf den Rechtsweg); Repertoriumsangaben aus dem Gesamtinventar (Fn. 9).

<sup>27</sup> Die Desertion wird im Gesamtinventar (Fn. 9) regelmäßig nicht als Entscheidung (Versäumnisurteil), sondern als sonstiger Beendigungsgrund angesehen. In der Tat entsprach es der gemeinrechtlichen Tradition, dass bei einem nicht erschienenen Kläger die Ladung des Beklagten als „tot und ab“ galt, ohne dass ein Sachurteil erging; dazu *Wolfgang Sellert*, Prozeßgrundsätze und Stilus Curiae am Reichshofrat (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Neue Folge 18, Aalen 1973) 273–275; zitiert als: *Sellert*, Prozeßgrundsätze.

<sup>28</sup> *Bengt Christian Fuchs*, Die Sollizitatur am Reichskammergericht (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 40, Köln, Weimar, Wien 2002); *Julia Maurer*, Der „Lahrer Prozeß“ 1773–1806. Ein Untertanenprozeß vor dem Reichskammergericht

seiner Frühzeit selten länger als ein Jahr um einen Prozess zu entscheiden<sup>29</sup>. Auf diese Weise hielt man zugleich die Akten schlank. Eine Prozessakte des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands ist im Schnitt nur ein Viertel so dick wie eine voluminöse Reichskammergerichtsakte<sup>30</sup>. Dies beruht freilich zumindest teilweise darauf, dass die Prozessakten des Oberappellationsgerichts regelmäßig keine *Acta priora* enthalten<sup>31</sup>. Die Frage, wie der Streit der Parteien begann, lässt sich damit vielfach nicht klären, sofern nicht die Relation des zuständigen Oberappellationsrates dazu Hinweise gibt. Ob und in welcher Weise im Seerecht eine Grenze zwischen privater und öffentlicher Streitschlichtung verlief<sup>32</sup>, ist anhand der archivalischen Hinterlassenschaft des Lübecker Oberappellationsgerichts nicht zu bestimmen. Dagegen bereitet die Rechtsprechungsanalyse als solche kaum Probleme. Während man bei der Auswertung von Reichskammergerichtsakten immer überlegen muss, auf welche Weise man die Rechtsprechung des Gerichts anhand der zahlreichen unentschiedenen Fälle und der ohnehin schwierigen Quellenlage rekonstruieren kann<sup>33</sup>, ist der Zugriff bei den oberappellationsgerichtlichen Akten erheblich einfacher. Die Streitsachen wurden entschieden, die Relation des zuständigen Richters liegt ebenso in der Akte wie die Urteilsbegründung. Die Art und Weise der gerichtlichen Problemlösung kann man somit im Detail nachvollziehen. Deswegen soll es im Folgenden darum gehen, ein wenig Licht in die Tätigkeit des Oberappellationsgerichts in einem seiner Kerngebiete zu werfen. Gezielt untersucht werden dabei Prozesse um seehandelsrechtliche Streitigkeiten aus der ersten Phase des Gerichts.

Seehandelsrechtliche Auseinandersetzungen sind aus mehreren Gründen von besonderem rechtshistorischem Interesse. Das Handelsrecht insgesamt gilt seit längerem als einer der Faktoren der Rechtsmodernisierung im 19. Jahrhundert<sup>34</sup>.

(Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 30, Köln, Weimar, Wien 1996) 280–296; *Sellert*, Prozeßgrundsätze (Fn. 27) 332–339.

<sup>29</sup> *Polgar*, Oberappellationsgericht (Fn. 2) 93, geht davon aus, eine durchschnittliche Verfahrensdauer von ein bis drei Jahren sei lang gewesen. Der Wertungsmaßstab bleibt hierbei freilich offen.

<sup>30</sup> *Inge Kaltwasser* (Bearb.), Inventar der Akten des Reichskammergerichts 1495–1806, Frankfurter Bestand (Veröffentlichungen der Frankfurter Historischen Kommission 21, Frankfurt am Main 2000) 33.

<sup>31</sup> Zum Aktenaufbau *Kaltwasser*, Einleitung (Fn. 9) 17.

<sup>32</sup> Überlegungen zum Konzept „Justice publique – justice privée: Une frontière mouvante“, das der nunmehr abgeschlossenen Serie von sechs Konferenzen zugrundelag, bei *Albrecht Cordes* in diesem Band.

<sup>33</sup> *Filippo Ranieri*, Die archivalischen und literarischen Quellen aus der Judikatur des Reichskammergerichts (16.–17. Jahrhundert), in: *Judicial Records, law reports, and the growth of case law*, herausgegeben von *John Hamilton Baker* (Comparative studies in continental and Anglo-American legal history 5, Berlin 1989) 303–317; *Peter Oestmann*, Die Rekonstruktion der reichskammergerichtlichen Rechtsprechung des 16. und 17. Jahrhunderts als methodisches Problem, in: *Baumann* u. a., Prozeßakten als Quelle (Fn. 24) 15–54.

<sup>34</sup> *Karl Otto Scherner*, Die Modernisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert, in: *Modernisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert*, herausgegeben von *Karl Otto Scherner* (Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

Hier gab es, so vernimmt man, Möglichkeiten zur Rechtsbildung und Problemlösung unabhängig von den starren Vorgaben des römischen Rechts. Gerade in den norddeutschen Hansestädten bot es sich an, an die reiche Überlieferung vor allem nordeuropäischer seerechtlicher Rechtsquellen anzuknüpfen, auf deren Grundlage immer eine gewisse Unabhängigkeit von der starken Dominanz des römischen Rechts bestand<sup>35</sup>. So waren es im 19. Jahrhundert häufig Germanisten, die sich der Handelsrechtswissenschaft zuwendeten. Das Handelsrecht galt weithin als Teilgebiet des Deutschen Privatrechts<sup>36</sup>. In der Erinnerung soll zudem gerade im Handels- und speziell im Seehandelsrecht das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands besonders wegweisende Entscheidungen gefällt haben<sup>37</sup>. Das gilt es zu prüfen. Eine Besonderheit des Seehandelsrechts im Vergleich zum sonstigen Handelsrecht bestand jedenfalls darin, dass man es jeweils mit Fällen mit Auslandsbezug zu tun hatte. Anfangs- und Bestimmungsort der Seelieferungen lagen in jedem untersuchten Fall in zwei verschiedenen Staaten. Hieraus ergaben sich regelmäßig Fragen nach dem räumlichen und persönlichen Geltungsbereich territorialer Rechtsquellen. Möglicherweise lag hier zugleich ein Motor zur Rechtsvereinheitlichung, also zur Bildung überregionaler handelsrechtlicher Rechtssätze über den Geltungsbereich partikularer Normen hinaus. Wie sehr das Seerecht zur Kernkompetenz des Oberappellationsgerichts zählte, lässt eine Verordnung vom Herbst 1848 erkennen. Als am Gericht wegen der hohen Zahl von Neuzugängen Rückstände in der Aktenbearbeitung eingetreten waren<sup>38</sup>, ordnete eine Verordnung die Aktenversendung an Juristenfakultäten<sup>39</sup> an, um auf diese Weise die Lübecker Richter zu entlasten. Ausgenommen waren allerdings seerechtliche sowie see- und flussversicherungsrechtliche Sachen, die weiterhin ausschließlich vom richterlichen Personal des Oberappellationsgerichts entschieden werden sollten<sup>40</sup>. Während allgemeine Zivilsachen fortan für gut zwei Jahre von

66, Heidelberg 1993) 9–17; *Friedrich Gercke*, Heinrich Thöl. Ein Göttinger Rechtsgelehrter (Göttingen 1931) 54.

<sup>35</sup> Überblick über die norddeutschen Rechtsquellen bei *Götz Landwehr*, Das Seerecht im Ostseeraum vom Mittelalter bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts, in: *Geschichte und Perspektiven des Rechts im Ostseeraum*, herausgegeben von *Jörn Eckert, Kjell Å. Modéer* (Rechtshistorische Reihe 251, Frankfurt am Main 2002) 275–303.

<sup>36</sup> *Götz Landwehr*, Die Handelsrechtswissenschaft an der Universität Heidelberg im 19. Jahrhundert, in: *Semper Apertus. Sechshundert Jahre Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg 1386–1986*, herausgegeben von *Wilhelm Doerr*, Bd. 2: Das neunzehnte Jahrhundert (1803–1918) (Berlin, Heidelberg 1985) 61–83 (64); im Folgenden zitiert: *Landwehr*, Handelsrechtswissenschaft.

<sup>37</sup> Einbettung in die allgemeine Seerechtsgeschichte bei *Götz Landwehr*, Art. Seerecht (Seehandelsrecht), in: HRG IV (Berlin 1990) 1596–1614 (1610).

<sup>38</sup> Die Prozessflut beruht vor allem auf einer Zunahme Frankfurter Prozesse, dazu *Kaltwasser*, Einleitung (Fn. 9) 15–16.

<sup>39</sup> Zur Aktenversendung bei den von mehreren Bundesstaaten errichteten Oberappellationsgerichten, *Eduard Kern*, Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts (München, Berlin 1954) 67.

<sup>40</sup> Verordnung betreffend einstweiliges Eintreten der Aktenversendung vom 29. November 1848 § 2c, bei *Polgar*, Oberappellationsgericht (Fn. 2) 91; dazu auch *Greb*, Verfassung (Fn. 1) 56; *Klaus-J. Lorenzen-Schmidt*, Allgemeine Einführung, in: *Gesamtinventar der Akten des*

universitären Spruchkollegien abgeurteilt werden konnten, trauten die vier freien Städte offenbar keiner deutschen Juristenfakultät ähnlich gute Kenntnisse des Seehandels zu wie den Richtern des Lübecker Oberappellationsgerichts<sup>41</sup>. Deswegen wollte man sie in diesen Streitsachen nicht entlasten. Folglich lag der Anteil seerechtlicher Entscheidungen in dieser Periode sogar noch höher, als es dem Prozessgang des Gerichts entsprach.

## Fallstudien zu seehandelsrechtlichen Prozessen

Angesichts der Vielzahl einschlägiger Verfahren ist eine Begrenzung der Quellenmasse unumgänglich. Die Untersuchung beschränkt sich ausschließlich auf Prozesse Lübecker Provenienz aus der Zeit bis 1848. Aus den Jahren 1821 bis 1848 sind aus Lübeck insgesamt 30 Prozesse mit seehandelsrechtlichen Streitigkeiten an das Oberappellationsgericht gelangt<sup>42</sup>. Bei einer bis zu diesem Zeitpunkt aufgelaufenen Gesamtzahl aus Lübeck von 309 Fällen macht dies also knapp 10% des Lübecker Prozessaufkommens in Zivilsachen aus. Für den Gesamtbestand des Oberappellationsgerichts dürfte der Anteil seehandelsrechtlicher Fälle niedriger liegen, weil die Frankfurter Akten naheliegenderweise andere Streitgegenstände behandeln<sup>43</sup>. Dennoch dürfte klar sein, dass es sich keineswegs um Einzelfälle, sondern um häufig anfallende Probleme handelte, die das Gericht zu lösen hatte. Wenn die Literatur aber teilweise betont, Entscheidungen in Seesachen hätten den größten Anteil in der handelsrechtlichen Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts ausgemacht<sup>44</sup>, stellt dies eine Übertreibung dar, zumal immerhin ein Drittel des Prozessaufkommens aus Frankfurt stammte<sup>45</sup>. Von den einschlägigen Lübecker Verfahren in seerechtlichen Auseinandersetzungen wurden für die vorliegende Studie die Akten aus den ersten zwölf Jahren, also 18 Verfahren bis 1833, komplett ausgewertet. Die späteren Prozesse wurden aufgrund der Repertoriumsangaben und der teilweise gedruckten Auszüge aus den Entscheidungsbeurteilungen ergänzend herangezogen.

In methodischer Hinsicht ist anzumerken, dass die Untersuchung hauptsächlich auf der Auswertung der überlieferten Oberappellationsgerichtsakten beruht.

Oberappellationsgerichts der vier Freien Städte Deutschlands, Bd. 1 (Köln, Weimar, Wien 1994/96) 11–15 (12).

<sup>41</sup> *Döbring*, Geschichte der deutschen Rechtspflege (Fn. 4) 31, weist darauf hin, das Lübecker Oberappellationsgericht habe in Handels- und Seesachen auch das Oberappellationsgericht Celle und das preußische Obertribunal überragt. Freilich ist zu bedenken, dass die wichtigsten deutschen Häfen außerhalb des Gerichtssprengels dieser beiden Tribunale lagen.

<sup>42</sup> AHL OAG L I 1, 12, 22a, 29, 33, 42, 43, 63, 78, 92, 111, 117, 122, 153, 161, 163, 170, 181, 182, 192, 202, 232, 235, 236, 240, 250, 258, 265, 287, 299 (geprüft bis Nr. 309).

<sup>43</sup> Überblick über die Frankfurter Streitgegenstände bei *Kaltwasser*, Einleitung (Fn. 9) 37–78.

<sup>44</sup> So *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 169.

<sup>45</sup> Verteilung des Prozessaufkommens der ersten beiden Jahrzehnte nach ihrer Herkunft aus den vier Städten bei *Abrens*, Von der Franzosenzeit (Fn. 21) 563.

Die bisherigen rechtshistorischen Abhandlungen stützten sich weitgehend<sup>46</sup> auf die zahlreichen gedruckten Entscheidungssammlungen, mussten aber jeweils mit der Schwierigkeit kämpfen, dass die zeitgenössischen Sammlungen von Privatleuten zusammengestellt wurden, unvollständig sind und auch die Entscheidungsbeurteilungen gekürzt oder je nach Sachzusammenhang auseinandergerissen an verschiedenen Stellen wiedergeben<sup>47</sup>. Damit war in der rechtshistorischen Literatur zugleich eine Weichenstellung dahingehend vorgegeben, dass die zeitgenössischen Lebenssachverhalte und der Streit der Parteien vollständig hinter die dogmengeschichtliche Analyse der gerichtlichen Entscheidungsgründe zurücktraten. Für den zeitgenössischen Widerhall der oberappellationsgerichtlichen Rechtsprechung kommt den gedruckten Sammlungen zweifelsohne entscheidende Bedeutung bei wie ebenso den von den Richtern veröffentlichten Erörterungen. Man denke nur an die vom Gerichtspräsidenten Georg Arnold Heise und seinem Kollegen Friedrich Cropp<sup>48</sup> herausgegebenen „Juristischen Abhandlungen“<sup>49</sup>, die Erich Döhring sehr schön als „gelehrte Monographien mit mehr oder minder äußerlicher Anknüpfung an Entscheidungen“ charakterisiert hat<sup>50</sup>. Vermutlich waren es gerade diese Abhandlungen, in ihrer „unvergeßlichen Meisterschaft“ schon in den 1840er Jahren von Heinrich Thöl gelobt<sup>51</sup>, die den Ruhm des Gerichts begründeten und seine im Vergleich zum *Ancien Régime* vollständig neue Art der Fallbearbeitung zum Vorbild erhoben<sup>52</sup>. Die Vorgänger von Thöl scheinen dies

<sup>46</sup> Auch *Kraglund*, Familien- und Erbrecht (Fn. 5) 11, bildet keine Ausnahme. Sie betrieb zwar Archivstudien, konzentriert ihre Rechtsprechungsanalyse aber auf 282 gedruckte Urteilsbegründungen.

<sup>47</sup> Zu den gedruckten Entscheidungen *Bergfeld*, Handelsrechtliche Entscheidungen (Fn. 8) 72–76; *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 4–5; Überblick über die Entscheidungssammlungen im 19. Jahrhundert bei *Otto Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht (Leipzig 1895) 97–98; *Döhring*, Geschichte der deutschen Rechtspflege (Fn. 4) 346; speziell zum Oberappellationsgericht Lübeck *Heinz Mohnhaupt*, Deutschland, in: Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa (1800–1945), herausgegeben von *Filippo Ranieri* (Rechtsprechung. Materialien und Studien 3, Frankfurt am Main 1992) 95–325 (169–173).

<sup>48</sup> Friedrich Cropp, 1790–1832, Oberappellationsgerichtsrat 1820–1832, zu ihm: *Ferdinand Frensdorff*, Art. Cropp, in: Allgemeine Deutsche Biographie 4 (1876) 610–612; *Ernst Landsberg*, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Bd. III/2 (Nachdruck Aalen 1978 der Ausgabe München, Berlin 1910) 90–92 Noten 40–41 (im Folgenden zitiert: *Landsberg*, Geschichte); *Polgar*, Oberappellationsgericht (Fn. 2) 216–221.

<sup>49</sup> *Georg Arnold Heise*, *Friedrich Cropp*, Juristische Abhandlungen mit Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands, 2 Bde. (Hamburg 1827/30) (im Folgenden zitiert: *Heise*, *Cropp*, Juristische Abhandlungen); *Landwehr*, Handelsrechtswissenschaft (Fn. 36) 62, weist zutreffend darauf hin, dass Heise ansonsten nicht literarisch als Handelsrechtler in Erscheinung getreten ist.

<sup>50</sup> *Döhring*, Geschichte der deutschen Rechtspflege (Fn. 4) 346.

<sup>51</sup> *Heinrich Thöl*, Das Handelsrecht, Bd. 1 (Göttingen 1841) Vorwort; im Folgenden zitiert: *Thöl*, Handelsrecht.

<sup>52</sup> Gute Schilderung bei *Landsberg*, Geschichte (Fn. 48) 91; Einordnung der Abhandlung von Heise/Cropp in die juristischen Zeitschriften des 19. Jahrhunderts bei *Joachim Rückert*, Geschichtlich – praktisch – deutsch. Die „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“ (1815–1850), das „Archiv für die civilistische Praxis“ (1818–1867) und die „Zeitschrift für

indes kaum bemerkt zu haben. Der Hamburger Handelsrechtler Meno Pöhls nannte noch 1832 die Sammlung von Heise und Cropp als eines unter zahlreichen anderen handelsrechtlichen Werken, ohne die „Juristischen Abhandlungen“ näher zu würdigen<sup>53</sup>. Auf die leicht verzögerte Rezeption der Lübecker Rechtsprechung machte 1858 Levin Goldschmidt aufmerksam. „Nur erst allmählich“, so meinte er, würden die Entscheidungen des Oberappellationsgerichts bekannt<sup>54</sup>. Für die rechtshistorische Analyse, die sich nicht nur der Wahrnehmung des Gerichts, sondern der Entscheidungstätigkeit widmet, sind deswegen die Prozessakten von unschätzbarem Wert. Hier sieht man die Schriftsätze der Parteien und kann prüfen, in welcher Weise das Gericht deren Argumentation übernommen hat. Die Relationen der Gerichtsmitglieder veranschaulichen, wie der Streitstand in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht aufbereitet wurde, und die vollständigen Entscheidungsgründe sind vielfach erheblich ausführlicher als die gedruckten Auszüge. Dazu kommen zahlreiche unveröffentlichte Urteile, die man durch bloße Arbeit mit dem gedruckten Material nicht findet. Insbesondere die nicht durch Urteil entschiedenen Fälle lassen sich nur archivalisch aufarbeiten.

Von den hier untersuchten Prozessen wurde der übergroße Teil durch Urteil entschieden. Lediglich in vier Fällen<sup>55</sup> endete der Rechtsstreit auf andere Weise. So einigte sich etwa die Zweite Assecuranz-Compagnie zu Lübeck mit dem Kaufmann Georg Eberhard Pychlau in Åbo (Turku) wegen der Havarie des Schiffes „Frau Charlotta“ auf dem Weg von St. Petersburg nach Åbo. Streitig war zwischen den Parteien, ob in einem Versicherungsvertrag der wirkliche Ladungsplatz oder der Handlungsplatz angegeben werden musste<sup>56</sup>. Im Versicherungsvertrag war St. Petersburg als Handelsplatz genannt, das Schiff aber in Kronstadt beladen worden. Die Juristenfakultät Bonn, die für das Lübecker Obergericht das zweitinstanzliche Urteil konzipiert hatte<sup>57</sup>, meinte, es sei notorisch<sup>58</sup>, dass Kronstadt

deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft“ (1839–1861), in: *Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.–20. Jahrhunderts*, herausgegeben von *Michael Stolleis* (Ius Commune. Sonderheft 128, Frankfurt am Main 1999) 107–257 (206); ergänzend *Gercke*, Thöl (Fn. 34) 58.

<sup>53</sup> *Meno Pöhls*, Darstellung des gemeinen Deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts für Juristen und Kaufleute, Bd. 4: Darstellung des See-Assecuranzrechts nach gemeinem und Hamburgischem Rechte und nach den Gesetzen der vorzüglichsten handelnden Staaten Europa's und America's (Hamburg 1832) 21.

<sup>54</sup> *Levin Goldschmidt*, Ueber die wissenschaftliche Behandlung des deutschen Handelsrechts und den Zweck dieser Zeitschrift, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 1 (1858) 1–24 (16).

<sup>55</sup> Außer den sogleich geschilderten Prozessen um die Schiffe „Frau Charlotta“ und „Providentia“ handelt es sich um die unten ausführlich behandelten Streitigkeiten um die „Ceres“ und die „Dora“.

<sup>56</sup> AHL OAG L I 33 Q 5: Gravamina appellationis, 16.

<sup>57</sup> Zur Gerichtsbarkeit in Lübeck im 19. Jahrhundert *Martin Samuel Funk*, Die Lübschen Gerichte. Ein Beitrag zur Verfassungsgeschichte der Freien und Hansestadt Lübeck, Teil I, in: ZRG GA 26 (1905) 53–90; Teil 2: ZRG GA 27 (1906) 61–91, *Krause*, Lübecker Gerichtsverfassung (Fn. 1); ergänzend *Antjekathrin Graßmann* (Hrsg.), Beständeübersicht des Archivs der Hansestadt Lübeck (Veröffentlichungen zur Geschichte der Hansestadt Lübeck B 29, Lübeck 2005) 69–75.

als Hafen von St. Petersburg nach kaufmännischem Herkommen vom Handelsplatz St. Petersburg mit umfasst sei, aber die Versicherung verwies darauf, dass im Spätherbst Kronstadt für Schiffsbeladungen gefährlicher sei als St. Petersburg<sup>59</sup>. Ob hier tatsächlich ein Fall der Notorietät vorlag, entschied das Oberappellationsgericht nicht, weil die Parteien sich außergerichtlich einigten.

Ebenfalls durch Vergleich beendet wurde ein Streit um Auszahlung einer Versicherungssumme, nachdem das Schiff „Providentia“ am 10. November 1816 bei Elfsnabben fünf Meilen vor Stockholm gesunken war. Die Versicherung warf dem Anspruchsteller vor, er habe zum Zeitpunkt, als er den Versicherungsvertrag am 21. November 1816 geschlossen habe, bereits gewusst, dass das Schiff gesunken sei<sup>60</sup>. Sehr allgemein ging es um die Frage, ob die Nichtexistenz des Vertragsgegenstandes die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge hatte oder ob für das Handelsrecht eine andere Regelung eingreife<sup>61</sup>. Das Oberappellationsgericht brauchte den Streit nicht zu entscheiden<sup>62</sup>. Ein Blick in die Appellationsbegründung zeigt allerdings, in welchem erstaunlichem Maße die Parteien die europäische Literatur zum Seehandelsrecht kannten. Die Rechtsmeinung des Appellanten wird in knappster Form eingeleitet mit dem Hinweis auf die „von Benecke in seinem System des Assecuranz und Bodmery Wesens Th. 3 pag. 165. von Emerigon in seinem Traité de Assurances Ch. 15 Sect. 3 und 4. von Baldasseroni in seinem Trattato delle Assicurazione T. 2 pag. 216 von James Allan Park in seinem Classischen Werk A System of the law of Marine Insurances pag. 243 entwickelte und fest begründete Lehre“<sup>63</sup>. Der Eindruck, dass die Beteiligten ihre Rechtsauffassungen durch Ver-

<sup>58</sup> Zur Notorietätslehre im 19. Jahrhundert *Georg Wilhelm Wetzell*, System des ordentlichen Zivilprozesses (Leipzig <sup>3</sup>1878) 179–187; *Peter Oestmann*, Der Beweis von Rechtsnormen im Zivilprozeß – § 293 ZPO im Spiegel der wissenschaftlichen Diskussion des 19. Jahrhunderts, in: „Zur Erhaltung guter Ordnung“. Beiträge zur Geschichte von Recht und Justiz. Festschrift für Wolfgang Sellert zum 65. Geburtstag, herausgegeben von *Jost Hausmann*, *Thomas Krause* (Köln, Weimar, Wien 2000) 467–512 (480–481, 490); zu den älteren Wurzeln *Mathias Schmoeckel*, „Excessus notorius examinatione non indiget“. Die Entstehung der Lehre der Notorietät, in: „Panta rei“. Studi dedicati a Manlio Bellomo, herausgegeben von *Orazio Condorelli*, Bd. 5 (Rom 2004) 133–164; *Peter Oestmann*, Rechtsvielfalt vor Gericht. Partikularrecht und Rechtsanwendung im Alten Reich (Rechtsprechung. Materialien und Studien 18, Frankfurt am Main 2002) 32, 36–37.

<sup>59</sup> AHL OAG L I 33 Q 5: Gravamina appellationis, 2, 5.

<sup>60</sup> AHL OAG L I 63 Q 1: Rechtfertigung der Appellation, 2, 11.

<sup>61</sup> Zum Regelungsproblem, *Martin Josef Schermaier*, Ausschluß der Leistungspflicht, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, herausgegeben von *Mathias Schmoeckel*, *Joachim Rückert*, *Reinhard Zimmermann*, Bd. 2: Schuldrecht. Allgemeiner Teil §§ 241–432 (Tübingen 2007) § 275 Rn. 14, 16; *Jan Dirk Harke*, Leistungshindernis bei Vertragsschluß, ebenda § 311a Rn. 4.

<sup>62</sup> AHL OAG L I 63 Q 10: Gehorsamste Vergleichs-Anzeige, Q 11: Vergleichsprotokoll.

<sup>63</sup> AHL OAG L I 63 Q 1: Rechtfertigung der Appellation, 4. Bei den zitierten Werken handelt es sich um *Wilhelm Benecke*, System des Assekuranz und Bodmerywesens (...) für Versicherer, Kaufleute und Rechtsgelehrte, Bd. 3 (Hamburg 1808) (im Folgenden zitiert: *Benecke*, System); *Balthazard Marie Emerigon*, Traité des assurances et des contrats à la grosse, 2 Bde. (Marseille 1783); *Ascanio Baldasseroni*, Trattato delle assicurazioni marittime, 3 Bde.

weis auf maßgebliche gelehrte Literatur aus Deutschland, Frankreich, Italien und England zu erhärten versuchten, wird sich im Folgenden mehrfach bestätigen. Sowohl die Parteien als auch die Richter in ihren Relationen und Entscheidungsgründungen näherten sich der Problemlösung im souveränen Zugriff auf europäische Rechtsquellen und internationale Literatur. Wenn man mit Blick auf Neuerungen im Handelsrecht in den Jahren nach 1800 von einer wissenschaftlichen Jurisprudenz spricht<sup>64</sup>, so trifft dies nicht nur auf die Richterpersönlichkeiten, sondern ersichtlich auch auf die rechtsgelehrten Parteivertreter zu. Die Mustergültigkeit der am Lübecker Oberappellationsgericht eingereichten Anwaltschriftsätze hat bereits Heinrich Thöl hervorgehoben<sup>65</sup>. Im Gegensatz zu der nur wenige Jahrzehnte zurückliegenden Zeit des späten *Usus modernus*, fällt bei der Quellenlektüre zudem auf, wie die ältere gemeinrechtliche und handelsrechtliche Literatur an Autorität verloren hat<sup>66</sup>. Insbesondere der frühe Handelsrechtler Johannes Marquardt, der 1662 die erste Gesamtdarstellung des Handelsrechts in Deutschland veröffentlicht hatte, spielte kaum noch eine Rolle, obwohl er als Lübecker Jurist und Bürgermeister die norddeutschen Rechtsquellen besonders gut gekannt hatte<sup>67</sup>.

Beim näheren Blick auf die vom Oberappellationsgericht durch Urteil entschiedenen Fälle ist man zunächst überrascht. Die weitaus größte Zahl betrifft Appellationen von Zwischenurteilen. Bei den von den Lübecker Richtern entschiedenen Prozessen handelt es sich ganz überwiegend um Streitsachen, die zum Endurteil

(Florenz 1786); *James Allan Park*, A system of the law of marine insurances, with three chapters of bottomry, on insurances of lives, and on insurances against fire (London 1787).  
<sup>64</sup> *Joachim Rückert*, Handelsrechtsbildung und Modernisierung des Handelsrechts durch Wissenschaft zwischen ca. 1800 und 1900, in: *Modernisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert*, herausgegeben von *Karl Otto Scherner* (Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 66, Heidelberg 1993) 19–66 (46); im Folgenden zitiert: *Rückert*, Handelsrechtsbildung.

<sup>65</sup> *Thöl*, Handelsrecht (Fn. 51) Vorrede; dazu auch *Döbring*, Geschichte der deutschen Rechtspflege (Fn. 4) 207; *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 93. Der Gerichtspräsident Heise hatte Thöl die Judikatur des Oberappellationsgerichts zugänglich gemacht, dazu auch *Landsberg*, Geschichte (Fn. 48) 627. Thöl reiste im Herbst 1836 zweimal nach Lübeck und wertete dort mehr als 150 (nach anderen Berichten: 102) Akten aus. Dabei war er auch von der „lebendigen Anschauung der Verkehrsverhältnisse“ begeistert, die ihm aus den Anwaltschriftsätzen entgegenschlug, dazu auch *Gercke*, Thöl (Fn. 34) 60; *Ferdinand Fehling*, Zur Erinnerung an Professor Heinrich Thöl (Lübeck 1893) 11.

<sup>66</sup> Lehrreich zum juristischen Autoritätsdenken, aber mit Schwerpunkt im *Usus modernus* *Thomas Duve*, Mit der Autorität gegen die Autoritäten? Überlegungen zur heuristischen Kraft des Autoritätsbegriffs für die Neuere Privatrechtsgeschichte, in: *Autorität der Form – Autorisierung – Institutionelle Autorität*, herausgegeben von *Wulf Oesterreicher*, *Gerhard Regn*, *Winfried Schulze* (Pluralisierung und Autorität 1, Münster 2003) 239–256.

<sup>67</sup> Zu Marquardt *Heinz Mohnhaupt*, „Jura mercatorum“ durch Privilegien. Zur Entwicklung des Handelsrechts bei Johann Marquard (1610–1668), in: *Wege europäischer Rechtsgeschichte*. Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag, herausgegeben von *Gerhard Köbler* (Rechtshistorische Reihe 60, Frankfurt am Main 1987) 308–323; auch in: *Heinz Mohnhaupt*, *Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht* (Ius Commune, Sonderheft 134, Frankfurt am Main 2000) 349–369; *Landwehr*, Handelsrechtswissenschaft (Fn. 36) 61.

noch nicht reif waren. Meistens gab es Beweisprobleme, so dass nicht einmal die tatsächliche Grundlage des Rechtsstreits feststand. Das Oberappellationsgericht musste in diesen Fällen Beweisurteile der vorinstanzlichen Verfahren auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen oder teilweise selbst eigene Beweisurteile mitsamt Beweisthema und Gegenbeweisthema fällen<sup>68</sup>. Dies beruht darauf, dass es gestattet war, auch von Interlokuten an das Oberappellationsgericht zu appellieren. Dieser aus dem kanonischen Recht stammende Grundsatz<sup>69</sup> war im weltlichen Prozessrecht der frühen Neuzeit häufig eingeschränkt worden<sup>70</sup>, wurde am Oberappellationsgericht aber praktiziert. Die Appellationsbestimmungen in den vier freien Städten unterschieden sich zwar teilweise erheblich voneinander, aber die Einlegung von Rechtsmitteln gegen nicht lediglich prozessleitende Zwischenurteile war in Frankfurt ebenso erlaubt wie in den drei norddeutschen Städten<sup>71</sup>. Streitgegenstand im oberappellationsgerichtlichen Verfahren war deswegen oft ein prozessuales Problem. Innerhalb dieser Auseinandersetzung war es vielfach freilich nötig, dass sich das Oberappellationsgericht auch zu materiellrechtlichen Fragen äußerte. Davon hing zum Beispiel die Schlüssigkeit von Behauptungen und damit die Beweisbedürftigkeit bestimmter Tatsachen ab. Deswegen enthalten die meisten Entscheidungen Ausführungen sowohl zu prozessualen als auch zu materiellrechtlichen Fragen. Nur wenige Fälle gehen demgegenüber von einem bereits feststehenden Sachverhalt aus und haben daher nichts mit Beweisfragen zu tun. Um diesen beiden prinzipiell unterschiedlichen Arten der Urteilsfällung gerecht zu werden, lehnt sich im Folgenden die Gliederung an genau diese Unterscheidung an. Dabei stehen zunächst die Prozesse mit unklarem Sachverhalt im Mittelpunkt, danach geht es um Prozesse mit feststehender Tatsachengrundlage.

### *Entscheidungen in Fällen mit unklarem Sachverhalt*

Die seehandelsrechtlichen Prozesse aus der Frühzeit des Oberappellationsgerichts knüpfen oft an Schiffsunglücke an. Dabei entstanden häufig Streitigkeiten

<sup>68</sup> Kurzer Hinweis bei *Kaltwasser*, Einleitung (Fn. 9) 78; *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 75.

<sup>69</sup> *Justin Timotheus Balthasar von Linde*, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses (Bonn 1850) § 399 496–497, § 412 514.

<sup>70</sup> So etwa in der Reichskammergerichtsordnung von 1555, Teil 2, Titel 28 § 6, bei: *Adolf Laufs* (Hrsg.), Die Reichskammergerichtsordnung von 1555 (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 3, Köln, Wien 1976) 207.

<sup>71</sup> Das Lübecker Oberappellationsgericht ging davon aus, dass Interlokute im Gegensatz zu den Bestimmungen des gemeinen Rechts rechtskräftig werden konnten. Dies beruhe auf Deutschland auf Gerichtsgebrauch mit der Kraft eines wahren Gewohnheitsrechts, Urteil vom 30. März 1828, bei *Christian August Thomas Bruhn* (Hrsg.), Sammlung von Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Lübecker Rechtssachen, Bd. 1 (Lübeck 1858) Nr. 51 166–172 (168–169); die partikularen Appellationsbestimmungen z. B. im Nachtrag zu der Verordnung über das Gerichtswesen vom 4. Mai 1814 in der Fassung vom 13. August 1831, § 9, in: Die Gerichtsordnung für das Oberappellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands, herausgegeben von *Friedrich Blume* (Hamburg 1843) 123; im Folgenden zitiert: *Bruhn*, Sammlung.

zwischen dem Schiffer bzw. dem Reeder und der Versicherung bzw. dem Auftraggeber des Frachtvertrages. Schwierig war es in diesen Fällen vor allem, den Herang eines Seeunfalls zu rekonstruieren, wenn lediglich die überlebende Schiffsmannschaft als Zeuge zur Verfügung stand und nach der Strandung eine sog. Verklarung abgegeben hatte<sup>72</sup>. Damit musste sich das Oberappellationsgericht mehrfach beschäftigen. Einen anderen Streitpunkt bildeten Schmuggelgeschäfte, bei denen ein Schiffer verabredungsgemäß verbotene Ware ins Ausland beförderte. Falls die fremden Zollbehörden auf solche Machenschaften aufmerksam wurden, stellte sich die Frage, welche Konsequenzen dies für die Abwicklung des Frachtvertrages hatte. Dabei ging es immer auch um das Problem, welcher der Beteiligten die einschlägigen Zollvorschriften gekannt hatte und ob der Schiffer wusste, dass er verbotene Ware transportierte.

### Beweis von Schiffsunfällen

Ein typischer Streitpunkt in den ausgewerteten Akten war der Anspruch des Reeders oder Kapitäns eines gesunkenen Schiffes gegen die Schiffsversicherung auf Auszahlung der Versicherungssumme. Hier standen der Versicherung mindestens zwei Einreden zur Verfügung, die der Durchsetzung von Forderungen erhebliche Schwierigkeiten bereiteten. Zum einen konnte die Versicherung einwenden, der Versicherungsnehmer habe gegen die Versicherungsbedingungen verstoßen. Zum anderen bestritten die Versicherungen in vielen Fällen, dass es das fragliche Schiffsunfall überhaupt in der behaupteten Weise gegeben habe bzw. dass dieses ordnungsgemäß bewiesen sei. In jedem Fall lag der Verdacht nahe, hier solle ein geschickt inszenierter Versicherungsbetrug in die Wege geleitet werden. Das Oberappellationsgericht erkannte das Problem und stellte an den Beweis von Schiffsunfällen hohe Anforderungen. So sollte, behauptete eine Partei, im Dezember 1820 ein Schiff in der Nähe von Cuxhaven in Seenot geraten sein. Im Sturm sei das Schiff leck geschlagen, Wasser sei eingedrungen. Deswegen habe man zahlreiche Waren über Bord werfen müssen<sup>73</sup>. Nachdem der Nothafen Cuxhaven erreicht war, begaben sich der Schiffer und die an Bord verbliebenen Schiffsleute mitsamt dem Lotsen zum Amtshaus Ritzenbüttel und gaben dort eine Verklarung ab. Dabei handelte es sich um einen körperlichen Eid, durch den der Seeunfall beschworen wurde<sup>74</sup>. Hierbei, so gestand später der Appellant, habe er

<sup>72</sup> Die rechtshistorische Literatur beschäftigt sich demgegenüber schwerpunktmäßig mit den materiellrechtlichen Havereiproblemen, vor allem zur älteren Zeit, dazu etwa *Klaus Wolter*, Die rechtliche Behandlung von Reisenotlagen und Schiffskollisionen in den älteren See-, Schiffsrechten Lübecks und Hamburgs und im hansischen Seerecht, in: *See- und Flußhäfen vom Hochmittelalter bis zur Industrialisierung*, herausgegeben von *Heinz Stooß* (Städteforschung A 24, Köln, Wien 1986) 67–87 (70–77); *Götz Landwehr*, Das Seerecht der Hanse (1365–1614). Vom Schiffordnungsrecht zum Seehandelsrecht (Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften 21, Heft 1, Göttingen 2003) 120–130 (im Folgenden zitiert: *Landwehr*, Seerecht der Hanse).

<sup>73</sup> AHL OAG L I 29 Q 2: Einführung und Rechtfertigung der Appellation, 5.

<sup>74</sup> AHL OAG L I 29 Q 2: Einführung und Rechtfertigung der Appellation, 6; Einzelheiten

sich zwar nicht an die Lübecker Verordnung über Schiffsjournale und Verklarungen gehalten, aber er sei kein Lübeckischer Schiffer, und deswegen unterliege das dänische Fahrzeug dem Anwendungsbereich dieser Verordnung ohnehin nicht.

Das Oberappellationsgericht ging mit dem Verhalten der Schiffsmannschaft hart ins Gericht. Der Verklarung könne „unmöglich voller Glaube geschenkt werden“<sup>75</sup>. Bereits während der Fahrt habe man den Schiffsjungen entlassen und auch den Steuermann ausgetauscht, was bei der Verklarung nicht angezeigt worden sei<sup>76</sup>. Auch hätten die Verklarungen keine Angabe über die Windverhältnisse enthalten, was aber notwendig sei, um das Ausmaß der Gefahr nachvollziehen zu können. Dass im Schiff Wasser gestanden habe, könne auch daran liegen, dass die Mannschaft die Pumpen still stehen ließ<sup>77</sup>. An diesen handfesten Überlegungen zeigt sich, wie sehr die Mitglieder des Oberappellationsgerichts mit den technischen Eigenheiten der Seeschifffahrt vertraut waren<sup>78</sup>. Die Mischung aus technischem und juristischem Wissen war es, die Heinrich Thöl zu dem Ausruf veranlasste, am Oberappellationsgericht Lübeck habe ihn ein Geist, „kräftig und frisch, wie reine Seeluft“ angeweht<sup>79</sup>. Zur Frage, inwieweit die Verklarung als Zeugnis in eigener Sache eine spezielle Glaubwürdigkeit des Schwörenden voraussetzte, gingen die Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts neben zahlreichen Belegen aus dem gelehrten Recht<sup>80</sup> auch auf den germanischen Reinigungseid ein. Nur „unter der Voraussetzung hoher Rechtlichkeit und Gewissenhaftigkeit von Seiten des Schwörenden“ könne der Reinigungseid „als vernünftig und gerecht erscheinen“<sup>81</sup>. Obwohl es sich nur um ein Beweisurteil handelte, war damit praktisch klargestellt, dass die Versicherung keine Zahlungen würde leisten müssen. Das Beispiel veranschaulicht, wie das Oberappellationsgericht durch strenge Anforderungen an den Beweis von Schiffsunglücken den andernfalls leicht möglichen Versicherungsbetrug einzudämmen versuchte. Die etwas konstruiert erscheinende Verbindungslinie von der Verklarung zum Reinigungseid belegt die trotz zahlreicher Rückgriffe auf das gelehrte Recht deutliche Nähe zur rechtswissenschaftlichen Germanistik. Es war offenbar völlig unproblematisch, unter Hinweis auf germanische Rechtsgewohnheiten aktuelle Rechtsfragen zu lösen. Hierzu passt es, dass Heise und Cropp sich in ihren „Juristischen Abhandlungen“

bei *Adalbert Erler*, Art. Verklarung, in: HRG V (Berlin 1998) 741–743 (im Folgenden zitiert: *Erler*, Verklarung).

<sup>75</sup> AHL OAG L I 29 Q 15: Entscheidungsgründe, 2.

<sup>76</sup> AHL OAG L I 29 Q 15: Entscheidungsgründe, 6.

<sup>77</sup> AHL OAG L I 29 Q 15: Entscheidungsgründe, 2.

<sup>78</sup> Deswegen waren in den Jahren ab 1848 Aktenversendungen in Seerechtsfällen verboten, dazu *Polgar*, Oberappellationsgericht (Fn. 2) 91. Zu praktisch-empirischen Wurzeln der Handelsrechtswissenschaft um 1800 *Hans Thieme*, Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie, in: ZRG GA 56 (1936) 202–263 (215).

<sup>79</sup> *Thöl*, Handelsrecht, Bd. 1 (Fn. 51) Vorrede; auch bei *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 93.

<sup>80</sup> Zur Zeugnisfähigkeit ging das Gericht auf die Infamie sowie allgemein auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen ein unter Verweis auf X 2, 20, 54; X 2, 21, 7; D. 22, 5, 1; D. 22, 5, 3 pr.

<sup>81</sup> AHL OAG L I 29 Q 15: Entscheidungsgründe, 11.

das Ziel setzten, die wissenschaftliche Erörterung des praktisch wichtigen germanischen Rechts zu befördern<sup>82</sup>. Noch vor wenigen Jahren hat Adalbert Erler die angebliche Herkunft der Verklarung aus ältesten germanischen Rechtsgedanken bejaht<sup>83</sup>.

In einem weiteren Fall hatte ein Schiffer 46 Packen Segeltücher im Schiffsraum des Schiffes „Carl und Emma“ verstaut, war aber am Ende einer Reise von St. Petersburg nach Lübeck mit beschädigter Fracht in der Hansestadt eingetroffen. Die Parteien stritten um die Frage, ob der Schiffer verpflichtet gewesen war, die Ware vollständig in der Kajüte zu transportieren oder ob es aufgrund eines Änderungsvertrages erlaubt gewesen sei, auch den Schiffsraum zu benutzen. Außerdem ging es darum, dass die Verklarung nach dem angeblichen Seeunfall nicht den Vorgaben der Lübecker Verordnung vom 18. August 1819<sup>84</sup> entsprochen habe, weil die Ladung des Warenempfängers zum Verklarungstermin unterblieben sei und dieser demnach nicht die Möglichkeit gehabt hatte, bei der Protokollierung persönlich anwesend zu sein<sup>85</sup>. Das Oberappellationsgericht fällte am 21. Januar 1825 ein Beweisurteil<sup>86</sup>, das grundsätzlich den vollen Beweiswert von Verklarungen für Seeunfälle anerkannte und auch die ergänzende Vernehmung der Schiffsleute gestattete. In den Entscheidungsgründen ging es fast ausschließlich um die Frage, welchen Einfluss die angebliche Vertragsänderung auf die Beweislastverteilung hatte. Bei den allegierten Stellen aus dem römischen Recht fällt auf, dass das Oberappellationsgericht bereits zu dieser Zeit die ältere Zitierweise mit der heute üblichen rein numerischen Angabe kombinierte<sup>87</sup>. Gut zwei Jahre später fällte das Oberappellationsgericht in dieser Sache eine weitere Entscheidung. Nun ging es darum, ob der Beklagte zum Beweis der streitigen Vertragsänderung auch die mit ihm verbundenen Ablader als Zeugen benennen durfte. Das Gericht bejahte dies<sup>88</sup> und musste sich insbesondere mit der Schwierigkeit befassen, ob die im Lübecker Stadtrecht vorgesehene Zeugnisunfähigkeit für jemanden, der bei der Sache „in rahten und thaten gewesen“<sup>89</sup>, hier eingriff oder nicht. Zur Auslegung der entscheidenden Norm griff das Oberappellationsgericht auf die mittelniederdeutschen Lübecker Rechtsquellen ebenso zurück wie auf die Überlieferungen aus Hamburg und Bremen<sup>90</sup>. Aber ebenso das römische Recht zog das Gericht bei der

<sup>82</sup> *Heise, Cropp*, Juristische Abhandlungen, Bd. 1 (Fn. 49) V.

<sup>83</sup> *Erler*, Verklarung (Fn. 74) 742.

<sup>84</sup> Verordnung über Schiffsjournale und Verklarungen vom 18. August 1819, in: Sammlung der Lübeckischen Verordnungen und Bekanntmachungen, Bd. 3 (1818–1819) 85 Nr. 20; erwähnt auch bei *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 173.

<sup>85</sup> AHL OAG L I 42 Q 5: Rechtfertigung der Appellation, 3.

<sup>86</sup> AHL OAG L I 42 Q 11: Urteil; teilweise veröffentlicht bei *Bruhns*, Sammlung (Fn. 71) Nr. 34 142–149.

<sup>87</sup> AHL OAG L I 42 Q 12: Entscheidungsgründe, 8; Beispiele auch bei *Bruhns*, Sammlung (Fn. 71) Nr. 34 146: „L. 25. D. de testibus (22, 5)“.

<sup>88</sup> AHL OAG L I 78 Q 13: Urteil.

<sup>89</sup> Revidiertes Lübecker Stadtrecht 1586 5, 7, 15.

<sup>90</sup> AHL OAG L I 78 Q 14: Entscheidungsgründe, 2, 5–8. Auch beim Rückgriff auf mittelalterliche Rechte zeigte das Lübecker Oberappellationsgericht wissenschaftliche Akribie: Der

Interpretation heran<sup>91</sup>. Diese Art der Rechtsanwendung ist auch in weiteren Entscheidungen zu entdecken: Belege aus dem gelehrten Recht, verschiedene partikularrechtliche Vorschriften und mittelalterliche Rechtsgewohnheiten verschmolzen in der Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts zu abstrakt-generellen und verallgemeinerbaren Rechtssätzen. Hier hat man ein praktisches Beispiel für eine Arbeitsmethode, die offenbar für die Handelsrechtswissenschaft in der Zeit nach 1800 ganz charakteristisch war. Der Rückgriff auf die Geschichte und die Systembildung ermöglichte die Gewinnung allgemeiner Rechtsregeln, die zu ihrer Rechtfertigung kaum positiverer Normen bedurften<sup>92</sup>. In dieser Vorgehensweise zeigt sich der Anspruch des Gerichts, die Rechtsprechung aus ihren partikularrechtlichen Fesseln zu lösen. Maßgeblich durch die Judikatur des Lübecker Gerichtshofes entstand ein gemeines deutsches Handelsrecht, das nicht auf moderner Gesetzgebung, sondern auf wissenschaftlich-prinzipieller Stoffdurchdringung beruhte<sup>93</sup>.

Die Suche nach allgemeinen Rechtssätzen bestimmte auch die Entscheidungsfindung im nächsten Beispielfall. In einem 1829 entschiedenen Prozess ging es um den Untergang des Schiffes „Maria Hedewig“ in der Nähe von Bornholm. Die Schiffsladung hatte das Handelshaus Johannes Grabau für fremde Rechnung bei der beklagten Versicherungs-Compagnie versichern lassen<sup>94</sup>. Das Schiff sank im November 1825. Die Mannschaft konnte sich retten, doch ging das Schiffsjournal bei dem Unglück verloren. Dennoch erfolgte am 14. November 1825 die förmliche Verklarung auf Bornholm. Danach meldete sich der Schiffer Schirmhoff bei der Versicherung und verlangte die Auszahlung der Versicherungssumme. Die Versicherung verweigerte die Zahlung, weil sie den Vertrag für ungültig ansah. Zum einen habe sie nicht gewusst, dass der Schiffer selbst Versicherungsnehmer sein solle. Zum zweiten sei ihr unbekannt gewesen, dass es sich um einen Seetransport gehandelt habe, weil im Vertrag ein falscher Auftragsort angegeben worden sei. Drittens seien die gedruckten Formulare Klauseln unpassend für Schiffergut, so dass der Vertragspartner, das Handelshaus Grabau, hätte verlangen müssen, einzelne Klauseln zu streichen. Dennoch war es der Schiffer, der an das Oberappellationsgericht appellierte. Das Lübecker Obergericht hatte nämlich den behaupteten Schiffsunfall als nicht ausreichend bewiesen angesehen und insbesondere die Beeidigung der Verklarung nicht zugelassen.

Das Oberappellationsgericht ergriff auch in diesem Fall die Gelegenheit und ging den aufgeworfenen Fragen sehr prinzipiell auf den Grund. Es zeigt sich aber-

Oberappellationsgerichtsrat Hach widmete sich neben seiner richterlichen Tätigkeit schwerpunktmäßig der Erforschung des lübischen Rechts: *Johann Friedrich Hach*, Das Alte Lübsche Recht (Lübeck 1839); Überblick über die Werke von Hach bei *Wilhelm Ebel*, Jurisprudencia Lubecensis. Bibliographie des lübischen Rechts (Veröffentlichungen zur Geschichte der Hansestadt Lübeck B 5, Lübeck 1980) Nr. 0512–0519. Auch Carl Wilhelm Pauli trat als Rechtshistoriker hervor, Nachweis seiner Werke bei *Ebel*, ebenda, Nr. 0920–0929.

<sup>91</sup> Zitiert werden D. 22, 5, 25; D. 5, 1, 66; D. 34, 5, 12.

<sup>92</sup> *Rückert*, Handelsrechtsbildung (Fn. 64) 45.

<sup>93</sup> *Landwehr*, Seerecht der Hanse (Fn. 72) 147.

<sup>94</sup> Einzelheiten des Vertrages in AHL OAG L I 117, unquadr. Relation von Hach vom 18. Juni 1829.

mals das Bestreben, Rechtsprobleme, die sich scheinbar an Details des Seehandelsrechts entzündeten, in das allgemeine Zivilrecht einzubetten und auf prinzipiell-allgemeine Weise zu lösen. Soweit es darum ging, dass die persönliche Versicherung des Schiffers in der Vertragsurkunde nicht festgehalten worden sei, legte das Oberappellationsgericht seinen Erwägungen eine „allgemeine Regel des Assecuranzrechtes“ zugrunde. Danach durfte der Versicherte keine Umstände verschweigen, die nach vernünftigen Ermessen der Sachverständigen auf den Entschluss des Versicherers, sich in den Vertrag einzulassen, von Einfluss sein können. Diesen Grundsatz belegte das Gericht mit einem Zitat aus dem preußischen Allgemeinen Landrecht<sup>95</sup> und betonte, dass der Schiffer leichter einen Versicherungsbetrug begehen könne als jeder andere. Aber man dürfe diese Regel nicht überdehnen. Wenn in einem Vertrag gesagt sei, der Abschluss erfolge auf fremde Rechnung<sup>96</sup>, bedeute dieser Hinweis ohne konkrete Namensnennung gerade, dass der Versicherer die Gefahr übernehme, die versicherte Person nicht zu kennen. Hierbei stützte sich das Gericht auf zeitgenössische Veröffentlichungen von Sieveking und Benecke<sup>97</sup>. Auch aus der Angabe, der Auftrag komme aus Flensburg, habe die Versicherung nicht zwingend schließen dürfen, es könne kein Schiffer versichert werden. Zwar saß der versicherte Schiffer in Königsberg, aber wörtlich war durch die bloße Angabe von Flensburg über die Art des Transports nichts gesagt. Die Erwähnung eines Konnossements<sup>98</sup> im Versicherungsvertrag sei ebenfalls kein zwingendes Argument dagegen, dass ein Schiffer versichert sein könne. Dies belegte das Oberappellationsgericht umfassend mit zahlreichen Gesetzen von Portugal bis Schweden<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> AHL OAG L I 117 Q 20: Entscheidungsgründe, 4–5; Dokumentation der Entscheidung auch bei *Brubn*, Sammlung, Bd. 1 (Fn. 71) 281 (285); erwähnt auch bei *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 216; zur handelsrechtlichen Konzeption des ALR *Peter Raisch*, Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert (Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 27, Stuttgart 1962) 34–44.

<sup>96</sup> Zu älteren Rechtsproblemen bei Fahrten des Schiffers auf fremde Rechnung *Albrecht Cordes*, Flandrischer Copiar Nr. 9. Juristischer Kommentar, in: Seerecht im Hanseraum des 15. Jahrhunderts. Edition und Kommentar des Flandrischen Copiar Nr. 9, herausgegeben von *Carsten Jahnke*, *Antjekathrin Graßmann* (Veröffentlichungen zur Geschichte der Hansestadt Lübeck B 36, Lübeck 2003) 119–144 (124); im Folgenden zitiert: *Cordes*, Flandrischer Copiar.

<sup>97</sup> Zitiert werden *Johann Peter Sieveking*, Von der Assecuranz für Rechnung eines ungenannten Versicherten (Göttingen 1791) §§ 8, 10, 12, S. 22, 28, 34 ff.; *Benecke*, System, Bd. 2 (Fn. 63) 47 ff.

<sup>98</sup> Zur Funktion von Konnossementen im Seehandel *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 192, dort 193 auch kurz zur Entscheidung in Sachen Schirmhoff.

<sup>99</sup> Zitiert werden Ordonnance touchant la Marine 1681 L. 3, T. 6, Art. 62; Code de Commerce Art. 344, 345; Assecuranz-Ordnung von Bilbao von 1737 Cap. 22, Art. 39; Hamburger Assecuranz Ordnung Tit. 13 Art. 3; Schwedische Assecuranz- und Havarie Ordnung Art. 14 § 4; aus der Literatur werden zitiert: *Nicolas Magen*, Versuch über Assecuranzen und Havareyen und Bodmereyen insgemein und über verschiedene hiebeigefügte Vorfälle (Hamburg 1753) 882; *Johann Andreas Engelbrecht (anonym)*, Der wohlunterwiesene Schiffer (Lübeck 1792) Cap. 3 § 15 21–22.

Außerdem enthält die Urteilsbegründung überraschende Ausführungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die rechtshistorische Forschung geht allzu oft wie selbstverständlich davon aus, Formularverträge seien als Problem erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts entdeckt worden<sup>100</sup>. Die hier geschilderte Entscheidung von 1829 liegt um Jahrzehnte früher<sup>101</sup>. Das Oberappellationsgericht gestand der Versicherung zu, dass es „keine eigenen Formulare für Assecuranzen auf Schiffergut“ gebe. „Aber es versteht sich von selbst, daß die in den gebräuchlichen, durch die Hamb[urgische] Assecur[anz] Ordnung<sup>102</sup> vorgeschriebenen Formularen vorkommende Stellen, welche auf Schiffergut nicht anwendbar sind, so oft letzteres versichert wird, ohne Weiteres unwirksam sind, wenn sie auch nicht gestrichen werden. Es ist daher ganz gleichgültig und geschieht auch bei andern Rechtsverhältnissen, wozu man die gedruckten Formulare bedient, gar oft, daß solche Worte, die diesmal keine Anwendung leiden, ungetilgt stehen bleiben“<sup>103</sup>. Das Oberappellationsgericht war also bestrebt, Allgemeine Geschäftsbedingungen<sup>104</sup> weitestgehend in den Vertrag einzubeziehen. Wenn einige Formulklauseln ersichtlich nicht auf den geschlossenen Vertrag passten oder wenn die Parteien vergessen hatten, bestimmte Passagen zu streichen, war dies für die Wirksamkeit der übrigen Klauseln unerheblich. Diese Auslegung wirkte sich vorliegend zu Lasten des Verwenders aus, denn die Versicherung warf ihrem Vertragspartner Täuschung durch Unterlassen vor und wollte mit diesem Argument den Formularvertrag aus der Welt schaffen.

<sup>100</sup> *Sibylle Hofer*, Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: HKK II (Fn. 61) §§ 305–310 Rn. 7, präzisiert zutreffend dahin, dass lediglich die richterliche Inhaltskontrolle als Regelungsproblem erst im späten 19. Jahrhundert erkannt worden sei.

<sup>101</sup> *Pöbels*, Handelsrecht IV (Fn. 53) VIII, bezeichnet Formulare und Policen als „äußerst wichtige, bisher viel zu wenig berücksichtigte Quelle für das Assecuranzrecht“. *Helmut Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd 2: 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern (München 1989) 585, betont, dass im Seerecht „sehr früh“ Allgemeine Geschäftsbedingungen entwickelt worden seien, verzichtet aber auf eine Datierung. Zur Entstehung Allgemeiner Bedingungen in Hamburg mit dem Hinweis, das allgemeine Versicherungsrecht sei zunächst vom Seeversicherungsrecht geprägt gewesen *Siegbert Lammel*, Rechtsbildung durch Verträge und Vertragsbedingungen, in: *Modernisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert*, herausgegeben von *Karl Otto Scherner* (Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 66, Heidelberg 1993) 89–117 (95, 102–103); zu frühen Versicherungsklauseln aus der Hand des Versicherers *Karin Nehlsen-von Stryk*, Die venezianische Seeverversicherung im 15. Jahrhundert (Münchener Universitätschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 64, Ebelsbach 1986) 61–62.

<sup>102</sup> Zur Hamburger Assecuranzordnung umfassend *Thomas Dreyer*, Die „Assecuranz- und Haverer-Ordnung“ der Freien und Hansestadt Hamburg von 1731 (Rechtshistorische Reihe 75, Frankfurt am Main 1990); *Landwehr*, Seerecht im Ostseeraum (Fn. 35) 301.

<sup>103</sup> AHL OAG L I 117 Q 20: Entscheidungsgründe, 14–15.

<sup>104</sup> Im Gegensatz zu modernen Allgemeinen Geschäftsbedingungen waren die Musterformulare in der Assecuranzordnung von 1731 enthalten und damit hoheitlich approbiert. Die einzelnen Formulare befinden sich in: *Der Stadt Hamburg Assecuranz- und Haverer-Ordnung*, gedruckt und publicirt auf Befehl E. Hochw. Raths daselbst (Hamburg 1731) 65–78, auch in *Dreyer*, Assecuranz- und Haverer-Ordnung (Fn. 102) 330–343.

Nachdem für das Gericht die Wirksamkeit des Vertrages feststand, ging es darum zu prüfen, ob der Schiffer den Anspruch auf Auszahlung der Versicherungssumme hatte. Das Oberappellationsgericht stimmte dem städtischen Obergericht darin zu, dass der Kläger keinesfalls zur Beeidigung der Verklärung zugelassen werden konnte. Die auf Bornholm abgegebene Verklärung verwarf das Oberappellationsgericht bereits deswegen, weil die Mannschaft die Schiffspapiere nicht gerettet hatte, obwohl dazu offenbar ausreichend Zeit gewesen war. Dass eine diesbezügliche Pflicht bestand, ermittelte das Gericht durch Hinweis auf das Verhalten, das „jeder vernünftige und vorsichtige Schiffer“ befolge und das in einem Praxishandbuch „Der wohlunterwiesene Schiffer“ nachzulesen sei<sup>105</sup>. An einer Formulierung wie dieser erkennt man, wie der Blick auf die tatsächliche Praxis normative Kraft entfaltet. In der Lübecker Verordnung über Schiffsjournale und Verklarungen vom 18. August 1819 war die Bergung der Schiffspapiere sogar gesetzlich festgeschrieben worden. Das lübische Recht war hier zwar nicht einschlägig, aber das Gericht war sich sicher, „daß, wenn die Zeit es irgend erlaubte, und wenn sogar Kleidungsstücke gerettet wurden, auch für die Bergung des zur Rechtfertigung des Schiffers so nothwendigen Schiffs-Journals gesorgt seyn werde, obgleich solches nicht ausdrücklich in der Verklärung gesagt wurde“<sup>106</sup>. Verkehrsitten und Handelsbräuche, so kann man verallgemeinernd sagen, konnten auf diese Weise rechtliche Bindungswirkung entfalten<sup>107</sup>. Die Gewohnheiten des vernünftigen und vorsichtigen Schiffers wurden so zum Maßstab der Verhaltensanforderungen, die für alle Schiffer galten. Das Gericht ermittelte solche Bräuche durch Auswertung der einschlägigen Praktikerhandbücher<sup>108</sup>. Hier zeigt sich eine erstaunliche Nähe der Rechtsprechung zur Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule. Bekanntlich hatte Savigny betont, dass das Handelsrecht in jeder größeren Handelsstadt „in dem allgemeinen Bewußtsein aller denkenden Kaufleute“ gegründet sei<sup>109</sup>. Die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts veranschaulicht, wie die Richter derartige Gebräuche nicht aus ihren eigenen Vorstellungen selbst deduzierten, sondern aus den tatsächlichen Gepflogenheiten zu ermitteln versuchten. Damit stand freilich nicht fest, dass im konkreten

<sup>105</sup> AHL OAG L I 117 Q 20: Entscheidungsgründe, 18–20, mit Verweis auf *Engelbrecht*, Der wohlunterwiesene Schiffer (Fn. 99) 4. Cap § 3 74; zu diesem Werk *Landwehr*, Das Seerecht der Hanse (Fn. 72) 145.

<sup>106</sup> AHL OAG L I 117 Q 20: Entscheidungsgründe, 21; kurzer Hinweis auf die Entscheidung auch bei *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 174.

<sup>107</sup> Zu Verkehrsitten und ihrer Ermittlung *Peter Oestmann*, Verkehrsitte, Privatautonomie und spontane Ordnung, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 85 (2002) 409–437; *Peter Oestmann*, Die Ermittlung von Verkehrsitten und Handelsbräuchen im Zivilprozeß, in: Juristenzeitung 2003, 285–290.

<sup>108</sup> Erstaunlicherweise erkennt *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 169–212, die Relevanz der zeitgenössischen Literatur für die Rechtsprechung des Lübecker Gerichtshofes nicht, obwohl er die zitierten Rechtsquellen bis in die feinsten Verästelungen nachweist.

<sup>109</sup> Das Savigny-Zitat findet sich bei *Rückert*, Idealismus (Fn. 22) 115. *Mathias Schmoeckel*, Rechtsgeschichte der Wirtschaft seit dem 19. Jahrhundert (Tübingen 2008) 96 Rn. 148, datiert die Nähe zur Historischen Rechtsschule mehrere Jahrzehnte später.

Fall der Schiffer Schirmhof wirklich einen Versicherungsbetrug geplant hatte. Das Oberappellationsgericht hielt ihm die Möglichkeit, das Schiffsunglück durch andere Beweismittel darzulegen, ausdrücklich offen<sup>110</sup>.

Die facettenreiche Urteilsbegründung zu diesem verwickelten Fall scheint in der zeitgenössischen Wahrnehmung des Gerichts große Bedeutung besessen zu haben. Sie taucht nicht nur, was zu erwarten gewesen wäre, in der Sammlung von Bruhn auf<sup>111</sup>, sondern wird gleich an sechs verschiedenen Stellen in der Entscheidungssammlung von Heinrich Thöl dokumentiert<sup>112</sup>. Auf diese Weise war bereits durch die Art der Publikation klargestellt, dass das Urteil auf mehrere Rechtsfragen grundlegende Antworten gab. Zugleich verdeutlicht die getrennte Veröffentlichung verschiedener Auszüge der Entscheidungsbegründung, dass die Rechtsprechung des Gerichts in der Außenwirkung auf die Lösung einzelner Rechtsprobleme zugespitzt wurde. Die einzelnen Rechtsfälle traten demgegenüber deutlich in den Hintergrund. Das war eine klare Abkehr von der älteren gemeinrechtlichen Entscheidungsliteratur, deren Vertreter vielfach komplette Relationen veröffentlicht hatten<sup>113</sup>. Auch wenn der spätere Präsident des Oberappellationsgerichts Johann Friedrich Kierulff vermehrt vollständige Urteilsbegründungen veröffentlichte<sup>114</sup>, zeigen gerade die Anfangsjahre des Gerichts, wie stark sich die Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts von der Tradition des 18. Jahrhunderts abgrenzte. Genau dies beabsichtigten wohl auch Heise und Cropp, als sie in ihren „Juristischen Abhandlungen“ die „wissenschaftliche Erörterung“ höher stellten als die „Sammlung von Rechtsfällen und Urteilsprüchen“<sup>115</sup> und die Zitate der einzelnen Gerichtsentscheidungen deswegen in die Fußnoten verbannten<sup>116</sup>.

Schwerpunktmäßig um den Beweis eines Schiffsunglücks ging es auch in dem 1832 entschiedenen Fall um die Auszahlung der Versicherungssumme nach dem Untergang des Schiffes „Triumph“. Das Schiff war Ende Dezember 1828 in der Nähe von Hirtshals gestrandet. Die Ladung konnte größtenteils geborgen werden, das Schiff selbst wurde dagegen als Wrack verkauft<sup>117</sup>. Rein tatsächlich war vieles streitig. Ob das Schiff wirklich gestrandet war, ob es zuvor neu aufgezim-

<sup>110</sup> AHL OAG L I 117 Q 20: Entscheidungsgründe, 23.

<sup>111</sup> *Bruhn*, Sammlung, Bd. 1 (Fn. 71) Nr. 78, 281–293: ausführliche Wiedergabe mit detaillierter Sachverhaltsschilderung und Prozeßgeschichte.

<sup>112</sup> *Heinrich Thöl* (Hrsg.), *Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands* (Göttingen 1857) Nr. 81, 254, 263, 264, 265, 274.

<sup>113</sup> Überblick über die einschlägigen Werke bei *Heinrich Gebrke*, *Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur Deutschlands* (Ius Commune Sonderheft 3, Frankfurt am Main 1974).

<sup>114</sup> *Johann Friedrich Martin Kierulff* (Hrsg.), *Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der Freien Hansestädte zu Lübeck*, 7 Bde. (Hamburg 1866/1874); Bde. 1–2 unter anderem Titel erschienen.

<sup>115</sup> *Heise, Cropp*, *Juristische Abhandlungen*, Bd. 1 (Fn. 49) V; Zustimmung zu dieser Methode bei *Goldschmidt*, *Wissenschaftliche Behandlung* (Fn. 54) 16.

<sup>116</sup> Zur methodischen Neuheit dieses Vorgehens *Landsberg*, *Geschichte* (Fn. 48) 91; Analyse einer einzelnen Abhandlung bei *Christian Schubel*, *Verbandssouveränität und Binnenorganisation der Handelsgesellschaften* (Jus Privatum 84, Tübingen 2003) 69–72.

<sup>117</sup> Fallschilderung in AHL OAG L I 170, unquadr. Relation von Overbeck vom 17. Juli 1832.

mert worden war, ob es im Eigentum des Versicherungsnehmers gestanden hatte, ob die Versicherungssumme den Wert des Schiffes von Anfang an überstiegen hatte – all dies war zwischen den Parteien umstritten. Das Oberappellationsgericht erließ ein umfangreiches Beweisurteil mit zahlreichen Beweissätzen für den Beweis und Gegenbeweis<sup>118</sup>. In den Entscheidungsgründen ging es umfassend um die Frage, wer welche tatsächlichen Gegebenheiten des Schiffsunglücks zu beweisen habe, damit die Forderung gegenüber der Versicherung als bestehend anerkannt werden konnte. Das Oberappellationsgericht näherte sich wieder grundsätzlich dem Problem. Die Kläger, so hieß es, hätten nur die Strandung des Schiffes zu beweisen und dass dasselbe zum Wrack geworden sei. Denn genau dagegen hätten sie das Schiff versichert. Weder die näheren Umstände des Seeunfalls mussten sie dagegen beweisen „noch den Causal-Nexus zwischen demselben und der Strandung. Denn der Schadens-Anspruch<sup>119</sup> eines Versicherten ist begründet, sobald nachgewiesen wird, daß den versicherten Gegenstand auf der versicherten Reise ein Unfall betroffen, dessen Risico der Versicherer übernommen hat, und dazu gehört im vorliegenden Falle [...] jede Seegefahr“<sup>120</sup>. Dagegen sei es Aufgabe der Versicherung zu beweisen, dass die Schiffsmannschaft schuldhaft gehandelt habe.

Überhaupt kam das Gericht dem Versicherungsnehmer auch in zwei anderen Punkten zu Hilfe. Wenn die Versicherung behauptete, das Schiff habe zum Zeitpunkt des Seeunfalls nicht mehr dem Versicherungsnehmer gehört, dessen Eigentum zuvor aber unzweifelhaft gewesen sei, müsse die Versicherung beweisen, „daß das Eigentum des früheren Eigentümers aufgehört hat“<sup>121</sup>. Und auch die Behauptung, das Schiff sei viel weniger wert gewesen als die Versicherungssumme, hatte die Versicherung zu beweisen<sup>122</sup>. Interessant an der Begründung ist abermals, mit welcher Selbstverständlichkeit das Gericht römischrechtliche Allegationen mit zeitgenössischen internationalen Rechtsquellen kombinierte und damit allgemeine Regeln konstruierte, hier zur Beweislastverteilung bei Versicherungsansprüchen. Ganz nebenbei ging das Oberappellationsgericht noch auf ein Pro-

<sup>118</sup> AHL OAG L I 170 Q 20: Urteil.

<sup>119</sup> Mit der Verwendung des Begriffs „Anspruch“ benutzte das Oberappellationsgericht eine wegweisend moderne Terminologie, deren Durchbruch in der Rechtslehre erst mit *Bernhard Windscheid*, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts* (Düsseldorf 1856), begann; zum terminologischen Problem *Hans-Georg Hermann*, *Verjährung*, in: *HKK-BGB I* (2003) (Fn. 61) §§ 194–225 Rn. 19–29 1009–1010; *Andreas Kollmann*, *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht* (Schriften zur Rechtsgeschichte 68, Berlin 1996) 610–611. Möglicherweise verwandte das Oberappellationsgericht „Anspruch“ aber lediglich im untechnischen Sinn.

<sup>120</sup> AHL OAG L I 170 Q 21: Entscheidungsgründe, 17.

<sup>121</sup> AHL OAG L I 170 Q 21: Entscheidungsgründe, 28, mit Verweis auf C. 4, 19, 12; D. 22, 3, 12 und auf *August Bethmann-Hollweg*, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses* (Berlin, Stettin 1827) 346–347; *Heise, Cropp*, *Juristische Abhandlungen*, Bd. 2 (Fn. 49) Nr. 5 § 4–6 147–153.

<sup>122</sup> AHL OAG L I 170 Q 21: Entscheidungsgründe, 39–40, mit Verweis auf Allgemeines Preußisches Landrecht Teil 2, Titel 8, § 2170 und § 2169; Code de Commerce Art. 332, 339 im Vergleich mit Art. 336.

blem ein, das sich aus der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ergeben hatte. Diese widersprachen nämlich teilweise den sonstigen schriftlichen Klauseln. Dazu meinte das Gericht unter Verweis auf die Hamburger Assekuranzordnung, den schriftlichen Vereinbarungen sei immer Vorzug zu geben vor den gedruckten Bedingungen der *Police*<sup>123</sup>. Die Nachrangigkeit vorgedruckter Vertragsformulare gegenüber individuellen Vereinbarungen der Parteien war damit in der Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts bereits 1832 anerkannt. Die in der bisherigen Forschung verbreitete, bereits erwähnte Auffassung, das Problem Allgemeiner Geschäftsbedingungen sei erst im späten 19. Jahrhundert als neuartige Regelungsmaterie aufgetaucht, dürfte aufgrund derartiger Beispiele kaum zu halten sein.

### Schmuggeleiprobleme

Weitere Rechtsprobleme, mit denen sich das Oberappellationsgericht zu beschäftigen hatte, erwuchsen aus Schmuggeleigeschäften. In einem 1829 entschiedenen Fall hatte der beklagte Lübecker Schiffer Hoffmester sich verpflichtet, eine Warenlieferung der Kaufleute Beel & Co. nach St. Petersburg an einen Carl Rachau zu liefern. Der Schiffer übernahm bis auf Seegefahr alle Risiken des Transports und verpflichtete sich, im Schadensfall ohne Einredemöglichkeit 2500 Mark Schadensersatz an Beel & Co. zu zahlen. Dafür vergütete Beel dem Schiffer den Transport mit 375 Courantmark. Da der Empfänger die Ware nicht abnahm, wurde sie vom russischen Zoll beschlagnahmt. Beel & Co. nahmen den Schiffer jetzt auf Schadensersatz in Anspruch<sup>124</sup>. Es gab noch Beweisprobleme, insbesondere über die Schadenshöhe. Das Oberappellationsgericht legte den Schwerpunkt der Entscheidungsgründe jedoch auf die Auslegung des Rechtsgeschäfts. Der Anwalt des Schiffers versuchte darzulegen, dass es sich um zwei rechtlich unabhängige Vereinbarungen handle, um einen Frachtvertrag sowie um einen Versicherungsvertrag. Er meinte, beide Rechtsgeschäfte verstießen gegen fremde Zollgesetze und seien deswegen als „*negotium turpe*“<sup>125</sup> anzusehen, das keine Rechte und Pflichten erzeugen könne. Das hier angerissene Problem hatte das Oberappellationsgericht freilich in dem unten ausführlich dargestellten „Dora“-Fall bereits entgegengesetzt entschieden. Daher musste der Prozessbevollmächtigte des Schiffers von der Wirksamkeit des Vertrages ausgehen und durch Auslegung zwei rechtlich unabhängige Verträge konstruieren. Das Gericht lehnte die Aufspaltung in zwei Verträge ab und ging stattdessen von einem einheitlichen Schmuggelvertrag aus. Dafür spreche die außergewöhnliche Verladungsbescheinigung, der hohe Fracht-

<sup>123</sup> AHL OAG L I 170 Q 21: Entscheidungsgründe, 44.

<sup>124</sup> Fallschilderung in AHL OAG L I 111, unquadr. Relation von Overbeck vom 15. Februar 1829, Bogen 1; stark verkürzter Abdruck der Entscheidung bei *Brubn*, Sammlung, Bd. 1 (Fn. 71) Nr. 67 264–265; Hinweis bei *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 183.

<sup>125</sup> Das römische Recht untersagte sittenwidrige Stipulationen (*turpes stipulationes*, D. 45, 1, 26), dazu *Heinrich Honsell*, Römisches Recht (Berlin, Heidelberg 62006) 36; aus dem 19. Jahrhundert mit Fallbeispielen zum *pactum turpe*: *Burkhard Wilhelm Pfeiffer*, Practische Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft (Hannover 1831) 83–88.

lohn, die besondere „Stipulation“<sup>126</sup>, die Ware dem Empfänger „franco abzuliefern“ und die Übernahme des vollen Risikos durch den Schiffer, denn außer der Gefahr des Einschmuggelns gab es keine weiteren Risiken, die der Schiffer hätte übernehmen können<sup>127</sup>. Die Vertragsauslegung stand ganz am Anfang der rechtlichen Erwägungen und deswegen waren nach dem klaren Wortlaut der Vereinbarung die Ansprüche der Klägerin „an sich“ für völlig begründet zu halten<sup>128</sup>. Dieses Ergebnis beruhte darauf, dass der Verstoß gegen fremde Zollgesetze in der Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts für die Wirksamkeit von Schuldverträgen unerheblich war<sup>129</sup>.

### *Entscheidungen in Fällen mit feststehendem Sachverhalt*

Entscheidungen zu unstreitigen Sachverhalten sind in den ausgewerteten Prozessakten ausgesprochen selten. Fast immer gab es noch nicht geklärte Beweisschwierigkeiten, von deren Lösung die materiellrechtliche Beurteilung der Sachlage abhing. Es passt ins Bild, dass der erste Fall, bei dem das Oberappellationsgericht keine Beweisfragen zu lösen hatte, mit Verjährungsproblemen zu tun hatte, die ja ebenfalls auf der Grenzlinie zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht angesiedelt sind<sup>130</sup>. Es ging um ein Schiffsunglück, das sich bereits im Dezember 1814 vor der dänischen Küste bei Graerup 41 Meilen von Hamburg entfernt zugetragen hatte. Das Schiff strandete, das Wrack und die Takelage wurden verkauft<sup>131</sup>. Erst elf Jahre später, im April 1825, wurden die entstandenen Schäden in einer Dispache<sup>132</sup> aufgeteilt. Wegen der Rückgriffsansprüche gegen den Versicherer bevollmächtigte der Hamburger Reeder das Lübecker Handelshaus Arnold Hornemann mit der Wahrnehmung seiner Rechte. Hornemann klagte im Juni 1826 vor dem Lübecker Niedergericht<sup>133</sup>. Die Versicherung wandte ein, der Vertragsschluss im Dezember 1814 sei zeitlich so unmittelbar nach dem Unglück geschehen, dass der Verdacht bestehe, der Versicherungsnehmer habe zu diesem Zeitpunkt bereits von der Strandung gewusst. Hier gab es aber offenbar ein Beweisproblem. Daher stützte sich die Versicherung schwerpunktmäßig nur auf die Einrede, die Forderung sei nach 11 Jahren und sechs Monaten inzwischen bereits

<sup>126</sup> Zum Rechtsbegriff Stipulation in der Rechtssprache des 19. Jahrhunderts *Sebastian Berg*, Die Stipulation in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Berichte aus der Rechtswissenschaft), Aachen 2009.

<sup>127</sup> AHL OAG L I 111 Nr. 15: Entscheidungsgründe, 4–5.

<sup>128</sup> AHL OAG L I 111 Nr. 15: Entscheidungsgründe, 6.

<sup>129</sup> Dazu unten bei der Besprechung des „Dora“-Falls.

<sup>130</sup> *Hermann*, Verjährung (Fn. 119) §§ 194–225 Rn. 19.

<sup>131</sup> AHL OAG L I 92, unquadr. Relation von Hach vom 7. Februar 1828, verlesen 15. April 1828.

<sup>132</sup> Dispache: Formgerechte Schadensfeststellung und -verteilung bei der Havarie, dazu Deutsches Rechtswörterbuch. Wörterbuch der älteren deutschen Rechtssprache, Bd. 2 (1932/35) 1011, heute Legaldefinition in § 706 Nr. 7 HGB.

<sup>133</sup> Zur Zuständigkeit des Niedergerichts *Krause*, Lübecker Gerichtsverfassung (Fn. 1) 325, für die ältere Zeit ebenda 198–203.

vollkommen erloschen<sup>134</sup>. Hierfür berief sie sich auf die Hamburgische Assekuranzordnung, die in Titel 17 Artikel 2 klar besagte, dass eine Forderung gänzlich erlösche, wenn der Assekurierte sie innerhalb von zehn Jahren nach der Schadensanzeige nicht gerichtlich einklage<sup>135</sup>. Die Geltung dieses Hamburger Gesetzes hatten die Parteien des Versicherungsvertrages vereinbart<sup>136</sup>. Der Bevollmächtigte des Versicherungsnehmers wollte diese Vorschrift teleologisch reduzieren und trug vor, auf Verjährung könne sich nur berufen, wer gutgläubig sei. Die Versicherung habe aber Kenntnis vom Unglücksfall gehabt, deswegen könne die Verjährung hier nicht eintreten. Das Oberappellationsgericht widersprach dieser Auffassung in vollem Umfang. Bereits das römische Recht habe klargestellt, dass es bei der Verjährung nicht auf guten und bösen Glauben ankomme. Diese Bestimmung sei durch das kanonische Recht nicht aufgehoben worden<sup>137</sup>. Ohne große Worte war damit zugleich der auch im weltlichen Recht des 19. Jahrhunderts selbstverständliche Vorrang des jüngeren kanonischen Rechts vor dem älteren römischen Recht klargestellt<sup>138</sup>. Im kanonischen Recht, so das Oberappellationsgericht, gebe es lediglich eine Ausnahme, sofern man im Besitz einer Sache sei, die der Eigentümer zurückfordere<sup>139</sup>. Das sei allerdings beim Schiffsunglück nicht der Fall, und da ohnehin das Hamburger Recht aufgrund der Parteivereinbarung vorrangig anwendbar sei, sei „aus jenem Statute gar kein Entscheidungsgrund herzunehmen“<sup>140</sup>. Hier zeigt sich eine zumindest in den Anfangsjahren der gerichtlichen Tätigkeit typische Argumentation der Lübecker Richter. Obwohl die Parteien die Geltung Hamburger Partikularrechts vereinbart hatten, führte das Gericht dieses in der Entscheidungsbegründung nur ergänzend an, um ein ohnehin schon feststehendes Ergebnis abermals zu belegen. Vorrangige Rechtsquellen waren offenbar gemeinrechtliche Lehrsätze<sup>141</sup> oder vielmehr die auf der Grundlage umfassender Quellenkenntnis konstruierten allgemeinen Rechtssätze. Das Partikularrecht, obwohl es in der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts wie schon im *Usus modernus* vorrangig vor dem subsidiär geltenden gemeinen Recht zu beachten war<sup>142</sup>, verlor in der Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts an Bedeutung.

<sup>134</sup> Zum Rechtsfolgenproblem bei der Verjährung *Hermann*, Verjährung (Fn. 119) §§ 194–225 Rn. 21.

<sup>135</sup> Einzelheiten bei *Pöhls*, Handelsrecht, Bd. 4 (Fn. 53) 769–772.

<sup>136</sup> AHL OAG L I 92 Q 16: Entscheidungsgründe, 7.

<sup>137</sup> AHL OAG L I 92 Q 16: Entscheidungsgründe, 4, mit Literaturverweis auf *Johann Adam Seuffert*, Erörterungen einzelner Lehren des Römischen Privatrechts, Bd. 1 (Würzburg 1820) Nr. 17 Kap. 3.

<sup>138</sup> Allgemein zum Verhältnis von römischem und kanonischem Recht *Udo Wolter*, *Ius canonicum in iure civili*. Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte (Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte 23, Köln, Wien 1975).

<sup>139</sup> AHL OAG L I 92 Q 16: Entscheidungsgründe, 4, mit Verweis auf *Carl August Möllenthal*, Ueber die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung (Erlangen 1820) § 16.

<sup>140</sup> AHL OAG L I 92 Q 16: Entscheidungsgründe, 7; *Bruhns*, Sammlung, Bd. 1 (Fn. 71) Nr. 56 239–243 (242).

<sup>141</sup> Zu diesem Ausgangspunkt *Bergfeld*, Handelsrechtliche Entscheidungen (Fn. 8) 81.

<sup>142</sup> Zum Verhältnis von gemeinem Recht und Partikularrecht *August Ludwig Reyscher*, Be-

Das Bestreben nach Rechtsvereinheitlichung scheint die Rechtsprechung geprägt zu haben. Die objektiv bestehende Rechtsvielfalt verlor auf diese Weise ihre rechtszersplitternde Bedeutung und wurde durch übergreifende, allgemeine Rechtssätze ersetzt<sup>143</sup>. Ob es sich hierbei um eine Besonderheit seerechtlicher Konflikte mit ihren ohnehin überregionalen Handelswegen handelte oder ob dies auch in anderen Bereichen der gerichtlichen Tätigkeit zu beobachten ist, lässt sich beim jetzigen Forschungsstand nicht abschätzen.

Ein weiterer rein materiellrechtlich gelagerter Streit wurde vom Oberappellationsgericht am 22. Dezember 1831 entschieden. Es ging wie so oft um den Verlust einer Schiffslieferung bei winterlichen Seeverhältnissen<sup>144</sup>. In alter Zeit war die Seefahrt auf der Ostsee zwischen dem 11. November und dem 22. Februar generell verboten gewesen<sup>145</sup>. Im 19. Jahrhundert waren Seereisen auch im Dezember und Januar dagegen rechtlich unproblematisch, aber weiterhin gefährlich. Im Dezember 1828 hatten der Lübecker Schiffer Peter Larsen und Dietrich Gottlieb Witte einen Frachtvertrag über die Lieferung von Südfrüchten von Lübeck nach Reval<sup>146</sup> geschlossen. Das Schiff stach Silvester in See, lief aber bereits am 15. Januar 1829 wieder am Ausgangshafen Travemünde ein, weil es aufgrund des Wetters während der Fahrt nicht möglich gewesen war, die Luken zu öffnen. Im Schiffsraum hatte sich große Hitze entwickelt. Da die Mannschaft befürchtete, aufgrund von Qualm und Dampf könne das Obst verderben, war sie unverrichteter Dinge zurückgekehrt. Der Schiffer fragte seinen Vertragspartner, was er zur Erhaltung der Ware unternehmen solle. Dieser teilte ihm aber lediglich mit, er sei nur Spediteur, die Konnossemente<sup>147</sup> seien bereits nach Russland verschickt und daher „müsse er es dem Schiffer anheim stellen, das zur Erhaltung der Ware beste vorzunehmen“<sup>148</sup>. Als das Wetter sich gebessert hatte, öffnete der Schiffer die Luken. Dabei stellte die Mannschaft fest, dass die Ladung zum einen nass geworden war, zum anderen die Kisten so heiß waren, dass man sie mit bloßen Händen kaum anfassen konnte. Der Steuermann und die Matrosen gaben darüber eine Verklarung ab und der Schiffer forderte von seinem Vertragspartner Witte Ersatz für die von ihm zur Erhaltung der Früchte verausgabten Kosten.

griff des gemeinen deutschen Rechts, in: Zeitschrift für deutsches Recht 10 (1846) 153–180 (157).

<sup>143</sup> So auch *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 242; *Landwehr*, Seerecht der Hanse (Fn. 72) 147; allgemein für die Handelsrechtswissenschaft *Rückert*, Handelsrechtsbildung (Fn. 64) 45.

<sup>144</sup> Sachverhalt bei AHL OAG L I 153, unquadr. Relation von Cropp vom 9. September 1831.

<sup>145</sup> *Cordes*, Flandrischer Copiar Nr. 9 (Fn. 96) 126.

<sup>146</sup> Unrichtig *Lorenzen-Schmidt*, Gesamtinventar, Bd. 2 (Fn. 9) 513; Riga.

<sup>147</sup> Konnossement: Empfangsbekanntnis des Schiffers sowie das Versprechen, das eingenommene Gut an den genannten Empfänger auszuliefern; zur Bedeutung im Seerecht *Götz Landwehr*, Das preußische Seerecht vom Jahre 1727 im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung, in: ZNR 8 (1986) 113–142 (123); nachgewiesen auch in: Deutsches Rechtswörterbuch. Wörterbuch der älteren deutschen Rechtssprache, Bd. 7 (1974/83) 1247.

<sup>148</sup> AHL OAG L I 153 Q 21: Entscheidungsgründe, 3.

Das Oberappellationsgericht wies in einer auf den ersten Blick sehr harten Entscheidung den Anspruch in vollem Umfang ab, verwies den Fall zur Klärung weiterer Fragen aber an das Niedergericht zurück<sup>149</sup>. In der Urteilsbegründung gelang es dem Gericht wie auch in anderen Fällen, sämtliche Streitigkeiten auf rein schuldrechtliche Fragestellungen zurückzuführen. Damit erhielt die Lösung abermals juristische Durchsichtigkeit und Verallgemeinerbarkeit. Als denkbare Anspruchsgrundlagen bzw. *actiones* prüfte das Gericht Geschäftsführung ohne Auftrag (*negotiorum gestio*) sowie den Frachtvertrag. Erstaunlicherweise stand die Geschäftsführung, als ein Quasikontrakt, am Anfang der Prüfung, war also offenbar vorrangig gegenüber dem Vertrag<sup>150</sup>. Vergleichsweise knapp lehnte das Gericht den Aufwendungsersatz aus zwei Gründen ab. Zum einen habe der Geschäftspartner des Klägers in Lübeck gegessen. Er hätte also die Möglichkeit gehabt, jederzeit nach dem Einlaufen des Schiffes nach Travemünde zu fahren und sich dort selbst um das Obst zu kümmern. Dies habe er aber nicht getan. Zum zweiten habe Witte erklärt, er sei lediglich Spediteur und habe die Konnossemente bereits nach Russland versandt. Das Oberappellationsgericht folgerte aus beiden Gesichtspunkten, Witte als Auftraggeber habe an der Rettung der Südfrüchte für den Kläger erkennbar kein Interesse gehabt. An dieser Stelle folgt in der Entscheidungsbegründung ein Satz mit Lehrbuchcharakter: „Nun aber kann aus einer Geschäftsführung gegen den kein Recht erworben werden, welcher selbst erklärt hat, bey der Sache nicht interessiert zu seyn, selbst damit nichts zu thun haben will, und sie also für sich abondonnirt“<sup>151</sup>. Dogmatisch fällt auf, dass das Gericht zwischen der Frage, ob der Beklagte überhaupt Geschäftsherr war, also ob es sich bei den Versuchen, die Südfrüchte zu konservieren, um ein Geschäft von Witte handelt habe, und der damit verbundenen Frage, ob dies dem Willen von Witte entsprochen habe, nicht differenzierte. Unter das Interesse an der Geschäftsführung ließen sich beide Problemkreise subsumieren.

Erst nach der Verneinung des Aufwendungsersatzanspruchs aus *negotiorum gestio* wandte sich das Gericht einem vertraglichen Zahlungsanspruch zu. Auch hier zeigt sich das Bestreben, verallgemeinerbare Lösungen zu finden, die aus partikularrechtlichen Beschränkungen ausbrechen. Im Grundsatz erkannte das Gericht zunächst die Pflicht des Schiffers an, bei Seeunfällen und im Nothafen das Beste für die Ladung zu versuchen. Dies folge aus der Analogie einer Vorschrift des lübischen Rechts über das Kühlen von Getreide und das Bergen von Schiffs-

<sup>149</sup> AHL OAG L I 153 Q 20: Urteil vom 22. Dezember 1831; ausführlich auch bei *Bruhn*, Sammlung, Bd. 1 (Fn. 71) Nr. 97 385–397 (387). *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 171–172, kennt das Urteil durch die Veröffentlichung bei Bruhn, datiert es aber irrtümlich auf den 2. Dezember 1831 und geht davon aus, das Oberappellationsgericht habe den Auslagenersatz des Schiffers bejaht.

<sup>150</sup> Zur *negotiorum gestio* des gemeinen Rechts *Ursula Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte (Wien, New York 52005) 283; *Reinhard Zimmermann*, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Nachdruck München 1993 der Ausgabe Kapstadt 1990) 433–450. Ich danke Nils Jansen für dogmenhistorische Hinweise.

<sup>151</sup> AHL OAG L I 153 Q 21: Entscheidungsgründe, 4.

gut im Falle eines Schiffbruchs<sup>152</sup>. Das Bestreben, die partikularrechtliche Beengtheit zu überwinden, sieht man vor allem daran, dass die Urteilsbegründung, obwohl das Ergebnis schon feststand, noch anfügt, dasselbe folge auch aus der „Natur des Frachtcontractes als einer Art des Miethcontractes, wobey der Empfänger der Sache für die Erhaltung derselben allen Fleiß eines sorgsam Hausvaters anwenden muß“<sup>153</sup>. Der Hinweis auf die „Natur der Sache“, der im Urteil auftaucht<sup>154</sup>, war ein von Georg Arnold Heise bereits vor seiner Zeit als Präsident des Lübecker Oberappellationsgerichts häufig benutzter Topos<sup>155</sup>. Seine erst später gedruckten Vorlesungen zum Handelsrecht<sup>156</sup> argumentieren vielfach damit und zeigen eine deutliche Nähe zur Rechtsbildungslehre Savignys<sup>157</sup>. Mit derartigen Argumenten ließ das Gericht alle seerechtlichen und partikularen Besonderheiten hinter sich und verlagerte die Lösung ins reine Schuldrecht, nämlich in die Diskussion der jeweiligen Rechte und Pflichten im Mietrecht, also bei der noch als einheitlichem Vertragstyp angesehenen *locatio conductio*<sup>158</sup>. Grundsätzlich gewähre dieser Vertrag Auslagenersatz, meinte das Gericht unter Verweis auf das römische Recht<sup>159</sup>. Der Kläger habe aber die Kontraktklage gegen den falschen Beklagten gerichtet.

Im Anschluss daran prüfte das Oberappellationsgericht, ob der Schiffer wenigstens den vereinbarten Frachtlohn oder einen Teil davon vom Beklagten verlangen könne, wenn „ein den Schiffer betreffener Zufall diesen an der Vollendung der versprochenen Reise verhindert“ habe<sup>160</sup>. Bei dieser Prüfung stand die ge-

<sup>152</sup> AHL OAG L I 153 Q 21: Entscheidungsgründe, 7, mit Verweis auf das Revidierte Lübecker Stadtrecht 1586 6, 1, 8, und das Hansische Seerecht Tit. 3, Art. 19; Tit. 9, Art. 4; Hinweis auf diesen Aspekt der Entscheidung bei *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 180, mit Verweis auf *Bruhn*, Sammlung, Bd. 1 (Fn. 71) Nr. 97 385–397 (389).

<sup>153</sup> AHL OAG L I 153 Q 21: Entscheidungsgründe, 8, mit Hinweis auf *Engelbrecht*, Schiffer (Fn. 99) Abt. 2 Kap. 3 § 24 58.

<sup>154</sup> Zur Natur der Sache auch *Bergfeld*, Handelsrechtliche Entscheidungen (Fn. 8) 81; *Kraglund*, Familien- und Erbrecht (Fn. 5) 136–141; *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 214, geht demgegenüber offenbar davon aus, die Natur der Sache sei als Argument nur im Versicherungsrecht herangezogen worden.

<sup>155</sup> *John Karl-Heinz Montag*, Die Lehrdarstellung des Handelsrechts von Georg Friedrich von Martens bis Meno Pöhls. Die Wissenschaft des Handelsrechts im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts (Rechtshistorische Reihe 48, Frankfurt am Main 1986).

<sup>156</sup> *Heise's Handelsrecht*. Nach dem Originalmanuskript herausgegeben von *Agathon Wunderlich* (Frankfurt 1858); methodische Kritik an Heise als noch zu beschreibend bei *Raisch*, Abgrenzung des Handelsrechts (Fn. 95) 18; zu Unterschieden in der handelsrechtlichen Konzeption Heises gegenüber Georg Friedrich von Martens *Montag*, Lehrdarstellung (Fn. 155) 68.

<sup>157</sup> *Rückert*, Handelsrechtsbildung (Fn. 64) 44; zur Nähe Heises zu Savigny *Otto Lenel*, Briefe Savignys an Heise, in: ZRG RA 36 (1915) 96–156.

<sup>158</sup> Zur Aufspaltung der *locatio conductio* im 19. Jahrhundert *Peter Oestmann*, Mietvertrag, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, herausgegeben von *Mathias Schmoeckel*, *Joachim Rückert*, *Reinhard Zimmermann*, Bd. 3 (im Erscheinen).

<sup>159</sup> AHL OAG L I 153 Q 21: Entscheidungsgründe, 8–9, mit Hinweis auf D. 19, 2, 55, 1; D. 43, 10, 1, 3.

<sup>160</sup> AHL OAG L I 153 Q 21: Entscheidungsgründe, 14.

meinrechtliche Lösung an erster Stelle, erst danach zitierte das Gericht zur Bestätigung die einschlägigen partikularen Rechtsquellen. Das Gericht ging davon aus, dass nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts der Vertrag „aufgelöst worden ist“, ohne dass der Schiffer irgendwelche Ansprüche gegen den Beklagten erheben konnte<sup>161</sup>. Das lag daran, dass der Schiffer unverrichteter Dinge an seinen Ausgangshafen zurückgekehrt sei. Die Umkehr habe auf Zufall, nämlich dem schlechten Wetter, beruht und nicht etwa darauf, dass die Früchte verdorben gewesen seien. Falls der Schiffer die verfaulten Südfrüchte nach Reval gebracht hätte oder unterwegs einen Hafen auf der Strecke angesteuert hätte, könne vielleicht anderes gelten. Jetzt aber sei es dem Verfrachter nur zumutbar gewesen, am Vertrag festzuhalten, wenn durch die notwendige Reparatur der dadurch längere Aufenthalt des Schiffes in Travemünde dem Befrachter nicht nachteilig werde. Dies begründete das Gericht mit dem römischen Recht<sup>162</sup>, aber auch mit zahlreichen Seerechtsnormen von den Rôles d’Oléron<sup>163</sup> über die Vonnesse van Damme<sup>164</sup>, das Seerecht von Wisby<sup>165</sup> bis hin zur preußischen Gesetzgebung des 18. Jahrhunderts<sup>166</sup>. Am Beispiel eines Einzelfalls, nämlich eines verunglückten Obsttransports, hatte das Gericht damit allgemeingültige Regeln für nicht zu vertretende Unmöglichkeit im gegenseitigen Vertrag entwickelt<sup>167</sup>. Zugleich stellte es klar, wo die Grenzlinie zwischen unverschuldeter Verzögerung und gänzlicher Unmöglichkeit lag. Unmöglichkeit war immer dann gegeben, wenn bei einer Verzögerung das Festhalten am Vertrag für den Vertragspartner zu unzumutbaren Nachteilen führte. Vergleichsweise hart mutet es an, wenn das Gericht dem Schiffer selbst einen Teilbetrag der Frachtzahlung verwehrte. Mehrere Seerechte erkannten diesen Anspruch prinzipiell an<sup>168</sup>, aber das Gericht hielt zwingend dagegen,

<sup>161</sup> Hierfür wird D. 19, 2, 15, 6 angeführt; zu diesem Aspekt der Entscheidung auch *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 185–189.

<sup>162</sup> AHL OAG L I 153 Q 21: Entscheidungsgründe, 17–18: Verweis auf D. 19, 2, 24, 4; D. 19, 2, 27 pr.

<sup>163</sup> Verweis auf Rôles d’Oléron Art. 4; zu den Rôles d’Oléron *Julia Schweitzer*, Schiffer und Schiffsmann in den Rôles d’Oléron und im *Llibre del Consolat de Mar*. Ein Vergleich zweier mittelalterlicher Seerechtsquellen (Rechtshistorische Reihe 331, Frankfurt am Main 2007).

<sup>164</sup> Verweis auf „Leges Dammenses Vonn[esse] 4“, vom Oberappellationsgericht zitiert nach der Ausgabe von *Jean Marie Pardessus*, *Collection des lois maritimes antérieures au XVIII<sup>e</sup> siècle*, 6 Bde. (Paris 1828/45), Bd. 1 (1828) 373; zur Vonnesse van Damme *Marc Ryckaert*, Art. Damme, Seerecht, in: *Lexikon des Mittelalters III* (1986) 475.

<sup>165</sup> Verweis auf „Wisbysches Seerecht Art. 16, 37 (edit. v. Engelbrecht)“; zur Quelle *Landwehr*, Seerecht im Ostseeraum (Fn. 35) 279–280, 283–284.

<sup>166</sup> Verweis auf Preußisches Seerecht von 1727 Tit. 5, Art. 31; Allgemeines Preußisches Landrecht Teil 2, Titel 8 § 1703; zum preußischen Seerecht *Landwehr*, Das Preußische Seerecht (Fn. 147) 113–142; *Landwehr*, Seerecht im Ostseeraum (Fn. 35) 288–289, 296–298.

<sup>167</sup> Zur Problemgeschichte *Joachim Rückert*, Vom casus zur Unmöglichkeit und von der Sphäre zum Synallagma. Weichenstellungen bei der Risikoverteilung im gegenseitigen Vertrag, entwickelt am Beispiel des Dienstvertrages, in: ZNR 6 (1984) 40–73 (mit Beispielen zum Seerecht 51).

<sup>168</sup> AHL OAG L I 153 Q 21: Entscheidungsgründe, 18–19, mit Verweis auf D. 19, 2, 9, 1; D. 19, 2, 33; D. 19, 2, 36; Rôles d’Oléron Art. 4; Ordonnance de la Marine Buch 3, Titel 3, Art. 11, 22; Code de Commerce Art. 296; Niederländisches Handelsgesetzbuch Buch 2, Titel

dass das Schiff nicht auf der Route eingekehrt, sondern nach Travemünde zurücksegelt sei. Vergleichsweise knapp wird am Ende der Entscheidung aus der Analogie des lübischen Rechts das bereits gefundene Ergebnis nochmals bestätigt<sup>169</sup>. Eigenständige Bedeutung hatte der Hinweis auf das Partikularrecht auch an dieser Stelle nicht. Dieser Fall ist ein weiteres Beispiel dafür, wie das Gericht aus scheinbaren Spezialproblemen allgemeine dogmatische Sätze entwickelte. Damit trug das Oberappellationsgericht mit der Art seiner Urteilsbegründungen deutlich zur Rechtsvereinheitlichung bei, weil die partikularen Normen jeweils in größere Zusammenhänge eingepasst waren<sup>170</sup>. Die Entscheidungsbegründung zur Unmöglichkeit und zu den Pflichten im Mietvertrag zeigt, wie das Gericht über das Seehandelsrecht hinaus mit seinen Entscheidungen zugleich in zentralen Feldern des Obligationenrechts judizierte<sup>171</sup>.

### Detailuntersuchung: Die Kaperung des Schiffes „Ceres“

Im Gegensatz zu den obersten Gerichten des Heiligen Römischen Reiches steht das Oberappellationsgericht der vier freien Städte im Ruf, die anfallenden Rechtsstreitigkeiten zügig<sup>172</sup> und auf hohem Niveau entschieden zu haben. In der Tat ist man erstaunt, wenn man beispielsweise folgendes Arbeitstempo betrachtet. Von einem Urteil des Lübecker Obergerichts vom 15. Februar 1821 appellierte die beschwerte Partei an das Oberappellationsgericht. Der Appellationslibell datiert vom 30. März 1821<sup>173</sup>. Nur zwei Wochen später, am 14. April 1821, erging bereits das Urteil, durch das die Appellation verworfen wurde<sup>174</sup>. Angesichts solcher Zeitangaben sind freilich die Besonderheiten der Appellationseinlegung zu berücksichtigen. Es war vorgesehen und auch weit verbreitet, dass man auch von Zwischenurteilen an das Oberappellationsgericht appellieren konnte. Auf diese Weise kam es vor, dass bestimmte Lebenssachverhalte die Richter am Oberappellationsgericht immer wieder mit nur geringfügig veränderten Streitgegenständen beschäftigten. In diesen Fällen standen regelmäßig prozessuale Probleme im Mittelpunkt der vom Lübecker Tribunal zu entscheidenden Rechtsstreitigkeiten. Das soeben genannte Beispiel kann dies veranschaulichen.

5, Art. 28; Hamburger Statut Teil 2, Titel 14, Art. 3; Preußisches Seerecht von 1727 Tit. 5, Art. 31; Allgemeines Preußisches Landrecht Teil 2, Titel 8 § 1702, 1705; Schwedisches Seerecht Hauptstück 2 Kap. 12.

<sup>169</sup> AHL OAG L I 153 Q 21: Entscheidungsgründe, 19–23.

<sup>170</sup> Ähnlich *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 242; für die zeitgenössische Wissenschaft *Rückert*, Handelsrechtsbildung (Fn. 64) 45.

<sup>171</sup> Diese Entscheidung ist ausführlich dokumentiert bei *Bruhns*, Sammlung, Bd. 1 (Fn. 71) Nr. 97 385–397.

<sup>172</sup> Zu Verzögerungen bei der Urteilstätigkeit in der Zeit um 1848 *Lorenzen-Schmidt*, Allgemeine Einführung (Fn. 40) 12; *Polgar*, Oberappellationsgericht (Fn. 2) 91–92.

<sup>173</sup> AHL OAG L I 1 Nr. 1: Appellationslibell.

<sup>174</sup> AHL OAG L I 1 Nr. 2: Urteil, Nr. 3: Entscheidungsgründe.

Im Jahre 1812, als Lübeck noch unter französischer Herrschaft stand, wurde von einem Kaperkapitän<sup>175</sup> das schwedische Schiff „Ceres“ unberechtigt aufgebracht<sup>176</sup>. Die Kaperreederei Castel Sohn hatte das Kaperschiff 1812 in Hamburg ausgerüstet. Das Kaperschiff ertappte die „Ceres“ dabei, als diese gerade von Neustadt nach Schweden unterwegs war. Auf Befehl der französischen Marine wurde der verderbliche Teil der Ladung sofort verkauft. Bereits im Dezember 1812 erkannte das französische Prisengericht<sup>177</sup> die Kaperung für illegal und sprach dem Schiffseigentümer sowie den Eigentümern der Waren Schadensersatz zu. In Paris klagten die Geschädigten und erhielten 1815 vom Handelsgericht ein obsiegendes Versäumnisurteil. Da die Kaperreederei bald darauf in Insolvenz fiel, wandten sich die Anspruchsteller an einen Nicolaus Hermann Müller. Gleich im ersten seerechtlichen Verfahren, das das Oberappellationsgericht in einer Lübecker Sache beschäftigte, ging es um den Schadensersatzanspruch, den die durch die Kaperung Geschädigten gegen Müller als angeblichen Bürgen des Kaperkapitäns geltend machten. Die Bürgschaft sollte am 13. Januar 1812 in Travemünde im Büro eines französischen Marinekommissars unterzeichnet worden sein. Der Beklagte wandte ein, er sei am fraglichen Tage mit dem französischen Kommissar nicht in Travemünde, sondern in Lübeck mit der Inventarisierung einer Schiffsladung beschäftigt gewesen. Daher könne er die Bürgschaftsurkunde nicht in Travemünde unterschrieben haben. Er sprach sogar vom „absoluten Mangel ihrer Beweisfähigkeit“<sup>178</sup>. Das Lübecker Niedergericht ließ es in seinem Urteil vom 15. Juni 1820<sup>179</sup> allerdings ausreichen, dass der Bürge die Erklärung überhaupt unterzeichnet habe. Gegen dieses Beweisurteil appellierte der Bürge ans Lübecker Obergericht, doch dieses bestätigte das erstinstanzliche Urteil. Im Appellationsverfahren am Oberappellationsgericht beantragte der Interessenvertreter des Bürgen „zu erkennen: daß die zu den Acten gebrachte Bürgschafts-Acte, wegen der ihr erweislich anklebenden Nichtigkeit, zum Beweise der Klage nicht geeignet sey, mithin auch irgend eine Erklärung darob vom Appellanten nicht begehrt werden dürfe“<sup>180</sup>. Der Streit ist nur vor dem Hintergrund der im oberappellationsgerichtlichen Prozessrecht weiterhin anerkannten gesetzlichen Beweistheorie verständlich<sup>181</sup>. Der Appellant wollte das Gericht jedenfalls auf die formale Verwerfung

<sup>175</sup> Kaper: ein Schiff, das mit der Absicht ausgerüstet wird, in Kriegszeiten feindliche Schiffe samt Ladung wegzunehmen, insbesondere auch, wenn es sich um das Eigentum von Privatleuten handelt, dazu *Brockhaus Bilder-Conversations-Lexikon*, Bd. 2 (Leipzig 1837) 547–548.

<sup>176</sup> Zusammenfassung des Sachverhalts auch in AHL OAG L I 43, unquadr. Relation von Cropp, dort I: Factum.

<sup>177</sup> Prisengericht, frz. Conseil de prise: ein seerechtliches Gericht, das die Rechtmäßigkeit von Seebeute in Kriegszeiten zu beurteilen hat, dazu *Jacob Grimm, Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch, Bd. 7 (Leipzig 1889) 2134; *Meyers Großes Konversations-Lexikon* Bd. 16 (Leipzig 1905/09) 353.

<sup>178</sup> AHL OAG L I 1 Nr. 1: Appellationslibell.

<sup>179</sup> Irrtümlich auf 1821 datiert bei *Lorenzen-Schmidt*, Gesamtinventar, Bd. 2 (Fn. 146) 485.

<sup>180</sup> AHL OAG L I 1 Nr. 1: Appellationslibell, 11.

<sup>181</sup> Zum Beweisrecht am Oberappellationsgericht Lübeck *Tirtasana* (Fn \*); allgemein *Peter Oestmann*, Art. Beweis, in: *Enzyklopädie der Neuzeit* 2 (2005) 122–127.

der Urkunde als Beweismittel festlegen. Das Oberappellationsgericht fertigte ihn aber kurzerhand ab. Falls der Appellant die Bürgerschaftsurkunde selbst unterschrieben habe, sei er zu zahlen verpflichtet, und zwar unabhängig davon, wo und wann er die Unterschrift geleistet habe. Diese Erwägung leitete das Gericht aus dem römischen Recht ab<sup>182</sup>. Außerdem stützte sich das Oberappellationsgericht auf das Beweisrecht des französischen „bürgerlichen Gesetzbuchs“, also auf den Code Civil. Die Lösung war offenbar so einfach, dass der Appellat nach den Vorgaben der vorläufigen Oberappellationsgerichtsordnung gar nicht erst anzuhören war. Vielmehr wurde, wie oben erwähnt, die Appellation wegen Unschlüssigkeit nach nur zwei Wochen abgewiesen.

Fünf Monate später hatten die Richter des Oberappellationsgerichts denselben Fall wieder auf dem Tisch. Gegen dasselbe Obergerichtsurteil hatte die Gegenseite ebenfalls Appellation eingelegt. Auf diese Weise zeigten sich die Nachteile, wenn man scheinbar gegen noch so kleine Interlokute appellieren durfte. Jetzt ging es um die Höhe des zu leistenden Schadensersatzes. Die Anspruchsteller wollten den Bürgen im Wege des Versäumnisurteils verurteilen lassen, weil dieser die Schadensersatzforderung „nur im allgemeinen unrichtig und übertrieben genannt“, nicht aber in ihrer Höhe speziell bestritten hatte. Das Oberappellationsgericht hielt dieses Verhalten im Urteil vom 22. September 1821<sup>183</sup> aber für „so üblich, daß dem Bekl[agten] daraus nicht der Vorwurf der contumacia in respondendo gemacht werden könne“<sup>184</sup>. Die Entscheidung ist auf das Lübecker Stadtrecht von 1586, eine Verordnung vom 4. Mai 1814 sowie auf das Lehrbuch von Martin zum bürgerlichen Prozess<sup>185</sup> gestützt. Nebenbei erfährt man, dass in Paris 1815 das Versäumnisurteil aufgrund von Art. 156 des Code de procédure ergangen war.

Die dritte Befassung des Oberappellationsgerichts mit dieser Sache erfolgte, nachdem das Lübecker Niedergericht den Klägern Schadensersatz, aber nicht über 37 000,- Francs hinaus, zugesprochen, dies aber noch von einigen Beweisen abhängig gemacht hatte. Die Beklagten befürchteten den Prozessverlust, appellierten an das Obergericht und von dort weiter an das Oberappellationsgericht. Das Oberappellationsgericht bestätigte am 5. Februar 1825 das angefochtene Urteil, präziserte aber die noch zu führenden Beweise und Gegenbeweise<sup>186</sup>. Da inzwischen nur noch die Schadenshöhe streitig war, meinte das Gericht, dass der bloße Streit um „Ausgabepösten, die Möglichkeit eines förmlichen Beweises oder Gegenbeweises über diesen Punct ausschließt“<sup>187</sup>. Stattdessen komme es bei Scha-

<sup>182</sup> AHL OAG L I 1 Nr. 3: Entscheidungsgründe, dort Nr. 3: Inst. 3, 20, 5; D. 46, 1, 16, 1–2; außerdem D. 44, 4, 2, 3; D. 44, 4, 2, 5.

<sup>183</sup> AHL OAG L I 12 Nr. 11: Urteil.

<sup>184</sup> AHL OAG L I 12 Nr. 12: Entscheidungsgründe; auch bei *Bruhn*, Sammlung, Bd. 1 (Fn. 71) Nr. 8.

<sup>185</sup> *Christoph Martin*, Lehrbuch des Teutschen gemeinen bürgerlichen Processes (Göttingen 51817) § 179 Not. x 284.

<sup>186</sup> AHL OAG L I 43 Q 9: Urteil.

<sup>187</sup> AHL OAG L I 43 Q 10: Entscheidungsgründe, 7.

densersatzforderungen auf die „richterliche Schätzung und das richterliche arbitrium“ an, womit noch ein Eid der Partei verbunden sein könne. Den Ausbruch aus der gesetzlichen Beweistheorie belegte das Oberappellationsgericht mit zahlreichen Verweisen auf das gemeine Recht sowie Autoritäten wie Leyser, Crell oder Engelbrecht<sup>188</sup>. Diese Entscheidung war wegweisend. Noch heute kann ein Zivilgericht bei Auseinandersetzungen um Schadensersatz die Schadenshöhe schätzen und auf förmliche Beweisaufnahmen auch bei streitigem Parteivortrag verzichten<sup>189</sup>. Was im modernen Recht als bloße Modifikation der ohnehin vorgesehenen freien richterlichen Beweiswürdigung erscheint, war in der Rechtsprechung des Lübecker Oberappellationsgerichts eine entscheidende Einbruchsstelle zur Abschwächung der de lege lata noch weithin geltenden gesetzlichen Beweistheorie. Die Zinszahlungspflicht des Beklagten stützte das Oberappellationsgericht dagegen nicht auf gemeinrechtliche Literatur, sondern ausschließlich auf den Code Civil<sup>190</sup>, der zum Zeitpunkt der Kaperung (1812) maßgeblich gewesen war.

Zum vierten Mal gelangte der „Ceres“-Fall 1831/32 an das Oberappellationsgericht. Fast schon resigniert meinte der zuständige Referent Cropp in seiner Relation, die Sache sei schon mehrfach durch alle Instanzen verhandelt worden<sup>191</sup>, jetzt gehe es nur noch um zwei Detailprobleme, nämlich um die Präkklusion mit einem Beweisantritt sowie um die Beweislastverteilung in einem früheren Zwischenurteil. Das Oberappellationsgericht wurde ersichtlich ungehalten, bestätigte das obergerichtliche Urteil und verurteilte den Sachführer des Beklagten wegen Missbrauchs des Rechtsmittels zu 10 Couranttalern Ordnungsbuße<sup>192</sup>.

Trotz dieser deutlichen Worte musste sich das Oberappellationsgericht auch noch 1834 mit der Sache beschäftigen. Nach 22-jährigem Rechtsstreit, davon 13 Jahre am Oberappellationsgericht, gelangte die Sache nunmehr zum fünften Mal vor das angesehene Tribunal. Immerhin kam es jetzt zum friedlichen Ende. Die Parteien schlossen im September 1834 einen Vergleich<sup>193</sup>. Dieses Beispiel wirft ein

<sup>188</sup> Zitiert werden C. 8, 4, 9; D. 12, 3, 2; D. 12, 3, 4; D. 12, 3, 5, 3; *Augustin Leyser*, *Meditationes ad Pandectas* (zahlreiche Auflagen, zuerst Leipzig 1741/48) Specimen 250, Meditation 5; *Christoph Ludwig Crell* (Präside), *Christian Gottfried Standfus* (Respondent), *Observationes de iureiurando suppletorio, quod sine probatione decernitur* (Diss. jur. Wittenberg 1751) § II, III; *Hermann Heinrich Engelbrecht*, *Observationes selectiores forenses maximam partem accessiones ad Mevii opus decisionum*, Bd. 1 (Wismar, Leipzig 1748) Obs. 38; *Peter Heig*, *Quaestiones juris tam civiles quam saxonici*, herausgegeben von *Ludwig Person* (Wittenberg 1630) Buch 2, Quaestio 2, Nr. 35.

<sup>189</sup> § 287 ZPO, dazu *Ingo Saenger*, § 287 Rn. 13–20, in: *Zivilprozeßordnung*, Handkommentar, herausgegeben von *Ingo Saenger* (Baden-Baden 2007); *Peter Hartmann*, § 287 ZPO Rn. 30–33, in: *Adolf Baumbach*, *Wolfgang Lauterbach*, *Jan Albers*, *Peter Hartmann*, *Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen* (München 66/2008).

<sup>190</sup> Zitiert werden Art. 1153, 1207, 2013 Code Civil.

<sup>191</sup> AHL OAG L I 163, unquadr. Relation von Cropp vom 6. Juli 1832. Cropp starb kurz darauf am 8. August 1832 an der Cholera: *Frensdorff*, Cropp (Fn. 48) 612.

<sup>192</sup> AHL OAG L I 163, Q 10: Urteil, Q 11: Entscheidungsgründe.

<sup>193</sup> AHL OAG L I 192; Repertoriumsmittelung bei *Lorenzen-Schmidt*, Gesamtinventar, Bd. 2 (Fn. 146) 520.

Fragezeichen auf das gerühmte Arbeitstempo und das Prozessrecht am Oberappellationsgericht der vier freien Städte. Doch bevor dieser Punkt vertieft werden kann, soll ein zweites Beispiel zeigen, dass Verfahren wie der „Ceres“-Prozess keine Einzelfälle bildeten.

## Detailuntersuchung: Die Konfiskation des Schiffes „Dora“

Ein weiterer Lebenssachverhalt, der immer wieder das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands beschäftigte, war das Schicksal des Schiffes „Dora“. Der Schiffer Hasse war 1817 mit diesem Schiff von Lübeck nach Reval gereist. Ein Manifest über den Einfuhr- und Ausfuhr-Handel des Russischen Reiches vom 19./31. Dezember 1810 schrieb vor, dass alle Importware mit Konnossementen versehen werden müsse, die Qualität und Quantität der Waren bezeichnen. Zudem war die Wareneinfuhr an Ordre untersagt. Das bedeutete, dass immer dann, wenn sich kein Empfänger der Ware meldete, der Schiffer als Eigentümer angesehen und für die unfreie Ware verantwortlich gemacht werden sollte<sup>194</sup>. Es existierte also eine Importbeschränkung, die verhindern sollte, dass Handelsunternehmen, Reedereien und Schiffer die russischen Zollvorschriften verletzten. Der Schiffer Hasse kannte dieses Gesetz, denn 1815 war er bereits einmal bei der Übertretung des Manifests von 1810 ertappt worden und hatte nur knapp aus Russland fliehen können. Zwei Jahre später hatte er nicht so viel Glück. Die russischen Behörden konfiszierten das Schiff mitsamt der Ladung von dreizehn verschiedenen Handelshäusern mit dem Vorwurf, der Schiffer führe auf seinem Boot unverzollte Ware, die heimlich nach Russland eingeführt werden sollte. Hasse wurde inhaftiert und starb in Reval im Arrest. Wegen der erlittenen Schäden verklagten die Witwe des Schiffers sowie die Reederei einige derjenigen Kaufleute, die unfreie Waren nach Reval gesandt hatten, auf Schadensersatz.

Das Oberappellationsgericht Lübeck war erstmals seit Dezember 1821 mit dem Fall befasst. In tatsächlicher Hinsicht war zwischen den Parteien streitig, ob der Schiffer gewusst hatte, dass er unfreie Waren transportierte und, ob andererseits den Versendern bekannt war, dass die Einfuhr derartiger Waren nach Russland verboten war. Das Lübecker Obergericht hatte ein Beweisurteil gefällt, gegen das die Versender an das Oberappellationsgericht appellierten. Die juristische Argumentation sowohl der Parteien als auch des Gerichts zeigt ein enormes Niveau der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung und veranschaulicht am Einzelfall, weshalb man bei diesem Gericht von Deutschlands gelehrtem Gerichtshof<sup>195</sup> sprechen konnte. Man erkennt in den Schriftsätzen nämlich wie in einigen der zuvor geschilderten Fälle durchweg das Bestreben, den Streit um das Schiff „Dora“ zu verallgemeinern und in eine grundsätzliche Klärung der Rechtsfragen des in-

<sup>194</sup> AHL OAG L I 22a Nr. 1: Einführung und Rechtfertigung der Appellation, 2; Nr. 19: Urteilsgründe, 13–14.

<sup>195</sup> *Jhering*, Wunderlich (Fn. 23) 156.

ternationalen Seehandels einzutreten. Die hierbei formulierten Sätze enthalten Bekenntnisse zu Grundfragen des Rechts von großer Reichweite. So meinte der Anwalt der Verklager: „Das Gesetz, welches durch den erklärten Willen des Oberhauptes im Staate seine Sanction und verbindliche Kraft erhält, gilt für die Unterthanen desselben, und nur für diese als Vorschrift, nach welcher die freyen Handlungen derselben einzurichten und zu beurtheilen sind“<sup>196</sup>. Zu den Untertanen des jeweiligen Landes zählten die Kaufleute auch die „zeitigen Unterthanen“, die sich als Fremde nur eine zeitlang in diesem Land aufhielten. Daraus folgte konsequent, dass ein Schiffer oder Fuhrmann, der in Ausführung eines Frachtvertrages ins Ausland reiste, dort zeitiger Untertan dieses Landes wurde, die dortigen Gesetze beachten und auch bei Verstößen die dortigen Strafen zu ertragen hatte<sup>197</sup>. Für den Kaufmann dagegen, der sich nicht im Geltungsbereich des Verbotsgesetzes befand, sollte das nicht gelten: „Der Kaufmann, welcher sie“ – die Einfuhrgesetze – „zum Gegenstand seiner Thätigkeit macht, sündigt gegen kein für ihn verbindliches Gesetz, denn nur den Gesetzen seines Staates ist er untergeben, und es existiert ganz keine vollkommene Verpflichtung für ihn, sich bey der Ausübung an sich rechtmäßiger Handlungen durch den Willen eines fremden Souveräns beschränken zu lassen [...] und wenn der Prediger der Moral Einwendungen dagegen machen möchte, so ruft der Jurist ihm zu: daß im Staate erlaubt sey, was nicht im Staate verboten worden“<sup>198</sup>. Das war ein klares Bekenntnis zur liberalen Handelsfreiheit, die nur durch innerstaatliche Gesetze begrenzt werden konnte. Die Unterscheidung von Recht und Moral diente in der geradezu pathetischen Argumentation dazu, die Einhaltung von Recht auch dann einzufordern, wenn dies mit verbreiteten Moralvorstellungen kollidierte<sup>199</sup>. Die praktische Konsequenz war eine vollkommen verschiedene Risikoverteilung zwischen Kaufmann und Schiffer. Der Kaufmann, der seine Ware ins Ausland versandte, ging danach nur das Risiko ein, dass die Ware eventuell dort beschlagnahmt wurde. Der Schiffer dagegen musste auch persönliche Nachteile fürchten, da ihn die Verbotsnormen der fremden Import- und Zollgesetze auch in seiner Person trafen<sup>200</sup>. Durch ganz grundsätzliche Erwägungen, ohne auf die Details des Sachverhalts eingehen zu müssen, hatten die Kaufleute auf diese Weise eine prinzipielle Lösung gefunden. Dass im zugrundeliegenden Fall der Schadensersatzanspruch des Schiffers abzuweisen war, verstand sich damit von selbst.

Der Anwalt des Schiffers sah dies natürlich anders und berief sich dabei ebenfalls auf das Völkerrecht. Er betonte in seinem Schriftsatz an das Gericht, wie die

<sup>196</sup> AHL OAG L I 22a Nr. 1: Einführung und Rechtfertigung der Appellation, 57.

<sup>197</sup> AHL OAG L I 22a Nr. 1: Einführung und Rechtfertigung der Appellation, 60.

<sup>198</sup> AHL OAG L I 22a Nr. 1: Einführung und Rechtfertigung der Appellation, 59.

<sup>199</sup> Mit demselben Argument verteidigte Rudolf von Jhering später die strenge Beachtung von Formvorschriften im Recht, dazu *Rudolph Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Teil, 2. Abteilung (Leipzig 1858, zitiert nach <sup>2</sup>1869) 475–476, mit pointierter Spitze gegen die germanistische Lehrmeinung, wonach bei den Germanen Verträge allein nach dem Sprichwort „ein Mann, ein Wort“ geschlossen und ohne jede Förmlichkeiten gültig gewesen seien.

<sup>200</sup> AHL OAG L I 22a Nr. 1: Einführung und Rechtfertigung der Appellation, 61–62.

Kaufleute ins Grundsätzliche gehend: „Da es zu den Majestätsrechten jeder Nation gehört zu bestimmen, ob und unter welchen Bedingungen, Beschränkungen und Zöllen es mit anderen Völkern Handel treiben wolle<sup>201</sup> so darf auch, in Gegensatz dieser unzweifelhaften Befugniß, für ausgemacht angenommen werden: daß jeder Bürger eines Volks – wenn er ins Ausland handeln will, – sich hiebey nach den Handlungs-Verträgen oder den Gesetzen des Landes richten müsse, wohin er seine Waaren verhandelt. Es verletzt also der Kaufmann die Gesetze des fremden Gebiets, wenn er dessen Zollbestimmungen zu umgehen, schlechtweg verbotene Waaren einzuführen, oder mit Zoll belastete, unentgeltlich einzuschleichen trachtet [...] Nimmt nun der Schiffer auf Schadensersatz seinen Rückgang gegen den Ablader der Contrabande<sup>202</sup>: so ist dieser solchen zu leisten verbunden weil er den Grundsatz des Völkerrechts daß jeder Kaufmann, wenn er die bedingt zugestandene Handlungsfreyheit des Auslandes benutzen will, sich dessen Gesetzen fügen muß, übertreten hat“<sup>203</sup>. Aus dem Streit um das konfiszierte Schiff wurde auf diese Weise eine Auseinandersetzung um den personalen Geltungsbereich ausländischer Rechtsnormen. Während die Kaufleute meinten, Gesetze hätten nur Geltungskraft für denjenigen, der sich innerhalb des Staatsgebiets des Gesetzgebers aufhalte, dehnten Schiffer und Reederei die Bindungswirkung auf jeden aus, der Rechtsgeschäfte im Hinblick auf dieses Land tätigte. Das Ergebnis lag auf der Hand. Da die Kaufleute ebenfalls gegen das russische Gesetz verstoßen hatten, hafteten sie dem Schiffer auf Schadensersatz.

Dem Oberappellationsgericht gelang bei der Urteilsfällung ein Kunststück. Der Tenor der Entscheidung vom 12. Dezember 1822 ist ganz der überkommenen gesetzlichen Beweislehre verhaftet, enthält Beweisthemen für Beweis und Gegenbeweis und ist lediglich dem tatsächlichen Streit gewidmet<sup>204</sup>. Die Urteilsbegründung, die fast vollständig veröffentlicht wurde<sup>205</sup>, löst in einem knappen Vorspann das völkerrechtliche Problem und führt die ganze Auseinandersetzung sodann auf Grundfragen der zivilrechtlichen Rechtsgeschäftslehre zurück. Wie die Lektüre zahlreicher Entscheidungsbegründungen zeigt, war genau dies die Stärke des Oberappellationsgerichts. Die Urteilsbegründungen vermochten es, die auf den ersten Blick verwickelten Detailprobleme auf prinzipieller Ebene zu lösen und auf diese Weise über den Einzelfall hinaus Rechtssicherheit zu schaffen. Im Fall des Schiffes „Dora“ gelang das wie folgt: Zunächst ging es um die Bindungswirkung fremdländischer Gesetze. Das Gericht nahm hier eine Differenzierung vor zwi-

<sup>201</sup> Fußnote im Schriftsatz, Verweis auf *Georg Friedrich von Martens*, *Primae lineae iuris gentium Europaeorum practici in usum auditorium adumbratae* (Göttingen 1785) Cap. 3 § 105, 106.

<sup>202</sup> Definition in *Brockhaus Conversations-Lexikon*, Bd. 7 (Amsterdam 1809) 240: „Contraband (aus dem Italienischen) heißt alles, was einem Verbote wegen einfuhr fremder Waaren zuwider ist.“

<sup>203</sup> AHL OAG L I 22a Nr. 10: Widerlegung der Einführung und Rechtfertigung der Appellation, 3, 5.

<sup>204</sup> AHL OAG L I 22a Nr. 18: Urteil.

<sup>205</sup> *Brubn*, Sammlung, Bd. 1 (Fn. 71) Nr. 25 110–124; *Thöl*, Entscheidungsgründe (Fn. 112) Nr. 248 334–339: eine der ausführlicheren Wiedergaben bei Thöl.

schen allgemeinen Verbotsgesetzen sowie solchen, die Inländer begünstigen und Ausländer benachteiligen. Im ersten Fall erfolge die Rücksicht auf Gesetze fremder Staaten „nur aufgrund völkerrechtlicher Observanz“. Im zweiten Fall dagegen, also bei der Ungleichbehandlung von In- und Ausländern, „gebietet es auch das Völkerrecht nicht, diese Vorschriften, diese feindseligen Maßnahmen zu stützen“<sup>206</sup>. Das Gericht stützte sich dabei auf die maßgebliche französische Literatur<sup>207</sup>. Das Ergebnis war eindeutig: Die jetzige europäische Völkerpraxis verbiete es nicht, Unternehmungen gegen die fremden Zollgesetze zu machen oder das Risiko solcher Geschäfte zu übernehmen<sup>208</sup>. Im Ausgangspunkt war das ein klares Bekenntnis zur Freiheit des Seehandels unabhängig von ausländischen Verbotsgesetzen. Genau dies entsprach der Rechtsauffassung der beklagten Kaufleute. Das Oberappellationsgericht war aber auch hier um Differenzierung bemüht. Die völkerrechtliche Vorklärung stellte nämlich lediglich klar, dass der Schiffer und die Reederei den Schadensersatz nicht allein deswegen verlangen konnten, weil die Auftraggeber gegen das russische Zollrecht verstoßen hatten.

Dagegen hielt das Gericht unter Berücksichtigung der noch unklaren Beweisaufnahme einen vertraglichen Anspruch für naheliegend. Denn es sei „ein solcher Handel mit Contrabande stets ein gefährlicher Handel“<sup>209</sup>. Da es sich um ein gefahrgeneigtes Rechtsgeschäft handelte, konstruierte das Gericht bestimmte Aufklärungs- und Hinweispflichten, deren Verletzung zu vertraglichen Ersatzansprüchen führen konnte. Bei gegenseitigen Verträgen, so das Oberappellationsgericht, sei jeder Kontrahent verpflichtet, „den Mitcontrahenten von den bey dem Verträge in Betracht kommenden physischen und juristischen Mängeln und von solchen Eigenschaften derselben in Kenntniß zu setzen, welche dem eigenen Vermögen oder gar der eigenen Person des Mitcontrahenten Gefahr drohe“<sup>210</sup>. Und genau wegen dieser allgemeinen Hinweispflicht bei drohenden Gefahren müsse auch derjenige, der sog. Kontrabande verlade, den Schiffer oder Fuhrmann wenigstens dann davon in Kenntnis setzen, wenn im Entdeckungsfall nicht nur die Konfiskation der Ware drohe, sondern auch diejenige des Schiffes, Wagens oder der Pferde. Wer dies unterlasse, schulde Schadensersatz, denn nach dem Frachtvertrag sei der Befrachter verpflichtet, keine verbotenen Waren einzuladen, die

<sup>206</sup> AHL OAG L I 22a Nr. 19: Urteilsgründe, 5–6.

<sup>207</sup> Zitiert werden *Emer de Vattel*, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Bd. 1 (Leide 1758) Kap. 6 § 76; *Estrangin* (Advokat), *Additions ou supplément zu: Robert Joseph Pothier, Traité du contrat d'assurance* (Paris 1810) 91.

<sup>208</sup> AHL OAG L I 22a Nr. 19: Urteilsgründe, 7, mit weiteren Hinweisen auf *Emerigon*, *Traité des assurances* (Fn. 63) Teil 1, Kap. 8, Sect. 5, 210 ff.; *Park*, *System*, Bd. 2 (Fn. 63) 390; *Friedrich Johann Jacobsen*, *Handbuch über das practische Seerecht der Engländer und Franzosen in Hinsicht auf das von ihnen in Kriegszeiten angehaltene Eigenthum, mit Rücksicht auf die englischen Assecuranz-Grundsätze über diesen Gegenstand*, Bd. 2 (Hamburg 1805) 77–79; Hinweis auf die Entscheidung auch bei *Kusserow*, *Oberappellationsgericht* (Fn. 7) 182–183.

<sup>209</sup> AHL OAG L I 22a Nr. 19: Urteilsgründe, 9.

<sup>210</sup> AHL OAG L I 22a Nr. 19: Urteilsgründe, 9.

den unwissenden Schiffer in Gefahr bringen können<sup>211</sup>. Das Gericht stützte sich hierbei auf die „Rechtsanalogie“ sowie die seinerzeit sehr bekannte Abhandlung des englischen Lord Chief Justice Charles Abbott *Tenterden*<sup>212</sup> über das Recht der Handelsschiffe<sup>213</sup>. Praktisch ohne normative Grundlagen hatte das Gericht damit eine Lehre von gegenseitigen Aufklärungs- und Hinweispflichten in zweiseitigen Verträgen entwickelt, die es nur noch knapp zu modifizieren galt. Denn wenn der Empfänger die gefährlichen Eigenschaften der Sache kannte, brauchte man ihm diese nicht noch zusätzlich förmlich anzuzeigen. An dieser Stelle fand die Entscheidung wieder sicheren Grund im gelehrten Recht<sup>214</sup>. Aus einem Problem, das die Parteien als völkerrechtliche Frage verstanden, hatte das Oberappellationsgericht wichtige und verallgemeinerbare Rechtsregeln für das allgemeine Vertragsrecht entwickelt. Dieses Urteil von 1822 prägte die oberappellationsgerichtliche Rechtsprechung offenbar nachhaltig. Als im Mai 1829 die Auslegung eines anderen Schmuggelgeschäfts anstand, bei dem die russischen Behörden ebenfalls Ware beschlagnahmt hatten, berief sich das Oberappellationsgericht auf genau diese Entscheidung und zitierte die dabei entwickelten Grundsätze umfassend und nahezu wörtlich<sup>215</sup>. Die verallgemeinerbar und grundsätzlich formulierten Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts eigneten sich somit besonders gut dazu, eine ständige Rechtsprechung zu begründen und auf diese Weise die Rechtssicherheit zu festigen.

Die ständigen Rückverweisungen vom Oberappellationsgericht an das Lübecker Ober- oder Niedergericht sowie die Möglichkeit, von Interlokuten zu appellieren, führten unvermeidlich zu einem Problem, das sich stellte, als der „Dora“-Fall dem Oberappellationsgericht im Juni 1830<sup>216</sup> zum zweiten Mal zur Entscheidung vorlag. Es ging nunmehr um die Frage, ob die Kläger mit einem *Novum*, das sie erst in der Appellationsinstanz nach Ablauf der Rechtfertigungsfrist beige-

<sup>211</sup> AHL OAG L I 22a Nr. 19: Urteilsgründe, 10.

<sup>212</sup> 1762–1832, zu ihm: *Michael Lobban*, Art. Abbott, in: *Oxford Dictionary of National Biography*, 2004 [<http://www.oxforddnb.com/view/article/12>] (zuletzt besucht am 23. Juni 2008).

<sup>213</sup> *Charles Abbott*, *A treatise of the law relative to merchant ships and seamen with an addenda relative to some laws and customs of the United States* (Philadelphia 1802) 280.

<sup>214</sup> AHL OAG L I 22a Nr. 19: Urteilsgründe, 33, mit Verweis auf D. 21, 1, 14, 10; VI 5, 12, 31: „Eum, qui certus est, certiorari ulterius non oportet.“

<sup>215</sup> AHL OAG L I 111 Nr. 15: Entscheidungsgründe, 10–13. Die Entscheidung ist außerdem auf umfangreiche internationale Literatur aus älterer und neuerer Zeit gegründet: *Vattel*, *Droit des gens*, Bd. 2 (Fn. 207) Kap. 6 § 76; *Estrangin*, *Anmerkungen zu Pothier* (Fn. 207) 91; *Emerigon*, *Traité des assurances* (Fn. 63) Teil 1, Kap. 8, sect. 5 210 ff.; *Johann Klefeker*, *Sammlung der Hamburgischen Gesetze und Verfassungen in Bürger- und Kirchlichen, auch Cammer-, Handlungs- und übrigen Policey-Angelegenheiten und Geschäften samt historischen Einleitungen*, Bd. 7 (Hamburg 1769) §§ 484–486; *Samuel Marshall*, *A Treatise on the Law of Insurance*, Bd. 1 (London 1823) Kap. 3, sec. 1 54–57; *Benecke*, *System*, Bd. 1 (Fn. 63) 34; *Jacobsen*, *Handbuch*, Bd. 2 (Fn. 208) 77–79; *Pierre Sébastien Boulay-Paty*, *Cours de droit commercial maritime d'après les principes et suivant l'ordre du Code de commerce*, Bd. 4 (Rennes 1823) 29.

<sup>216</sup> Schreibfehler bei *Lorenzen-Schmidt*, *Gesamtinventar*, Bd. 2 (Fn. 146) 507.

bracht hatten, zugelassen werden konnten<sup>217</sup>. Das Oberappellationsgericht prüfte die einschlägigen partikularen Bestimmungen aus Lübeck<sup>218</sup> und gelangte abermals zu einer verallgemeinerbaren Lösung. Im Allgemeinen konnten danach gerichtlich gesetzte Fristen nicht durch Vorbehalte von Nachträgen unwirksam gemacht werden. Immer dann aber, wenn eine Partei ohne ihr Verschulden nicht in der Lage war, das fragliche Novum binnen Rechtfertigungsfrist beizubringen, griff eine Ausnahme ein<sup>219</sup>. So hatte das Gericht eine über den Einzelfall hinausgreifende Regel gefunden, um neuen Sachvortrag in der Appellationsinstanz bewerten zu können. Dass die Sache für eine neue Beweisführung zurückverwiesen wurde<sup>220</sup>, war demgegenüber nebensächlich.

Zum dritten Mal gelangte der Rechtsstreit wegen desselben Novums an das Oberappellationsgericht. Um die vom Gericht zuvor verlangte Bescheinigung über die Zulässigkeit neuen Sachvortrags war abermals Streit entbrannt, weil das vorgelegte Zeugnis nicht förmlich beeidet worden war. Das Oberappellationsgericht verwies die Sache im Juni 1832 erneut an das Obergericht<sup>221</sup>. Der vierte Oberappellationsgerichtsprozess im „Dora“-Fall entspann sich nur ein Jahr später. Abermals ging es um die Zulassung gewisser Urkunden als neuer Sachvortrag<sup>222</sup>. Die Zulässigkeit der Appellation stand in Frage, weil der Prozessgegner behauptete, das Rechtsmittel richte sich lediglich gegen eine prozessleitende Verfügung zu einem ohnehin schon rechtskräftig gewordenen Interlokut. Das sah das Oberappellationsgericht freilich anders<sup>223</sup>. In der Begründung, die vor allem um die Abgrenzung einer üblichen *restitutio in integrum*<sup>224</sup> von einer Appellation bemüht war, zitierte das Gericht neben neueren Rechtsquellen auch den Reichsde-

<sup>217</sup> Zuspitzung der Fallfrage in AHL OAG L I 122, unquadr. Relation von du Roi vom 21. April 1830.

<sup>218</sup> Zitiert werden die Lübecker Verordnung vom 4. Mai 1814 über Appellationen beim Obergericht, §§ 27, 30; Revidiertes Lübecker Stadtrecht 1586 5, 7, 1; E. Hochw. Rath's Gemeinen Bescheid, wornach sich die Advocaten und Schriftstellere bey Verfertigung der Judicial- und Extrajudicial-Schriften, so dann auch wegen der Gebühren zu achten haben vom 6. Februar 1756, in: Eines Hochedlen und Hochweisen Rath's der Kaiserl. freyen und des Heil. Röm. Reichs-Stadt Lübeck Gemeine Bescheide (Lübeck 1756) 1–15.

<sup>219</sup> AHL OAG L I 122 Q 24: Entscheidungsgründe; zum neuen Tatsachenvortrag auch *Schwartz*, Zivilprozeß-Gesetzgebung (Fn. 13) 570–571; *Kusserow*, Oberappellationsgericht (Fn. 7) 74.

<sup>220</sup> AHL OAG L I 122 Q 23: Urteil.

<sup>221</sup> AHL OAG L I 161 Q 12: Urteil, Q 13: Entscheidungsgründe.

<sup>222</sup> AHL OAG L I 181, unquadr. Relation von du Roi vom 28. Juni 1833.

<sup>223</sup> AHL OAG L I 181 Q 10: Entscheidungsgründe, 2.

<sup>224</sup> Zu den verschiedenen Arten der Wiedereinsetzung bzw. Wiederaufnahme *Dieter Werkmüller*, Art. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, in: HRG V (Berlin 1998) 1366–1368; *Wolfgang Sellert*, Art. Wiederaufnahme des Verfahrens, in: HRG V (Berlin 1998) 1364–1366; *Wolfgang Sellert*, Die Wiederaufnahme des Verfahrens, ein prozessuales Problem am kaiserlichen Reichskammergericht, in: *Worte des Rechts – Wörter zur Rechtsgeschichte*. Festschrift für Dieter Werkmüller zum 70. Geburtstag, herausgegeben von *Stephan Buchholz*, *Heiner Lück* (Berlin 2007) 368–383.

putationsabschied von 1600<sup>225</sup>. Ob solche älteren Rechtsquellen tatsächlich die Entscheidungsgrundlage markierten, die für das Gericht maßgeblich war, erscheint zweifelhaft. Oftmals hat es den Anschein, dass das Gericht seine Rechtsätze nicht aus den zitierten Quellen ableitete, sondern vielmehr Rechtsnormen und Literatur nur allegierte, um die Urteilsbegründungen mit zusätzlicher Autorität zu versehen. Tragend für das Ergebnis war der Hinweis auf derartige Rechtsquellen in den allermeisten Fällen nicht.

1834 gelangte der „Dora“-Prozess abermals an das Oberappellationsgericht, wie im Fall „Ceres“ auch jetzt zum fünften Mal. Wie im anderen Beispiel endete auch hier der Rechtsstreit letztlich durch Vergleich im Juli 1835<sup>226</sup>. Wie im Fall „Ceres“ hatte der „Dora“-Prozess das Oberappellationsgericht insgesamt 13 Jahre beschäftigt. An solchen Beispielen erkennt man die Nachteile eines Gerichtsverfahrens, das unbegrenzte Rechtsmittel einlegung gegen Zwischenurteile erlaubt. Insgesamt acht umfangreiche Relationen hatten die Gerichtsmitglieder zu den diversen Fragen beider Fälle vergeblich ausgearbeitet. Die jeweiligen Laufzeiten am Oberappellationsgericht betrugten selten über ein Jahr. Dennoch zogen sich die Streitigkeiten ohne Verschulden des Oberappellationsgerichts in die Länge und endeten schließlich durch außergerichtlichen Vergleich, ohne dass ein Endurteil notwendig wurde. Ob es sich hierbei um eine Besonderheit seehandelsrechtlicher Streitigkeiten handelt, ist unklar, weil eine systematische Auswertung des Aktenbestandes noch aussteht. Jedenfalls scheint das Verfahren vor dem Oberappellationsgericht strukturelle Schwächen gehabt zu haben, die man nicht vergessen darf, selbst wenn die Rechtsprechung des Gerichts tatsächlich durch die gezeigten Merkmale fasziniert. Sofern es um frühneuzeitliche Gerichtsbarkeit geht, neigt die rechtshistorische Forschung inzwischen dazu, auch eine hohe Vergleichsquote als Beleg für die Wirksamkeit des Justizwesens anzusehen<sup>227</sup>. Beim Oberappellationsgericht der vier freien Städte sollte man mit diesem Argument dagegen wesentlich behutsamer umgehen. Gerade die hier vorgestellten Prozesse um die Schiffe „Ceres“ und „Dora“ zeigen die enorme Arbeit, welche die Gerichtsmitglieder auch mit denjenigen Streitigkeiten hatten, die letztlich durch Vergleich endeten. Während die obersten Gerichte des Alten Reiches durch zahlreiche Vergleichsschlüsse zugleich die Mühen eines Endurteils sparen konnten – ein Argument, das noch heute Vergleiche attraktiv macht<sup>228</sup> – musste das Oberappel-

<sup>225</sup> AHL OAG L I 181 Q 10: Entscheidungsgründe, 8, mit Verweis auf § 86 Reichsdeputationsabschied 1600.

<sup>226</sup> AHL OAG L I 202; Repertoriumsmittteilung bei *Lorenzen-Schmidt*, Gesamtinventar, Bd. 2 (Fn. 146) 522.

<sup>227</sup> *Bernhard Diestelkamp*, Das Reichskammergericht im Rechtsleben des 16. Jahrhunderts, in: Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte. Festschrift für Adalbert Erler zum 70. Geburtstag, herausgegeben von *Hans-Jürgen Becker*, *Gerhard Dilcher*, *Gunter Gudian*, *Ekkehard Kaufmann*, *Wolfgang Sellert* (Aalen 1976) 435–480; auch in *Bernhard Diestelkamp*, Recht und Gericht im Heiligen Römischen Recht (*Ius Commune*, Sonderheft 122, Frankfurt am Main 1999) 213–262 (257).

<sup>228</sup> *Hartmann*, § 278 ZPO Rn. 6, in: *Baumbach*, ZPO (Fn. 189); *Wolf Reinhard Wrege*, Rich-

lationsgericht der vier freien Städte jeweils vier Urteile fällen, bevor die Parteien zu einer Einigung fanden. Die Transaktionskosten der Streitschlichtung waren damit gerade in den durch Vergleich beendeten Fällen besonders hoch. Im Hinblick auf das Motto „Justice publique – justice privée: une frontière mouvante“, die Leitidee der Tagung, könnte man vermuten, dass die starke Betonung der Parteiherrschaft im Zivilprozess des 19. Jahrhunderts<sup>229</sup> die „justice publique“ klar in den Dienst privater Interessen stellte. Deswegen könnte der hohe Aufwand, den die Räte des Lübecker Oberappellationsgerichts trotz der letztlich geschlossenen Prozessvergleiche mit ihren Streitsachen hatten, für die Zeitgenossen gar nicht störend gewesen sein. Die Außenwirkung des Gerichts litt darunter jedenfalls nicht, denn es war ohnehin die in den Zwischen- und Beweisurteilen greifbare Judikatur, die in ihrer verkürzten Publikation das Gericht berühmt machte, und nicht die wenigen prozessbeendenden Endurteile. Ob diese sich aus Einzelfällen ergebende Vermutung zutrifft, müssten weiterführende Untersuchungen überprüfen.

Das wichtigste Ergebnis der vorliegenden Studie klingt erstaunlich und scheint dem bisher selbstverständlichen Forschungsstand zu widersprechen. Ein spezifisches Seerecht wird in den frühen Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Lübeck kaum greifbar. Gerade hierin zeigt sich die konsequent-wissenschaftliche Behandlung der vom Gericht zu lösenden Rechtsprobleme. Denn den Richtern gelang es, die anfallenden Streitigkeiten in prinzipieller Hinsicht zu durchdringen und auf grundlegende allgemeine Rechtsfragen zurückzuführen. Auf diese Weise wurden seerechtliche Streitigkeiten in der Judikatur des Oberappellationsgerichts regelmäßig in das allgemeine Obligationenrecht eingebunden und nach Grundsätzen der allgemeinen Vertragslehren entschieden. Aber nicht nur die seerechtlichen Fragen wurden ins Schuldrecht überführt. Auch bei der Rechtsanwendung zeigt sich das Bestreben nach verallgemeinerbaren Ergebnissen. Das Partikularrecht diente häufig nur zur Bestätigung von Ergebnissen, die das Gericht auf der Grundlage allgemeiner Rechtsgrundsätze ohnehin schon gefunden hatte. Dementsprechend besaß auch das hansische Seerecht selbst in den ehemaligen Hansestädten nur noch geringe Bedeutung. Häufig griff das Gericht auf römisches und kanonisches Recht zurück und stellte oftmals Rechtsvergleiche mit seerechtlichen, aber auch allgemein privatrechtlichen Rechtsquellen anderer Länder von Portugal bis Schweden an. Als Zufallsfund zeigt sich, dass das Gericht bereits um 1830 mit der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen beschäftigt war und hierzu etwa den Grundsatz des Vorrangs von Individualvereinbarungen gegenüber Formularverträgen entwickelte.

Das schnelle Arbeitstempo des Gerichts lag häufig daran, dass die Richter lediglich Detailfragen in einem in tatsächlicher Hinsicht noch gar nicht entscheidungs-

ten und Schlichten! Plädoyer für die Güteverhandlung im Zivilprozeß, in: Deutsche Richterzeitung 79 (2003) 130–132.

<sup>229</sup> Gerhard Dahlmann, Deutschland, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, herausgegeben von Helmut Coing, Bd. 3: Das 19. Jahrhundert. Tbd. 2: Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht (München 1982) 2615–2697 (2677, 2686).

reifen Sachverhalt zu lösen hatten. Die Möglichkeit, gegen Interlokute den Lübecker Gerichtshof anzurufen, wurde vielfach genutzt. Hier lag der Schwerpunkt der oberappellationsgerichtlichen Tätigkeit in den ausgewerteten Fällen. Dies konnte dazu führen, dass einzelne Streitfälle bis zu fünf Mal an das Oberappellationsgericht gelangten und damit über einen Zeitraum von über zehn Jahren die Richter immer wieder beschäftigten. Dies verursachte erhebliche Arbeit, die vor allem dann überflüssig war, wenn die Parteien nach zahlreichen Appellationen doch noch einen Vergleich schlossen. Wegen der weithin üblichen Appellation gegen Interlokute traf das Gericht in seinen Urteilen nur selten Sachentscheidungen in der Hauptsache. In den allermeisten Fällen verwies es die Streitsache zur weiteren Verhandlung an die untergeordneten Gerichte zurück.

Die Reichweite der hier vorgelegten Ergebnisse ist freilich unklar. Ob die aus Bremen, Hamburg und Frankfurt an das Oberappellationsgericht gelangten Fälle ein wesentlich anderes Bild zeigen, ist unwahrscheinlich, ohne weitere Quellenstudien aber nicht auszuschließen. Vor allem ist es gut möglich, dass sich im weiteren Verlauf des 19. Jahrhunderts Veränderungen ergaben. Die Publikation von Urteilen setzte erst 1845/46 ein<sup>230</sup>, so dass die Bedeutung von Präjudizien und die Selbstbindung des Gerichts an seine ständige Rechtsprechung möglicherweise im Laufe der Zeit an Gewicht gewannen. Falls die Persönlichkeit des Gerichtspräsidenten wirklich einen so großen Einfluss auf die Gerichtstätigkeit hatte, wie teilweise vermutet wird, kann es auch mit dem Amtsantritt Kierulffs Veränderungen gegeben haben, die bisher nicht abzuschätzen sind. Es ist ferner denkbar, dass seehandelsrechtliche Streitigkeiten sich grundsätzlich vom allgemeinen Handelsrecht oder von anderen Zivilsachen unterschieden. Eine bloße Auswertung seerechtlicher Fälle kann genau dies nicht feststellen.

In einem anderen Punkt dagegen sind gerade die Entscheidungen aus der Frühzeit des Oberappellationsgerichts Lübeck von besonderem Wert. Die hier ausgewerteten Urteile ergingen in einer Zeit, als die später so berühmten Werke von Thöl und Goldschmidt noch nicht geschrieben und auch die handelsrechtlichen Vorlesungen von Heise noch nicht veröffentlicht waren. Damit erscheint das Verhältnis von Rechtsprechung und Wissenschaft als Faktoren der Handelsrechtsmodernisierung im 19. Jahrhundert in einem neuen Licht. Vielleicht lehnte sich die wissenschaftlich geschulte Praxis in den 1820er Jahren gar nicht an die Lehre an, sondern ging dieser voraus oder wirkte doch in erheblichem Maße auf sie zurück<sup>231</sup>. So bleiben zahlreiche Fragen. Die Quellen zur Tätigkeit des Oberappel-

<sup>230</sup> Sammlung der Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte in bremischen Civil-Rechtssachen, 1. Bd., enthaltend die Jahrgänge 1840–1845 (Bremen 1846).

<sup>231</sup> Zur Beeinflussung Heinrich Thöls durch die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Thöl, Handelsrecht I (Fn. 51) Vorrede; Landsberg, Geschichte (Fn. 48) 627; Döbring, Geschichte der deutschen Rechtspflege (Fn. 4) 348; Ulrich Falk, Art. Thöl, in: Juristen. Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, herausgegeben von Michael Stolleis (München 2001) 626; dies ist immer mitzubedenken, wenn die Literatur Thöl als ersten Handelsrechtler bezeichnet, der den Stoff wissenschaftlich behandelt habe, so etwa Schmoeckel, Rechtsgeschichte der Wirtschaft (Fn. 109) 95 Rn. 146.

lationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands sind jedenfalls bei weitem noch nicht ausgeschöpft.

## Abstract

The “Oberappellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands” (High Court of Appeal of the four free cities of Germany) at Lubeck existed from 1820–1879 and was the highest esteemed German court of that era. It had jurisdiction over the four remaining free cities Hamburg, Bremen, Lubeck and – until 1866 – Frankfurt and was mainly occupied with commercial cases. Famous jurists worked at this court, before all the three presidents Georg Arnold Heise, Carl Georg von Wächter and Johann Friedrich Kierulff. It reached the very high rate of approximately 90% cases which were decided by judgments, and due to the high quality of the partially printed opinions of the court the High Court of Appeal gained high respect both in the legal science and among practitioners. A closer occupation with the archive files however unveils the fact that the short delay of the processes and the high number of judgments are substantially based on the fact that many parties appealed to the High Court of Appeal against findings which only treated questions of proof. Therefore the judgments from Lubeck frequently treated the law of proof too and then led to remanding the cases to the lower courts. Thus it was possible that within a single lawsuit multiple questions of proof had to be decided over the years, and therefore the High Court of Appeal had to give multiple sentences on these different questions within the same lawsuit.

An analysis of maritime cases from the early days of the High Court of Appeal can exemplify the high scientific quality and its achievements in modernization. Even before the fundamental treatises on commercial law by Thöl (1841) and Goldschmidt (1858/64) appeared, the High Court of Appeal developed principles about the crucial question of the unification of the law. Maritime law was an especially well adapted field for this work as each case had international aspects and could be solved either according to Roman or to particulate law – or frequently according to the standard business conditions of the companies involved. The court knew the English, French and Italian literature and referred to it on a regular base within its reasoning. In numerous decisions the judges of the High Court of Appeal succeeded in solving themselves from provincial narrowness and in establishing principles of law which saved as guidelines in their later decisions. Among others, the Court defended the liberty of commerce against legal bans of foreign states and developed rules for the proof of ship wrecking and for payment of compensation if freight had been lost or damaged. Not without reason the contemporaries named the court “Germany’s most learned tribunal” and regarded its president’s stool as equivalent to the chair of the famous Professor Friedrich Carl von Savigny at Berlin.

## Résumé

La cour supérieure d'appel des quatre villes libres d'Allemagne siégea de 1820 à 1879 et fut la cour de justice la plus prestigieuse de son temps. Compétente pour trancher les contentieux relatifs aux habitants des quatre villes libres de Hambourg, Brême, Lübeck et, jusqu'en 1866, de Francfort, la cour traitait en premier lieu des questions commerciales. Des juristes ont œuvré au sein de cette juridiction, tout particulièrement Georg Arnold Heise, Carl Georg von Wächter et Johann Friedrich Kierulff, qui ont tous les trois exercé les fonctions de président. Avec près de 90% des affaires tranchées par une décision définitive et aussi grâce à la qualité de sa motivation, en partie publiée, la cour supérieure d'appel était tenue en grand respect aussi bien par le monde de la science juridique que par celui de la pratique. Une étude plus approfondie des archives de cette juridiction montre que la durée relativement courte des procédures et le nombre important de jugements s'expliquent essentiellement par le fait que les parties faisaient appel à la cour supérieure d'appel pour trancher des questions relatives aux modes de preuve. Les décisions rendues en dernier ressort traitant le plus fréquemment de questions de preuve, celles-ci conduisaient dès lors au renvoi de la cause devant le tribunal dont appel avait été interjeté. Ainsi, il arrivait qu'un litige, en raison de l'existence de moyens de preuve différents, soit soumis à plusieurs reprises à la cour de Lübeck.

Une analyse des contentieux relatifs au droit maritime traités par la cour supérieure d'appel au cours des premières années de son existence, illustre parfaitement les qualités scientifiques et la modernisation de la justice. Avant même que les ouvrages de référence en droit commercial – à savoir ceux de Thöl (1841) et de Goldschmidt (1858/64) – ne soient publiés, la cour supérieure d'appel s'attelait déjà à une harmonisation des principes du droit. Le droit maritime, en particulier, se prêtait à cet exercice: les sujets de controverse avaient en effet des implications internationales, ils pouvaient être envisagés à partir du droit romain et, dans leur dimension particulière, aussi d'après les conditions générales d'exploitation des entreprises concernées. La doctrine internationale en anglais, en français et en italien était connue de la juridiction et régulièrement citée dans les motivations des jugements.

Dans de nombreuses décisions, les juges de la cour supérieure d'appel sont parvenus à se dégager des conditions particulières de l'espèce et à établir des principes juridiques fondamentaux pouvant être de portée générale et à partir desquels ils s'orientaient dans les décisions suivantes. La cour supérieure d'appel protégeait ainsi la liberté du commerce contre les interdits posés par les lois des États étrangers. Elle a également développé des principes fondamentaux en ce qui concerne les modes de preuve pour les dommages causés aux bateaux et en matière d'indemnités compensatoires en cas de perte ou de dommage causés à la cargaison. Ce n'est pas sans raison que les contemporains du tribunal le désignaient comme « la cour-école de la justice de l'Allemagne » et voyaient le fauteuil de président de la cour supérieure d'appel de Lübeck comme l'équivalent de la chaire du célèbre Friedrich Carl von Savigny à Berlin.

*Ulrike Müßig*

## Handelsrechtseinheit durch Höchstgerichtsbarkeit: Die Entstehung des Bundes- bzw. Reichs- oberhandelsgerichts

Das 1869 gegründete Bundesoberhandelsgericht, seit der Reichsgründung 1871 Reichsoberhandelsgericht und ab 1879 im Reichsgericht aufgegangen, war das gemeinsame Höchstgericht der deutschen Staaten auf ihrem Weg zum Nationalstaat. Begünstigt durch die Eigenständigkeit der Handelsgerichtsbarkeit und durch die materielle Handelsrechtseinheit auf der Grundlage der Kodifikationen des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (ADHGB) 1861 und der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung (ADWO) 1848 forcierten nationalliberale Justizpolitiker die Gründung eines obersten Gerichts noch vor der Verabschiedung eines einheitlichen Prozessrechtes. Seine höchstgerichtliche Rechtsprechung förderte die Rechtseinheit in einer von einzelstaatlichen Partikularrechten geprägten Mehrrechtsordnung: „[Es] muß hier doch betont werden, daß [seine Gründung] in Wahrheit die weitaus erheblichste Aenderung bedeutete, welche der Verfassungszustand des Norddeutschen Bundes überhaupt von seiner Begründung bis zur Errichtung des Reiches erfahren hat“, vernehmen wir Paul Laband in seinem Staatsrecht des Deutschen Reiches<sup>1</sup>.

In diesem Zitat schwingt meine Hauptthese mit: Handelsrechtseinheit geschieht durch Höchstgerichtsbarkeit. Recht ist als wesentliches Element moderner Staatlichkeit<sup>2</sup> die Grundlage eines jeden politischen Zusammenschlusses. Politische Integration erfordert die Verlässlichkeit der rechtlichen Rahmenbedingungen für wirtschaftliches Handeln. Das Bemühen um die politische Einigung heterogener Staatsgebilde muss daher mit einem Prozess der Rechtsvereinheitlichung einhergehen<sup>3</sup>. Diese im heutigen europäischen Einigungsprozess vertraute Konnexität<sup>4</sup> gilt auch für das historische Verständnis der deutschen Reichsgrün-

<sup>1</sup> *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2 (Freiburg <sup>2</sup>1891) 322. Die Berufung von Paul Laband an das BOHG misslang.

<sup>2</sup> Vgl. *Wolfgang Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart (München <sup>3</sup>2002) 281 f.

<sup>3</sup> Vgl. *Herbert Kronke*, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts, in: Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP) 5 (1997) 735–750 (im Folgenden zitiert: *Kronke*, ZEuP 1997).

<sup>4</sup> Zur Problematik des Vergleiches zwischen 1871 und der EG ausführlich *Alexander Böhm*

dung 1871: Für die Entstehung des Deutschen Reiches war die Herstellung einheitlicher Lebensverhältnisse<sup>5</sup> durch das vereinheitlichte Recht<sup>6</sup> erforderlich<sup>7</sup>.

Da das Recht mit der Justiz in einem untrennbaren Zusammenhang steht<sup>8</sup>, setzt Rechtsvereinheitlichung<sup>9</sup> eine Vereinheitlichung der Gerichtsbarkeit in Gestalt einer den einzelstaatlichen Gerichten übergeordneten Höchstgerichtsbarkeit voraus<sup>10</sup>. Sie dient der Anwendung und Auslegung der unterschiedlichen Partikularrechte und der Herausbildung übergreifender Rechtsprinzipien. Die höchstgerichtliche Methode, Arbeits- und Argumentationsweise<sup>11</sup> ist Leitbild für die ein-

mer, Die Europäische Union im Lichte der Reichsverfassung von 1871. Vom dualistischen zum transnationalen Föderalismus (Berlin 1999) 39 ff.

<sup>5</sup> Die Rechtsvereinheitlichung hat in dieser Hinsicht in gleicher Weise ein „sozialkonformes Recht wie ein rechtskonformes Sozialmilieu“ zu schaffen, *Axel Görlitz*, Vorbemerkung, in: Rechtsvereinheitlichung, herausgegeben von *Axel Görlitz*, *Rüdiger Voigt* (Jahresschrift für Rechtspolitologie 6, Pfaffenweiler 1992), 9–11, 10; *Heinz Mohnhaupt*, Rechtseinheit durch Rechtsprechung? Zu Theorie und Praxis gerichtlicher Regelbildung im 19. Jahrhundert in Deutschland, in: Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit. Beiträge zu einem rechtshistorischen Seminar in Stockholm im September 1992, herausgegeben von *Claes Peterson* (Lund 1993) 117–143, 119; im Folgenden zitiert: *Mohnhaupt*, Rechtseinheit.

<sup>6</sup> Die bewusste Gestaltung der Lebensverhältnisse durch Rechtsvereinheitlichung setzt ein instrumentelles Verständnis vom Recht voraus. Sie ist daher mit der Entstehung der rationalen Herrschaft des modernen Staates notwendig verbunden. *Michael Stolleis*, „Innere Reichsgründung“ durch Rechtsvereinheitlichung 1866–1880, in: Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze. Bedingungen, Ziele, Methoden, herausgegeben von *Christian Starck* (Göttingen 1992) 15–41, 18; im Folgenden zitiert: *Stolleis*, Innere Reichsgründung.

<sup>7</sup> *Thomas Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ in den 1870er Jahren. Startbedingungen, Methoden und Erfolge (Habil. Frankfurt am Main 2001) 2 (im Folgenden zitiert: *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“); vgl. *Stolleis*, Innere Reichsgründung (Fn. 6) 25. *Heinrich Brunner*, Die Rechtseinheit (Festrede am 22. März 1877), in: Abhandlungen zur Rechtsgeschichte. Gesammelte Aufsätze von Heinrich Brunner, herausgegeben von *Karl Rauch*, Bd. 2 (Weimar 1931) 361–377, 362 f. sah in dem jahrhundertelangen Mangel an ausreichender Gerichtseinheit die Ursache des deutschen Rechtspartikularismus.

<sup>8</sup> *Ulrike Müßig*, Höchstgerichte im frühneuzeitlichen Frankreich und England, in: Höchstgerichte in Europa. Bausteine frühneuzeitlicher Rechtsordnungen, herausgegeben von *Leopold Auer* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 53, Köln, Weimar, Wien 2007) 19–49, 20.

<sup>9</sup> Zu differenzieren ist wegen der unterschiedlichen Voraussetzungen und Wirkungen zwischen *Rechtsvereinheitlichung* durch die Schaffung eines einheitlichen Normenbestandes seitens der Legislative und *Rechtsharmonisierung* durch Angleichung der Normanwendung im Einzelfall seitens der Judikatur, insbesondere der Höchstgerichtsbarkeit; vgl. *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 11 f.

<sup>10</sup> Ein besonders herausragendes Beispiel für Rechtsvereinheitlichung durch Zentralisierung der Justiz bietet die englische Entwicklung; vgl. *Ulrike Seif*, Recht und Justizhoheit. Historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich (Berlin 2003) 152 und *Ulrike Müßig*, Recht und Justizhoheit (Berlin 2009), 152; *Mohnhaupt*, Rechtseinheit (Fn. 5) 118 Note 7.

<sup>11</sup> *Filippo Ranieri*, Das Reichskammergericht und der gemeinrechtliche Ursprung der deutschen zivilrechtlichen Argumentationstechnik, in: Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP) 5 (1997) 718–734.

zelstaatlichen Gerichte. Höchstrichterliche Präjudizien klären und festigen legislativ geschaffenes Einheitsrecht des zusammenwachsenden Staatenverbundes<sup>12</sup>.

Als erstes gemeinsames deutsches Höchstgericht seit dem Ende des Alten Reiches 1806 hatte das Bundes- und spätere Reichsoberhandelsgericht wesentlichen Anteil an der Entwicklung der deutschen Rechtseinheit, die 1879 die Reichsjustizgesetze hervorbrachte und 1900 mit dem Inkrafttreten der Kodifikation des BGB einen Höhepunkt erreichte. Der Gang meiner Untersuchung umfasst zunächst die „Geschichtliche Entwicklung“, „Gerichtsverfassung, Zuständigkeiten und Verfahren“, „Partikularstaatliche Ressentiments gegen das BOHG“ und schließlich die „Rechtsvereinheitlichende Kraft der Rechtsprechung des BOHG“.

## Geschichtliche Entwicklung

Wenn auch die Höchstgerichte des Alten Reiches, das zuletzt in Wetzlar ansässige Reichskammergericht und der Reichshofrat in Wien, durch die zahlreichen Appellationsprivilegien keine zentralen Höchstgerichte in einem einheitlichen Rechtsraum waren<sup>13</sup>, waren sie doch ein integrierender Zusammenhalt für die unterschiedlichen Reichsterritorien<sup>14</sup>. Sie förderten die reichsweite Rezeption des römischen Rechts und die Ausbildung des gemeinen Prozessrechts durch den Kameralprozess<sup>15</sup>. Auch nach dem Untergang des Alten Reiches 1806<sup>16</sup> bleibt das

<sup>12</sup> Vgl. *Kronke*, ZEuP 1997 (Fn. 3) 736.

<sup>13</sup> Obwohl auch die Gerichte der mit weitreichenden Appellationsprivilegien ausgestatteten Staaten durch die Nichtigkeitsbeschwerde (*querela nullitatis*) und die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung und -verzögerung (*querela denegatae vel protractae iustitiae*) ihrer Kontrolle unterworfen waren; *Ulrich Eisenhardt*, Die kaiserlichen privilegia de non appellando (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 7, Köln, Wien 1980) 13; *Jürgen Weitzel*, Funktion und Gestalt der Gerichtsprivilegien, in: Das Privileg im europäischen Vergleich, herausgegeben von *Barbara Dölemeyer*, *Heinz Mohnhaupt*, Bd. 1 (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Ius Commune Sonderhefte 93, Frankfurt am Main 1997) 191–205, 195; *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (Göttingen 21967) 177 f. (im Folgenden zitiert: *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte); vgl. auch *Ulrike Müßig*, Gesetzlicher Richter ohne Rechtsstaat? Eine historisch-vergleichende Spurensuche (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 182, Berlin 2007) 27 f.

<sup>14</sup> *Arno Buschmann*, 100 Jahre Gründung des Reichsgerichts. Zur Entwicklung der Höchstgerichtsbarkeit in Deutschland, in: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 32 (1979) 1966–1973, 1968 (im Folgenden zitiert: *Buschmann*, *NJW* 1979); *Adolf Laufs*, Die Anfänge einheitlicher höchster Gerichtsbarkeit in Deutschland. Zur Gründung des Bundesoberhandelsgerichts vor hundert Jahren, in: *Juristische Schulung (JuS)* 9 (1969) 256–259; im Folgenden zitiert: *Laufs*, *JuS* 1969.

<sup>15</sup> *Adolf Laufs*, Art. „Reichskammergericht“, in: *HRG IV* (Berlin 11986) 655–662, 658 f.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte (Fn. 13) 177, 182 f.

<sup>16</sup> Zwar bestand vom Ende des Alten Reiches 1806 bis zur Gründung des Bundesoberhandelsgerichts 1869 kein gemeinsames Höchstgericht aller deutschen Territorien. Gewisse rechtsharmonisierende Wirkung, die indes noch nicht hinreichend erforscht ist, ging aber gleichwohl von einigen partikularstaatlichen Oberappellationsgerichten, insbesondere dem

Reichskammergericht Symbol deutscher Rechtseinheit.<sup>17</sup> Noch während der Befreiungskriege gegen Napoleon wurden Stimmen laut, die die Wiedererrichtung des Reichskammergerichts in reformierter Gestalt forderten<sup>18</sup>, zumal das Interesse an einer deutschen Rechtseinheit durch die Diskussion um das 1814 erschienene Programm Thibauts „Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“ gestiegen war<sup>19</sup>.

Die Pläne zur Schaffung eines obersten Gerichts konzentrierten sich in dieser Phase auf eine verfassungsgerichtliche Schiedsinstanz zwischen den einzelnen Staaten. Nicht erwogen wurde eine gemeinsame oberste Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit<sup>20</sup>. Auch den Wiener Kongress beschäftigte unter diesen Vorzei-

Oberappellationsgericht der vier freien Städte in Lübeck, aus. Vgl. *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 14.

<sup>17</sup> Vgl. *Hildebert Kirchner*, Das Ringen um ein Bundesgericht für den Deutschen Bund, in: Ehrengabe für Bruno Heusinger, herausgegeben von *Roderich Glanzmann* (München 1968) 19–33, 19 ff. (im Folgenden zitiert: *Kirchner*, Bundesgericht).

<sup>18</sup> Zu Bestrebungen einheitlicher Gerichtsbarkeit zwischen 1806 und 1814 *Hugo Solbrig*, Der Gedanke einer einheitlichen deutschen Gerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert (Breslau 1919) 15 ff. (im Folgenden zitiert: *Solbrig*, Gerichtsbarkeit). Bereits am 17./18. September 1812 schlug der damals in russischen Diensten stehende Freiherr vom Stein, der vehement für eine deutsche Einigung eintrat, eine Restauration des alten Reiches aber grundsätzlich ablehnte, in einer Denkschrift für Zar Alexander I. vor, die Reichsgerichte wiederherzustellen, um einen gewissen Grad an Einheit unter den deutschen Staaten herzustellen: *Karl Freiherr vom Stein*, Ausgewählte politische Briefe und Denkschriften, herausgegeben von *Erich Botzenhart, Jörn Ipsen*, (Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz <sup>2</sup>1986) 326: „In dieser Absicht müssen wir, um nur einigermaßen Einheit zu erhalten, Preußen vernichten, die geistlichen und kleinen weltlichen Fürsten, die Reichsritterschaft, die Reichsstädte, die Reichsgerichte wiederherstellen, denn nur durch diese Werkzeuge könnte Österreich eine Oberherrschaft auf Einfluß und das Ansehen der Übermacht gründen.“ *Heinrich Getz*, Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem (Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen 70, Bonn 1966) 19 (im Folgenden zitiert: *Getz*, Rechtseinheit); vgl. auch *Buschmann*, NJW 1979 (Fn. 14) 1969; *Eduard Kern*, Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts (München, Berlin 1954) 67. Das mit England in Personalunion regierte Kurfürstentum Hannover trat für eine Restauration des Alten Reiches ein, *Dietmar Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte (München <sup>6</sup>2009) 288; im Folgenden zitiert: *Willoweit*, Verfassungsgeschichte.

<sup>19</sup> *Jacques Stern* (Hrsg.), Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften, mit einer Einführung von Hattenhauer (Neuaufgabe München 1973) 61 ff.; *Claudia Schöler*, Deutsche Rechtseinheit. Partikulare und nationale Gesetzgebung 1780–1866 (Forschungen zur Deutschen Rechtsgeschichte 22, Köln, Weimar, Wien 2004) 106 ff. im Folgenden zitiert: *Schöler*, Rechtseinheit.

<sup>20</sup> *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. I: Reform und Restauration 1789–1830 (Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz <sup>2</sup>1975) 616; *Kirchner*, Bundesgericht (Fn. 17) 19. Freiherr vom Stein wollte die Entscheidung von Streitigkeiten der einzelnen Staaten untereinander sowie zwischen den Fürsten und ihren Untertanen einem Ausschuß des Bundestages übertragen, Denkschrift zur deutschen Verfassungsfrage vom 10. März 1814, in: Quellen zur Geschichte des Wiener Kongresses 1814/1815, herausgegeben von *Klaus Müller* (Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte der Neuzeit XXIII, Darmstadt 1986) 303 f. (im Folgenden zitiert: Quellen zur Geschichte des Wiener Kongresses): „Der Bundestag würde jährlich nur sechs Wochen lang versammelt sein. Seine Befugnisse würden sein: Die Bundesgesetzgebung, die Auflagen zu Bundeszwecken und die Entscheidung der Streitigkeiten zwischen den verbündeten Staaten, zwischen den Fürsten und ihren

chen die Frage nach einem gemeinsamen deutschen Bundesgericht<sup>21</sup>. Im Deutschen Bund wurde allerdings nur eine Vermittlungs- und Austrägalgerichtsbarkeit

Untertanen. Er ernennt einen Ausschuß, der sie entscheidet und die Ausführung besorgt.“ Nach einer Vorlage Wilhelm von Humboldts sollte ein unabhängiges Bundesgericht für die Entscheidung über Beschwerden von Untertanen oder Ständen eines Bundesmitgliedes gegen ihre Regierung zuständig sein, ebenda 308f.: „18. Es wird ein Deutsches Bundesgericht geschaffen werden. Es wird seinen Sitz an einem anderen Ort als die Bundesversammlung haben; es wird vollkommene Unabhängigkeit genießen, sowohl von den einzelnen Fürsten als auch vom Bundesausschuß, und es wird nur der Bundesversammlung als ganzer unterstellt sein. Die Ernennung der Richter wird bei allen Bundesmitgliedern liegen nach in der Verfassung festzulegenden näheren Bestimmungen. 19. Dieses Gericht wird insbesondere dazu bestimmt sein, über Beschwerden zu entscheiden, welche die Untertanen oder die Stände eines der Bundesmitglieder gegen ihre Regierung vorbringen.“ Auch Hardenberg sah in Art. 27 der zweiten Fassung seines Entwurfs der Grundlagen einer deutschen Bundesverfassung ein für Streitsachen der Fürsten und Stände untereinander zuständiges Bundesgericht vor, ebenda 329: „Es wird ein eigenes Bundesgericht in Frankfurt am Main angeordnet, dessen Mitglieder von den Bundesständen nach einer zu bestimmenden Norm zu präsentieren sind und welches einen Senat zur Instruktion und einen zum Spruch in erster Instanz, einen dritten zum Spruch in letzter Instanz in Streitsachen der Fürsten und Stände unter sich enthalten soll. Mediatisierte können nur in persönlichen Sachen oder in solchen, die aus Verletzung des Bundesvertrags entstehen, vor diesem Bundesgericht Recht nehmen. Übrigens gehören ihre Prozesse vor die Landesgerichte.“ Noch die erste Fassung Hardenbergs Entwurfs sah kein eigenständiges Bundesgericht, sondern nur eine gerichtliche Kompetenz des Bundesrates und der Bundesversammlung vor (ebenda).

<sup>21</sup> Nach *Solbrig*, Gerichtsbarkeit (Fn. 18) 17 war die „Schaffung einer einheitlichen kraftvollen Bundesgerichts[b]arkeit“ „eine der wichtigsten Aufgaben des Wiener Kongresses“. Zu den auf dem Wiener Kongreß vorgelegten Entwürfen einer gemeinsamen Gerichtsbarkeit ebenda 23ff. Der Entwurf der preußischen Bevollmächtigten vom 10. Februar 1815 sah die Gründung eines Bundesgerichts vor, das über Streitigkeiten der unmittelbaren Bundesglieder untereinander und Klagen mittelbarer Personen gegen jene entscheiden, in seiner Zuständigkeit aber weitgehend auf verfassungsrechtliche Fragen beschränkt bleiben sollte, *Johann Ludwig Klüber* (Hrsg.), Acten des Wiener Congresses in den Jahren 1814 und 1815., Zweiter Bd. (Neudruck der Ausgabe 1815, Osnabrück 1966) 47ff.: „§ 98. Um in denjenigen Fällen, wo die Gerechtigkeit nur von dem Bunde selbst gehandhabt werden kann, dieselbe nach festen und unandelbaren Grundsätzen auszuüben, und alle Willkühr und jeden persönlichen Einfluß davon auszuschließen, wird ein beständiges Bundesgericht, welches in derselben Stadt, wie der Bundesrath, seinen Sitz hat errichtet. [...] § 102. Zur Befugnis des Bundesgerichts gehören nur zwei Arten von Rechtshändeln, nämlich: a) die Streitigkeiten der unmittelbaren Bundesglieder unter einander; b) die Klagen mittelbarer Personen gegen unmittelbare Bundesglieder, wegen Verletzung der innern Landesverfassung, und solcher in denselben gegründeten einzelnen Rechte, welche durch den Bundes- oder einen andern Staatsvertrag ausdrücklich zugesichert sind.“ Ähnliche Absichten lagen auch den auf Hardenbergs Vorschlag beruhenden, zwischen Preußen, Österreich und Hannover vereinbarten zwölf Artikeln zugrunde, Quellen zur Geschichte des Wiener Kongresses (Fn. 20) 352f.: „10. Die deutschen Fürsten begeben sich gleichfalls des Rechtes der Bekriegung untereinander, und unterwerfen ihre Streitigkeiten (insofern sie sich nicht durch Austrägalinstanz abmachen lassen) einer, nach festzusetzenden Bestimmungen, zugleich von dem Rat der Kreisobersten und einem Bundesgericht zu erlassenden richterlichen Entscheidung. Das zu diesem Behuf anzuordnende Bundesgericht spricht auch über Klagen, die über Verletzungen des Bundesvertrags in einzelnen Ländern bei demselben erhoben werden.“ Diese von Hardenberg und Metternich ausgearbeiteten zwölf Artikel stießen aber auf heftigen Widerstand der süddeutschen Staaten, *Willoweit*, Verfassungsgeschichte (Fn. 18) 289. Max I. Joseph von Bayern

für Streitigkeiten zwischen einzelnen Bundesterritorien geschaffen<sup>22</sup>, die keine oberste Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit war und daher nicht als einheitliches Höchstgericht des Bundes angesehen werden kann<sup>23</sup>. Dass der Deutsche Bund keine einheitliche Höchstgerichtsbarkeit errichten konnte, lag an seiner Konzeption, die die Souveränität der Einzelstaaten weitgehend unangetastet ließ<sup>24</sup>.

Motor der staatlichen und rechtlichen Einigungsbestrebungen war in den folgenden Jahrzehnten das wirtschaftliche Zusammenwachsen der deutschen Territorien, das 1833 in der Gründung des Zollvereins zum Ausdruck kam<sup>25</sup>. Auf

lehnte die Errichtung eines Bundesgerichts ab, Weisung an Wrede, ebenda 379: „Das so vielfach schon zur Sprache gebrachte Bundesgericht wird noch immer, obgleich sein eigentlicher Wirkungskreis und Befugnisse noch nicht einmal genau ausgeschieden sind, bei allen Gelegenheiten als nöthig angegeben, und zwar darum, daß bei demselben mehr über das Mein und Dein der Rechte unter den Staaten, als unter den Privaten entschieden werden solle. Je näher und mehr man diese Einrichtung prüfet, desto mehr überzeugt man sich von ihrer Unzulänglichkeit. Wir sehen nicht ein warum zu Erreichung des so eben genannten ersten Zweckes nicht schon die Austrägal Instanz hinreichen, vielmehr noch ein Tribunal gebildet werden solle, welches im auffallenden Contrast mit allen Souveränitäts Rechten, und nichts andres ist, als das mit allen seinen Gebrechen, nur unter andrem Namen zurückgekommene Reichsgericht. Wir gehen immerhin von der wahren Absicht des zu errichtenden Deutschen Bundes aus. Diese ist keine andere, als die Sicherung und Beschützung Deutschlands von Außen, die Erhaltung der Souveränität und der Besitzungen aller Bundes Mitglieder. Die innern Verhältnisse und Rechte des einzelnen deutschen Bundesstaats müssen ungekränkt belassen werden. Wenn auch gesagt wird, daß der Unterthan eines Bundesgliedes vorerst bei den Justizstellen seines Landes klagbar aufgetreten, und ihm dort die Justiz verweigert worden seyn müße, ehe er mit seiner Klage sich an das Bundesgericht wenden dürfe, so zieht dieses doch nicht weniger den Souverän vor einen andern Richterstuhl, was mit dem Begriff der Souveränität nicht vereinbar ist. Unser Feldmarschall Fürst Wrédé hat daher in Unserm Namen bestimmt sich gegen die Errichtung des Bundesgerichtes, sobald der Gegenstand wieder zur Deliberation gebracht wird, zu erklären.“ Vgl. *Getz*, Rechteinheit (Fn. 18) 19ff.; *Kirchner*, Bundesgericht (Fn. 17) 19f.; *Laufs*, JuS 1969 (Fn. 14) 256.

<sup>22</sup> Art. 11 Abs. 3 der Deutschen Bundesakte, *Dietmar Willoweit, Ulrike Seif*, Europäische Verfassungsgeschichte (München 2003) 556 (im Folgenden zitiert: *Willoweit, Seif*, Europäische Verfassungsgeschichte); Bundes-Austrägal-Ordnung vom 16. Juni 1817, *Ernst Rudolf Huber*, Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. I: Deutsche Verfassungsdokumente 1803–1850 (Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 31978) 114–116 (im Folgenden zitiert: *Huber*, Dokumente I); *Solbrig*, Gerichtsbarkeit (Fn. 18) 34ff.

<sup>23</sup> *Buschmann*, NJW 1979 (Fn. 14) 1969; *Kirchner*, Bundesgericht (Fn. 17) 19; *Sabine Winkler*, Das Bundes- und spätere Reichsoberhandelsgericht. Eine Untersuchung seiner äußeren und inneren Organisation sowie seiner Rechtsprechungstätigkeit unter besonderer Berücksichtigung der kaufmännischen Mängelrüge (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft 94, Paderborn, München, Wien, Zürich 2001) 17 (im Folgenden zitiert: *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht).

<sup>24</sup> Präambel sowie Art. 1 der Deutschen Bundesakte, *Huber*, Dokumente I (Fn. 22) 84f.; vgl. *Michael Stolleis*, Souveränität um 1814, in: Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt. Symposium für Dietmar Willoweit, herausgegeben von *Ulrike Müßig* (Grundlagen der Rechtswissenschaft 6, Tübingen 2006) 101–115, 108–111; *Willoweit*, Verfassungsgeschichte (Fn. 18) 288.

<sup>25</sup> *Karl E. Müller*, Die ersten fünfundzwanzig Jahre des Reichsgerichts, in: Die ersten fünfundzwanzig Jahre des Reichsgerichts, Sonderheft des Sächsischen Archivs für Deutsches

Grund seiner Initiativen wurde 1847 die Allgemeine Deutsche Wechselordnung (ADWO) erlassen, die das wirtschaftlich bedeutsame Wechselrecht bundeseinheitlich regelte, und in den einzelnen Bundesstaaten in Kraft gesetzt<sup>26</sup>. In den Jahren ab 1856 folgte das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB)<sup>27</sup>. Beide Gesetze konnten aber wegen der beschränkten Bundesgewalt nicht vom Deutschen Bund selbst erlassen, sondern von diesem nur empfohlen werden; verabschiedet werden mussten sie in den einzelnen Mitgliedstaaten als Landesgesetz<sup>28</sup>.

Die Paulskirchenverfassung von 1849<sup>29</sup> übertrug der Reichsgewalt in ihrem § 64 Zuständigkeit und Aufgabe der Rechtsvereinheitlichung im bürgerlichen Recht, Handels- und Wechselrecht, Strafrecht und gerichtlichen Verfahren<sup>30</sup>. Sie sah zugleich die Errichtung eines Reichsgerichts vor, das neben staatsrechtlichen Zuständigkeiten auch solche im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit erhalten sollte; im Zivil- und Strafrecht sollte es aber nur erstinstanzlich, nicht hingegen als Revisions- oder oberstes Berufungsgericht tätig werden<sup>31</sup>. Es war nicht als gemeinsames Höchstgericht, sondern als Verfassungsgericht konzipiert<sup>32</sup>. Dieser Entwurf wurde nicht Wirklichkeit, da die politische Umsetzung der Paulskirchenverfassung scheiterte. Auch die auf dem preußischen Versuch der Gründung einer Deutschen Union von 1849/1850<sup>33</sup> beruhende, von Preußen, Sachsen und Hannover vorgeschlagene Erfurter Unionsverfassung vom 28. Mai 1849<sup>34</sup> sah ein Reichsgericht als unabweisliches Bedürfnis einer gesamtdeutschen Verfassung

Bürgerliches Recht (Leipzig 1904) 1–55, 5 (im Folgenden zitiert: *Müller*, Die ersten fünfundzwanzig Jahre); *Solbrig*, Gerichtsbarkeit (Fn. 18) 62; *Axel Weiss*, Die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts in Strafsachen (Marburg 1997) 69 (im Folgenden zitiert: *Weiss*, Entscheidungen); *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 18; vgl. zur Bedeutung des Zollvereins für die deutsche Rechtsvereinheitlichung *Getz*, Rechtseinheit (Fn. 18) 35 f.

<sup>26</sup> *Laufs*, JuS 1969 (Fn. 14) 257.

<sup>27</sup> Vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte (Fn. 13) 462.

<sup>28</sup> *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 18 f.

<sup>29</sup> *Willoweit, Seif*, Europäische Verfassungsgeschichte (Fn. 22) 562 ff.

<sup>30</sup> *Getz*, Rechtseinheit (Fn. 18) 122 f.; *Laufs*, JuS 1969 (Fn. 14) 257.

<sup>31</sup> §§ 125–129 der Reichsverfassung vom 28. März 1849, *Willoweit, Seif*, Europäische Verfassungsgeschichte (Fn. 22) 578 f.; *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. II: Der Kampf um Einheit und Freiheit 1830–1850 (Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1988) 825 (im Folgenden zitiert: *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte II); *Kirchner*, Bundesgericht (Fn. 17) 25 f. Vorschläge für weitere Kompetenzen des Reichsgerichts konnten sich im Rahmen der Verfassungsdiskussion der Paulskirche nicht durchsetzen: *Getz*, Rechtseinheit (Fn. 18) 124–126.

<sup>32</sup> *Ulrich Eisenhardt*, Zu den historischen Wurzeln der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland, in: Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa. Festschrift für Bernhard Diestelkamp zum 65. Geburtstag, herausgegeben von *Friedrich Battenberg, Filippo Ranieri* (Weimar, Köln, Wien 1994) 17–38, 34 f.; *Dieter Grimm*, Gewaltgefüge, Konfliktpotential und Reichsgericht in der Paulskirchen-Verfassung, in: Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt. Symposium für Dietmar Willoweit, herausgegeben von *Ulrike Müßig* (Grundlagen der Rechtswissenschaft 6, Tübingen 2006) 257–267, 261; *Solbrig*, Gerichtsbarkeit (Fn. 18) 65.

<sup>33</sup> *Huber*, Dokumente I (Fn. 22) 534–540.

<sup>34</sup> *Huber*, Dokumente I (Fn. 22) 551–559.

vor<sup>35</sup>, kam aber wegen des Widerstandes der süddeutschen Staaten und Österreichs ebenfalls nicht zum Zuge<sup>36</sup>.

In den ersten Jahrzehnten der zweiten Jahrhunderthälfte gewannen die Bemühungen um eine Vereinheitlichung des materiellen Rechts an Dynamik<sup>37</sup>. Die Pläne einer Reform des Deutschen Bundes, die in der Frankfurter Reformakte von 1863<sup>38</sup> mündeten, sahen auch ein gemeinsames Bundesgericht vor, das allerdings wiederum vor allem verfassungsrechtliche Zuständigkeiten erhalten sollte<sup>39</sup>. Diese Bundesreformpläne kamen indes nicht zur Umsetzung<sup>40</sup>.

Der 1860 gegründete Deutsche Juristentag beschäftigte sich mit umfangreichen Vorschlägen zur Förderung der Rechtseinheit<sup>41</sup> und sah einen gemeinsamen höchsten Gerichtshof der ordentlichen Gerichtsbarkeit zumindest für die bereits materiellrechtlich vereinheitlichten Rechtsgebiete des Handels- und Wechselrechts<sup>42</sup> als notwendiges Element der Einheit der Rechtsanwendung an<sup>43</sup>. Die Ju-

<sup>35</sup> Berliner Denkschrift vom 11. Juni 1849, in: Aktenstücke betreffend das Bündnis vom 26. Mai und deutsche Verfassungs-Angelegenheit 99ff.; *Kirchner*, Bundesgericht (Fn. 17) 26 f.; *Solbrig*, Gerichtsbarkeit (Fn. 18) 76 f.

<sup>36</sup> *Getz*, Rechtseinheit (Fn. 18) 128; *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte II (Fn. 31) 888 ff.

<sup>37</sup> *Schöler*, Rechtseinheit (Fn. 19) 300.

<sup>38</sup> *Ernst Rudolf Huber*, Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. II: Deutsche Verfassungsdokumente 1851–1900 (Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz <sup>3</sup>1986) 142–153 (im Folgenden zitiert: *Huber*, Dokumente II).

<sup>39</sup> *Buschmann*, NJW 1979 (Fn. 14) 1969; *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. III: Bismarck und das Reich (Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz <sup>3</sup>1988) 431 f.; *Solbrig*, Gerichtsbarkeit (Fn. 18) 79.

<sup>40</sup> *Kirchner*, Bundesgericht (Fn. 17) 33; *Laufs*, JuS 1969 (Fn. 14) 257.

<sup>41</sup> Die Förderung der Rechtseinheit war der Hauptzweck des Deutschen Juristentages, vgl. *Getz*, Rechtseinheit (Fn. 18) 141.

<sup>42</sup> Gegenstand der Diskussion des Juristentages war „ein Gerichtshof, dessen sofortige Einführung bezüglich des bereits bestehenden gemeinschaftlichen Deutschen Rechts (Wechselordnung), sowie des zu schaffenden (Handelsrechts) wünschenswerth erscheint.“ Verhandlungen des Ersten Deutschen Juristentages (Berlin 1860) 279 (im Folgenden zitiert: Verhandlungen des 1. DJT).

<sup>43</sup> Verhandlungen des 1. DJT (Fn. 42) 278–280: „Zu einer Einheit in der Rechtsanwendung kann nur ein höchster Gerichtshof führen, dessen sofortige Einführung bezüglich des bereits bestehenden gemeinschaftlichen Deutschen Rechts sowie des noch zu schaffenden wünschenswerth erscheint.“ Schreiben des Zweiten Präsidenten des Königlichen Ober-Tribunals Herrn Dr. Bornemann in Berlin an die Commission der Juristischen Gesellschaft für Ausschreibung eines Deutschen Juristentages, ebenda 66, 69: „Zu einer Einheit in der Rechtsanwendung kann nur ein höchster Gerichtshof führen, dessen Zusammensetzung, dauerndes oder zeitweises Zusammentreten, und Wirkungskreis näher zu erwägen sein wird.“ Antrag des Herrn Staatsanwalts a.D. Dr. Klauhold in Hamburg, ebenda 131 f., der sich dafür aussprach, „daß unabhängig von der Frage, ob ein gemeinsames Deutsches Handelsgesetzbuch zu Stande gebracht wird oder nicht, die Errichtung eines obersten Gerichtshofes zur Entscheidung von Handelsrechtsfragen eine nothwendige Voraussetzung zur ferneren gleichmäßigen Ausbildung des Deutschen Handelsrechts ist, und empfiehlt als einen zur Erreichung dieses Zwecks beachtenswerthen Vorschlag, daß durch Auftrag sämmtlicher Deutschen Staaten das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte, unter Verstärkung dessen Personals

ristentage der folgenden Jahre nach 1860 entwickelten allerdings kaum neue Standpunkte zur Gründung eines einheitlichen Bundesgerichts<sup>44</sup>. Auch der erste Allgemeine Deutsche Handelstag empfahl 1861 die Einrichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen, um die durch die ADWO und das ADHGB bereits teilweise erreichte Rechtseinheit auf dem Gebiete des Handelsrechts zu erhalten und auszubauen, ohne diesem Thema jedoch besonders hohe Priorität beizumessen<sup>45</sup>. Von parlamentarischer Seite sprachen sich das preußische Abgeordnetenhaus sowie Abgeordnete der zweiten Kammern von Nassau, Baden und Württemberg für einen obersten Gerichtshof für Handelssachen aus, ohne dass diese Voten praktische Vorschläge für die konkrete Ausgestaltung machten<sup>46</sup>. So hatte sich zwar vielfach die Ansicht durchgesetzt, dass eine gemeinsame höchst-richterliche Instanz der deutschen Staaten aus wirtschaftlichen, politischen und rechtlichen Gründen eine Notwendigkeit sei. Nach 1863 war ein gemeinsames oberstes Handelsgericht aber kaum noch Gegenstand von Politik und Diplomatie. Daher konnte bei der Gründung des Bundesoberhandelsgerichts nicht an eine zuvor geführte Debatte angeknüpft werden<sup>47</sup>.

1867 erhielt mit der Gründung des Norddeutschen Bundes die politische Einigung entscheidenden Antrieb. Zwar sah die Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 16. April 1867<sup>48</sup> keine eigene Gerichtsbarkeit vor<sup>49</sup>. Der Bund erhielt aber gem. Art. 4 Nr. 13 Verfassung des Norddeutschen Bundes eine Beaufsichtigungskompetenz für „die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren“<sup>50</sup>, kraft

auf allgemeine Kosten, als Gerichtshof zur Entscheidung von handelsrechtlichen Fragen in letzter Instanz, bestellt werde.“

<sup>44</sup> Vgl. ausführlich *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 21–28; *Laufs*, JuS 1969 (Fn. 14) 257.

<sup>45</sup> „Es wird nämlich gewünscht, daß durch Vereinbarung der deutschen Regierungen und Stände baldmöglichst ein gemeinsamer oberster deutscher Gerichtshof zur Erhaltung der Einheit und gemeinsamen Fortbildung des deutschen Handelsrechts ins Leben trete.“ Verhandlungen des Ersten Deutschen Handelstags (Berlin 1861) 61. Der Handelstag beschloß daraufhin die Forderung: „Es möge durch Vereinbarung der deutschen Regierungen und Stände bald möglichst ein gemeinsamer oberster deutscher Gerichtshof zur Erhaltung der Einheit und gemeinsamen Fortbildung des deutschen Handelsrechts ins Leben treten.“ Ebenda 110. *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 29; *Werner Schubert*, Die deutsche Gerichtsverfassung (1869–1877) – Entstehung und Quellen (Ius Commune Sonderhefte 16, Frankfurt am Main 1981) 140f. Note 3; im Folgenden zitiert: *Schubert*, Gerichtsverfassung.

<sup>46</sup> *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 16f. Note 16; *Schubert*, Gerichtsverfassung (Fn. 45) 140f.

<sup>47</sup> *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 19.

<sup>48</sup> BGBl. 1867, 2 ff.; *Huber*, Dokumente II (Fn. 38) 272–285.

<sup>49</sup> *Laufs*, JuS 1969 (Fn. 14) 258. In Verfassungsstreitigkeiten und Fällen von Justizverweigerung sollte der Bundesrat entscheiden; die letztinstanzliche Zuständigkeit für Hoch- und Landesverrat wurde dem gemeinschaftlichen Oberappellationsgericht der freien Städte in Lübeck zugewiesen. Vgl. *Solbrig*, Gerichtsbarkeit (Fn. 18) 85.

<sup>50</sup> Art. 4 Nr. 13 der Verfassung des Norddeutschen Bundes, *Huber*, Dokumente II (Fn. 38) 273; vgl. *Getz*, Rechtseinheit (Fn. 18) 155–157.

derer die bisher nur als Partikularrecht geltenden vereinheitlichten Gesetze, die ADWO und das ADHGB, durch Gesetz vom 5. Juni 1869<sup>51</sup> in den Rang von Bundesgesetzen erhoben werden konnten<sup>52</sup>. Dieser materiellrechtliche Schritt der Rechtsvereinheitlichung verlieh auch den Forderungen nach einem gemeinsamen obersten Bundesgericht neue Aktualität. In diesem Zusammenhang legte die sächsische Regierung dem Bundesrat am 23. Februar 1869 einen „Entwurf, betreffend die Errichtung eines obersten Gerichtshofs in Handelssachen“<sup>53</sup> vor<sup>54</sup>. Zur Begründung äußerte sie die Befürchtung, die Rechtseinheit könnte leiden, wenn die Bundesgesetze durch partikuläre Gerichte unterschiedlich ausgelegt würden<sup>55</sup>. Der sächsische Entwurf fasste bereits die „Möglichkeit in's Auge [...], daß der neue Gerichtshof für ein größeres, als das jetzige Bundesgebiet zuständig wird“<sup>56</sup>. Da die Diskussion um ein gemeinsames Bundesgericht in den Jahren vor 1869 weitgehend zum Stillstand gekommen war und keine anderweitigen konkreten Vorschläge vorlagen, knüpfte der sächsische Entwurf nicht an die frühere Debatte an; das Bundesoberhandelsgericht des sächsischen Entwurfs muss somit als neuer, von früheren Diskussionen unbeeinflusster Vorschlag angesehen werden<sup>57</sup>.

Der Entwurf war nicht unumstritten; im Gesetzgebungsverfahren wurden etliche Bedenken gegen ihn vorgebracht. Ein Antrag Hamburgs lehnte ihn ab und forderte stattdessen einen für das gesamte Straf- und Zivilrecht zuständigen obersten Gerichtshof, denn eine Beschränkung auf Handelssachen müsse der Rechtsprechungsvereinheitlichung abträglich sein<sup>58</sup>. Andere Gegner des Entwurfs sahen Gefahren für die Rechtsprechung der einzelstaatlichen Höchstgerichte, denn auch ein auf Fälle des Handelsrechts beschränktes Bundesgericht werde zumindest inzident über Rechtsfragen des Partikularrechts entscheiden müssen, mit denen es nicht hinreichend vertraut sein könne. Auch stehe einer gemeinsamen obersten Gerichtsbarkeit das Fehlen eines einheitlichen Prozessrechts entgegen<sup>59</sup>.

<sup>51</sup> BGBl. 1869, 379 ff.

<sup>52</sup> *Laufs*, JuS 1969 (Fn. 14) 258; *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 20.

<sup>53</sup> *Rudolf Gotter*, Der Entwurf des Gesetzes, betreffend die Errichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen, in: Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts 16 (1869) III–XXXII (im Folgenden zitiert: *Gotter*, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts).

<sup>54</sup> Der Entwurf der sächsischen Regierung ging auf eine Anregung der Leipziger Handelskammer zurück; *Adolf Lobe*, Fünfzig Jahre Reichsgericht am 1. Oktober 1929 (Berlin, Leipzig 1929) 3.

<sup>55</sup> *Kai Müller*, Der Hüter des Rechts. Die Stellung des Reichsgerichts im Deutschen Kaiserreich 1879–1918 (Hannoversches Forum der Rechtswissenschaften 4, Baden-Baden 1997) 25 (im Folgenden zitiert: *Müller*, Hüter des Rechts); vgl. *Gotter*, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts (Fn. 53) III f.

<sup>56</sup> Zitiert nach *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 28.

<sup>57</sup> *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 19. Dies hatte den Vorteil, dass das BOHG-G ohne Bezugnahme auf frühere Diskussionen in kurzer Zeit verabschiedet werden konnte und die Akzeptanz des Gerichts in den Anfangsjahren nicht unter dem Kreuzfeuer fortgesetzter Streitigkeiten um seine Gründung zu leiden hatte.

<sup>58</sup> *Müller*, Hüter des Rechts (Fn. 55) 25.

<sup>59</sup> *Gotter*, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts (Fn. 53) Vf.; *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 23.

Lübeck befürchtete darüber hinaus Kompetenzverluste für sein Hanseatisches Oberappellationsgericht, dem durch das zu gründende Bundesoberhandelsgericht nahezu zwei Drittel seiner Rechtsfälle entzogen würden<sup>60</sup>. Zudem wurden verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Gründung des Bundesoberhandelsgerichts geäußert: Art. 4 Nr. 13 der Verfassung des Norddeutschen Bundes<sup>61</sup> berechtigte diesen nur zur Beaufsichtigung des gerichtlichen Verfahrens. Die Schaffung eines eigenen Höchstgerichts sei davon nicht erfasst<sup>62</sup>.

Trotz dieser „lebhaftesten juristischen Bedenken“<sup>63</sup> gegen die Gründung des Bundesoberhandelsgerichts wurde das BOHG-Gesetz noch in der ersten Jahreshälfte 1869 verabschiedet<sup>64</sup> und trat am 5. August 1870 in Kraft. In weitgehender Einigkeit sah man das Erfordernis, „mit dieser ersten gemeinsamen nationalen Institution den Weg für einen umfassenden Bundesgerichtshof zu ebnen“<sup>65</sup>. Am gleichen Tag noch konstituierte sich das Bundesoberhandelsgericht in Leipzig<sup>66</sup>.

<sup>60</sup> Vgl. die Äußerung des Abgeordneten von Bernuth in der zweiten Beratung des Reichstages über den BOHG-Gesetzesentwurf am 4. Mai 1869, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Legislatur-Periode – Session 1869, Bd. II 783, 793: „Oeffentliche Blätter haben uns die Nachricht gebracht, daß aus den Hansestädten die Behauptung aufgestellt sei, das Zustandekommen dieses Gerichtshofes würde – ich möchte sagen – tödtlich sein für das Ober-Appellationsgericht in Lübeck, insofern tödtlich, als 3/5 aller bisherigen Sachen zu denjenigen gezählt werden, die durch Niedersetzung des neuen Gerichtshofes dem Hofe in Lübeck entzogen werden würden; [...]“; *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 25.

<sup>61</sup> Siehe Fn. 50.

<sup>62</sup> *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 21 f. Die Vertreter des sächsischen Entwurfs argumentierten dagegen, die Gerichtsorganisation sei ein integrierender Bestandteil der Prozessordnung und müsse daher der Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterfallen. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit wurde schließlich nicht weiter verfolgt, denn das BOHG-Gesetz wurde mit deutlicher Zweidrittelmehrheit angenommen, so dass auch das für eine etwaige Verfassungsänderung erforderliche Quorum erfüllt war.

<sup>63</sup> So der Abgeordnete Lesse in der zweiten Beratung des Reichstages über den BOHG-Gesetzesentwurf am 4. Mai 1869 (Fn. 60) 799.

<sup>64</sup> Das BOHG-Gesetz wurde am 5. April 1869 vom Bundesrat verabschiedet, am 21. Mai 1869 vom Reichstag angenommen, am 12. Juni 1869 vom preußischen König als Inhaber des Bundespräsidiums (Art. 11 Abs. 1 der Verfassung des Norddeutschen Bundes, *Huber*, Dokumente II [Fn. 38] 275) vollzogen und am 18. Juni 1869 im Bundesgesetzblatt (BGBl. 1869 201–208) veröffentlicht; *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 26.

<sup>65</sup> So der Abgeordnete *Lasker* in der ersten Beratung des Reichstages über den BOHG-Gesetzesentwurf am 10. April 1869, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Legislatur-Periode – Session 1869, Bd. II 285, 286; ebenso der Abgeordnete *Stephani*, ebenda 288.

<sup>66</sup> Protokoll über die Eröffnung des Gerichts: ROHG-E 1, 5–14. Der Sitz des Gerichts in Leipzig war anfangs umstritten. Gegen Leipzig wurde dessen Randlage im Bereich des norddeutschen Bundes vorgebracht; allerdings hoffte man von Anfang an, dass das Gericht alsbald für ein größeres Gebiet zuständig sein werde (vgl. die Äußerung des Abgeordneten *Stephani* in der ersten Beratung des Reichstages über den BOHG-Gesetzesentwurf am 10. April 1869 [Fn. 65] 288). Außerdem wurde die Befürchtung geäußert, in Leipzig seien die für das Handelsrecht bedeutsamen seerechtlichen Besonderheiten nicht hinreichend verwurzelt. Dieser Nachteil konnte aber durch die Besetzung des Gerichts kompensiert werden. Für Leipzig sprachen dessen Charakter als Handelsstadt, sein geistiges Leben und seine aner-

Durch Plenarbeschluss vom 2. September 1871<sup>67</sup> benannte es sich in „Reichsoberhandelsgericht“ um<sup>68</sup>. Im Zuge der Schaffung einer einheitlichen Rechtspflege durch die Reichsjustizgesetze wurde es am 1. Oktober 1879 durch das neu ins Leben gerufene Reichsgericht abgelöst, wobei dieses in einer von der Forschung betonten Kontinuität an die Institution des Bundesoberhandelsgerichts anknüpfte<sup>69</sup>. Der insbesondere für Handelssachen zuständige erste Zivilsenat des Reichsgerichts kann hinsichtlich Zuständigkeiten, Personal und Rechtsprechung als Fortsetzung des Reichsoberhandelsgerichts angesehen werden.

## Gerichtsverfassung, Zuständigkeiten und Verfahren

### *Gerichtsverfassung*

Das Bundesoberhandelsgericht war nach § 1 BOHG-G<sup>70</sup> ein gemeinsamer oberster Gerichtshof des Norddeutschen Bundes; nach § 5 BOHG-G<sup>71</sup> war dieser Träger der gesamten sachlichen und personellen Kostenlast<sup>72</sup>. An seine Stelle trat 1871 das Deutsche Reich<sup>73</sup>. Das Oberhandelsgericht war somit kein gemeinsames Gericht der Einzelstaaten, sondern ein eigenes Gericht des Bundes und später des

kannte Juristenfakultät. *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 28 f.; vgl. *Gotter*, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts (Fn. 53) IX f.

<sup>67</sup> ROHG-E 2 448.

<sup>68</sup> *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 55 mit Note 228: Die Einführung der Gerichtsverfassung unter dem 16. April 1871 (BGBl. 1871, 63 ff.; *Huber*, Dokumente II [Fn. 38] 384–402) erhob zwar das BOHG-Gesetz in den Rang eines Reichsgesetzes, so dass das Oberhandelsgericht zu einer Institution des neu gegründeten Reiches wurde; die Bezeichnung „Reichsoberhandelsgericht“ nahm das Gericht aber erst am 2. September 1871 an. Vgl. auch *Müller*, Hüter des Rechts (Fn. 55) 28; anders aber *Buschmann*, NJW 1979 (Fn. 14) 1969; *Laufs*, JuS 1969 (Fn. 14) 259; *Müller*, Die ersten fünfundzwanzig Jahre (Fn. 25) 7.

<sup>69</sup> *Schubert*, Gerichtsverfassung (Fn. 45) 180. *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 353. Die Kontinuität kam vor allem in der Übernahme aller – mit Ausnahme des Präsidenten Pape – Richter des Reichsoberhandelsgerichts, die nicht aus Krankheits- oder Altersgründen in den Ruhestand traten, durch das Reichsgericht zum Ausdruck. *Weiss*, Entscheidungen (Fn. 25) 119 f. Zum Präsidenten Pape siehe Fn. 77. Eine Zäsur bedeutete der Übergang zum Reichsgericht allerdings über den Wechsel im Präsidentenamt hinaus durch das Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze und den ungefähr zeitgleich erfolgten politischen Wechsel von der Freihandels- zur Schutzzollpolitik, der sich auch in der Rechtsprechung bemerkbar machte; *Henne* (a.a.O.) 10. Zur freihandelspolitischen Orientierung der Rechtsprechung des Oberhandelsgerichts ebenda 313.

<sup>70</sup> „Für Handelssachen wird ein für alle Staaten des Norddeutschen Bundes gemeinsamer Oberster Gerichtshof errichtet, dessen Zuständigkeit sich über das gesammte Bundesgebiet erstreckt und welcher die Benennung ‚Bundes-Oberhandelsgericht‘ führt“.

<sup>71</sup> „Der für das Bundes-Oberhandelsgericht erforderliche Aufwand wird aus der Bundeskasse bestritten. Insbesondere werden alle bei dem Bundes-Oberhandelsgericht angestellten Beamten als Bundesbeamte aus der Bundeskasse besoldet.“

<sup>72</sup> Zur Kostenlast und den Gehältern des Personals: *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 44.

<sup>73</sup> *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 54 f.

Reiches<sup>74</sup>. Die Sicherung gegen eine preußische Hegemonie über das Gericht<sup>75</sup> stärkte seine Autonomie und die Akzeptanz seiner Entscheidungen.

Das richterliche Personal des Gerichts bestand nach § 2 BOHG-G<sup>76</sup> aus dem Präsidenten<sup>77</sup>, einem Vizepräsidenten und der erforderlichen Anzahl an Räten. Zu Beginn seiner Tätigkeit wurde das Gericht mit zwölf Räten besetzt. Wegen der Ausdehnung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit wurde es in den folgenden Jahren kontinuierlich vergrößert. 1874 wurde eine zweite Vizepräsidentenstelle geschaffen; die Zahl der Räte stieg bis 1879 auf insgesamt 24 an<sup>78</sup>.

Ernannt wurden der Präsident, die Vizepräsidenten und die Räte nach § 3 BOHG-G „auf Vorschlag des Bundesrathes von dem Bundespräsidium“, das der König von Preußen innehatte<sup>79</sup>. An seine Stelle trat mit der Reichsgründung der Kaiser<sup>80</sup>, während das Vorschlagsrecht des Bundesrates unverändert blieb<sup>81</sup>. Die Qualifikation der Gerichtsmitglieder wurde durch § 6 BOHG-G geregelt: Sie waren entweder Rechtskundige, die in ihrem Bundesstaat die Befähigung zur Mitgliedschaft an einem oberen Gerichtshof hatten, oder ordentliche Professoren deutscher Universitäten<sup>82</sup>.

<sup>74</sup> *Solbrig*, Gerichtsbarkeit (Fn. 18) 95.

<sup>75</sup> Diesbezügliche Elemente der Gerichtsverfassung waren vor allem der Sitz des Gerichts in Leipzig, die Ernennung der Richter auf Vorschlag des Bundesrates, dessen Dienstaufsicht über das Gericht sowie die Ablehnung des die richterliche Unabhängigkeit gefährdenden preußischen Disziplinarrechts; *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 49 ff., 65.

<sup>76</sup> „Das Bundes-Oberhandelsgericht soll in Leipzig seinen Sitz haben und aus einem Präsidenten, einem oder mehreren Vizepräsidenten und der erforderlichen Anzahl von Räten bestehen.“

<sup>77</sup> Präsident des Oberhandelsgerichts war während der gesamten Zeit seines Bestehens (1870–1879) der Königlich Preußische Ober-Justizrat und vortragende Rat im Justizministerium Dr. Pape. Von 1874 bis zu seinem Tode 1888 war er Vorsitzender der ersten Kommission zur Ausarbeitung des BGB; zur Bedeutung dieser Tätigkeit *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 189 f. Während beide Vizepräsidenten und die Mehrheit der Räte (18 von insgesamt 24; die übrigen sechs traten in den Ruhestand) 1879 in das Reichsgericht übernommen wurden (*Weiss*, Entscheidungen [Fn. 25] 119 f.), wurde Pape das angestrebte Präsidentenamt am Reichsgericht aus machtpolitischen Gründen und persönlichen Animositäten verweigert; *Henne* (a.a.O.) 341 f. Biographie Papes: *Hans-Georg Mertens*, Heinrich Eduard Pape, in: Westfälische Lebensbilder, herausgegeben von *Robert Stupperich* (Veröffentlichungen der Historischen Kommission Westfalens XVII A, Münster 1975) 153–171.

<sup>78</sup> Darstellung der Entwicklung des richterlichen Personals im Einzelnen bei *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 35 ff.

<sup>79</sup> Art. 11 Abs. 1 der Verfassung des Norddeutschen Bundes, *Huber*, Dokumente II (Fn. 38) 275; die Ernennung durch das Bundespräsidium folgte Art. 18 der Verfassung des Norddeutschen Bundes; das Vorschlagsrecht des Bundesrates entsprach dem in Art. 36 Abs. 2 und Art. 56 Abs. 1 (*Huber*, Dokumente II [Fn. 38] 277, 282) zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Beteiligung des Bundesrates und der Bedeutung der gemeinsamen Rechtsprechung für die Einzelstaaten.

<sup>80</sup> Art. 18 Abs. 1 der Verfassung des Deutschen Reiches, *Huber*, Dokumente II (Fn. 38) 390.

<sup>81</sup> Art. 36 Abs. 2, 56 Abs. 1 der Verfassung des Deutschen Reiches, *Huber*, Dokumente II (Fn. 38) 392, 397.

<sup>82</sup> Da die deutsche Rechtswissenschaft als einheitlich angesehen wurde, konnten auch deut-

In §§ 23–26 BOHG-G waren die Sicherungen der richterlichen Unabhängigkeit formuliert. Die Anstellung erfolgte auf Lebenszeit<sup>83</sup>.

§ 8 Abs. 1 BOHG-G sah eine Einteilung des Gerichts in Senate durch Beschluss des Bundesrates vor; Anfangs wurde von dieser Vorschrift kein Gebrauch gemacht. Erst 1871 wurde die Teilung in zwei Senate<sup>84</sup>, 1874 in drei Senate eingeführt<sup>85</sup>. Ihre Zusammensetzung oblag nach § 8 Abs. 2 BOHG-G dem Präsidenten, der sie mindestens für die Dauer eines Geschäftsjahres festzusetzen hatte. Durch diese Regelung sollte eine willkürliche Besetzung im Interesse der Unabhängigkeit des Gerichtshofes vermieden werden<sup>86</sup>. Die Geschäftsverteilung auf die Senate entschied der Präsident<sup>87</sup>. Wollte ein Senat von einer früheren Entscheidung des Gerichts abweichen, hatte nach § 9 BOHG-G<sup>88</sup> das Plenum zu entscheiden.

sche Universitätsprofessoren außerhalb des Bundesgebietes an das Gericht berufen werden. Dies geht auf eine Änderung des Reichstages zurück; der sächsische Entwurf sah ursprünglich eine Beschränkung auf die Universitäten der Bundesstaaten vor; vgl. *Gotter*, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts (Fn. 53) XI; *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 31 ff.

<sup>83</sup> Über die Amtsenthebung, die bei rechtskräftiger Verurteilung zu bestimmten Strafen in Betracht kam, sowie den Verlust des Gehalts und die Versetzung in den Ruhestand entschied letztinstanzlich das Plenum des Gerichts. *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht [Fn. 23] 34; *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ [Fn. 9] 65.

<sup>84</sup> Die Einteilung erfolgte durch ein „Regulativ für den Geschäftsgang beim Bundes-Oberhandelsgericht“. § 11 Abs. 1 BOHG-G ermächtigte das Gericht, seine Geschäftsordnung durch ein Geschäftsregulativ, das der Genehmigung des Bundesrates bedurfte, selbst zu regeln. Gegenstand dieses Regulativs konnten ausweislich der Motive des Gesetzgebers aber nur Ordnungsvorschriften sein, die sich für die Gesetzesform nicht eigneten; *Gustav Marschner*, Die Einheit des Handelsrechts durch das Bundes-Oberhandelsgericht (Leipzig 1870) 58 (im Folgenden zitiert: *Marschner*, Einheit). Das Geschäftsregulativ ist abgedruckt in ROHG-E 2 7–19. Den Vorsitz des ersten Senates übernahm der Präsident, den des zweiten führte der Vizepräsident.

<sup>85</sup> *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 45. Mit Wirkung vom 1. September 1874 wurde durch eine Änderung des Regulativs ein dritter Senat geschaffen, dessen Vorsitz der neu ernannte zweite Vizepräsident führte.

<sup>86</sup> Motive des Gesetzgebers zum BOHG-G bei *Gotter*, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts (Fn. 53) XV: „Motive: Die Eintheilung in Senate muß zur Vermeidung der Stockung der Geschäfte und um der Nothwendigkeit der Anstellung einer übergroßen Zahl von Richtern zu begegnen, vorgesehen werden. Die Zusammensetzung der Senate durch den Präsidenten erscheint im Interesse der Unabhängigkeit des Gerichtshofes angemessen.“

<sup>87</sup> *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 81. Die Verteilung durch den Präsidenten sollte eigentlich nur ein Provisorium sein und durch objektive Kriterien ersetzt werden, sobald die dafür erforderliche Erfahrung die Entwicklung solcher Kriterien zulassen würde. Zu einer solchen Änderung kam es indes nie. Im Übrigen hatte die Verteilung durch den Präsidenten den Vorteil, dass besondere Kenntnisse einzelner Gerichtsmitglieder gezielt genutzt werden konnten und die gleichmäßige Beschäftigung der Senate sichergestellt war.

<sup>88</sup> „Wenn die Ansicht eines Senats über eine Rechtsfrage von einer früheren Entscheidung desselben Senats oder eines anderen Senats oder des Plenums abweicht, so muß vor der Sachentscheidung diese Rechtsfrage vor das Plenum gebracht werden. Die Ansicht des letzteren ist für die Entscheidung der Sache, welche zu der Plenarentscheidung Veranlassung gegeben hat, maßgebend.“

*Zuständigkeit*

Die örtliche Zuständigkeit des Gerichts war in § 12 BOHG-G geregelt: „Das Bundes-Oberhandelsgericht tritt in Handelssachen an die Stelle des für das Gebiet, in welchem die Sache in erster Instanz anhängig geworden ist, nach den Landesgesetzen bestehenden obersten Gerichtshofes [...].“ Maßgeblich war somit die Anhängigkeit in erster Instanz in einem Mitgliedstaat des Norddeutschen Bundes<sup>89</sup>. Im Zuge der politischen Veränderungen durch den deutsch-französischen Krieg wurde die örtliche Zuständigkeit unter Beibehaltung dieses Grundsatzes sukzessive ausgedehnt. Am 1. Januar 1871 trat die vom Norddeutschen Bund mit Baden und Hessen vereinbarte Verfassung eines Deutschen Bundes<sup>90</sup> in Kraft. Dieser übernahm das Bundesoberhandelsgericht, so dass dieses fortan auch für Baden und die südlich des Mains gelegenen Gebiete Hessens zuständig war<sup>91</sup>. Auch Württemberg trat diesem Deutschen Bund bei<sup>92</sup>, jedoch mit der Einschränkung, dass das Gericht erst ab dem 1. Juli 1871 für Württemberg zuständig sein sollte<sup>93</sup>. Auch Bayern kam dazu<sup>94</sup>, setzte aber die Anwendung zahlreicher Bundesgesetze, so auch des BOHG-G, vorerst aus. Erst am 1. Juli 1871 trat das BOHG-G in Bayern schließlich in Kraft<sup>95</sup>, so dass das Gericht fortan für das gesamte Gebiet des neu gegründeten Deutschen Reiches<sup>96</sup> zuständig war. Eine weitere Ausdehnung erfuhr die Zuständigkeit des Gerichts durch den Erwerb des Elsass und Lothringens. Elsass-Lothringen war als Reichsland unmittelbar der Reichsgewalt unterstellt, so dass diese für die oberste Gerichtsbarkeit, die bisher dem Pariser Kassationshof zugestanden hatte, Sorge tragen musste. Die letztinstanzliche Zuständigkeit für alle zivil- und strafrechtlichen Fälle aus Elsass-Lothringen wurde daher dem Bundesoberhandelsgericht als oberstem Gericht des Reiches zugewiesen<sup>97</sup>. Hinsichtlich seiner örtlichen Zuständigkeit hatte das oberste

<sup>89</sup> Dem Norddeutschen Bund gehörten nach Art. 1 seiner Verfassung folgende Staaten an: Preußen mit Lauenburg, Sachsen, Mecklenburg-Schwerin, Sachsen-Weimar, Mecklenburg-Strelitz, Oldenburg, Braunschweig, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Coburg-Gotha, Anhalt, Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen, Waldeck, Reuß älterer Linie, Reuß jüngerer Linie, Schaumburg-Lippe, Lippe, Lübeck, Bremen, Hamburg sowie die nördlich des Mains gelegenen Teile Hessens; *Huber*, Dokumente II (Fn. 38) 272.

<sup>90</sup> BGBl. 1870 627, zum Bundesoberhandelsgericht Art. 80 Abs. 1 Ziffer 17; vgl. Bundesvertrag mit Baden und Hessen vom 15. November 1870, *Huber*, Dokumente II (Fn. 38) 326–329.

<sup>91</sup> *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 128f.; *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 54.

<sup>92</sup> Bundesvertrag mit Württemberg vom 25. November 1870, *Huber*, Dokumente II (Fn. 38) 336–338.

<sup>93</sup> Art. 2 Abs. 6 des Bundesvertrages (siehe Fn. 92); *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 131; *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 54.

<sup>94</sup> Bundesvertrag vom 23. November 1870, *Huber*, Dokumente II (Fn. 38) 329–333.

<sup>95</sup> *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 129f.

<sup>96</sup> Vgl. Art. 1 der Verfassung des Deutschen Reiches, *Huber*, Dokumente II (Fn. 38) 385.

<sup>97</sup> Nach § 1 des Gesetzes vom 14. Juni 1871, RGBl. 1871, 315, trat das Bundesoberhandelsgericht „als oberster Gerichtshof für Elsaß und Lothringen an die Stelle des Kassationshofes

Handelsgericht, das sich seit dem 2. September 1871 als Reichsoberhandelsgericht bezeichnete<sup>98</sup>, damit die Entwicklung zu einem Reichsgericht selbst vollzogen<sup>99</sup>.

Die sachliche Zuständigkeit wurde in ihrem Kernbereich durch §§ 12, 13 BOHG-G geregelt. Die Normierung der sachlichen Zuständigkeit für Handelssachen gem. § 12 BOHG-G<sup>100</sup> wurde in § 13 BOHG-G<sup>101</sup> konkretisiert. Dabei kam es nicht auf den Gegenstand des eingelegten Rechtsmittels an, sondern darauf, dass in der Klage ein Anspruch der in § 13 Nrn. 1–3 BOHG-G genannten Fallgruppen

zu Paris“.

Alternativ war von den Reichstagsabgeordneten Reichensperger und Windthorst vorgeschlagen worden, ein auswärtiges Gericht beispielsweise in Darmstadt oder das preußische Obertribunal in Berlin mit der obersten Gerichtsbarkeit für Elsass und Lothringen zu betrauen. Dieser Vorschlag wurde jedoch mehrheitlich abgelehnt, da er mit der Konzeption Elsass-Lothringens als Reichsland nicht vereinbar war; *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 132.

<sup>98</sup> Plenarbeschluss vom 2. September 1871, in: ROHG-E 2 448; siehe Fn. 68.

<sup>99</sup> *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 55.

<sup>100</sup> „Das Bundes-Oberhandelsgericht tritt in Handelssachen an die Stelle des für das Gebiet, in welchem die Sache in erster Instanz anhängig geworden ist, nach den Landesgesetzen bestehenden obersten Gerichtshofes mit derjenigen Zuständigkeit, welche nach diesen Landesgesetzen dem obersten Gerichtshofe gebührt.

Die Zuständigkeit des Bundes-Oberhandelsgerichts kann durch Aktenversendung an juristische Spruchkollegien und Fakultäten nicht ausgeschlossen werden.“

<sup>101</sup> „Handelssachen im Sinne dieses Gesetzes sind diejenigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch die Klage ein Anspruch gegen einen Kaufmann (Art. 4. des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs) aus dessen Handelsgeschäften (Art. 271–276. des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs), aus dem Wechsel im Sinne der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung, aus einem der nachstehend bezeichneten Rechtsverhältnisse geltend gemacht wird: aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft, zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber des Handelsgewerbes, sowie zwischen den Theilnehmern einer Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften oder einer Vereinigung zum Handelsbetriebe (Art. 10. des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs), sowohl während des Bestehens, als nach Auflösung des geschäftlichen Verhältnisses,

ingleichen aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Liquidatoren oder den Vorstehern einer Handelsgesellschaft, und der Gesellschaft oder den Mitgliedern derselben;

aus dem Rechtsverhältnisse, welches das Recht zum Gebrauche der Handelsfirma betrifft;

aus dem Rechtsverhältnisse, welches durch die Veräußerung eines bestehenden Handelsgeschäfts zwischen den Kontrahenten entsteht;

aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Prokuristen, dem Handelsbevollmächtigten oder dem Handelsgehülften und dem Eigenthümer der Handelsniederlassung, sowie aus dem Rechtsverhältnisse zwischen einer dritten Person und demjenigen, welcher ihr als Prokurist oder Handelsbevollmächtigter aus einem Handelsgeschäfte haftet (Art. 55. des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs);

aus dem Rechtsverhältnisse, welches aus den Berufsgeschäften des Handelsmäklers im Sinne des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs zwischen diesem und den Parteien entsteht;

aus den Rechtsverhältnissen des Seerechts, insbesondere aus denjenigen, welche auf die Rhederei, die Rechte und Pflichten des Rheders, des Korrespondent-Rheders und der Schiffsbesatzung, auf die Bodmeierei und die Haverei, auf den Schadensersatz im Falle des Zusammenstoßens von Schiffen, auf die Bergung und Hülfeleistung in Seenoth und auf die Ansprüche der Schiffsgläubiger sich beziehen.“

geltend gemacht wurde<sup>102</sup>. § 13 Nr. 1 BOHG-G erfasste Ansprüche gegen einen Kaufmann aus dessen Handelsgeschäften. Nach § 13 Nr. 2 BOHG-G begründeten alle Ansprüche aus einem Wechsel im Sinne der ADWO eine Handelssache. § 13 Nr. 3 BOHG-G fasste folgende handelsrechtliche Einzelfälle zusammen: Streitigkeiten aus den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter untereinander, der Gesellschafter zu Prokuristen, Handelsbevollmächtigten und Handelsgehilfen sowie zwischen einem Handelsmäkler und dessen Parteien, zwischen den Kontrahenten bei Veräußerung eines Handelsgeschäfts, firmenrechtlichen Rechtsverhältnissen sowie seerechtliche Streitigkeiten. Die Kernkompetenzen des Gerichts lagen somit im bereits vereinheitlichten Bereich des Handels- und Wechselrechts.

Bereits in den Jahren nach seiner Gründung wurden die Zuständigkeiten des Bundesoberhandelsgerichts vielfach über § 13 BOHG-G hinaus ausgedehnt. Bereits ab 1871 war das Gericht im Urheberrecht erstinstanzlich für zivilrechtliche Entschädigungsklagen und Ansprüche auf Einziehung sowie letztinstanzlich für urheberrechtliche Strafsachen zuständig<sup>103</sup>. Nach § 2 Abs. 2 Satz 4 des Gesetzes über die Abgaben von der Flößerei<sup>104</sup> erhielt es die Zuständigkeit für Entschädigungsklagen gegen den Bundesfiskus nach Aufhebung des Rechts zur Erhebung von Flößereiabgaben<sup>105</sup>. Als der Geltungsbereich des BOHG-G mit Wirkung vom 1. Juli 1871 auf Bayern ausgedehnt wurde, erhielt das Gericht für das ganze Reich die Konsulargerichtsbarkeit zugewiesen<sup>106</sup>. Eine Ausdehnung der sachlichen Zuständigkeit bewirkte auch die Einsetzung des Bundesoberhandelsgerichts als obersten Gerichtshofs für Elsass-Lothringen, denn es war hier fortan für alle Zivil- und Strafsachen letztinstanzlich zuständig<sup>107</sup>. Weitere Zuständigkeitsausweitungen betrafen das Reichshaftpflichtgesetz von 1871<sup>108</sup>, die Disziplinarggerichtsbarkeit über Rechtsanwälte, bestimmte Ansprüche von Reichsbeamten<sup>109</sup> und das Patentrecht<sup>110</sup>.

<sup>102</sup> Dies konnte dazu führen, dass die Zuständigkeit des Gerichts begründet war, obwohl das eingelegte Rechtsmittel nur Streitpunkte ohne handelsrechtlichen Bezug zum Gegenstand hatte; *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht [Fn. 23] 56.

<sup>103</sup> Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken vom 11. Juni 1870, BGBl. 1870 346; *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 122–124; *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 64.

<sup>104</sup> Gesetz über die Abgaben von der Flößerei vom 1. Juni 1870, BGBl. 1870 313.

<sup>105</sup> Diese sehr spezielle Zuständigkeit ist in der Praxis des Gerichts zwar unbedeutend geblieben. Sie war aber ein Präjudiz für Zuständigkeitsausweitungen außerhalb des Handelsrechts und ist ein Kennzeichen für den Beginn des Weges zum Bundesoberhandelsgericht als allgemeinem Bundesgericht; *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 124 f.

<sup>106</sup> Auch diese Zuständigkeitsausweitung blieb in der gerichtlichen Praxis unbedeutend und hatte vorwiegend symbolischen Wert; *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 130 f.

<sup>107</sup> Siehe Fn. 97.

<sup>108</sup> *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 137 ff.

<sup>109</sup> *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 141 ff.

<sup>110</sup> *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 148; *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 65.

*Verfahren*

Das prozessuale Verfahren des Bundesoberhandelsgerichts richtete sich gemäß dem prozessrechtlichen Grundsatz des § 16 BOHG-G<sup>111</sup> nach dem Prozessrecht desjenigen Landes, aus dem eine Sache an das Gericht gelangte. Ein einheitliches Prozessrecht gab es nicht. Der Rückgriff auf das Prozessrecht des jeweiligen Ursprungslandes einer Rechtssache sparte Zeit. Die Ausarbeitung einer eigenen einheitlichen Prozessordnung hätte seine Gründung erheblich verzögert. Außerdem konnten so Eingriffe in das einzelstaatliche Prozessrecht vermieden werden, die möglicherweise Widerstand hervorgerufen hätten<sup>112</sup>.

Abweichend von diesem Grundsatz konnte das Gericht seinen Geschäftsgang in dem auf § 11 Abs. 1 BOHG-G beruhenden Geschäftsregulativ einheitlich regeln. Dies war erforderlich, damit die Verschiedenheit der partikularrechtlichen Verfahrensvorschriften sich nicht lähmend auf die internen Abläufe des Gerichts auswirkte<sup>113</sup>.

## Partikularstaatliche Ressentiments gegen das BOHG

Seit seiner Gründung stand das Bundesoberhandelsgericht im Spannungsfeld zwischen dem partikularistisch zersplitterten Rechts- und Justizwesen in Deutschland und der fortschreitenden Rechtsvereinheitlichung. Von diesem Gegensatz war bereits seine Gründung beherrscht. Gegner der Neugründung sahen nicht nur Einfluss und Bedeutung der landeseigenen Höchstgerichte gefährdet<sup>114</sup>. Sie befürchteten auch, dass der neue Gerichtshof durch über das Handels- und Wechselrecht hinausgehende Entscheidungen die partikularstaatliche Rechtsprechung der einzelnen Bundesstaaten beeinträchtigen könnte<sup>115</sup>. Denn trotz der auf Han-

<sup>111</sup> „In den zur Zuständigkeit des Bundes-Oberhandelsgerichts gehörenden Rechtssachen bestimmt sich das Prozeßverfahren auch bei diesem Gerichtshofe nach den für das Gebiet, aus welchem die Sache an das Bundes-Oberhandelsgericht gelangt, geltenden Prozeßgesetzen, soweit nicht dieses Gesetz ein Anderes vorschreibt.

Hierdurch wird nicht ausgeschlossen, daß Prozeßhandlungen, welche in einem anderen Gebiete vorgenommen werden, hinsichtlich der Form nach dem Rechte des Ortes ihrer Vornahme zu beurtheilen sind.“

<sup>112</sup> Vgl. die Äußerung des späteren Bundesoberhandelsgerichtspräsidenten *Pape* in der ersten Beratung des Reichstages über den BOHG-Gesetzesentwurf am 10. April 1869 (Fn. 65) 286; *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 67.

<sup>113</sup> *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 67.

<sup>114</sup> Lübeck befürchtete Kompetenzverluste des Hanseatischen Oberappellationsgerichts der vier freien Städte und sah dessen Existenz gefährdet, da ihm durch die Gründung des Bundesoberhandelsgerichts nahezu zwei Drittel seiner Rechtsfälle entzogen würden. Siehe die in Fn. 60 zitierte Äußerung des Abgeordneten von Bernuth in der zweiten Beratung des Reichstages über den BOHG-Gesetzesentwurf am 4. Mai 1869; vgl. den Antrag Hamburgs vom 8. April 1869, in: *Schubert*, Gerichtsverfassung (Fn. 45) 315 f.; *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 25.

<sup>115</sup> *Marschner*, Einheit (Fn. 84) 27, 34.

delssachen beschränkten Zuständigkeit könne nicht vermieden werden, dass das Bundesoberhandelsgericht inzident auch über Fragen des partikularen Rechts zu entscheiden habe, mit denen es nicht hinreichend vertraut sein könne. Tatsächlich waren in einem nicht unerheblichen Teil der Entscheidungen des Gerichts partikuläre Vorschriften als Streitentscheidungsnormen einschlägig<sup>116</sup>.

Darüber hinaus war das Bundesoberhandelsgericht in erheblichem Maße mit dem einzelstaatlichen Prozessrecht konfrontiert. Zentralnorm ist in diesem Zusammenhang der prozessrechtliche Grundsatz des § 16 BOHG-G: Das Gericht hatte sich, sofern nicht lediglich der durch das Geschäftsregulativ geregelte Geschäftsgang in Rede stand, nach dem Prozessrecht der einzelnen Bundesstaaten zu richten. Auch im Bereich des Instruktionsverfahrens<sup>117</sup>, der Beteiligung der Staatsanwaltschaft<sup>118</sup> und der Gerichtskosten<sup>119</sup> waren weitgehend die partikularrechtlichen Regelungen maßgeblich. Zwar war diese Zersplitterung des Prozessrechts in den Beratungen über den Entwurf des BOHG-G durchaus Gegenstand der Kritik<sup>120</sup>. Andererseits wirkte die weitgehende Anwendung des partikularen

<sup>116</sup> Nach *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 110 war das preußische ALR in sieben Prozent der in der amtlichen Entscheidungssammlung veröffentlichten Fälle einschlägig, das sächsische BGB in 2,4 Prozent, die preußische Allgemeine Gerichtsordnung in 4,2 Prozent und die preußische Konkursordnung in drei Prozent der Fälle.

<sup>117</sup> Nach dem Prozessrecht einiger Bundesstaaten ging dem eigentlichen Rechtsmittelverfahren eine Vorbereitung (Instruktion) durch ein untergeordnetes Gericht oder ein landeseigenes Höchstgericht voraus. Diese Besonderheiten galten nach §§ 17, 18 BOHG-G auch für das Rechtsmittelverfahren des Bundesoberhandelsgerichts. Vgl. *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 69 ff.

<sup>118</sup> Das einzelstaatliche Prozessrecht sah teilweise eine Beteiligung der Staatsanwaltschaft am gerichtlichen Verfahren vor. In diesen Fällen war im schriftlichen Verfahren der Generalstaatsanwalt des jeweiligen Territoriums zuständig, und bei mündlichen Anträgen wurde nach § 20 BOHG-G einem Richter des Bundesoberhandelsgerichts die Vertretung der Staatsanwaltschaft übertragen; *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 134; *Adolph Nissen*, Die Rechtspflege des deutschen Bundes-Oberhandelsgerichts, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege des Deutschen Reichs 1 (1871) 496–502, 502. Bedenken hinsichtlich der Unabhängigkeit der Richter und deren Mehrbelastung durch die Vertretung der Staatsanwaltschaft führten dazu, dass deren Aufgaben ab 1873 besonderen Beamten übertragen wurden; *Schubert*, Gerichtsverfassung (Fn. 45) 152; *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 77.

<sup>119</sup> Das Kosten- und Gebührenwesen des Gerichts und der Anwälte richtete sich gemäß § 22 BOHG-G nach dem entsprechenden Landesrecht; *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 78.

<sup>120</sup> Insofern wurde gefordert, mit der Gründung eines gemeinsamen obersten Gerichtshofes bis zur Ausarbeitung einer einheitlichen Prozessordnung zu warten. So der Abgeordnete *von Zehmen* in der ersten Beratung des Reichstages über den BOHG-Gesetzesentwurf am 10. April 1869 (Fn. 65) 287: „Ich halte den Gesetzesentwurf mindestens für verfrüht, solange nicht die in Aussicht stehende Civil-Prozeßordnung des Bundes zum Gesetz geworden ist, indem ich mir kein Bild machen kann, wie ein gemeinschaftlicher Bundesgerichtshof in Handels- und Wechselsachen soll entscheiden können, wenn er ungefähr zwanzig verschiedene Prozeßordnungen dabei befolgen soll“, sowie der Abgeordnete *Waldeck* in der zweiten Beratung des Reichstages über den BOHG-Gesetzesentwurf am 4. Mai 1869 (Fn. 60) 788: „Wenn es durchaus nothwendig ist, einen Special-Gerichtshof für Handelssachen zu errich-

Verfahrensrechts einer zu großen Distanz zwischen dem gemeinsamen Höchstgericht und den partikularen Rechtsdiskursen entgegen und erleichterte somit inzi-  
dent die Rechtsharmonisierung durch das Bundesoberhandelsgericht<sup>121</sup>.

## Rechtsvereinheitlichende Kraft der Rechtsprechung des BOHG

Ausgangspunkt der rechtsvereinheitlichenden Wirkung der Rechtsprechung des Bundesoberhandelsgerichtes ist seine Zuständigkeit für das bereits materiell vereinheitlichte Handels- und Wechselrecht. Dieses legislativ geschaffene Einheitsrecht wird durch höchstrichterliche Auslegung gesichert und durch richterrechtliche Rechtsharmonisierung ergänzt. Für Levin Goldschmidt war es die „naturgemäße Aufgabe“ des Bundesoberhandelsgerichts, „die Einheit in der Anwendung und Fortbildung des gemeinsamen Rechts zu wahren“<sup>122</sup>.

Für die rechtsvereinheitlichende Kraft der Rechtsprechung des Bundesoberhandelsgerichts war von Bedeutung, dass es bei seiner Gründung bereits auf ein etabliertes handelsrechtliches Diskursumfeld stieß. Berichtet und kommentiert wurden seine Entscheidungen in handelsrechtlichen Periodika, die höchstrichterliche Judikatur sowohl mit der juristischen Wissenschaft als auch mit der Praxis der partikularstaatlichen Instanzgerichte verbinden konnten<sup>123</sup>. Der Gründungsherausgeber der „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht“, Levin Goldschmidt, wurde 1870 Bundesoberhandelsgerichtsrat, und einer der Herausgeber des seit 1851 in Leipzig erscheinenden „Archiv[s] für Wechselrecht“, Theodor Tauchnitz, hatte den Entwurf des BOHG-G ausgearbeitet. Darüber hinaus ist Seufferts Archiv zu nennen, das seit 1847 regelmäßig handelsrechtliche Entscheidungen oberster Gerichte veröffentlichte, und die Vereinheitlichung des Handels- und Wechselrechts hatte weitere diesbezügliche Spezialperiodika hervorgebracht<sup>124</sup>.

Wichtige Entscheidungen des Gerichts wurden in der amtlichen Entscheidungssammlung veröffentlicht, deren Umfang in den zehn Jahren seines Beste-

ten, abgesondert von allen andern, dann warte man damit, bis wir wenigstens ein einheitliches Verfahren haben.“

<sup>121</sup> Henne, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 61 f.

<sup>122</sup> Levin Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 1. Bd. (Stuttgart 21875) 309.

<sup>123</sup> Thomas Henne, Richterliche Rechtsharmonisierung – Startbedingungen, Methode und Erfolge in Zeiten beginnender staatlicher Zentralisierung. Analysiert am Beispiel des Oberhandelsgerichts, in: Kontinuitäten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker München 22.–24. Juli 1998, herausgegeben von Andreas Thier, Guido Pfeifer, Philipp Grzimek (Frankfurt am Main 1999) 335–355, 338 f. (im Folgenden zitiert: Henne, Richterliche Rechtsharmonisierung).

<sup>124</sup> Überblick bei Heinz Mohnhaupt, Deutschland, in: Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa 1800–1945, herausgegeben von Filippo Ranieri, Halbbd. 1 (Rechtsprechung. Materialien und Studien. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte 3, Frankfurt am Main 1992) 95–325, 95, 108 ff.

hens auf 25 Bände anstieg. Die Sammlung enthält etwa 20 Prozent aller Entscheidungen des Gerichts<sup>125</sup>. Das Bundesoberhandelsgericht war weder an frühere Entscheidungen partikularer Höchstgerichte noch an seine eigenen früheren Entscheidungen gebunden; eine Präjudizienbindung im engeren Sinn war ihm fremd<sup>126</sup>. Allerdings ist eine Bindungswirkung insofern zu bejahen, als von früheren Erkenntnissen des Oberhandelsgerichts abweichende Entscheidungen nach § 9 BOHG-G<sup>127</sup> vom Plenum gefällt werden mussten.

Obwohl das Bundesoberhandelsgericht in seiner Zuständigkeit zunächst auf Handelssachen beschränkt war<sup>128</sup>, führte die kontinuierliche Ausdehnung<sup>129</sup> seiner örtlichen und sachlichen Zuständigkeit dazu<sup>130</sup>, dass die Zeitgenossen das Gericht schon nach wenigen Jahren nicht mehr als handelsrechtliches Spezialgericht wahrnahmen, sondern als allgemeines Höchstgericht<sup>131</sup>.

Der zahlreichen Zuständigkeitsausdehnungen ungeachtet blieb das Handelsrecht der Schwerpunkt der gerichtlichen Tätigkeit: Das Gericht hat wesentlich zur Einheit des Handelsrechts, insbesondere zur einheitlichen Anwendung des ADHGB, beigetragen<sup>132</sup>. Auf die Bereiche Handelsrecht, Wechselrecht und Gesellschaftsrecht entfielen mehr als drei Viertel der Entscheidungen, während nur

<sup>125</sup> *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 100 ff.

<sup>126</sup> *Wilhelm Endemann*, Die Gesetze des norddeutschen Bundes (Leipzig 1869) LXXVIII; *Adolph Nissen*, Zur Zuständigkeitsfrage des Reichs-Oberhandelsgerichts, in: Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 55 (1872) 352–370, 354 (im Folgenden zitiert: *Nissen*, AcP 1872): „Die Kräfte, die hier aus ganz Deutschland zusammenkamen, waren dem bedenklichsten Argument der Justiz: dem Präjudiz völlig fremd.“ Vgl. *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 309.

<sup>127</sup> Siehe Fn. 88.

<sup>128</sup> Siehe S. 10 mit Fn. 65.

<sup>129</sup> Die quantitative Bedeutung der neuen Zuständigkeiten war gering; *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 148.

<sup>130</sup> Vgl. die Äußerungen des Abgeordneten Lasker in der zweiten Beratung des Reichstages über den Gesetzentwurf, betreffend den Unterstützungswohnsitz am 17. Mai 1870, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Legislatur-Periode – Session 1870, Bd. II 963, sowie in der zweiten Beratung über den Gesetzentwurf, betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken usw. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen am 1. Mai 1871, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages, I. Legislatur-Periode – Session 1871, Bd. I, 507; *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 120, 137.

<sup>131</sup> *Endemann* bezeichnete das Gericht bereits 1871 als „Bundesgerichtshof“ (*Wilhelm Endemann*, Das Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken vom 11. Juni 1870 [Berlin 1871] 66) und als „einheitliche[s] oberste[s] Reichsgericht“ (*Wilhelm Endemann*, Die Haftpflicht der Eisenbahnen, Bergwerke etc. für die bei deren Betriebe herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen [Berlin 1871] 85), und der Reichsoberhandelsgerichtsrat Goldschmidt zeichnete 1872 in einer Publikation mit dem Titel „Reichsgerichtsrat“. *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 1; hinsichtlich zweier weiterer Beispiele für die Bezeichnung als „Reichsgericht“ vgl. ebenda 149.

<sup>132</sup> *Dieter Werkmüller*, Art. „Reichsoberhandelsgericht“, in: HRG IV (Berlin 1986) 714–715, 715 (im Folgenden zitiert: *Werkmüller*, HRG).

in 5,9 Prozent der Verfahren die die Zuständigkeit des Gerichts erweiternden Gesetze als streitentscheidende Normen einschlägig waren<sup>133</sup>. In der Praxis konnte das Gericht seine rechtsharmonisierende Wirkung daher vorwiegend in Handels-sachen entfalten. Erleichtert wurde die Rechtsharmonisierung durch die unüberschaubare Masse von Entscheidungssammlungen einzelstaatlicher Höchstgerichte, gegenüber der die Judikatur des Oberhandelsgerichts durch ihre vereinheitlichende Gesamtperspektive in den Vordergrund treten konnte, und durch das mit ADHGB und ADWO bereits legislativ vereinheitlichte Handelsrecht, in dem harmonisierende Entscheidungen auf besonders fruchtbaren Boden fielen<sup>134</sup>. Die Bedeutung der Rechtsprechungstätigkeit des Oberhandelsgerichts für die Entwicklung eines einheitlichen Zivilrechts wird auch an der Tatsache sichtbar, dass das Reichsgericht in seiner Judikatur die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts fast ausnahmslos übernommen hat<sup>135</sup>. Die vereinheitlichende Wirkung bezog sich aber nahezu ausschließlich auf das materielle Recht; im Bereich des Prozessrechts folgte das Oberhandelsgericht weitgehend der partikularen Gerichtspraxis<sup>136</sup>.

Trotz des handelsrechtlichen Schwerpunkts der Rechtsprechung des Bundesoberhandelsgerichts griff ihre rechtsharmonisierende Wirkung weit in das Zivilrecht aus. Nach zeitgenössischer Einschätzung war das ADHGB kein Sonderprivatrecht der Kaufleute, sondern seine Bestimmungen waren nach „größerer Mehrzahl allgemeinerer Natur“<sup>137</sup>. Daher schloss das ADHGB bis zum Inkrafttreten des BGB die Lücke eines fehlenden homogenen deutschen Obligationenrechts<sup>138</sup>. In den Entscheidungen mit Relevanz für das allgemeine Zivilrecht steht die Rechtsgeschäftslehre im Vordergrund<sup>139</sup>. Durchgängiger Tenor sind die Be-

<sup>133</sup> *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 110f.

<sup>134</sup> *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 224f.

<sup>135</sup> *Hans Georg Mertens*, Untersuchungen zur zivilrechtlichen Judikatur des Reichsgerichts vor dem Inkrafttreten des BGB, in: *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 174 (1974) 333–380, 338. Im 1. Band der amtlichen Sammlung erwähnt das RG das ROHG in RGZ 1, 20; 1, 23; 1, 24; 1, 34; 1, 48; 1, 198; 1, 241; 1, 248; 1, 258; 1, 292; 1, 302; 1, 304; 1, 311; 1, 351.

<sup>136</sup> *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 306.

<sup>137</sup> *Adolph Schliemann*, Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches (Schwerin 1858) 5.

<sup>138</sup> *Anja Amend*, Zankapfel Haftungskontinuität (Leipzig 2001) 34 (im Folgenden zitiert: *Amend*, Zankapfel Haftungskontinuität).

<sup>139</sup> *Amend*, Zankapfel Haftungskontinuität (Fn. 138) 307f. Die Abweichungen zu *Winkler*, Reichsoberhandelsgericht (Fn. 23) 110f. erklären sich aus der unterschiedlichen Untersuchungsmethode. Beispielsweise entschied das Gericht in ROHG-E 11, 63ff., die allgemeine Dogmatik schuldrechtlicher Verträge betreffend: „Auch wenn der Verkäufer sich zur Stellung eines Monteurs verpflichtet, handelt es sich dabei nur um eine Nebenleistung, die den Kaufvertrag noch nicht zu einem Werkvertrag macht.“ ROHG-E 11, 237ff. zum Fixgeschäft: „Für die Annahme eines Fixgeschäftes ist es erforderlich, daß für die Parteien eine spätere Leistung nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden kann. Diese Absicht kann sich allerdings auch aus den Umständen ergeben, die der Richter in den Kreis seiner Erwägungen einzubeziehen hat.“ Über allgemeine und schuldrechtliche Fragen hinaus hatte sich das Oberhandelsgericht in ROHG-E 12, 43ff. mit der erbrechtlichen Frage zu befassen, ob sich ein Erbschaftskäufer der durch den Kauf der Erbschaft überkommenen Pflichten gegen die

deutung des Parteiwillens und die Vertragsauslegung<sup>140</sup> mit Hilfe „von Treue und Loyalität im Handelsverkehr“<sup>141</sup>. Statt pandektenrechtlicher Dogmatik war der Wille der Vertragsparteien ausschlaggebend. Dies galt auch für die Auslegung des Vollmachtumfanges<sup>142</sup>. Der Auslegungsmaßstab „Treue und Loyalität“ war dabei ein Vehikel vereinheitlichender Rechtsprechung, da er partikularen Beweisregeln entzogen war.

Hatten handelsrechtliche Regelungen ihre Grundlagen im teilweise strittigen gemeinen Recht, förderte die höchstrichterliche Klärung ungelöster Streitfragen die einheitliche Rechtsanwendung<sup>143</sup>. Die Entscheidung vom 7. 3. 1878<sup>144</sup> zum Verjährungsbeginn einer kündbaren Forderung dokumentiert dies beispielhaft: Die gemeinrechtliche Doktrin war gespalten, ob die Verjährungsfrist mit der tatsächlich erfolgten Kündigung beginnt oder in dem frühest möglichen Kündigungszeitpunkt. Das Gericht entschied entgegen der von Windscheid vertretenen zweiten Ansicht für den Verjährungsbeginn mit der tatsächlich erfolgten Kündigung und klärt den Meinungsstreit im gemeinen Recht auf der Grundlage des Vergleichs mit dem ALR und mit dem sächsischen BGB im Sinne einer Einheitslösung, die in den späteren § 199 BGB eingehen wird.

Einheitsrecht schaffte die Judikatur<sup>145</sup> zur Bedeutung von Handelsgebräuchen (§ 1 ADHGB<sup>146</sup>), die die ständige Rechtsprechung des preußischen Obertribunals ablehnte und sich nicht auf partikulares Recht, sondern aus einer starken Haltung richterlicher Autonomie heraus auf den Maßstab des einheitlichen gemeinen Rechts stützte und den Auslegungsschwerpunkt in diesem Bereich vom dispositi-

Nachlassgläubiger dadurch entziehen könne, dass er die Erbschaft an einen Dritten weiterverkauft; das Gericht verneinte diese Frage.

<sup>140</sup> Beispielhaft seien folgende Entscheidungen genannt: Nach ROHG-E 14, 10 ff. sind die Bestimmungen des Vertrages und damit der Parteiwille maßgeblich nicht nur für Umfang und Bestand der Primärleistungspflichten der Vertragsparteien, sondern auch für Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung. ROHG-E 14, 13 ff. betonte die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben auch außerhalb des Handelsrechts. Nach ROHG-E 14, 239 hatte der Richter „bei der Feststellung des streitigen Inhaltes eines Rechtsgeschäfts [...] nicht [...] an den Wortlaut der Parteibehauptungen und Zeugenaussagen sich ängstlich zu binden, sondern mit freierem Blicke aus dem ersichtlichen Zusammenhang der Sache, aus den gesamten obwaltenden Umständen unter Berücksichtigung desjenigen, was bei Geschäften der vorliegenden Art üblich und gewöhnlich ist, zu erforschen, was die Parteien bei dem Vertragsschlusse gedacht und intendiert haben.“ ROHG-E 12, 55, 57 stellte klar, „daß einer ausdrücklichen Willenserklärung jede andere Willensäußerung, aus welcher der Wille mit Zuverlässigkeit zu erkennen ist, in ihrem materiellen Werthe vollkommen gleichsteht.“ Vgl. auch ROHG-E 25, 250 ff., 253; ROGH-E 21, 80 ff.; ROGH-E 21, 84 ff., 86; ROGH-E 21, 117 ff., 118; ROGH-E 21, 124 ff.; ROGH-E 21, 128 ff.

<sup>141</sup> ROHG-E 25, 214 ff., 215; ROHG-E 21, 20 ff., 21; ROGH-E 21, 111; ROGH-E 21, 209 ff., 213 (Billigkeit).

<sup>142</sup> ROHG-E 25, 91 ff., 92.

<sup>143</sup> *Werkmüller*, HRG 714, 715.

<sup>144</sup> ROHG-E 23, 232.

<sup>145</sup> ROHG-E 6, 368 ff.; 7, 1, 6 ff.; 8, 254 ff.; 11, 241, 243 ff.

<sup>146</sup> „In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das bürgerliche Recht zur Anwendung.“

ven Recht des ADHGB zum Willen der Kaufleute verlagerte<sup>147</sup>. In dem der Entscheidung vom 28. 6. 1872 zugrundeliegenden Sachverhalt verlangt ein Händler für ein Spirituszeitkaufgeschäft den Usancen der Berliner Börse entsprechend die Preisdifferenz zwischen Kaufpreis und Börsenpreis des Kündigungstages als Schadensersatz von einem säumigen Neu-Ruppiner Kaufmann, der über den gekauften Spiritus nicht disponiert hatte<sup>148</sup>. Die Börsenusancen waren verkäufergünstiger als das dispositive ADHGB. Die Frage ihrer Anwendbarkeit hing von der Auslegung des Ausdrucks „Handelsbräuche“ in Art. 1 ADHGB ab. Nach der systematischen Auslegung des Reichsoberhandelsgerichts erfasst Art. 1 ADHGB seiner Stellung nach im Gesetzbuch die „objektiven Rechtsnormen, welche in allen Handelssachen maßgebend sein sollen“<sup>149</sup>, so dass mit „Handelsbräuche“ nur das Handelsgewohnheitsrecht gemeint sei, wozu die Usancen nicht gehören. Usancen können nur kraft des Willens der Parteien anwendbar sein und werden damit zu Erkenntnisquellen für das rechtsgeschäftlich Gewollte. Der nur auf Handelsgewohnheitsrecht beschränkte Art. 1 ADHGB schließt nicht aus, „einen tatsächlichen Handelsbrauch oder einen Geschäftsgebrauch zum Zweck der Auslegung des Parteiwillens anzurufen“<sup>150</sup>. Damit wurde der nach den Börsenusancen übliche Schadensersatz zugesprochen.

Höchstrichterliche Auslegung sichert legislativ geschaffenes Einheitsrecht und ergänzt es durch Richterrecht. In einem Judiz zur Auslegung einer Rechtsanwendungsklausel im Frachtrecht stützt sich die Argumentation auf den „wörtlichen Sinn“<sup>151</sup>, im Bergwerksrecht auf den „allgemeinen und hergebrachten juristischen Sprachgebrauch“<sup>152</sup>. Dem Rekurs auf die „Natur der Sache“<sup>153</sup> liegt die Vorstellung zugrunde, die Lebensverhältnisse trügen ihre Ordnung bereits in sich, die der Richter auf dem „Wege der juristischen Konsequenz und der Analogie“<sup>154</sup> erhält. Damit wird die teleologische, am „objektiven“ Gesetzeszweck ausgerichtete Auslegungsmethode des Reichsgerichts vorbereitet<sup>155</sup>. Eindrucksvoll lässt sich dies anhand der Entscheidung vom 28. 2. 1879<sup>156</sup> zur Auslegung des Art. 702 ADHGB

<sup>147</sup> Henne, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 314–325.

<sup>148</sup> ROHG-E 6, 368.

<sup>149</sup> ROHG-E 6, 368, 371.

<sup>150</sup> ROHG-E 6, 368, 375.

<sup>151</sup> ROHG-E 25, 2: „Der wörtliche Sinn der hier fraglichen Clausel ist vielmehr, daß alle Fragen der großen Haverei [...] nach Maßgabe der von den Londoner Versicherern [...] herkömmlich befolgten Grundsätze geordnet werden sollen.“

<sup>152</sup> ROHG-E 25, 145 ff.

<sup>153</sup> ROHG-E 25, 118 ff., 119; ROHG-E 25, 333 ff., 337; ROHG-E 21, 68 ff.; ROHG-E 21, 171 ff., 173.

<sup>154</sup> Georg Friedrich Puchta, Pandekten (Leipzig 1838) 22. Vgl. auch Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I (Berlin 1840) 55. Ebenso Rudolf von Ihering, Geist des römischen Rechts, 2. Teil, 2. Abteilung (1869) 371. Der Rekurs auf die Natur der Sache hat nichts mit dem Naturrecht zu tun, das die historische Rechtsschule scharf ablehnt.

<sup>155</sup> Vgl. dazu Karl Binding, Adolf Wach und Josef Kohler bei Karl Larenz, Methodenlehre (Berlin 61995) 153, 165.

<sup>156</sup> ROHG-E 25, 137. Der Wortlaut des Art. 702 ADHGB lautet: „Alle Schäden, welche

demonstrieren: Anhand der Streitgegenständlichen Frage, ob die Ausgleichsregel der Gefahrengemeinschaft erst nach dem Auslaufen des Schiffes aus dem Abladehafen gilt, entwickelte das Gericht die Ratio der gemeinschaftlichen Haverei und kam entgegen dem Judiz des Oberappellationsgerichts Lübeck zu der Entscheidung, dass die Ladungsinteressenten auch den Schaden gem. Art. 702 ADHGB auszugleichen haben, den der Kapitän vor dem Auslaufen aus dem Abladehafen zum Zweck der Gefahrenabwehr verursacht habe. Im Wege einer rechtsvergleichend mit den Seerechten Frankreichs, Englands, der Vereinigten Staaten, Italiens, Spaniens und der Niederlande untermauerten Argumentation legt das Gericht die Regelungslücke in Art. 702 ADHGB teleologisch aus, was wie eine Gesamtanalogie zu den herangezogenen Rechtsordnungen anmutet.

Auch in anderer Hinsicht stärkte es die richterliche Autonomie bei der Rechtsanwendung, indem es im Schadensersatzrecht die Feststellung des nicht bewiesenen Schadensbetrages nach Billigkeit ermöglichte<sup>157</sup> und das Vordringen der freien richterlichen Beweiswürdigung unterstützte<sup>158</sup>. Diese weitgehende Befreiung von Pandektenwissenschaft und vorgegebenen Auslegungsmaßstäben stärkte die richterliche Autonomie und erweiterte so die Möglichkeiten richterlicher Rechtsharmonisierung<sup>159</sup>.

Dies erfuhr in den 1870er Jahren insofern noch eine Steigerung, als die legislative Rechtsvereinheitlichung in dieser Zeit in den Bereichen des Handels-, Wechsel- und allgemeinen Zivilrechts weitgehend ruhte. Das Gericht hatte nicht nur eine durch gemeinsames Gesetzesrecht bereits erreichte Vereinheitlichung zu bewahren, sondern rechtsharmonisierend in die uneinheitliche Entscheidungspraxis der einzelstaatlichen Gerichte einzugreifen. Die partikuläre Judikatur betrachtete es demzufolge als für seine eigene Tätigkeit unverbindlich<sup>160</sup>.

dem Schiff oder der Ladung oder beiden zum Zweck der Errettung beider aus einer gemeinsamen Gefahr von dem Schiffer oder auf dessen Geheiß vorsätzlich zugefügt werden, sowie auch die durch solche Maaßregeln ferner verursachten Schäden, in gleichen die Kosten, welche zu demselben Zweck angewendet werden, sind große Haverei. Die große Haverei wird von Schiff, Fracht und Ladung gemeinschaftlich getragen.“

<sup>157</sup> ROHG-E 1, 32 ff.; ROHG-E 25, 225 ff., 227; ROHG-E 25, 333 ff., 337. Vgl. auch *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 327 ff.; *ders.*, Richterliche Rechtsharmonisierung (Fn. 123) 335 ff.

<sup>158</sup> Hierbei spielte eine Rolle, dass mehrere Richter des Oberhandelsgerichts an Entwürfen für Zivilprozessrechtskodifikationen mitgewirkt hatten, die den Grundsatz freier richterlicher Beweiswürdigung enthielten; *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 331 f.; *ders.*, Richterliche Rechtsharmonisierung (Fn. 123) 349; *Gerhard Walter*, Freie Beweiswürdigung. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung (Tübingen 1979) 83.

<sup>159</sup> *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 326, 328, vgl. auch 311 f.; *ders.*, Richterliche Rechtsharmonisierung (Fn. 123) 346 f.

<sup>160</sup> In diesem Sinne der ROHG-Richter *Levin Goldschmidt*, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* (ZHR) 20 (1875) 657: „... es hat die ältere Judikatur der Landesgerichtshöfe nicht nur einen sehr großen und dauernden geschichtliche Werth, sondern sie wird, neben den neueren Particularentscheidungen, noch auf geraume Zeit hinaus in sehr zahlreichen Fragen von praktischer Bedeutung bleiben, endlich dem obersten Gerichts-

Bereits nach kurzer Zeit hatte sich das Oberhandelsgericht allgemeines Ansehen erworben<sup>161</sup>. Widerstand von Seiten der Partikulargerichte gab es nur in wenigen Ausnahmefällen; in der Regel wurde die Rechtsprechung des Oberhandelsgerichts unter Preisgabe der Besonderheiten der partikularen Rechtsprechungspraxis widerspruchlos übernommen<sup>162</sup>.

Der Erfolg der Rechtsharmonisierung durch das Oberhandelsgericht in den 1870er Jahren wird auch an der im Zuge der Reichsjustizgesetze zu beobachtenden weitgehenden<sup>163</sup> Zustimmung zur Gründung des Reichsgerichts sichtbar<sup>164</sup>: Die Vereinheitlichung des Rechts durch Höchstgerichtsbarkeit war inzwischen fast allgemein akzeptiert. Trotz der kurzen Zeit seines Bestehens hat das Bundes- und Reichsoberhandelsgericht „in entscheidendem Maße die Vereinheitlichung des Zivilrechts vorangetrieben“<sup>165</sup>. Es markierte mit seiner auf einheitliche Rechts- und Lebensverhältnisse zielenden rechtsharmonisierenden Tätigkeit „den institutionellen Anfang vom Ende einer Epoche partikularer Zersplitterung“<sup>166</sup>.

## Abstract

The *Bundesoberhandelsgericht* (Federal High Court of Commerce) was founded in 1869 by the *Deutsche Bund* (German Federation) and renamed *Reichsoberhandelsgericht* (Imperial High Court of Commerce) after the unification of the Reich in 1871.

With the general rule of legal unification coinciding with the unification of jurisdiction by means of a supreme court superior to all other courts, the *Bundesoberhandelsgericht* enhanced the process of German legal standardization in a

hufe selbst zur steten Vergleichung und wiederholten Controle willkommene Gelegenheit bieten.“ Vgl. *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 309.

<sup>161</sup> *Nissen*, AcP 1872 (Fn. 126) 354: „Kurze Zeit hat hingereicht, dem Gericht die rückhaltslose Anerkennung der gesamten deutschen Juristenwelt und das nahezu widerspruchlose Vertrauen des zunächst beteiligten Handelsstandes zu schaffen.“

<sup>162</sup> *Henne*, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (Fn. 7) 337. Um den bisherigen Forschungsstand zu erweitern, wird im Rahmen eines drittmittelgeförderten Forschungsprojektes am Lehrstuhl der Verfasserin die bisher unveröffentlichte „Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichs-Oberhandelsgerichts“ aus der Bibliothek des BGH digitalisiert werden.

<sup>163</sup> Zwar herrschte Einigkeit darüber, dass ein Reichsgericht als einheitliches Höchstgericht zu errichten war. Umstritten waren aber dessen Ausgestaltung und insbesondere die Reichweite seiner Zuständigkeit. Vor allem Bayern, aber auch Sachsen und Württemberg protestierten gegen die umfassende Kompetenz des Reichsgerichts, ohne sich indes durchsetzen zu können; *Müller*, Hüter des Rechts (Fn. 55) 33.

<sup>164</sup> *Henne*, Richterliche Rechtsharmonisierung (Fn. 123) 353 f.; *Schubert*, Gerichtsverfassung (Fn. 45) 152.

<sup>165</sup> *Schubert*, Gerichtsverfassung (Fn. 45) 153.

<sup>166</sup> *Regina Ogorek*, Privatautonomie unter Justizkontrolle. Zur Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts (1870–1879), in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* (ZHR) 150 (1986) 87–116, 88.

country traditionally characterized by a multitude of differing regional orders of law.

Its independence from Prussian hegemony strengthened its autonomy as well as the acceptance of its rulings which strove for the accomplishment of the task of implementing and interpreting the various local rights and of establishing general principles of law.

The method of the Supreme Court as well as its *modus operandi* and its way of arguing served as a model for the state courts. Furthermore, its findings, drawing their unifying force from the fact that they were greeted by an established scientific discussion on the field of commercial law, clarified and fortified the nationwide valid law codes of the newly unified nation.

Commercial law journals reported and commented its verdicts, thus combining them both with legal science and the practice of lower instances, the state courts.

At first, the court was intended to have jurisdiction over the law of commerce and of letters of change which had already been codified. However, the substantial expansion of its competence to follow prepared the way to the establishment of a general High Court. Having this development in mind, the High Court of Commerce can be perceived as preceding the *Reichsgericht* (Imperial Court) established in 1879 which on its part almost without exception continued the pathway of its predecessor's rulings in the field of general civil law.

The court procedure followed the rules of the state which the case derived from. It was abstained from establishing own rules of procedure for the *Bundesoberhandelsgericht* as the court had to begin its work on short notice. Moreover, the elaboration of an own general code of procedure would have delayed its foundation considerably. Thereby, an interference with the procedural law of the states was avoided, thus reducing the danger of resentment within the states.

## Résumé

La jurisprudence du *Bundesoberhandelsgericht* fondé en 1869 et dénommé *Reichsoberhandelsgericht* à partir de 1871, encourageait l'unité juridique dans un système juridique plural (*Mehrrechtsordnung*) caractérisé par l'existence de droits nationaux particuliers. L'unification matérielle du droit commercial allait de pair avec l'unification des juridictions envisagée sous la forme d'un réseau de tribunaux nationaux subordonnés à une juridiction suprême. L'Union de l'Allemagne du Nord (*Norddeutscher Bund*) puis, à partir de 1871, le *Reich* allemand fut le porteur du projet d'un tribunal supérieur de commerce du *Reich* (*Bundesoberhandelsgericht*). L'indépendance à l'égard d'une hégémonie prussienne renforça l'autonomie du tribunal et l'acceptation de ses décisions.

La jurisprudence de la haute cour servait à l'application et à l'interprétation des particularismes juridiques divers et à la formation des principes de droit empiétant sur ces derniers. La méthode de la haute cour, son mode de travail et sa façon d'ar-

gumenter constitua un modèle pour les tribunaux locaux. Les jugements relatifs aux questions préjudicielles éclairèrent et affirmèrent le pouvoir législatif des entités locales, amoindri par l'édification d'un droit unique de la confédération d'États en formation. Il était important, pour renforcer l'unification juridique de la jurisprudence du *Bundesoberhandelsgericht*, qu'il s'établisse, dès sa création, dans un contexte où le droit commercial fut déjà bien établi. Ses décisions étaient rapportées et commentées dans les périodiques de droit commercial, qui pouvaient lier la jurisprudence à la science juridique et aussi à la pratique des tribunaux d'instance particuliers aux États.

Avant tout les compétences du *Bundesoberhandelsgericht* touchaient à un droit commercial déjà matériellement unifié et au droit bancaire et de change. L'élargissement considérable de ses compétences au cours des années qui suivirent sa fondation indiquent une évolution vers l'établissement d'une juridiction suprême à compétence générale. Le *Reichsoberhandelsgericht* ouvrait ainsi la voie à la future justice du *Reichsgericht*, qui reprit presque sans exception la jurisprudence relative au droit civil général du *Reichsoberhandelsgericht*.

Les règles processuelles du *Bundesoberhandelsgericht* s'inspiraient du droit commun procédural du pays dans lequel l'affaire avait démarré. Le refus d'une procédure judiciaire unitaire s'explique par la rapidité de sa prise d'activité, puisque l'élaboration d'une procédure unique et uniforme aurait considérablement retardé la fondation du *Bundesoberhandelsgericht*. En outre, des immixtions pouvaient ainsi être évitées dans la procédure de chaque pays, afin de se garder le plus possible des ressentiments envers la cour suprême naissante.

## *Estelle Rothweiler née Réhault*

### La résolution des conflits en droit maritime : Le choix entre une transaction amiable, un arbitrage ou du contentieux illustré au travers l’abordage de la ‘Ville de Victoria’ (1886–1889)

L’abordage du navire de commerce français, la ‘Ville de Victoria’<sup>1</sup>, par le navire de guerre anglais, le ‘Sultan’, illustre un cas concret et rapide de résolution de conflits en droit maritime. La collision des navires eut lieu dans la nuit du 23 au 24 décembre 1886, en rade de Lisbonne au Portugal<sup>2</sup>. La chaîne d’amarre qui retenait le navire de guerre anglais s’est brisée, le ‘Sultan’ fut alors emporté par le courant. Son éperon éventa le navire français. Si bien que la ‘Ville de Victoria’ coula à pic, en moins de 10 minutes, par près de 25 mètres de fond. Cette collision a provoqué non seulement la perte totale du navire de commerce français. Elle a aussi occasionné la mort de 32 personnes sur les 75 à bord. Les victimes de la ‘Ville de Victoria’ – de toutes nationalités – étaient des membres de l’équipage ou des passagers du navire.

Cette affaire eut un retentissement international. Les funérailles des victimes ont eu lieu au Portugal, en présence de ministres, de consuls français et anglais et de tous les officiers de l’escadre anglaise<sup>3</sup>. Les presses, anglaise et française, se sont intéressées immédiatement à l’affaire – que ce soit la presse ordinaire<sup>4</sup> – ou spécialisée<sup>5</sup> en matière maritime ou encore militaire.

<sup>1</sup> Les faits de cet abordage sont relatés dans les documents du dossier de la ‘Ville de Victoria’ en date du 10 janvier 1887 et du 22 janvier 1887 issus des Archives nationales françaises, Marine, CC/4/2084; cité comme suit: Archives CC/4/2084.

<sup>2</sup> La ‘Ville de Victoria’, appartenant à la Compagnie des Chargeurs Réunis du Havre, devait se rendre du Havre à Rio de Janeiro en faisant une escale à Lisbonne.

<sup>3</sup> Le Journal The Times du lundi 27 décembre 1886 (London Monday December 27 1886) (cité comme suit: Times, 27. 12. 1886): « M. Billot, the French Minister, with the staff of the Legation, the French and the British consuls, Rear-Admiral Fremantle, and the principal officers of the Channel Squadron accompanied the funeral procession to the cemetery ».

<sup>4</sup> Times, 27. 12. 1886 (n. 3); L’illustration – Journal Universel du samedi 22 janvier 1887, 2291 (Paris 1887) 68.

<sup>5</sup> « Des journaux maritimes et des journaux militaires notamment le Shipping and mercantile gazette, l’Army and navy gazette, la Saint-James gazette, déclaraient que le gouvernement britannique ferait mieux de s’exécuter sans retard, plutôt que de provoquer des contestations

L'intérêt de cet abordage a aussi touché les juristes. En France, dès 1888, le spécialiste du droit international, Edouard Clunet<sup>6</sup> a publié une étude spécifique sur ce cas et sur les problèmes de compétence de juridictions<sup>7</sup>. Naturellement en 1888, Edouard Clunet n'avait pas encore connaissance de la résolution finale des conflits. En revanche, le dossier d'archives de l'abordage de la 'Ville de Victoria'<sup>8</sup>, issu des Archives nationales françaises, témoigne du déroulement de la résolution des conflits – depuis 1886, date de l'abordage – jusqu'en 1889, date du règlement définitif du dossier.

L'intérêt du dossier d'archives de la 'Ville de Victoria' est qu'il témoigne de modes multiples de résolutions des conflits en droit maritime. Modes multiples de résolution de conflits, puisque un choix de règlement s'est posé au gouvernement anglais entre: premièrement, recourir au contentieux (§ 1); deuxièmement, accepter un arbitrage (§ 2); ou enfin, aboutir à une transaction amiable (§ 3).

## §1: Un mode de résolution du conflit: le recours à la procédure du contentieux

A priori, l'abordage de la 'Ville de Victoria' par le 'Sultan' soulevait un conflit de juridictions pour connaître du litige, puisque trois juridictions étaient en présence. D'une part, la juridiction du lieu de l'abordage au Portugal, puisque l'abordage était intervenu dans des eaux intérieures étrangères – à savoir la rade de Lisbonne. D'autre part, ce cas mettait en présence deux navires de deux nationalités différentes,

qui seraient de nature à amener un malentendu dans les relations des deux pays», Rappel du député du Havre, Félix Faure, à la Chambre des députés, séance de la Chambre des députés du 9 novembre 1887, cité par *Édouard Clunet*, *Abordage du navire de commerce français la 'Ville de Victoria' et du cuirassé anglais le 'Sultan' (Paris 1888)* 18; cité comme suit: *Clunet*, *Abordage*.

<sup>6</sup> Edouard Clunet a fondé le *Journal du Droit international privé*, publié à Paris entre les années 1874 et 1888.

<sup>7</sup> *Clunet*, *Abordage* (n. 5) 1–18.

<sup>8</sup> Ce dossier est issu des Archives nationales françaises, numéroté CC/4/2084. CC/4 correspond à l'inventaire des archives nationales de la Marine après la Révolution. 2084 correspond à l'un des plus de 200 cartons consacrés aux naufrages du XIX<sup>e</sup> siècle. En effet, les cartons CC/4/ 2073 à CC/4/ 2284 correspondent aux naufrages de 1806 à 1907. Dans le carton 2084 on trouve divers dossiers de naufrages, dont celui de la « Ville de Victoria » de 1886. Ce dossier de la 'Ville de Victoria' s'étend sur 3 années avec des sources manuscrites de 1886 à 1889. Il comporte essentiellement, non seulement, de la correspondance – correspondances des ministères de la Marine et des Affaires étrangères, des lettres de l'Ambassadeur de France à Londres ou encore des lettres de la Cie des Chargeurs Réunis (compagnie de navigation propriétaire de la 'Ville de Victoria'). On y trouve aussi des coupures de presse – notamment du journal *The Times* faisant écho en Angleterre de l'accident. On y trouve enfin les procès verbaux d'une Commission en charge, par le ministre français de la Marine, de répartir les indemnités aux victimes du sinistre. Ces procès verbaux permettent de connaître en détail qui étaient ces hommes, femmes et enfants sinistrés. Ils sont une source très intéressante pour la matière du droit de travail maritime.

d'où le problème de savoir si la juridiction compétente n'était pas la juridiction anglaise du navire défendeur et abordeur ou, enfin, la juridiction française du navire demandeur et abordé. En réalité, aucun doute n'était apparu pour admettre que la juridiction compétente était anglaise (A) et que la matière était de la compétence des tribunaux anglais de droit commun (B).

#### A) La compétence de la juridiction anglaise

Une solution internationale résolvait facilement les conflits de juridictions en présence d'un navire de guerre. Une coutume internationale admettait ce que l'on appelle : « le droit ou privilège d'extritorialité des navires de guerre »<sup>9</sup>.

Cette coutume internationale se traduisait par une immunité de juridiction, puisqu'un navire de guerre ne pouvait pas être cité devant une juridiction étrangère – et même s'il se situait dans les eaux intérieures d'un autre pays. De la sorte qu'un navire de guerre – comme en l'espèce le 'Sultan' – demeurait soumis à la juridiction et à la loi de l'Etat auquel il appartenait – en l'espèce l'Angleterre.

Aucune juridiction étrangère ne pouvait donc procéder à une mesure de justice, comme la saisie conservatoire. Une mesure conservatoire de saisie du navire le 'Sultan' aurait été possible, devant la juridiction portugaise du lieu de l'abordage, si les deux navires – même étrangers – avaient été des navires de commerce<sup>10</sup>. Si les deux navires avaient été des navires de commerce, la juridiction française aurait également pu être compétente à partir du moment où un navire du défendeur (comme le 'Sultan') serait entré dans un port français. Le tribunal de commerce du port français dans lequel le navire aurait été saisi<sup>11</sup> aurait alors été compétent<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Voir le statut juridique actuel d'immunité qui caractérise les navires de guerre sous *Jean-Pierre Beurrier*, Droits maritimes (Paris 2006) 82–83.

<sup>10</sup> Un navire de commerce situé dans les eaux d'un État étranger est soumis à la juridiction de l'Etat étranger. A la différence avec le « navire en pleine mer qui est placé uniquement sous l'empire des lois et sous le gouvernement du pays qui le couvre de sa nationalité ». *Théodore Ortolan*, Règles internationales et diplomatie de la mer, t. 1 (Paris 1864) 189; cité comme suit : *Ortolan*, Règles internationales.

<sup>11</sup> Le choix du tribunal appartient au défendeur. Voir la jurisprudence concernant l'abordage en pleine mer entre un navire français et un navire américain. Le navire français avait fait naufrage après un abordage dont il attribuait la faute au capitaine du navire américain. Le navire américain avait pu, quant à lui, reprendre sa route et prendre un chargement pour Marseille. Arrivé à La Ciotat, l'armateur français avait alors fait saisir le navire américain et porta une action en responsabilité devant le tribunal de commerce de Marseille. Le 17 mars 1857, le tribunal de Marseille se déclarait compétent sur la base de l'article 14 du Code civil. (Jugement de Marseille du 17 mars 1857, dans: Recueil de jurisprudence commerciale et maritime du Havre, sur la direction de *Jérôme Guerrand*, 2ème partie (Havre 1877) 105; cité comme suit : *Guerrand* (dir.), Recueil.

<sup>12</sup> *Alfred de Courcy*, L'abordage (Questions de droit maritime 1, Paris 1877) 209: références faites à la jurisprudence française concernant un navire français 'Racine' coulé en mer, le 3 août 1875, près des côtes du Portugal par le navire anglais 'Lilian'. Le capitaine français assigna en réparation le capitaine anglais devant le tribunal de commerce du Havre; de même, *Alfred de Courcy*, La responsabilité des propriétaires de navires en Angleterre et en France (Questions de droit maritime 3, Paris 1884) 21 : « Son navire serait aussitôt saisi, le procès jugé

Mais, à partir du moment où le navire le ‘Sultan’ était un navire de guerre anglais, aucun tribunal étranger – portugais ou français – ne pouvait se déclarer compétent en cas de saisie de leur juridiction<sup>13</sup>. Seuls les tribunaux anglais étaient donc bien, en l’espèce, compétents.

Cette coutume internationale du « privilège de l’extraterritorialité des navires de guerre » était reconnue unanimement, que ce soit en doctrine chez les spécialistes anglais<sup>14</sup>, portugais<sup>15</sup> ou français<sup>16</sup> de droit maritime. Son fondement s’expliquait au nom du principe de l’indépendance des Etats souverains. Le navire de guerre étant, selon Théodore Ortolan, « une partie du territoire de la nation à laquelle il appartient »<sup>17</sup>. Cette coutume était, par ailleurs, aisément acceptée en pratique. Dans ce dossier d’archives de la ‘Ville de Victoria’, les parties acceptent avec évidence<sup>18</sup> que la juridiction compétente était anglaise. Un procès devait, en fait, débiter en Angleterre – le 3 mai 1889<sup>19</sup> – cela devant les tribunaux anglais de droit commun.

### B) *La compétence des tribunaux anglais de droit commun*

En Angleterre, les cours de droit commun étaient compétentes en matière d’abordage sans distinction, c’est-à-dire même pour connaître des actions dirigées contre un navire de l’Etat.

en France et d’après la loi française » ; *Clunet*, Abordage (n. 5) : En cas de présence de deux navires de commerce, la juridiction française peut être saisie ; à savoir compétente pour des réclamations en France à l’encontre d’un navire étranger. Cela sur la base de l’article 14 du Code civil relatif aux conséquences d’un quasi-délit commis à l’étranger. Une saisie d’un navire de l’armateur est possible dès que l’un de ses navires entre dans un port français.

<sup>13</sup> *Times*, 27. 12. 1886 (n. 3) : « The tribunal of Chamber of Commerce will today examine witnesses with the object of ascertaining the cause of collision and the responsibility for it ». Le *Journal anglais The Times* fait référence au tribunal de la chambre de commerce portugaise. Mais il ne s’agit qu’une référence du lieu où des témoins du sinistre ont été entendus pour l’enquête administrative. Aucune source postérieure ne fait état d’une compétence de juridiction portugaise.

<sup>14</sup> Doctrine anglaise de *Robert Griffith Williams, Gainsford Bruce*, *Admiralty Practice* (London 1886) 76, cité par *Clunet*, Abordage (n. 5) 9.

<sup>15</sup> Doctrine portugaise de *Carlos Testa*, *Le droit public international maritime* (Paris 1886), cité par *Clunet*, Abordage (n. 5) 9.

<sup>16</sup> Doctrine française de *Ortolan*, *Règles internationales*, t. 1 (n. 10) 186–193. Chapitre X : Des navires de guerre.

<sup>17</sup> *Ortolan*, *Règles internationales*, t. 1 (n. 10) 187.

<sup>18</sup> Dans le dossier d’archives de la ‘Ville de Victoria’, les questions de juridiction et de législation n’apparaissent pas. Les ministres français de la Marine ou des Affaires étrangères ou l’Ambassadeur français à Londres ne correspondent pas entre eux pour savoir si un doute existe concernant la juridiction et la législation anglaise. Car le conflit de compétence juridictionnelle était à l’évidence réglé pour les parties.

<sup>19</sup> Archives CC/4/2084. Document du 22 mars 1889, correspondance de l’Ambassadeur de France à Londres adressée au ministre français des Affaires étrangères avec référence à la date prochaine du procès ; Document du 16 septembre 1887 avec référence au renvoi du règlement du conflit devant les tribunaux anglais.

L'Angleterre ne distinguait pas – comme en France<sup>20</sup> – la compétence entre les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires. En France, les tribunaux administratifs étaient compétents pour les abordages survenus entre un bâtiment de commerce et un bâtiment de l'Etat; les tribunaux judiciaires étant compétents pour les abordages survenus entre deux navires de commerce<sup>21</sup>.

Toutefois, le dossier d'archives de la 'Ville de Victoria' témoigne de la consultation du « Conseil judiciaire de l'Amirauté anglaise »<sup>22</sup>. En effet, en février 1887, l'Ambassadeur de France à Londres avertissait le ministre français de la Marine d'un avis émis par le Conseil d'Amirauté anglaise. Consulté sur l'événement, ce Conseil de l'Amirauté considérait le sinistre comme le résultat de la force majeure<sup>23</sup>. Mais il s'agissait là d'un avis d'un organisme consultatif non opposable aux procès. Il n'avait pas de valeur de décision judiciaire.

La décision de justice ne pouvait être rendue que par les juridictions de droit commun – à savoir devant la Haute Cour de Justice<sup>24</sup>. La résolution du conflit devait donc recourir à la procédure du contentieux. Mais rien n'interdisait aux parties de le soumettre à l'arbitrage.

<sup>20</sup> Edouard Clunet critique la double juridiction française. En France, en cas d'abordage par un navire de guerre abordeur français – que l'abordé soit un navire français ou étranger – les victimes doivent agir devant les tribunaux administratifs où l'Etat se trouve à la fois juge et partie. D'où la crainte d'une impartialité des juges administratifs et qu'ils aient tendance à absoudre l'Etat et non le condamner. *Clunet*, Abordage (n. 5) 17.

<sup>21</sup> Conseil d'État, 1er mai 1872, dans: *Guerrand* (dir.), Recueil, 2<sup>ème</sup> partie (n. 11) 107: « Est de la compétence des tribunaux administratifs et non des tribunaux judiciaires, l'action en responsabilité intentée contre l'Etat à raison d'un abordage survenu entre un bâtiment de commerce et un bâtiment de l'Etat ».

<sup>22</sup> Concernant le Conseil d'Amirauté en France, il s'agit d'un « Organisme créé le 4 août 1824. Sous la présidence du ministre, il était composé d'officiers généraux et d'anciens administrateurs des colonies. Il fut réorganisé le 26 août 1830. Il s'agit d'un organisme consultatif », *Michel Vergé-Franceschi*, Dictionnaire d'histoire maritime, t. 1 (Paris 2002) 399.

<sup>23</sup> Archives CC/4/2084. Document du 30 décembre 1886: « Le conseil d'enquête était réuni sous la présidence du contre amiral, il se composait des commandants des cuirassés 'Monarch', 'Minotor', 'Iron' et 'Duke' ».

<sup>24</sup> Avant 1875, voir le problème de la rivalité entre les tribunaux de droit commun (Cour de la Chancellerie, Cour du Banc de la Reine, Cour des Plaid communs, Cour de l'Echiquier) et la Cour de l'Amirauté sous: *Walter Phillimore*, Compétence des cours anglaises en matière d'abordage en mer entre navires anglais et étrangers et entre navires étrangers, dans: *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparé* 13 (1886) 129–133; cité comme suit: *Phillimore*, Compétence des cours anglaises. Sachant à ce sujet que, la loi anglaise de 1861 avait conféré à la Cour d'Amirauté la compétence des abordages sans distinction, que ce soit en haute mer ou en mer territoriale. Statut de 1861, 24 Victoria C. 10, sect 7: « The High Court of Admiralty shall have jurisdiction over any claim of damage done by any ship », cité par *Philip Jessup*, *The law of territorial waters and maritime jurisdiction* (New York 1970) 136. Depuis 1875, la Cour d'Amirauté n'existait plus, puisque les principaux tribunaux anglais avaient fusionné en une seule Haute Cour de justice. Le droit anglais avait mis fin aux rivalités de compétences entre les tribunaux de droit commun et la Cour d'Amirauté. Aussi, la chambre, ou division, d'Amirauté de la Haute Cour de justice était dès lors compétente pour les affaires d'abordage lorsque le navire ou les propriétaires du navire attaqué étaient trouvés en Angleterre (*Phillimore*, Compétence des cours anglaises [n. 24] 132).

## §2 : Un mode de résolution du conflit : le recours à l'arbitrage international

L'arbitrage international apparaît bien en droit maritime comme un mode alternatif de résolution des conflits. En 1887, le ministre français des Affaires étrangères affirmait lui-même que : « l'arbitrage entre de plus en plus dans les habitudes et dans les pratiques du droit international ; je crois que c'est la meilleure solution à donner aux conflits qui s'élèvent entre différentes nations ; c'est la plus propre à sauvegarder les principes du droit et les susceptibilités légitimes des peuples »<sup>25</sup>. L'arbitrage maritime a un fondement consensuel. En effet, il est initié soit – par application d'une clause contractuelle, soit – par un accord mutuel des parties<sup>26</sup>. C'est pourquoi dans le cas de la 'Ville de Victoria', le gouvernement français demandait, avec insistance<sup>27</sup> auprès du gouvernement anglais, d'accepter la procédure d'arbitrage. Aucun accord mutuel ne sera trouvé en raison du refus britannique de régler l'affaire par la voie d'arbitrage<sup>28</sup>. Mais pourquoi le gouvernement français a-t-il tellement souhaité recourir à la procédure d'arbitrage ? Deux arguments<sup>29</sup> motivaient ce recours, non seulement l'impartialité de la juridiction anglaise (A), mais surtout l'affranchissement du droit anglais (B).

### A) *La recherche d'une juridiction impartiale*

La compétence de la juridiction anglaise ne constituait pas – selon les Français – un gage de garanties suffisantes de bonne justice<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> *Clunet*, Abordage (n. 5) 7. Réponse sur l'arbitrage du ministre français des Affaires étrangères, M. Flourens, à une question devant la Chambre des députés du 7 novembre 1887.

<sup>26</sup> *François Arradon*, L'arbitrage maritime en France, dans : *La Revue Maritime* 470 (octobre 2004) 2.

<sup>27</sup> Les archives contiennent de nombreuses correspondances à ce sujet, le ministre français des Affaires étrangères insistant pour que l'Ambassadeur de France à Londres obtienne la procédure d'arbitrage international. Voir Archives CC/4/2084. Document du 16 septembre 1887 montrant le gouvernement français non favorable au contentieux et sa proposition d'arbitrage au gouvernement anglais ; Document du 23 septembre 1887 montrant la préférence française d'un envoi global de l'affaire devant un tribunal arbitral ; *Document du 22 mars 1889* montrant le rejet anglais de la procédure d'arbitrage en février 1888.

<sup>28</sup> Dans : House of commons parliamentary papers 63 (1888) 660–730. Voir la correspondance – The Secretary to the Admiralty to the Secretary to the Treasury – du 8 février 1888 : « The French government desired to refer the whole of claims to arbitration, to which my Lords commissioners of the Admiralty, acting with the advice of the solicitor, were altogether adverse [...] they have definitely informed the Foreign office that the proposal for arbitration cannot be accepted ».

<sup>29</sup> En revanche l'argument de la confidentialité ne semble pas avoir motivé cette demande de soumettre le règlement du litige à l'arbitrage. Sachant que l'affaire avait été déjà publiée par la presse et rendue publique devant la Chambre des députés. Cet argument n'apparaît pas dans les archives.

<sup>30</sup> Archives CC/4/2084. Document du 16 septembre 1887. Le ministre français des Affaires étrangères adressait, dès septembre 1887, une lettre à son collègue de la Marine faisant état de la procédure de contentieux devant les tribunaux anglais et de sa préférence pour l'arbitrage.

Ce n'était pas parce qu'il s'agissait d'une juridiction étrangère<sup>31</sup>. Les Français mettaient ici en cause l'impartialité d'une justice dans laquelle on est juge et partie. Ils préféraient laisser à un tribunal arbitral « l'examen complet des preuves des faits et des conséquences au point de vue de la responsabilité »<sup>32</sup>.

### B) *La recherche de l'affranchissement du droit anglais*

Les Français cherchaient surtout à s'affranchir du droit anglais.

Selon le droit anglais<sup>33</sup>, la responsabilité des navires de guerre pouvait être engagée en cas de faute au cours d'un abordage. Toutefois, la responsabilité ne pouvait pas être dirigée contre le propriétaire du navire de guerre – à savoir la couronne britannique. « La jurisprudence anglaise était formelle, l'Etat échappait à tout recours »<sup>34</sup>. La responsabilité pouvait seulement être dirigée contre le commandant du navire en faute. Car, selon la jurisprudence anglaise, la responsabilité ne s'attachait qu'à l'auteur immédiat du dommage (*the actual wrongdoer*)<sup>35</sup>. Ce droit anglais aboutissait alors à une responsabilité personnelle illusoire, puisque les dommages des sinistrés ne devaient alors être réparés qu'à partir des ressources personnelles d'un simple commandant de vaisseaux. Toutefois en l'espèce, le gouvernement anglais avait accepté « que l'administration britannique soit solidaire du capitaine mis en cause par le juge »<sup>36</sup>.

Le problème juridique restait donc de savoir si la responsabilité personnelle du commandant anglais du 'Sultan' pouvait être mise en cause par le juge anglais. Était-il l'auteur immédiat de l'abordage, ou en d'autres termes, pouvait-on prouver que l'abordage provenait de sa faute ou de sa négligence ? Trois enquêtes admi-

« Le recours aux tribunaux ne nous ayant pas paru présenter des garanties suffisantes », y explique-t-il laconiquement.

<sup>31</sup> Le ministre français des Affaires étrangères affirmait, en novembre 1887 devant la Chambre des députés, que la poursuite du litige devant la juridiction portugaise aurait été différente: « juridiction portugaise, dont l'impartialité, puisqu'elle n'appartenait non à l'une ni à l'autre des nations en cause ne pouvait être suspectée par personne. Cette poursuite aurait eu lieu en présence des témoins de la catastrophe sur le lieu même de l'accident, alors que le souvenir des faits était présent à tous les esprits, en un mot avec un ensemble de garanties que ne pouvaient aucunement obtenir les demandeurs, si on les obligeait à poursuivre leur action devant la juridiction britannique », cité par *Clunet*, Abordage (n. 5) 10.

<sup>32</sup> *Clunet*, Abordage (n. 5) 13.

<sup>33</sup> *Clunet*, Abordage (n. 5) 13. Il s'agit d'un droit anglais issu de la jurisprudence et des auteurs anglais affirmé depuis longtemps et ayant force de loi.

<sup>34</sup> *Clunet*, Abordage (n. 5) 17.

<sup>35</sup> *Reginald Marsden*, *Collisions at sea* (London 1885) 98, cité par *Clunet*, Abordage (n. 5) 12. Cet état du droit était critiqué par *Clunet*, puisque le droit anglais permettait à l'Etat de se protéger derrière son préposé. Le fondement du droit maritime anglais s'opposait donc au droit commun où le commettant est responsable des fautes de son préposé. Critique aussi de la législation anglaise par le ministre français des Affaires étrangères le 7 novembre 1887 sous *Clunet*, Abordage (n. 5) 12-14.

<sup>36</sup> Archives CC/4/2084. Document du 22 mars 1889: Information par l'Ambassadeur de France à Londres au ministre français des Affaires étrangères, cela 15 jours avant l'ouverture du procès au contentieux.

nistratives avaient été menées, que ce soit par les Portugais<sup>37</sup>, par les Français<sup>38</sup> et par les Anglais<sup>39</sup>. Du côté anglais, le gouvernement se basait sur l'avis du Conseil d'Amirauté anglaise rendu en 1887. Le Conseil d'Amirauté anglaise considérait alors que le sinistre était le résultat de la force majeure, liée à une montée subite des eaux dans le fleuve du Tage<sup>40</sup>. Du côté français, le gouvernement considérait que le sinistre était le résultat d'un vice propre du matériel du cuirassé britannique, en l'occurrence des chaînes de l'ancre du 'Sultan'<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Archives CC/4/2084. Documents du 10 janvier 1887 : Double correspondance. 1/ Correspondance de la capitainerie du port de Lisbonne au ministère français de la Marine et des Colonies. Le rapport de l'enquête portugaise conclut que le sinistre est dû à la force majeure. Le procès-verbal de la capitainerie indique que : « les hommes de mer ont été également unanimes à déclarer que le seul motif était la violence d'un grand poids d'eau qui se présente, et en tourbillons, dans le fleuve Tage après de grandes pluies et qui est connue sous le nom de 'poids d'eau des monts' ainsi qu'il est arrivé alors à l'approche de la nouvelle lune ». 2/ Correspondance du ministre portugais des Affaires étrangères, M. Barros Gomès. Le ministre portugais conclut aussi à la force majeure. Il précise que « les chaînes ont été brisées par suite de la grande force du courant sans que le bâtiment ait chassé sur ses ancres, ce fait démontre que le déplorable accident n'a pas été dû à la façon dont l'ancrage avait été fait ». Il souligne que le 'Sultan' n'avait pas pris de pilote pour entrer et ancrer dans le port, mais que cela était conforme à la liberté passée par l'article 42 du règlement de pilotage.

<sup>38</sup> Archives CC/4/2084. Document du 30 décembre 1886 avec référence au rapport de mer du capitaine français fait le lendemain du drame, le 24 décembre 1887, devant le Consulat de France à Lisbonne. Le capitaine Simonet conclut son rapport envoyé de Lisbonne en affirmant la responsabilité du cuirassé anglais pour vice propre des maillons des chaînes, une paille dans le fer d'une maille ayant entraîné la rupture de celle-ci. La 'Ville de Victoria', qui avait mouillé avec l'aide d'un pilote, n'a pas bougé, ce qui prouve que le bateau n'a pas été chassé par les ancres du 'Sultan'; Document du 4 janvier 1887 : Le Consul de France indique au ministre français des Affaires étrangères que la conduite du capitaine Simonet de la 'Ville de Victoria' a été irréprochable lors du sinistre et qu'il a lancé une enquête administrative pour dégager les responsabilités du sinistre : « Je n'ai pas entendu moins de 40 témoins de nationalités diverses, portugais, italiens, brésiliens, anglais et français. En la forme, cette enquête faite d'urgence au milieu des circonstances exceptionnelles, laisse à désirer; mais au fond elle aura fait, je l'espère, la lumière sur les points essentiels du débat qui va s'engager entre la Cie des chargeurs réunis et le gouvernement anglais ».

<sup>39</sup> Archives CC/4/2084. Document du 30 décembre 1886 avec référence à une enquête anglaise en cours par la Marine anglaise; l'enquête anglaise fut ordonnée par l'Amiral Hervet et menée par le contre Amiral Fremantle en présence des commandants des divers cuirassés de l'escadre anglaise; Document du 22 mars 1889 : Lettre de l'Ambassadeur français à Londres au ministre des Affaires étrangères faisant clairement état d'une transaction amiable pour clore le conflit.

<sup>40</sup> Archives CC/4/2084. Document du 14 février 1887 avec référence par l'Ambassadeur de France à Londres de l'avis du Conseil de l'Amirauté anglaise qui attribue l'accident à la force majeure; Document du 16 septembre 1887 avec référence à l'attribution par les Anglais de l'accident à une force majeure. Le gouvernement anglais renvoyait donc le paiement du sinistre aux compagnies d'assureurs.

<sup>41</sup> L'ancrage du 'Sultan' était mis en cause non seulement par un vice d'un maillon de la chaîne d'ancre mais aussi par la non-conformité de la longueur des chaînes. Cela expliquerait que la chaîne d'ancre n'ait pas pu résister à la force du courant et que le 'Sultan' ait été le seul navire à avoir cassé ses chaînes alors que tous les autres navires présents avaient tenu. Archives CC/4/2084. Document du 30 décembre 1886 avec référence au rapport de mer du capitaine français de la 'Ville de Victoria' qui témoigne de l'enquête anglaise à laquelle il a participé : « A

Or, un vice propre constitue un chef de responsabilité pour faute imputable au propriétaire du navire. Un propriétaire de navire a la charge d'entretenir et de surveiller le matériel de son navire. Dès lors, que ce soit une force majeure ou un vice propre, la responsabilité personnelle du commandant du Sultan ne pouvait pas être engagée, puisque aucune faute ou négligence ne lui étaient imputables. Or, le droit anglais écartant tout recours contre le propriétaire du navire de guerre conduisait alors à une absence totale d'indemnisation des victimes.

C'est donc pour écarter ce droit anglais que les Français ont voulu recourir à la voie d'arbitrage. Le tribunal arbitral avait l'avantage d'être affranchi du droit anglais, puisque les arbitres devaient statuer – selon l'équité – à titre d'amiable compositeur<sup>42</sup>. De son côté, le gouvernement anglais n'avait aucun intérêt à recourir à la procédure d'arbitrage, sachant que les tribunaux britanniques avaient compétence pour trancher le litige et selon un droit qui lui était favorable. Son ferme refus de recourir à l'arbitrage, en février 1888, laissa place à une proposition alternative: celle d'un mode de résolution des conflits par une transaction amiable.

### §3: Un mode de résolution du conflit: le recours à la transaction amiable

Quinze jours avant l'ouverture du procès en Angleterre, une transaction amiable a été trouvée dans le dessein de clore le conflit et d'arrêter le contentieux devant les tribunaux anglais; le montant des indemnités « a été établi à l'amiable par les par-

notre arrivée, le conseil d'enquête était réuni sous la présidence du contre amiral, il se composait des commandants des cuirassés 'Monarch', 'Minotor', 'Iron', 'Duke'; le commandant du Sultan était présent. [...] L'Amiral nous déclara alors que la chaîne du 'Sultan' s'était rompue et nous fit voir le maillon brisé qu'il apporta, enveloppé dans un journal. Il nous fit remarquer qu'il y avait une paille dans le fer et que le maillon était d'une médiocre qualité. Ce fait suffit à établir la responsabilité du cuirassé anglais; car la cause de l'avarie et du désastre est ce que nous appelons un vice propre; et alors le commandant du 'Sultan' ne peut plus invoquer sa défense le cas de force majeure ». Archives CC/4/2084. Document du 16 septembre 1887 avec référence à un argument technique de la longueur trop courte des chaînes du navire anglais; Annexe II du document: Note fournie par la Cie des Chargeurs Réunis faisant état de la comparaison de la longueur des chaînes entre la 'Ville de Victoria' (6 fois la profondeur de l'eau) et le 'Sultan' (plus courte, car 4 fois et demi); Document du 23 septembre 1887 avec référence de l'argument français basé notamment sur la question de touée, c'est-à-dire sur la longueur des chaînes et le fait que le 'Sultan' soit le seul navire à avoir cassé ses chaînes.

<sup>42</sup> *Raymond Guillien, Jean Vincent*, Lexique de termes juridiques (Paris 1990) 34: « Amiable compositeur: arbitre ayant reçu des parties le droit de rendre sa décision non selon le droit, mais en équité et sans observer les règles ordinaires de la procédure ».

*Clunet*, Abordage (n. 5) 15: En l'espèce, dans le cas de la 'Ville de Victoria', Edouard Clunet confirme que « la constitution d'un tribunal arbitral dont les membres, affranchis des règles du droit positif, recevraient la mission de statuer à titres d'amiables compositeurs, exclusivement en équité », épargnerait aux plaignants l'accueil négatif que leur réserve le droit anglais; « mais du côté de l'Angleterre nous comprenons fort bien les hésitations qu'elle éprouve à s'engager dans cette voie ».

ties en cause et a le caractère d'une transaction»<sup>43</sup>. Deux catégories de victimes étaient à prendre en considération : les victimes de dommages matériels (A) et celle de dommage corporels (B).

*A) La résolution des dommages matériels du navire et de la cargaison*<sup>44</sup>

L'abordage de la 'Ville de Victoria' par le 'Sultan' avait causé la perte totale du navire français et de toute sa cargaison ; le navire ayant été englouti sous les flots en 10 minutes par près de 25 mètres de fond<sup>45</sup>. La valeur du navire et de la cargaison était estimée à environ trois millions et demi de francs<sup>46</sup>.

Lors de la transaction amiable, on s'aperçoit que leur indemnisation fut calculée à partir du droit anglais de responsabilité des navires de la marine marchande. Le différend fut solutionné comme si les deux navires avaient été des bâtiments de commerce, mais encore comme si le capitaine du 'Sultan' avait été reconnu fautif de l'abordage.

Le droit anglais de la responsabilité limitée des propriétaires de navire de commerce était un droit très récent, issu d'un *statut* de 1862. Le principe britannique de la responsabilité voulait, comme en France, que le propriétaire d'un navire de commerce restât toujours tenu personnellement – et indéfiniment – responsable de ses propres fautes. En revanche pour les faits du capitaine, et à la différence du droit français, sa responsabilité personnelle avait été limitée en valeur<sup>47</sup> à une

<sup>43</sup> Archives CC/4/2084. Document du 22 mars 1889 : Lettre de l'Ambassadeur français à Londres adressée au ministre français des Affaires étrangères.

<sup>44</sup> Les dommages matériels concernaient ceux qui sont causés au navire de la 'Ville de Victoria' et à sa cargaison mais encore ceux causés aux biens de l'équipage et des passagers. Concernant ces derniers dommages, nous verrons qu'ils ont été indemnisés par le gouvernement anglais dès février 1888.

<sup>45</sup> Archives CC/4/2084. Document du 3 janvier 1887 relatif à l'acte de déclaration, par le capitaine français Simonet, de l'abandon et du délaissement total du navire et de tout ce qu'il contenait auprès du Consul de France ; Document du 4 janvier 1887 du Consul de France qui indique que le rôle de l'équipage et le Journal de bord de la 'Ville de Victoria' ont été sauvés et envoyés au ministre de la Marine et des Colonies.

<sup>46</sup> Information chiffrée donnée par *Clunet*, Abordage (n. 5) 6.

<sup>47</sup> A la différence du droit français, le propriétaire ne pouvait pas se libérer par l'abandon du navire et du fret, le propriétaire restait tenu sur tous ses biens (fortune terrestre et maritime) mais jusqu'à concurrence d'une certaine somme limitée forfaitairement (MSA 1862 Amendment Act, 25 & 26 Victoria C. 63, art. 64). En revanche, le système français de responsabilité des propriétaires était limité sur la chose du navire et du fret, il était donc réduit à la fortune de mer ; la responsabilité était très dépendance du sort du navire. Ce système traditionnel issu de l'Ordonnance de 1681 avait été repris dans le Code de commerce français (article 216). Cet abandon du navire et du fret n'était admis que pour les faits du capitaine, mais il était refusé en cas de responsabilité personnelle du propriétaire. Voir la thèse d'*Anne-Estelle Réhault*, *Le naufrage. Les conséquences juridiques de l'infortune de mer en France et en Angleterre du XVI<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle*, t. 1 (Paris 2002) 547–576 ; *Georges Ripert*, *La responsabilité des propriétaires de navire et l'unification internationale du droit maritime*, dans : *Droit maritime français* (1954) 704–705. L'actuel système français est issu de la loi de 1967 (L. n° 67–5, 3 janvier 1967, JO 4). La conception nouvelle d'une responsabilité personnelle sur tous les biens terrestres et maritimes fut empruntée à la loi anglaise. Le calcul de la valeur du navire et du fret

somme maximale que l'on ne pouvait jamais dépasser. Le calcul de cette somme était fixé en relation avec la nature du dommage (matériel ou corporel) et le tonnage du navire. Concernant les dommages matériels, la responsabilité maximale des propriétaires était limitée à un forfait de huit livres<sup>48</sup> sterling (£ 8) par tonneau de jauge du navire. En l'espèce, l'indemnisation amiable fut bien calculée à partir de la jauge du navire du Sultan et en prenant ce chiffre de £ 8 (ce qui correspondait à deux cents francs). Les parties ont donc admis le chiffre maximum de responsabilité encourue pour un navire de commerce reconnu en faute.

Au total, les agents de la Couronne britannique ont donc offert la somme de £ 45.000<sup>49</sup> lors de la transaction amiable – équivalente à 1.250.000 francs. Cela représentait en fait à peine la moitié de la valeur réelle du navire et de la cargaison de la 'Ville de Victoria'.

Il faut enfin savoir que la proposition de cette indemnisation amiable était venue des agents de la Couronne britannique. Ils l'avaient proposée au Comité des assureurs de Londres qui représentait tous les intéressés; cela, « après une enquête exécutée à Lisbonne par le Consul d'Angleterre dans cette ville »<sup>50</sup>. D'après l'Ambassadeur français à Londres, le but recherché dans cette indemnité amiable était « destinée à désintéresser non seulement la société propriétaire du navire, mais encore les chargeurs – ou propriétaires de la cargaison »<sup>51</sup>.

Mais pourquoi une telle proposition amiable ? Le gouvernement anglais n'avait-il pas finalement conscience de sa pleine responsabilité personnelle dans le sinistre ? Cette transaction – survenue à quinze jours de l'ouverture du procès – ne marque-t-elle pas la crainte d'une sentence des tribunaux anglais ? Le gouvernement anglais pouvait-il craindre un revirement de jurisprudence du droit anglais, à savoir que les tribunaux acceptent à présent un recours contre l'État ? Cette précipitation à la veille du procès le laisse supposer.

En l'occurrence, la transaction amiable constitua la solution finale de ce dossier. « Le Comité des assureurs qui représentaient les intéressés a accepté l'offre des agents de la Couronne »<sup>52</sup>. La transaction acceptée mit fin au différend<sup>53</sup> et à la

s'avérait compliqué. Voir la critique de l'abandon du principe ancien de la fortune de mer sous : *Pierre Lureau*, La responsabilité du propriétaire du navire d'après la loi du 3 janvier 1967, dans : *Droit maritime français* (1967) 259-266.

<sup>48</sup> *Georges Ripert*, *Droit maritime*, t. 2 (Paris 41952) 150. Ripert explique qu'en 1862 huit livres sterling était alors la valeur moyenne du tonnage anglais.

<sup>49</sup> Archives CC/4/2084. Document du 22 mars 1889: Les parties ont d'abord calculé une somme principale d'indemnisation du navire et de la cargaison à partir de la jauge du navire le 'Sultan', lequel jaugeait 4923 tonneaux. Soit donc en principal, 4923 X £ 8 = £ 39384. Puis, à cette somme principale fut ajoutée les taux d'intérêt de la somme depuis le jour du sinistre (£ 676) et une somme supplémentaire pour les frais d'enquête de procédure (£ 2000). Au total, les agents de la Couronne ont offert la somme de £ 45.000 lors de la transaction amiable.

<sup>50</sup> Archives CC/4/2084. Document du 22 mars 1889: Lettre de l'Ambassadeur français à Londres au ministre des Affaires étrangères.

<sup>51</sup> Archives CC/4/2084. Document du 22 mars 1889.

<sup>52</sup> Archives CC/4/2084. Document du 22 mars 1889.

<sup>53</sup> Archives CC/4/2084. Document du 22 mars 1889.

procédure engagée devant les tribunaux anglais<sup>54</sup>. Les autorités françaises ont considéré cette solution amiable « comme relativement satisfaisante »<sup>55</sup>. ‘Solution satisfaisante’, car elle évitait le risque d’une irresponsabilité totale. Mais ‘solution à relativiser’, puisque les indemnisations de 1.250.000 francs pour les dommages causés au navire et à la cargaison de la ‘Ville de Victoria’ – représentaient à peine moins de la moitié de leur valeur réelle. Cette indemnisation finale des dommages matériels, de mars 1889, était intervenue trois ans et trois mois après l’abordage. C’est le même délai qu’il a fallu aux parties pour régler les indemnisations des dommages corporels.

*B) La résolution des dommages corporels pour les victimes ou leurs héritiers*

L’abordage de la ‘Ville de Victoria’ avait causé la mort de 32 personnes parmi l’équipage et les passagers se trouvant à bord<sup>56</sup>.

Pour la réparation des dommages corporels, la législation anglaise de 1862 fixait forfaitairement la responsabilité des propriétaires de navire d’après une valeur de quinze livres sterling (£ 15) par tonneau de jauge du navire<sup>57</sup>. Mais cette législation de 1862 sur la marine marchande n’a pas ici été utilisée comme mécanisme d’indemnisation des victimes ou de leurs héritiers. La somme globale attribuée aux morts et aux survivants du sinistre fut seulement de £ 20.000 – équivalente à 500.000 francs. Le fondement de cette somme de £ 20.000 versée par le gouvernement anglais fut celui d’un « don charitable »<sup>58</sup> aux sinistrés et à leurs familles.

L’argent britannique fut touché tardivement<sup>59</sup> par les victimes ou leur famille. En effet, plus d’un an s’est écoulé entre le versement<sup>60</sup> de l’argent par le gouverne-

<sup>54</sup> Archives CC/4/2084. Documents du 25 mars 1889: Courrier du ministre français des Affaires Étrangères adressé au Ministre de la maritime.

<sup>55</sup> Archives CC/4/2084. Documents du 25 mars 1889.

<sup>56</sup> Les 32 morts concernent : 20 membres de l’équipage sur les 45 ; 11 passagers sur 19 et 1 ouvrier du port de Lisbonne se trouvant à bord du navire ; la ‘Ville de Victoria’ complétait son chargement durant la nuit et elle avait donc à son bord un officier de la douane portugaise.

<sup>57</sup> Calcul à partir de la jauge du navire du Sultan, lequel jaugeait 4.923 tonneaux. Cela correspondait à un maximum de £ 73.845 (4.923 X £ 15 = £ 73.845) et cela avec un fonds principal destiné aux victimes corporelles de £ 34.461 (4.923 X £ 7 = £ 34.461). Sachant aussi que les victimes corporelles étaient indemnisées sur un fonds de £ 7 livres, mais elles avaient le droit de concourir avec les autres créanciers sur les £ 8 livres restant, si elles n’avaient pas été complètement indemnisées.

<sup>58</sup> Le gouvernement français avait été chargé, par le gouvernement anglais, de la libre répartition de la somme entre les sinistrés. Cette répartition fut donc librement décidée par la Commission, puisqu’il s’agissait d’un don charitable. Elle n’était pas liée à un fondement légal.

<sup>59</sup> Dès le premier mois du sinistre, le 29 janvier 1887, une lettre confidentielle du ministre anglais des Affaires étrangères informe que le gouvernement anglais propose de rembourser au gouvernement français les secours d’urgence alloués aux familles des victimes. Les Anglais se montraient soucieux de pourvoir aux situations de pénurie des familles (Archives CC/4/2084. Documents du 2 février 1887 et du 14 février 1887). Finalement, le don charitable de £ 20.000 fut décidé publiquement dès le 2 août 1887 à la Chambre de Communes.

<sup>60</sup> Archives CC/4/2084. Document du 20 février 1887 relatif au versement par le gouverne-

ment anglais au gouvernement français et le versement final effectué par les Français aux victimes. Ce long délai – imputable au gouvernement français<sup>61</sup> – fut pris par lui pour décider de la répartition des £ 20.000 entre les victimes corporelles – décédées<sup>62</sup> et survivantes<sup>63</sup> – de l'équipage et des passagers<sup>64</sup>. La répartition<sup>65</sup> a définitivement abouti en mars 1889, soit trois ans et trois mois après le sinistre.

Après le rejet de la procédure d'arbitrage et tout en évitant une longue procédure au contentieux, la résolution de ce conflit maritime a donc finalement été la résultante d'une transaction amiable. Le coût total du sinistre a coûté au gouvernement anglais £ 65 000, soit 1.625.000 francs. Sachant que le gouvernement anglais a volontairement accepté de verser la somme maximale de responsabilité fixée par le droit anglais aux propriétaires de la 'Ville de Victoria'.

ment anglais à titre de don charitable de 20 000 £ à la chancellerie du Consulat général de France à Londres en vue d'aider les victimes de la catastrophe ou de leur famille; une commission française est chargée de répartir cette somme aux victimes. Information confirmée du versement anglais par la coupure du Times du 2 octobre 1888 (coupure du journal contenue dans le Document du 6 octobre 1888 et envoyée par l'Ambassadeur de France à Londres).

<sup>61</sup> Archives CC/4/2084. Document du 6 octobre 1888 contenant la coupure du journal The Times du 2 octobre 1888 reproduisant une lettre d'un père d'une victime de l'équipage (un mécanicien) adressée au directeur du Times. Dans cette lettre, la volonté du père était de faire pression sur le ministre français de la Marine et l'Administration maritime, accusé de négligent. Cette lettre informe aussi qu'en février 1888 le gouvernement anglais a bien versé 500 000 francs en secours aux parents des victimes. Elle informe enfin qu'en octobre 1888, soit six mois après le versement britannique, le gouvernement français n'avait toujours rien versé. Cependant, devant cette pression publique, le ministre français de la Marine chargera une Commission de répartition d'attribuer rapidement aux différentes victimes la somme versée par les Anglais.

<sup>62</sup> L'indemnité en faveur des victimes décédées fut calculée par la Commission de répartition en conformité avec les usages maritimes pratiqués envers les familles de victimes d'événements de mer. Elle prenait en considération un ordre de priorité donné entre les veuves, les orphelins puis les ascendants. Les états de répartitions prenaient aussi en considération la situation personnelle de chacun, si bien que les archives fournissent des sources sur la vie privée des membres de l'équipage ou des passagers de la 'Ville de Victoria'.

<sup>63</sup> L'indemnité versée pour les survivants concernait non seulement les dommages corporels et matériels subis par les membres de l'équipage de la 'Ville de Victoria'. L'indemnité pour pertes matérielles de l'équipage comprenait alors la perte des effets personnels, argent et instruments de navigation. Cette perte fut calculée selon les usages du port du Havre où se situait la Commission de répartition. De plus, l'indemnité des membres survivants de l'équipage comportait aussi un mois de salaire versé en compensation de la fin de leurs contrats d'engagement, fin résultant du naufrage du navire. Enfin, cette indemnité fut variable selon le grade ou la qualité de chaque membre de l'équipage. (Archives CC/4/2084. Document 20 octobre 1888).

<sup>64</sup> L'indemnité versée aux survivants passagers fut elle limitée à cause de la 'présomption de non effets d'importance des passagers à bord d'un navire en l'absence de leur dépôt au capitaine avant l'embarquement', puisqu'une compagnie de navigation prévient les passagers avant leur embarquement qu'elle n'est pas responsable des valeurs perdues que si elles ont été remises au capitaine. Aussi, une seule réclamation devait aboutir, celle du passager anglais Lean Mac avec femme et enfants, passagers de 3<sup>e</sup> classe.

<sup>65</sup> Voir les divers états de répartition de la Commission de répartition: Archives CC/4/2084. Document du 20 octobre 1888: Premier état de répartition; Document du 21 mars 1889: Deuxième état de répartition; Document du 12 juillet 1889: Dernier état de répartition.

Mais, est-ce que l'Etat anglais aurait accepté de verser cette somme maximale si la pression diplomatique constante menée par le gouvernement français avait été moindre et si la pression par les journaux britanniques n'avait pas existé? En d'autres termes, la pression publique ou internationale a-t-elle une influence sur la résolution d'un conflit? Ce dossier de la 'Ville de Victoria' le laisse à penser. Ce dénouement s'explique parce que la responsabilité morale – et non juridique – de l'État anglais a été mise en avant, puisqu'en l'espèce le navire de guerre britannique avait causé la mort de 32 personnes et des pertes matérielles considérables. La volonté de régler ce conflit serait donc la résultante de cette pression internationale.

## Kurzfassung

Der Beitrag erläutert am konkreten Beispiel eines historischen Rechtsstreits, der durch zahlreiche Originaldokumente aus den französischen Nationalarchiven anschaulich dokumentiert wird, die praktische Bedeutung und Verbreitung der verschiedenen Methoden der Konfliktbewältigung im Seerecht – gerichtliches Verfahren, Schiedsgerichtsbarkeit und schließlich außergerichtlicher Vergleich. Dem Rechtsstreit lag das Entern eines französischen Handelsschiffs durch ein englisches Kriegsschiff vor der portugiesischen Küste zugrunde und wurde trotz dieser hohen rechtlichen Komplexität von den Parteien sehr rasch beigelegt. Insofern stellt dieser Fall eine seltene Ausnahme zu den typischen Verfahren in handels- und seerechtlichen Konfliktfällen dar, in denen die Parteien in der Regel gerade darum bemüht sind, das Verfahren bewusst zu verzögern, um so eine endgültige Klärung des Rechtsstreits zu vermeiden. Der Beitrag zeigt auf, dass es zur raschen Beilegung des Rechtsstreits insofern maßgeblich darauf ankommt, dass die Parteien den gemeinsamen Willen haben müssen, das einmal begonnene Verfahren auch tatsächlich beenden zu wollen.

## Abstract

Based on numerous documents from the Archives nationales françaises (French National Archives), this article offers a case study which exemplifies the three possible modes to resolve conflicts on the field of maritime law: Litigation, arbitration or opting for an amicable solution. The case – the crew of an English Man-of-war had boarded a French trade ship in Portugal – was highly complex from a juridical point of view but nevertheless quickly reconciled. The case therefore constitutes a counter-example to the many situations in commercial and maritime law where the parties (or at least one of them) tried to use dilatory means in order to permanently avoid a settlement. On the contrary, this international maritime affair illustrates the importance in a context of conflicts to have parties present who really want to find a solution to their dispute.

*Florent Garnier*

## La résolution des conflits commerciaux d'après les conférences régionales des juges consulaires: L'exemple de la 1<sup>ère</sup> conférence régionale de Riom en 1899\*

Le décret du 15 février 2008 modifiant le siège et le ressort des tribunaux de commerce prévoyait en son article 1<sup>er</sup> la suppression, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009, de plusieurs juridictions consulaires. Dans le ressort de la Cour d'appel de Riom, trois tribunaux de commerce ont disparu (Moulins, Riom et Thiers). Pour l'Auvergne, l'histoire de ces juridictions consulaires et celle droit commercial sont en général assez mal connues<sup>1</sup>. Parmi les sources conservées dans les différénds dépôts départementaux et à la Bibliothèque Municipale Inter-Universitaire, le *Compte rendu de la Conférence régionale des juges consulaires du ressort de la cour d'appel de Riom en 1899*<sup>2</sup> présente quelque intérêt pour répondre à l'invitation des organisateurs du colloque de Roscoff quant à la résolution des conflits en matière de commerce.

A l'initiative de l'ancien président de la juridiction consulaire de Lyon, Pierre Vindry, des conférences régionales sont organisées à Lyon à partir de 1898 puis à Rouen, Orléans ou encore Dijon en relation avec la Conférence générale des Tribunaux de Commerce de France instituée un an plus tard. Le 8 mai 1899, les repré-

\* Cette recherche s'inscrit dans le cadre d'un Bonus Qualité Recherche de l'Université d'Auvergne, La vie du droit en Auvergne. Histoire et géographie juridique (Moyen Âge – XIX<sup>e</sup> siècle), Centre d'Etudes Romanistiques d'Auvergne (E.A. 2147).

<sup>1</sup> *Laurent Meyniel*, Présence des marchands d'Aurillac aux foires de Provins en 1205, dans: *Revue de la Haute-Auvergne* (1904) 420–421 et (1905) 91–93; *Marcel Boudet*, Notes pour servir à l'histoire du commerce de la Haute-Auvergne, les marchands d'Aurillac et de Saint-Flour aux foires de Champagne et à Montpellier (XIII<sup>e</sup>–XIV<sup>e</sup> siècle), dans: *Revue de la Haute-Auvergne* (1913) 326–341 et (1914) 154–165 et 236–245; *Georges Esquer*, La Haute-Auvergne à la fin de l'Ancien Régime. Saint-Flour. La Foraine de Saint-Flour, dans: *Revue de la Haute-Auvergne* (1905) 381–397 et (1911) 84–94; *Jean-Eric Jung*, Commerce et marchands en Haute-Auvergne (XVI<sup>e</sup>–XVIII<sup>e</sup> siècles) (Enluminures, Bulletin de photothèque et archives cantaliennes 6, Aurillac 1999) 38 et s.; *Florent Garnier*, Justice et droit commercial en Haute-Auvergne. Bilan et perspectives (Revue de Haute Auvergne-La justice en Haute-Auvergne, Aurillac, à paraître).

<sup>2</sup> Bibliothèque Municipale et Interuniversitaire Clermont-Ferrand, A 11445; cité comme suit: BMIUCF, A 11445.

sentants des 13 tribunaux de commerce du ressort de la cour d'appel de Riom<sup>3</sup> sont réunis au Palais du Tribunal de commerce de Clermont-Ferrand pour instaurer une nouvelle conférence régionale. Parmi les 26 personnes présentes, dont la moitié est issue de la juridiction consulaire clermontoise, on dénombre des présidents de tribunaux de commerce en exercice, d'anciens présidents, le président de la Chambre de commerce de Clermont-Ferrand, ainsi que des juges. Les présidents des tribunaux de Moulins, d'Aurillac et de Billom, bien qu'ils soient absents, adhèrent au principe de la Conférence régionale. La séance d'ouverture permet tout d'abord aux membres de la conférence de rappeler l'intérêt d'une réunion annuelle des juges consulaires<sup>4</sup>. S'inspirant de la Conférence d'Orléans, l'assemblée adopte ensuite le règlement de l'organisation d'une telle rencontre<sup>5</sup>. Cette réunion annuelle est ouverte à tous les présidents et magistrats en exercice ainsi que sur leur demande aux anciens présidents et, avec l'accord du président de leur tribunal, aux anciens juges. Elle accueille aussi en tant que collègues invités ayant voix consultative, les magistrats d'un autre ressort judiciaire. Parmi les participants à cette première conférence générale, on note la présence du lyonnais Vindry ainsi que celle de Maurice Chalus, président de la Chambre de Commerce de Clermont-Ferrand. Bien qu'il n'ait pas voix délibérative, ce qu'il regrette publiquement, il intervient à plusieurs reprises. L'un des intérêts de ses interventions tient à ce qu'il fasse partie du Comité de l'Union des banquiers de province qui a pour conseil Charles Lyon-Caen. Chalus rapporte alors l'opinion du commercialiste parisien. Le règlement adopté précise le but d'une telle association. Il s'agit de « créer et d'entretenir des relations agréables et utiles entre tous ses adhérents, d'étudier les mesures les plus propres à assurer l'accomplissement parfait des devoirs des magistrats ». Le discours d'ouverture de Morin, président du tribunal de commerce de Clermont-Ferrand, désigné président de la conférence, est plus explicite. Il assigne à l'assemblée le soin d'« étudier en commun les questions intéressant notre juridiction, pour arriver, dans la mesure du possible, à une unification de réglementation et de jurisprudence »<sup>6</sup> et d'« obtenir des réformes ». La méthode de travail adoptée reflète cette volonté. Elle repose sur la discussion de rapports d'autres conférences générales, l'intervention de personnalités invitées ou encore de courriers adressés par des présidents de tribunaux de commerce, par exemple de la Haute-Loire, ou de chambres de commerce. Intéressés par la connaissance d'autres pratiques, les juges consulaires enrichissent ainsi leur réflexion et prennent alors position en s'inspirant parfois de celle adoptée par une autre conférence régionale. Par la diffusion du compte rendu à tous les présidents des tribunaux de commerce et à tous magistrats présents et qui ont adhéré à la réunion, ils manifestent ainsi la volonté d'assurer une large publicité à leurs travaux.

<sup>3</sup> Riom, Cusset, Montluçon, Moulins, Aurillac, Saint-Flour, Brioude, Le Puy, Ambert, Billom, Clermont-Ferrand, Issoire et Thiers.

<sup>4</sup> BMIUCF, A 11445, 13.

<sup>5</sup> BMIUCF, A 11445, 17.

<sup>6</sup> BMIUCF, A 11445, 13.

Après le compte rendu de la séance d'ouverture de la Conférence régionale, le document conservé à la Bibliothèque de Clermont-Ferrand se compose de trois parties. La réunion débute par la lecture du rapport de Vindry sur l'étude et la rédaction des jugements<sup>7</sup>. Elle se poursuit ensuite avec l'examen de quatre questions adressées par la Conférence des Présidents des Tribunaux de commerce. Après un rapport général<sup>8</sup>, les juges consulaires examinent tout d'abord la liquidation judiciaire, puis la proposition de création de tribunaux d'appel spéciaux pour les jugements des tribunaux de commerce, la comptabilité et les honoraires des syndics dans les faillites et liquidations<sup>9</sup> et enfin l'organisation de la conciliation en matière commerciale. Les membres de l'assemblée se sont ensuite intéressés à quatre thèmes qu'ils ont souhaités porter à la connaissance de la conférence des Présidents des Tribunaux de Commerce de France. Ils débattent ainsi, à partir du rapport présenté par le président du tribunal de commerce de Montluçon<sup>10</sup>, de l'élection des magistrats consulaires, de l'abrogation de l'article 427 du Code de procédure civile, du projet de loi sur les Conseils des Prud'hommes relativement à la compétence de la juridiction consulaire et enfin de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1898 sur les nantisements de fonds de commerce.

A partir de ces thèmes discutés par les juges consulaires, cette première conférence régionale éclaire la naissance d'une organisation de concertation et de proposition qui est préoccupée de l'amélioration du contentieux commercial. Elle permet de saisir à partir de leur activité et de leurs difficultés pratiques, l'état d'esprit des juges consulaires sur leur rôle, les évolutions du droit ou encore les relations entre le contentieux civil et commercial. Cette réflexion se développe alors que des voix s'élèvent pour annoncer la disparition des juridictions commerciales comme « une éventualité probable »<sup>11</sup>. Thaller considère en effet cette juridiction comme un « véritable anachronisme ». Symbole de la « justice privée » au sens strict (Albrecht Cordes), elle ne saurait pour le commercialiste français de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle survivre car l'« Etat ne saurait se dessaisir du droit supérieur de justice »<sup>12</sup>, correspondant à la « justice publique » (Albrecht Cordes). Cette conférence régionale permet ainsi de saisir différents types de problèmes liés à la résolution des conflits qu'il s'agisse de différents commerciaux, de conflits de compétence avec la juridiction civile ou encore de la « justice privée », au sens large, avec le recours à un mode transactionnel. Intéressante du point de vue procédural et du fond du droit, cette réunion fait aussi état de la perception que les magistrats consulaires ont de leur juridiction. Leur réflexion présente alors un double intérêt.

<sup>7</sup> BMIUCF, A 11445, 20–23.

<sup>8</sup> BMIUCF, A 11445, 25 et s.

<sup>9</sup> BMIUCF, A 11445, 30. Il est décidé que : 1<sup>o</sup>) chaque tribunal est souverain pour la fixation du tarif des faillites ; 2<sup>o</sup>) le juge-commissaire doit présenter à la Chambre du Conseil sa taxation avant qu'elle ne devienne définitive ; 3<sup>o</sup>) s'il y a une clôture en insuffisance d'actif, les syndics sont tenus de faire payer les frais par le Parquet.

<sup>10</sup> BMIUCF, A 11445, 55–57.

<sup>11</sup> Eugène-Edmond Thaller, De l'avenir des tribunaux de commerce, dans : *Annales de droit commercial* (1889) 200–209 ; cité comme suit : Thaller, De l'avenir.

<sup>12</sup> Thaller, De l'avenir (n. 11) 201.

Elle déborde d'une part le strict cadre des juridictions consulaires du ressort de la cour d'appel de Riom et de leurs problèmes avec la prise en considération de la situation d'autres institutions d'exception. D'autre part, cette réunion, en relation avec la conférence des Présidents des tribunaux de commerce, permet de saisir la place et le rôle des juridictions consulaires dans l'évolution du droit commercial à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, notamment pour affirmer, réaffirmer ou faire évoluer la délimitation de leur compétence par rapport aux juridictions de droit commun. Les juges consulaires, par leur connaissance de la pratique, affirment ainsi leur volonté d'éclairer l'action du législateur (I). La spécificité du contentieux commercial et de sa procédure les amène également à se déterminer par rapport au juge civil (II).

## Les juges consulaires et le législateur

Ensermé dans le Code de commerce de 1807, le droit commercial va évoluer au cours du XIX<sup>e</sup> siècle pour tenir compte des évolutions économiques et des besoins de la pratique. Le processus de « décodification » engagé se manifeste de manière diverse sur plus d'un siècle avec le développement de certaines branches du droit, contenues initialement dans le texte de 1807, en dehors du Code soit qu'elles accèdent à l'autonomie soit qu'elles intègrent d'autres champs juridiques (droit des sociétés, faillites et banqueroutes [...]). Le mouvement se manifeste aussi par l'apparition et la présence hors du Code de nouveaux domaines du droit commercial (vente et nantissement du fonds de commerce, bail commercial, valeurs mobilières [...]). Le pragmatisme du droit commercial au XIX<sup>e</sup> siècle amène notamment le législateur à faire évoluer le droit. Un dialogue entre les juges consulaires et le législateur se développe ainsi dans le cadre de la première conférence régionale des tribunaux de commerce de la Cour d'appel de Riom.

C'est en particulier le cas, de manière incidente, pour la question de la connaissance des différends qui s'élèveraient à l'occasion d'un contrat de louage entre les patrons et leurs représentants et les employés, ouvriers, apprentis du commerce et de l'industrie. Rapidement évoquée par les membres de la conférence, cette question ne permet pas d'apprécier les arguments des parties. Précisons simplement que les participants sont informés d'un projet de loi (Dutreix) qui soustrairait à la compétence de la juridiction consulaire ce contentieux pour le confier aux Conseils de Prud'hommes<sup>13</sup>. A la lecture du compte rendu de la réunion, on prend

<sup>13</sup> *Marcel David*, L'évolution historique des Conseils de prud'hommes en France, dans: *Droit social* (1974) 3–21; *Françoise Fortunet*, D'une République à l'autre. Les Conseils de prud'hommes ou l'institution d'une justice de paix de l'industrie (Justice et république[s], Lille 1993) 325–335; *Alain Cottereau*, Les prud'hommes au XIX<sup>e</sup> siècle. Une expérience originale de pratique du droit, dans: *Justices*, revue général du droit processuel 8 (1997) 1–8; *Jacques Bouveresse*, Des élections malgré tout. L'histoire mouvementée des Conseils de prud'hommes (L'élection des juges, étude historique française et contemporaine, Paris 1999) 165–221.

simplement connaissance de leur refus<sup>14</sup>. Il le justifie par l'absence de création d'une juridiction d'appel spécifique autre que les tribunaux de commerce. C'est là une position qui sera remise en cause par la loi du 15 juillet 1905 qui prévoit que l'appel ne soit plus déféré devant la juridiction commerciale. Par ailleurs la loi du 27 mars 1907 étend la juridiction des prud'hommes aux employés de commerce pour le cas où il serait institué dans cette juridiction une section commerciale (article 1). Elle prévoit aussi que les différends entre patrons et employés ne rentrent pas dans la compétence des « tribunaux ordinaires » (article 32), c'est-à-dire les tribunaux de commerce, au-dessus d'une certaine somme pour la demande formulée (1 000 francs)<sup>15</sup>.

La compétence de la juridiction consulaire et la spécificité du contentieux porté devant elle retiennent davantage l'attention des juges des tribunaux de commerce en 1899. Ils alimentent le débat pour améliorer la mise en œuvre de la législation de 1889 relative à la liquidation judiciaire (A) mais aussi pour demander une évolution législative afin de tenir compte des imperfections de la loi de 1898 sur le nantissement du fonds de commerce (B).

*Améliorer la résolution des conflits : l'exemple de la loi du 4 mars 1889 relative à la liquidation judiciaire*

Le difficile équilibre entre les intérêts des créanciers et ceux du débiteur en matière de faillite ne relève pas de l'esprit du Code de commerce de 1807<sup>16</sup>. Ces dispositions se caractérisent par leur sévérité et leur aspect répressif traduisant la volonté politique du régime napoléonien de préservation de l'ordre public. Ces mesures ont alors conduit à une « fuite devant la loi » (Jean Hilaire) par laquelle créanciers et débiteurs ont recherché des solutions plus conformes à leurs intérêts. Jean-Marie Pardessus, professeur de droit commercial à Paris au début du XIX<sup>e</sup> siècle, notait déjà la nécessité d'adopter des mesures différentes pour prendre en considération les comportements coupables ou non des commerçants<sup>17</sup>. Une réforme du

<sup>14</sup> BMIUCF, A 11445, p. 61–62.

<sup>15</sup> En ce sens, par exemple, Nîmes, 4 juin 1909, Dalloz (1909), 2, 288.

<sup>16</sup> Sur l'évolution du droit des faillites et la bibliographie particulière à cette question, Catherine Labrusse, *L'évolution du droit français de la faillite depuis le Code de commerce* (Faillites, Paris 1970) 5–54; Marie-Hélène Renault, *La déconfiture du commerçant du débiteur sanctionné au créancier victime*, dans: *Revue trimestrielle de droit commercial* 53–3 (2000) 533–567; Pierre-Cyrille Hautcoeur, Nadine Levratto, *Faillite*, dans: *Dictionnaire historique de l'économie-droit, XVIII<sup>e</sup>–XX<sup>e</sup> siècles*, sous la direction de Alessandro Stanziani (Droit et société. Recherches et Travaux 17, Paris 2007) 159–167.

<sup>17</sup> Jean-Marie Pardessus, *Éléments de jurisprudence commerciale* (Paris 1811) 507: « Les faillites ont trop d'influence sur la prospérité, le crédit et l'honneur du commerce, pour n'avoir pas dû être l'objet de l'attention spéciale du législateur. Mais il avait, dans cette matière, deux dangers opposés à éviter. S'il importe de mettre les créanciers à même de s'assurer que la faillite de leur débiteur n'est pas l'ouvrage d'une combinaison frauduleuse, ou du moins l'effet d'une imprudence coupable, de punir sans pitié la fraude, d'effrayer l'imprudence par la crainte du déshonneur; il est juste aussi de ne pas enlever au commerçant loyal, que les orages si fréquents dans le commerce ont forcé d'échouer, la consolation de conserver

droit de la faillite intervient avec la loi du 28 mai 1838 et la loi du 22 juillet 1867 qui abroge la contrainte par corps.

Une nouvelle étape est franchie avec la loi du 4 mars 1889 qui institue la liquidation judiciaire. Elle est prévue pour les commerçants malheureux et de bonne foi. Pour pouvoir bénéficier de la procédure de liquidation judiciaire, le commerçant doit déposer son bilan dans les 15 jours de la cessation de paiement et il ne doit pas exister une cause d'indignité. Le jugement déclaratif n'est alors pas publié. C'est une procédure qui permet le maintien du commerçant-débiteur dans sa gestion avec à ses côtés un liquidateur. Elle permet aussi de conserver au commerçant concerné son honorabilité avec l'exercice maintenu de ses droits électoraux. Si la procédure va à son terme, un concordat est établi avec les créanciers, sinon on revient à la procédure normale de la faillite.

On dispose, par exemple avec les fonds conservés pour le tribunal de commerce d'Aurillac, d'intéressantes données pour apprécier la mise en œuvre de la procédure de la liquidation judiciaire<sup>18</sup>. Les juges sont rapidement confrontés à la nécessité d'être attentifs aux raisons qui justifient la situation du débiteur. De cet examen, le caractère honnête et non frauduleux du commerçant peut être établi ouvrant l'application de la liquidation judiciaire. Dès le mois de juin 1889, les juges consulaires d'Aurillac sont saisis de demandes «suspectes»<sup>19</sup>. Elles illustrent les craintes émises quelques années plus tôt lorsque le projet de loi avait été soumis aux tribunaux pour consultation. Le rapport du président du tribunal de commerce de Thiers en 1885 soulignait alors que la «liquidation judiciaire n'est [...] qu'un leurre»<sup>20</sup>. A la lumière de la pratique, la requête adressée au tribunal à partir du délai imparti pour la cessation des paiements pose problème. En effet, bien souvent la date véritable de cessation est antérieure car «ce n'est que complètement acculé», une fois que tout a été tenté que le commerçant se résout à l'inéluc-

l'honneur en perdant la fortune, de lui montrer, dans la sévérité même des épreuves et des vérifications qu'il doit subir, un moyen de mieux manifester son innocence».

<sup>18</sup> Archives départementales Cantal, 162 U art 136.

<sup>19</sup> Par exemple, un entrepreneur de travaux de l'arrondissement d'Aurillac demande à pouvoir bénéficier de la liquidation judiciaire. Un jugement déclaratif lui en accorde le bénéfice le 29 avril 1889. Mais le juge commissaire de la liquidation présente un rapport tendant à la faire convertir «en faillite, depuis au moins l'année 1884». Ayant participé à la construction d'établissements scolaires et réparé l'église de Linvinhac-le-Haut en Aveyron, la gestion de ses affaires est fautive en ce que les travaux ont manqué de surveillance, qu'il a été mis dans plusieurs communes soit en régie soit en demeure de construire des travaux qu'il laissait sans ouvriers et sans matériaux des malfaçons par «sa négligence ou sa force d'inertie». Aussi «ce débiteur [est] harcelé, harassé de demandes en paiements non pas depuis quinze jours comme le ferait supposer sa demande en liquidation mais depuis l'année 1882 et 1883». En effet il avait été condamné par la cour de Riom à payer près de 7000 francs en 1884. Le juge commissaire a noté qu'il a obtenu l'année suivante du crédit auprès de différentes banques à Aurillac, à Figeac et à Decazeville. Il demande, à la lumière de l'ensemble de ces éléments, à ce qu'il soit déclaré en état de faillite et que la date de cessation des paiements soit avancée. Il est suivi par le tribunal de commerce qui ordonne le dépôt de l'entrepreneur dans la maison d'arrêt d'Aurillac pour dettes et un jugement du 21 juin fixe l'époque de cessation de paiement au 16 mars 1883.

<sup>20</sup> Archives départementales Puy-de-Dôme, 6 BIB 730.

table. Aussi il en résulte que le tribunal doit faire application de l'article 468 du Code de commerce et le déclarer en faillite. L'espoir de pouvoir jouir des dispositions prévues par la liquidation judiciaire est alors déçu.

L'application de la loi de 1889 ne pouvait manquer de retenir l'attention des juges consulaires au cours de leur première conférence régionale. Faisant le constat que la « bonne foi des juges est trop souvent surprise; [les juges consulaires s'accordent] à reconnaître l'opportunité de couper court à ces abus et de rechercher les moyens d'y parvenir »<sup>21</sup>. Les participants à la conférence ne demandent pas une révision de la loi. Ils réfléchissent à la possibilité de mettre en œuvre des mesures qui leur permettent d'être éclairés dans leur décision d'accorder le bénéfice de la liquidation judiciaire. L'enjeu réside dans l'obtention d'informations préalables suffisante pour l'accorder. Ils manifestent ainsi leur « art d'appliquer la loi » (Jean Hilaire). La première mesure proposée tient à l'existence d'une comptabilité régulière du débiteur. La position du tribunal de commerce de Clermont est claire sur ce point. Il déclare ainsi en faillite tout liquidé n'ayant pas de comptabilité c'est-à-dire l'absence de livres comprenant les registres ordinaires et à jour pour permettre le contrôle de l'exactitude du bilan déposé<sup>22</sup>. Un deuxième élément d'information mis à la disposition des juges consulaires s'inspire de la pratique d'autres tribunaux de commerce. Comme à Rouen<sup>23</sup>, on décide d'imposer au demandeur lorsqu'il dépose son bilan de répondre à un questionnaire écrit, certifié sincère et signé. La discussion s'engage à partir d'une proposition des juges consulaires de Clermont<sup>24</sup>. Les 17 questions s'attachent à décerner la sincérité de la demande présentée par le commerçant. Il doit préciser s'il est en état de cessation de paiements, s'il y a des protêts, s'il existe des tentatives d'arrangement avec les créanciers, s'il dispose de fonds disponibles ou bien encore quelles sont les raisons de sa situation. Le juge doit pouvoir ainsi connaître la « situation apparente » du commerçant, telle qu'il la déclare, sur le plan financier et commercial mais aussi ses relations avec ses créanciers. Les éléments ainsi renseignés doivent faire l'objet de vérification. Dans un délai de 15 jours, un rapport des syndics est rendu au juge-commissaire de Clermont pour contrôler l'exactitude des réponses données. Deux tendances apparaissent nettement au cours du débat quant à la position des juges après que le dépôt de bilan ait été déposé. La difficulté tient à la position que le juge doit adopter lorsqu'il y a un doute sur la sincérité de la demande du débiteur. Pour les uns, la liquidation judiciaire doit être déclarée immédiatement. On admet de pouvoir déclarer ensuite la faillite à la lumière d'informations plus précises notamment avec la remise du rapport par le syndic dans un délai de 15 jours. La mesure est destinée à préserver l'actif et d'éviter toute action du débiteur au détriment de ses créanciers. C'est la position des tribunaux de Clermont et de Riom. Cette façon de procéder recueille l'assentiment des membres de la conférence. Pour

<sup>21</sup> BMIUCF, A 11445, 26.

<sup>22</sup> BMIUCF, A 11445, 40.

<sup>23</sup> BMIUCF, A 11445, 26.

<sup>24</sup> BMIUCF, A 11445, 36.

d'autres, une enquête rapide doit être faite avant de pouvoir prononcer la liquidation. C'est la pratique observée par le tribunal de commerce de Thiers. La conférence de Rouen avait adopté aussi une telle solution. Cette solution recueille l'assentiment du Président de la Chambre de Commerce de Clermont. Ainsi Chalus, rapporte les propos, allant dans le même sens, de Lyon-Caen pour qui « la garantie du commerçant malheureux, c'est son juge; son danger, c'est son syndic »<sup>25</sup>. Il insiste alors sur l'importance de l'appréciation de la situation laissée au juge. L'esprit de la loi de 1889 avait cherché à atténuer la rigueur de la situation du débiteur malheureux. Qualifiée de « loi Bérenger du commerce »<sup>26</sup> par un des participants à la Conférence régionale, son application doit rester exceptionnelle pour les juges consulaires ainsi réunis. En cherchant à éclairer leur décision par l'instauration de bonnes pratiques, leur logique poursuit l'objectif de protéger avant tout les créanciers. Le prononcé rapide de la liquidation judiciaire est davantage conçu comme un moyen de préserver l'actif. Cette idée prime sur la volonté affichée de ne pas en faire bénéficier un commerçant malhonnête<sup>27</sup> car elle peut évoluer vers le prononcé de la faillite. Le même esprit guide les juges consulaires pour l'application de l'article 19 de la loi du 4 mars 1889 qui prévoit la possible transformation de la liquidation en faillite en cas de refus du concordat par les créanciers. Dans une telle hypothèse, les membres de la Conférence affirment que le maintien de la liquidation doit être exceptionnel<sup>28</sup>.

Les juges des tribunaux de commerce du ressort de la cour d'appel de Riom s'intéressent également à la détermination de la période où a commencé la cessation de paiements qui constitue alors la faillite. Le tribunal doit ainsi fixer (soit par le jugement déclaratif de la faillite, soit par jugement ultérieur, rendu sur le rapport du juge-commissaire) d'office ou sur la poursuite de toute partie intéressée, l'époque à laquelle a eu lieu la cessation de paiements. A défaut, cette cessation est réputée avoir eu lieu à partir du jugement déclaratif de la faillite. Le législateur, par l'article 441 du Code de commerce, leur a laissé un entier pouvoir d'appréciation en ne fixant pas une date limite pour reporter la date de la cessation de paiements dans une faillite. Le débat des représentants des tribunaux de commerce en 1899 tient à la possibilité de fixer une telle limite dans le temps. Leur discussion est éclairée par les positions des conférences d'Orléans (fixation à un an ou au maximum à deux ans le délai en deçà duquel le report d'une faillite peut être prononcé) et de Rouen (refus de fixation d'une limite en raison de fraudes possibles)<sup>29</sup>. L'importance de la liberté d'appréciation des juges consulaires ainsi que la nécessité d'agir en fonction des cas d'espèces les confortent dans leur volonté de ne pas fixer de délai pour le report des faillites. Cette position est présentée comme étant en conformité avec un arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 1841<sup>30</sup> précisant que la

<sup>25</sup> BMIUCF, A 11445, 37.

<sup>26</sup> BMIUCF, A 11445, 39.

<sup>27</sup> BMIUCF, A 11445, 33.

<sup>28</sup> BMIUCF, A 11445, 40-41.

<sup>29</sup> BMIUCF, A 11445, 28.

<sup>30</sup> BMIUCF, A 11445, 28.

« décision des juges sur l'époque précise de la cessation de paiement étant plus de fait que de droit échappe à la censure de la Cour ».

Les juges consulaires réunis à Clermont-Ferrand souhaitent ainsi lutter contre le laxisme d'une application trop générale de la loi de 1889 par l'instauration de pratiques communes. Leur position est tout aussi claire pour attirer l'attention du législateur sur les évolutions à apporter au contentieux en matière de nantissement de fonds de commerce.

*Proposer un meilleur règlement des différents: l'exemple de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1898 relative au nantissement du fonds de commerce*

Le Code de commerce, pas plus que l'ordonnance de 1673, ne se sont intéressés au fonds de commerce, ou de boutique, tant les réticences sont importantes pour consacrer l'existence d'une propriété immatérielle du fonds. La protection du créancier prime sur la possibilité d'accorder du crédit aux boutiquiers sans garantie hypothécaire et en restant dans leur fonds. N'étant pas reconnu comme un patrimoine distinct, il ne peut pas faire l'objet d'un nantissement. Fruit d'une construction du notariat et de la jurisprudence, la reconnaissance légale du fonds, bien que tardive, est apparue nécessaire au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>31</sup>. Cette évolution a été permise dans un premier temps par la loi fiscale du 28 février 1872. Le nantissement du fonds de commerce a suscité à de nombreuses reprises l'intervention du législateur à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle. La conférence de Riom de 1899 examine ce sujet pour proposer qu'il soit porté à la connaissance de la conférence générale de Paris.

L'absence de publicité du nantissement du fonds de commerce comme la situation du vendeur du fonds de commerce font naître des incertitudes et des risques dont les juges consulaires souhaitent informer le législateur. Par un arrêt du 13 mars 1888<sup>32</sup>, la Chambre des requêtes considère que le fonds de commerce est constitué par l'enseigne, l'achalandage, le droit au bail et les marchandises qui en sont l'accessoire. Ce fonds est susceptible d'être donné en gage et la Cour admet que la dation du nantissement est autorisée à deux conditions qui sont considérées comme nécessaires et suffisantes. D'une part l'acte de nantissement doit être signifié au propriétaire des lieux loués (art. 2075 Code civil). D'autre part le créancier gagiste doit être mis en possession de l'article de bail (art. 2076 du Code civil). La position adoptée par la Cour de Cassation a alors suscité des critiques de la part de la doctrine<sup>33</sup>, en raison du caractère occulte du nantissement, qui permet à un cré-

<sup>31</sup> Jean Hilaire, Les contingences historiques du fonds de commerce (L'entreprise personnelle 2, Critique et prospective, Paris 1981) 125-162; repris dans: Jean Hilaire, Le droit, les affaires et l'histoire (Paris 1995) 125-157 (cité comme suit: Hilaire, Le droit); Patrick Le Floch, Le fonds de commerce. Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles (Paris 1986).

<sup>32</sup> Dalloz (1888) 1, 351.

<sup>33</sup> Par exemple, Eugène-Edmond Thaller, Traité élémentaire de droit commercial (Paris 1910) 549; cité comme suit: Thaller, Traité.

ancier unique de disposer en cas de faillite du produit de l'ensemble de l'actif. Des résistances existent aussi de la part de cours d'appel et de tribunaux de commerce. Ils n'admettent pas qu'un commerçant puisse donner en gage le fonds qu'il exploite et ils insistent sur la nécessité d'une publicité en ce que le fonds de commerce constitue le gage commun et apparent des créanciers. Diverses propositions de loi sont débattues en 1893, 1895 et 1897 pour mettre fin à cette résistance grâce à l'action de Millerand. La loi du 1<sup>er</sup> mars 1898 marque une première évolution en ajoutant un alinéa à l'article 2075 du Code civil précisant que « tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité ». Thaller juge cependant cette disposition insuffisante. Qualifiée d'hypothèque mobilière, et rapprochée de l'hypothèque existante pour les navires, il regrette ainsi que la loi de 1898 ne prévoit pas un régime de publicité comparable à celui prévue pour les hypothèques immobilières<sup>34</sup>.

Les lacunes législatives n'ont pas manqué de susciter débats<sup>35</sup> et protestations. Saisie par la Chambre de commerce de Tours, la conférence générale recueille l'avis des juges consulaires sur la loi de 1898<sup>36</sup>. Les représentants des tribunaux de commerce du ressort de la Cour d'appel de Riom sont pour le moins réservés d'autant qu'ils sont éclairés par un rapport de la Chambre de commerce de Tours qui envisageait différentes situations commerciales pour démontrer les limites de la loi et même les possibles fraudes qu'elle peut susciter. L'un des risques est notamment constitué par l'entente frauduleuse entre un commerçant, dont la faillite est inéluctable mais qui le sachant accroît ses stocks, et une personne qui devient son créancier muni d'un nantissement. La réalisation de l'actif au profit du créancier gagiste, et la répartition avec le failli, se ferait au détriment des autres créanciers non privilégiés. Jugeant la publicité instaurée par la loi insuffisante pour assurer l'information et la protection des créanciers, les juges consulaires se prononcent pour une modification de la loi. Prenant connaissance par l'intermédiaire du président de la Chambre de commerce de Clermont de l'avis de Lyon-Caen, ils requièrent que des précisions soient apportées sur le mode d'inscription du nantissement, sa durée ou encore la possibilité de radiation. La loi Cordelet du 17 mars 1909, qui consacre l'existence d'une sûreté réelle constituée sur le fonds de commerce sans dépossession du débiteur, apporte les évolutions nécessaires en s'inspirant des règles établies en matière d'hypothèques immobilières sauf à fixer à cinq années la durée d'inscription du nantissement.

En relation avec la question du fonds de commerce, les juges consulaires prennent aussi connaissance des incidences de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1898 en matière de faillite. La difficulté débattue par les juges consulaires et faisant l'objet d'un contentieux est celle de la situation du vendeur d'un fonds de commerce. Deux hypothèses doivent être distinguées selon que l'acheteur tombe ou non en faillite. Lorsque

<sup>34</sup> Thaller, *Traité* (n. 33) 550.

<sup>35</sup> Bulletin de la Société d'Etudes législatives (1903), 218.

<sup>36</sup> BMIUCF, A 11445, 64.

celui-ci ne connaît pas de difficultés, le vendeur dispose d'un privilège et d'un droit de suite pour lui garantir le paiement du prix par l'acheteur ou par un sous-acquéreur. Considéré comme un meuble, le fonds de commerce voit alors s'appliquer le droit général de la vente mobilière. A défaut de paiement, le vendeur est ainsi autorisé à poursuivre la résolution (articles 1184 et 1654 du Code civil). Une seconde hypothèse correspond à la situation de faillite dans laquelle se trouve l'acheteur. La reconnaissance de la double garantie réelle au profit du vendeur du fonds en fait un créancier placé dans une meilleure situation que celle de toute autre créancier vendeur de meubles, en particulier les fournisseurs. Un problème existait alors dans la vie du commerce au début du XIX<sup>e</sup> siècle en cas de faillite relativement à la différence de situations des créanciers, certains bénéficiant d'un privilège ou d'un droit de préférence et d'autres non<sup>37</sup>. Cette situation est d'autant plus délicate qu'il n'y avait pas de publicité des ventes de fonds de commerce avant que la pratique puis le législateur l'organisent<sup>38</sup>. La volonté du législateur a alors été d'établir une égalité entre les créanciers du commerçant failli avec la loi de 1838. Ainsi par l'article 550 du Code de commerce, il est prévu en son dernier paragraphe, que « privilège et droit de revendication établis par le n° 4 de l'article 2102 du Code civil au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne seront point admis en cas de faillite ». Complété par l'article 576 du Code de commerce, le privilège et l'action résolutoire du vendeur sont ainsi supprimés en cas de faillite de l'acheteur du fonds de commerce. Pour améliorer leur situation, les vendeurs ont eu recours à la loi du 1<sup>er</sup> mars 1898 en stipulant un nantissement sur le fonds de commerce qu'ils aliénaient. On y vit un moyen de contourner les articles 550 et 576 du Code de commerce. Aussi la loi de 1898 aboutit alors pour certains à « virtuellement abroger » ces articles<sup>39</sup>. La loi du 17 mars 1909 décide alors que l'article 550 du Code de commerce ne serait applicable ni au privilège ni à l'action résolutoire du vendeur d'un fonds de commerce. Elle a rendu possible de rendre public le privilège du vendeur de fonds de commerce par son inscription sur un registre du greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.

L'examen de difficultés résultant de l'application de la loi par les juges consulaires motive la première conférence régionale des tribunaux de commerce du ressort de la cour d'appel de Riom à prendre part au débat pour des domaines qui relèvent de leur compétence. Les représentants des tribunaux de commerce sont aussi attentifs aux différences d'appréciation voire aux concurrences de compétences entre les juridictions commerciales et civiles. La spécificité et l'efficacité du contentieux commercial sont alors présentées comme des revendications d'une identité qu'ils considèrent menacée.

<sup>37</sup> Dalloz (1884) 1, 241. Dalloz (1891) 1, 415.

<sup>38</sup> *Thaller*, Traité (n. 33) 67-68.

<sup>39</sup> BMIUCF, A 11445, 65.

## Les juges consulaires et le juge civil

Thaller précisait que si les « tribunaux de commerce son absolument incompétents en matière civile. Il apparaîtrait logique de décider que tribunaux civils sont, de leur côté, absolument incompétents en matière commerciale. Or cette réciprocité n'est pas acceptée [...] Les tribunaux civils, étant tribunaux de droit commun, disposent de la plénitude de juridiction, et possèdent un germe de compétence [...] même sur les matières de commerce »<sup>40</sup>. L'évocation des rapports ente ces deux juridictions au cours de la conférence régionale suscite un « réflexe identitaire » de la part des représentants des tribunaux de commerce. Ils cherchent à affirmer d'une part la particularité et les avantages « classiques » de la procédure en matière commerciale (A) et ils souhaitent d'autre part que cette juridiction d'exception connaisse l'application de règles de procédure observées par les tribunaux civils pour ne plus être « subordonné » à eux (B).

### *Défendre l'efficacité de la résolution des conflits en matière commerciale*

La procédure commerciale est guidée depuis le Moyen Âge par le souci de la rapidité, de la simplicité et de l'efficacité. Les règles de procédure devant les tribunaux de commerce ont été précisées dans le titre XXV du livre II de la première partie du Code de procédure civile (articles 414 à 442). Les juges consulaires prennent position pour défendre cette spécificité en examinant de manière générale le recours à la conciliation en matière commerciale et en demandant de manière plus particulière l'abrogation de l'article 427 du Code de procédure civile relatif au renvoi par la juridiction consulaire devant la justice civile de l'affaire dans laquelle une pièce produite est méconnue, déniée ou arguée de faux.

En raison de la longueur et du coût des procès, la conciliation est souvent envisagée comme une voie à suivre<sup>41</sup>. La conciliation a été mise en place par l'Assemblée constituante avec la loi du 20 août 1790 créant les juges de paix. Le recours systématique à la conciliation, avant l'instance, devait susciter des difficultés et des critiques car elle allongeait parfois inutilement la résolution d'une affaire. Il y avait là une limite pour la résolution des différends commerciaux. Le législateur napoléonien a précisé les modalités du recours à la conciliation en apportant des restric-

<sup>40</sup> Thaller, *Traité* (n. 33) 1103-1104.

<sup>41</sup> *Joseph-Edouard Boitard*, *Leçons de procédure civile* t. 1 (Paris, 151890) 73 (cité comme suit : *Boitard*, *Leçons*), évoque Voltaire pour qui « la meilleure loi, le plus excellent usage, le plus utile que j'aie jamais vu, c'est en Hollande. Quand deux hommes veulent plaider l'un contre l'autre, ils sont obligés d'aller d'abord au tribunal des conciliateurs, appelés faiseurs de paix. Si les parties arrivent avec un avocat ou un procureur, on fait d'abord retirer ces derniers, comme on ôte le bois d'un feu qu'on veut éteindre. Les faiseurs de paix disent aux parties : Vous êtes de grands fous de vouloir manger votre argent à vous rendre mutuellement malheureux : nous allons vous accommoder sans qu'il vous en coûte rien ».

tions avec les articles 48<sup>42</sup> et 49<sup>43</sup> du Code de procédure civile. Ce dernier exclue les affaires commerciales par deux dispositions qui ont été perçues comme redondantes en visant « les demandes qui requièrent célérité » (2<sup>o</sup>) et « les demandes en matière de commerce » (4<sup>o</sup>). Est-ce à dire que la conciliation n'existait pas en matière commerciale ? Évidemment non. Le débat des juges consulaires, réunis à la conférence régionale, sur la place de la conciliation dans les affaires du commerce met en lumière les pratiques observées et la volonté d'affirmer quelques principes.

Outre la question de la répartition des frais liés à la conciliation pris en charge par les parties, une position générale est adoptée décidant de « rejeter l'obligation de la tentative préliminaire pour éviter tout retard dans l'introduction de l'instance et par suite dans le jugement »<sup>44</sup>. Le refus est exprimé que la conciliation intervienne avant assignation contrairement à la pratique observée à Tours<sup>45</sup>. Les juges consulaires souhaitent que les tribunaux jouissent de la faculté de mettre en œuvre les moyens qu'ils jugent appropriés et de laisser aux parties la liberté d'y avoir recours. Il leur importe qu'un juge intervienne à un moment ou à un autre de la tentative de conciliation. Loin de s'opposer au principe même, ils envisagent de proposer différents moyens avec le renvoi devant un juge conciliateur, la comparution des parties en chambre du Conseil ou bien encore la nomination d'arbitres commerçants<sup>46</sup>. A la lumière de l'expérience, la première solution leur apparaît plus adaptée pour des affaires peu importantes. Dérageant au principe général qu'ils formulent, la proposition est néanmoins faite pour ce contentieux de rendre obligatoire et préalable la conciliation. Éclairé par Vindry, l'ancien président du tribunal de commerce de Lyon, les membres de la conférence régionale sont informés des modalités de la conciliation observée dans sa juridiction<sup>47</sup>. Telle une profession de foi, il déclare que lorsque « nous avons l'assignation [...] nous devons faire tout ce que nous pouvons pour tâcher de les faire transiger et s'ils ne transi-

<sup>42</sup> Article du 48 Code de Procédure Civile, « Aucune demande principale introductive d'instance, entre parties capables de transiger, et sur des objets qui peuvent être la matière d'une transaction, ne sera reçue dans les tribunaux de première instance, que le défendeur n'ait été préalablement appelé en conciliation devant le juge de paix, ou que les parties n'y aient volontairement comparu ».

<sup>43</sup> Article 49 du Code de Procédure Civile, « Sont dispensés du préliminaire de la conciliation : 1<sup>o</sup> les demandes qui intéressent l'Etat et le domaine, les communes, les établissements publics, les mineurs, les interdits, les curateurs aux successions vacantes ; – 2<sup>o</sup> les demandes qui requièrent célérité ; – 3<sup>o</sup> les demandes en intervention ou en garantie ; 4<sup>o</sup> – les demandes en matière de commerce ; – 5<sup>o</sup> les demandes de mise en liberté, celles en mainlevée de saisie ou opposition, en paiement de loyers, fermages, arrérages de rentes ou pensions ; celles des avoués en payement de frais ; – 6<sup>o</sup> les demandes formées contre plus de deux parties, encore qu'elles aient le même intérêt ; – 7<sup>o</sup> les demandes en vérification d'écriture, en désaveu, en règlement de juges, en renvoi, en prise à partie ; les demandes contre un tiers saisi, sur les offres réelles, sur la remise des titres, sur leur communication, sur les séparations de biens, sur les tutelles et curatelles ; et enfin toutes les causes exceptées par les lois ».

<sup>44</sup> BMIUCF, A 11445, 32.

<sup>45</sup> BMIUCF, A 11445, 31–32.

<sup>46</sup> BMIUCF, A 11445, 51–55.

<sup>47</sup> BMIUCF, A 11445, 53.

gent pas, nous jugeons » ou encore que « nous faisons de la conciliation tant que nous pouvons »<sup>48</sup>. Elle s'appuie sur l'organisation en sections, selon la nature des affaires, du Tribunal de commerce. La pratique suivie à Lyon repose alors, en relation avec le rôle des appels de causes, sur l'intervention d'un juge possédant de l'expérience (« subtil, rapide, sûr de lui ») pour renvoyer certaines affaires devant les sections pour conciliation. Les parties sont ainsi entendues et les juges proposent soit le prononcé d'un jugement soit une tentative de conciliation devant la chambre du conseil (article 428 du Code de procédure civile). Pour certaines affaires particulières, notamment celles relatives aux chemins de fer, le tribunal de commerce de Lyon renvoie toujours en conciliation devant deux ou trois sections. Enfin, parmi les possibilités de concilier les parties, les juges consulaires peuvent désigner un arbitre. Les articles 428 et 429 du Code de procédure civile permettent notamment l'intervention d'arbitres conciliateurs ou à défaut de rapporteurs<sup>49</sup>.

La conciliation a été ainsi organisée de manière pratique par les tribunaux de commerce. Thaller rapporte que les transactions en matière commerciales sont deux fois plus nombreuses qu'en matière civile représentant ainsi près de 30 % des modes de règlements de différends qu'il explique comme la manifestation de « ménager un adversaire pour ne pas rompre dans l'avenir le lien de la clientèle »<sup>50</sup>. S'il a réussi à faire accepter l'idée qu'il ne devait pas y avoir de tentative obligatoire de conciliation pour les procès commerciaux, le juge consulaire ne s'interdit pas d'essayer de concilier les parties. Pour l'article 427 du Code de procédure civile<sup>51</sup>, les juges consulaires sont également soucieux de la rapidité de la procédure<sup>52</sup>. Cet article leur apparaît être un obstacle. Dans les cas visés, le tribunal de commerce doit surseoir à statuer sur la demande principale pour renvoyer l'affaire devant le tribunal civil. En de nombreux cas, notamment pour le paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, le tribunal de première instance est amené à être saisi de l'incident mais non du fonds. La critique formulée est alors triple. La première tient à la pratique de nomination d'un expert par la juridiction de droit commun qui ralentit d'autant la marche du procès. Un jugement du tribunal de commerce doit renvoyer la vérification d'écriture devant le tribunal civil. Celui-ci va nommer un expert puis rendre un jugement sur l'expertise. La seconde critique a trait à la portée relative et contestable des conclusions des experts. Ainsi l'article 427 est perçu comme « une entrave, sans compensation pour le justiciable, apportée à l'exercice de la justice consulaire »<sup>53</sup>. Enfin, les membres de la conférence réfutent la compétence de la juridiction civile qui serait justifiée par la présence d'un repré-

<sup>48</sup> BMIUCF, A 11445, 53–54.

<sup>49</sup> Article du 429 Code de Procédure Civile, « S'il y a lieu à renvoyer les parties devant les arbitres pour examiner des comptes, pièces et registres, il sera nommé un ou trois arbitres pour entendre les parties et les concilier si faire se peut, sinon donner leur avis [...] ».

<sup>50</sup> Thaller, *De l'avenir* (n. 11) 209.

<sup>51</sup> Article 427 du Code de Procédure Civile, « Si une pièce produite est méconnue, déniée ou arguée de faux et que la partie persiste à s'en servir, le Tribunal (de commerce) renverra devant les juges qui doivent en connaître; il sera sursis au jugement de la demande principale ».

<sup>52</sup> BMIUCF, A 11445, 58.

<sup>53</sup> BMIUCF, A 11445, 59.

sentant du ministère public pouvant intervenir en cas de présomption de faux. L'importance de cette présence a évolué au cours du XIX<sup>e</sup> siècle pour les tribunaux civils jugeant commercialement. Par un arrêt de la cour de Rennes du 23 décembre 1816, il était admis l'absence du ministère public. Une jurisprudence contraire a été établie par la Cour de cassation qui a exigé sa présence à l'audience commerciale des tribunaux civils (arrêt 21 avril 1846 et 15 juillet 1846)<sup>54</sup>. Les juges consulaires demandent une évolution législative pour leur permettre de saisir le Procureur de la République, absent de leur audience. N'ayant plus à surseoir à statuer, ils pourraient aussi contribuer à la défense de la société. Il ne serait alors pas besoin que la juridiction civile connaisse de l'incident en raison de la présence d'un représentant du ministère public. Il faut attendre la loi du 10 juillet 1970 pour que le Procureur de la République soit autorisé à exercer ses attributions devant les juridictions d'exception.

Les juges des tribunaux de commerce formulent clairement la proposition de la suppression de cet article pour réserver à eux seuls la connaissance de cette question. A l'appui de cette demande, ils évoquent deux raisons principales. Tout d'abord, on a pu faire remarquer que la Cour de cassation admet notamment par des arrêts du 4 août 1884<sup>55</sup>, du 1<sup>er</sup> juin 1892<sup>56</sup> et du 26 juin 1894<sup>57</sup> que les juges devant lesquels une écriture ou signature est déniée peuvent procéder eux-mêmes à la vérification, sans avoir recours à une enquête ou expertise, à l'aide des pièces, documents ou circonstances de la cause. Le président du tribunal de commerce de Saint-Étienne rapporte diverses décisions en faveur des juridictions consulaires. Ainsi un arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 22 février 1870 a jugé que le tribunal de commerce, devant lequel une partie actionnée en exécution d'un engagement dénie sa signature, n'est pas tenu de surseoir pour la vérification préalable de la pièce par la juridiction civile<sup>58</sup>. Cette possibilité lui est reconnue si l'exception lui paraît n'être pas sérieuse mais imaginée seulement pour les besoins de la cause. Divers jugements consulaires dans les années 1895–1897 adoptent une position semblable<sup>59</sup>. Toutefois, la jurisprudence à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle ne reconnaît pas cette faculté aux juridictions consulaires<sup>60</sup>. Les représentants des tribunaux de commerce du ressort de la Cour d'appel de Riom rappellent qu'elle adopte une jurisprudence opposée. Une seconde raison à l'appui de la demande d'abrogation de l'article 427 du Code de procédure civile tient à l'expérience particulière des juges du commerce pour apprécier ces situations<sup>61</sup> : « Les Tribunaux de commerce ont été institués afin que les difficultés qui surviennent à la suite des opérations commerciales

<sup>54</sup> Dalloz (1846), 1, 131 et 270. Voir aussi Cour de cassation, 12 juill. et 24 nov. 1847, Dalloz (1847), 1, 255 et (1847), 4, 484; Cour de cassation 5 avril 1848, Dalloz (1848), 5, 361.

<sup>55</sup> Dalloz (1885) 1, 209.

<sup>56</sup> La loi (1892) 1087.

<sup>57</sup> Gazette du Palais (1894) 1, 228.

<sup>58</sup> Dalloz (1870) 2, 190.

<sup>59</sup> BMIUCF, A 11445, 60.

<sup>60</sup> Paris, 5 avril 1884, Sirey (1884) 2, 166.

<sup>61</sup> BMIUCF, A 11445, 58.

soient tranchées par ce qu'on appelle des professionnels, c'est-à-dire par des hommes habitués aux affaires et devenus, par la pratique, compétents pour apprécier les faits et résoudre rapidement et autant que possible par eux-mêmes et sans le concours d'experts les procès portés devant eux». Leur légitimité justifie alors pour eux qu'ils connaissent du principal et des incidents. Ils affirment ici, comme à l'égard des experts ou des conseils de prud'hommes, leur compétence. On peut y voir à propos de cette question, mais de manière plus générale avec la conférence régionale, une manière de réaffirmer leur utilité, leur spécificité et sans doute dans une certaine mesure leur identité comme juridiction d'exception pour résoudre les conflits en matière de commerce. Cette identité propre transparait également par le mode de désignation des magistrats. Juridiction d'exception, le tribunal de commerce se caractérise par la présence de magistrats élus et temporaires. Les juges consulaires réunis en 1899 à Clermont-Ferrand proposent de porter à la connaissance de la Conférence générale une demande de modification de la loi du 8 décembre 1883 relative aux élections consulaires (élection des magistrats au scrutin de liste avec désignation sur une liste unique des fonctions dévolues à chaque candidat)<sup>62</sup>.

Malgré leur composition, leur compétence et leur procédure différente, les tribunaux de commerce et les tribunaux civils entretiennent des « liens » hérités du passé que les juges consulaires du ressort de la cour d'appel de Riom prennent en considération.

#### *Rapprocher juridiction d'exception et de droit commun*

Au cours de la première conférence régionale, les représentants des tribunaux de commerce manifestent la volonté que les règles applicables devant les juridictions civiles puissent s'appliquer en matière commerciale dans un souci de plus grande efficacité, en particulier pour l'exécution des jugements. En d'autres domaines, ils manifestent le souhait d'un maintien des juridictions d'exception au seul premier degré en s'opposant à la proposition de création de tribunaux d'appel spécifiques pour la matière commerciale.

La conférence des tribunaux de commerce du ressort de la cour d'appel de Riom souhaite que la conférence générale de Paris examine deux questions relatives à la procédure. Elle défend l'idée d'un même traitement réservé à la juridiction d'exception qu'aux juridictions de droit commun. La première demande porte sur l'article 442 du Code de procédure civile par lequel « les tribunaux de commerce ne connaîtront point de l'exécution de leurs jugements ». Cette disposition est justifiée généralement par l'idée que la question de l'exécution du jugement définitif d'un tribunal de commerce n'est pas une question commerciale<sup>63</sup>. Les jugements préparatoires et interlocutoires ne sont pas considérés comme étant visés par l'article 442 (sous réserve de l'article 427 que nous avons déjà rencontré). On distin-

<sup>62</sup> BMIUCF, A 11445, 55-57.

<sup>63</sup> En ce sens, par exemple, *Boitard*, Leçons, t. 2 (n. 41) 40.

gue aussi entre ce qui relève de l'exécution proprement dite et les difficultés liées à l'explication, l'interprétation ou encore l'application d'un des chefs contenus dans le jugement. La Cour de cassation par un arrêt du 4 mai 1869 s'est ainsi prononcée pour qu'un tribunal de commerce connaisse de difficultés liées au caractère des actes d'exécution<sup>64</sup>. La seconde demande est relative à la procédure de saisie et à l'application des articles 563 et suivants du Code de procédure civile<sup>65</sup>. Leur volonté est que la demande puisse être introduite devant la juridiction commerciale. Dans un différent commercial, les juges consulaires attirent l'attention sur l'obligation pour le créancier saisissant d'assigner en validité devant le tribunal civil le débiteur saisi. Les tribunaux de commerce ne peuvent ainsi pas connaître de l'exécution de leurs jugements en ce qui concerne la saisie de la personne du débiteur ou de ses biens. Mais ils ont le droit de prononcer la contrainte par corps contre toute personne, même non commerçante, qui est condamnée pour dette commerciale au paiement d'une certaine somme (fixée à au moins 200 francs par la loi du 17 avril 1832). L'existence d'exceptions à son application et sa mise en œuvre limitent d'autant sa portée en matière commerciale.

Les membres de la conférence sont enfin saisis de la proposition de la création d'une juridiction spéciale d'appel pour connaître des jugements des tribunaux de commerce. La proposition revient à Félix Faure de constituer des cours d'appel commerciales dont les membres seraient nommés par les tribunaux et les chambres de commerce<sup>66</sup>. La lecture du compte rendu des travaux de la conférence auvergnate permet de saisir les arguments avancés dans le débat. Pour certains, en faveur d'une telle création, les juges de première instance comme ceux d'appel doivent présenter les mêmes caractéristiques. On doit ainsi avoir dans les deux degrés de juridiction des « juges de faits et professionnels ». En outre, l'extension des qualités de simplicité et de rapidité de la procédure commerciale au deuxième degré apparaîtrait bénéfique<sup>67</sup>. La position de la conférence de Clermont rejoint celle tenue à Orléans pour refuser une telle innovation en raison des difficultés de recrutement de ces juges du second degré mais aussi de certaines limites liées à leur formation. On affirme que les « juges d'appel, pris forcément par les anciens présidents et juges consulaires, formés par conséquent dans le même esprit, seraient vraisemblablement exposés, en raison de leurs connaissances juridiques imparfaites, [...], à prononcer [...] avec sentiment plutôt qu'avec application stricte de la doctrine »<sup>68</sup>. Les magistrats de carrière offrent ainsi une garantie que les sentences

<sup>64</sup> Dalloz (1869) 1, 518.

<sup>65</sup> En particulier, article 563 du Code de Procédure civile: « Dans la huitaine de la saisie-arrêt ou opposition [...] le saisissant sera tenu de dénoncer la saisie-arrêt ou opposition au débiteur saisi et de l'assigner en validité » et article 567 du Code de Procédure Civile: « La demande en validité, et la demande en mainlevée formée par la partie seront portées devant le tribunal du domicile de la partie saisie ».

<sup>66</sup> *Thaller, Traité* (n. 33) 1107 et *Annales de droit commercial* (1886) 120, « On en voit pas [...] que la magistrature du second degré ait démerité de la confiance que les plaideurs du commerce comme les autres lui ont toujours témoignée ».

<sup>67</sup> BMIUCF, A 11445, 28.

<sup>68</sup> BMIUCF, A 11445, 29.

des tribunaux soient « conformes non seulement aux grands principes, mais aussi au texte même du droit commercial »<sup>69</sup>. Un *statu quo* est ainsi défendu avec le maintien de l'appel des jugements des tribunaux de commerce devant les cours d'appel.

Au XIX<sup>e</sup> siècle, le débat législatif a été alimenté par différentes institutions qui avaient une connaissance de la pratique des affaires. Outre, par exemple, les Chambres de commerce<sup>70</sup>, l'Union des banquiers des départements ou encore la Société d'Etudes législatives, la place des tribunaux de commerce mérite d'être aussi mise en lumière. Les conférences régionales des tribunaux de commerce poursuivent un objectif commun de représentation, de réflexion et de proposition liés aux intérêts du commerce auprès des pouvoirs publics pour les questions liées notamment à la résolution des conflits. De la réunion clermontoise, l'importance d'un règlement des différends rapide et efficace est clairement réaffirmée. C'est le sens de leurs inquiétudes ou prises de position relatives à la liquidation judiciaire, au nantissement ou à l'article 427 du Code de procédure civile. Ils rappellent aussi que cette résolution des conflits du commerce doit relever de professionnels issus du milieu des affaires. La connaissance de la pratique et des usages est indispensable au premier degré. La juridiction consulaire est une juridiction d'exception et elle entend le rester. Il conviendrait de mieux connaître le rôle de ces conférences régionales et de leurs relations avec la Conférence générale des Tribunaux de commerce de France instituée à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, et devenue depuis 2007, la Conférence des Juges Consulaires, poursuivant des objectifs communs tels le développement de relations « cordiales et solidaires » entre ses membres mais aussi de représentation et de réflexion auprès des pouvoirs publics pour réfléchir notamment aux modalités de résolution des conflits en matière commerciale.

## Kurzfassung

Die Geschichte der Konsulargerichtsbarkeit in der Auvergne ist weitgehend unerforscht. Indes erhellt der *Compte rendu de la Conférence régionale des juges consulaires du ressort de la cour d'appel de Riom en 1899* für die erste Regionalkonferenz der gewählten Handelsrichter im Zuständigkeitsbereich des Berufungsgerichts von Riom die unterschiedlichen Problemfelder, auf denen sich die Konsulargerichtsbarkeit im Rahmen handelsrechtlicher Konfliktlösung bewegt: Handelsstreitigkeiten, Kompetenzkonflikte mit der Zivilgerichtsbarkeit, Konflikte der, in einem weiteren Sinne, „privaten Rechtspflege“, die sich des Vergleichs bedient.

Hinsichtlich des Verfahrensrechts und des materiellen Rechts von großem Interesse, zeigt die bewusste Versammlung die Wahrnehmung, welche die Konsular-

<sup>69</sup> BMIUCF, A 11445, 29.

<sup>70</sup> *Hilaire*, Le droit (n. 31) 116–119.

richter von ihrer eigenen Gerichtsbarkeit haben. Die Überlegungen der Richter offenbaren ein doppeltes Interesse: Sie gehen einerseits über den engeren Bezugsrahmen der Konsulargerichtsbarkeit im Zuständigkeitsbereich des Berufungsgerichts von Riom und über deren Schwierigkeit, die Lage anderer Sondergerichtsbarkeiten zu erfassen, hinaus. Andererseits gewährt die bewusste Versammlung, in Verbindung mit der Konferenz der Handelsgerichtspräsidenten, Einblick in Stellung und Bedeutung der Konsulargerichtsbarkeit innerhalb der Fortentwicklung der Handelsgerichtsbarkeit am Ende des 19. Jahrhunderts, in Sonderheit, dafür, die Abgrenzung ihrer Kompetenz gegenüber den gemeinrechtlichen Gerichtsbarkeiten wieder und wieder zu bekräftigen oder weiterzuentwickeln.

Dieser Beitrag zielt somit darauf, die Bedeutung einer dieser Regionalkonferenzen und ihrer Verbindungen mit der Generalkonferenz der französischen Handelsgerichte klarer hervortreten zu lassen. Eingerichtet wurde diese am Ende des 19. Jahrhunderts und im Jahr 2007 wurde sie zur Konferenz der Konsularrichter, welche gemeinsame Ziele verfolgt, wie etwa die Entwicklung von „einträchtigen und solidarischen“ Beziehungen zwischen ihren Mitgliedern, aber auch die Interessenvertretung gegenüber den Behörden, mit dem Ziel, in Sonderheit die Modalitäten handelsrechtlicher Konfliktlösung abzuwägen. Infolge ihres Praxisbezugs bekräftigen die Konsularrichter ihre Absicht, das gesetzgeberische Handeln transparent werden zu lassen („Les juges consulaires et le législateur“). Der besondere Charakter von Handelsstreitigkeiten und ihrer rechtlichen Behandlung bringt die Konsularrichter ferner dazu, sich selbst in Bezug auf die Zivilrichter näher zu bestimmen („Les juges consulaires et le juge civil“).

## Abstract

The history of the consular justice of the Auvergne is not well known. But the report of the first regional conference of the consular judges at the court of appeal at Riom in 1899 sheds a light on the different types of problems in connection with the resolution of conflicts. It was question of commercial disputes, competence conflicts with the civil courts or with “private justice” in a larger sense, i.e. including disputes which were solved by settlement or other transactions. Interesting from a procedural and fundamental point of view, this reunion focused also on the self-perception the consular judges had of their own jurisdiction. Their reflections present a double interest. For one part, they reflect on the narrow confinement of the consular jurisdictions within the district of the court of appeal of Riom and their problems with considering the situation of other institutions of exception. Secondly, this reunion, in relation with the conference of the presidents of the commercial courts, permits to understand the place and the role of the consular jurisdictions in the evolution of the commercial law at the end of the 19<sup>th</sup> c., especially to affirm, reaffirm or enlarge the limits of their competence in proportion to the general courts of common law. This article therefore proposes to better

understand the role of one of the regional conferences and its relation with the general conference of the commercial courts of France which was founded at the end of the 19<sup>th</sup> c. and in 2007 became the “Conférence des Juges Consulaires”. It pursues common aims like the development of cordial and solidary relations between its members and their representation but also reflection of the public authorities on the modalities in which to resolve commercial conflicts. Based on their practical knowledge, the consular judges thus confirm their will to clarify the activities of the legislator (« Les juges consulaires et le législateur »). The particularities of the commercial trials and their procedure also lead them to determine their role in relation to the civil judge (« Les juges consulaires et le juge civil »).

*Louis Pablow*

## Konfliktprävention durch Vertrag: Geistiges Eigentum und internationaler Handel um 1900

Dem Reichsgericht lag am 14. März 1888<sup>1</sup> folgender Fall zugrunde: Die Badische Anilin- und Sodafabrik (BASF) in Ludwigshafen war seit Dezember 1877 Inhaberin eines deutschen Patents für die Herstellung des Teerfarbstoffs Methylenblau. Das Unternehmen Geigy ahmte den blauen Farbstoff in der Schweiz nach und führte ihn nach Deutschland ein. Da die Beklagte in Leipzig ein Zwischenlager unterhielt, klagte die BASF vor dem Landgericht Leipzig wegen Verletzung ihres Teerfarbenpatents. Ohne auf die näheren Einzelheiten schon an dieser Stelle eingehen zu wollen, ist das Verfahren aus rechtshistorischer Sicht in zweierlei Hinsicht bedeutsam: Zum einen stand der BASF gem. § 4 PatG nur das Patent auf das *Herstellungsverfahren*, nicht auch für das *Verfahrenserzeugnis* zu. Ob die BASF auch gegen die Einfuhr des Erzeugnisses klagen konnte, war also keineswegs sicher. Zum anderen aber – und das soll im Folgenden im Mittelpunkt stehen – betraf das Verfahren eine grenzüberschreitende Problematik. Da in der Schweiz kein Patentschutz galt, konnte die BASF den Herstellungsprozess nicht am Ursprungsort schützen lassen. Und da das Reichspatentgesetz von 1877 seine Wirkung nur auf dem Gebiet des Deutschen Reiches entfalten konnte, war die Frage zu beantworten, ob durch den bloßen Import eines im Ausland rechtmäßig hergestellten Erzeugnisses das nationale Verfahrenspatent verletzt wurde.

Das Beispiel veranschaulicht ein Grundproblem des internationalen Handels gegen Ende des 19. Jahrhunderts. Die Inhaber rechtlich geschützter Produkte konnten durch deren Nachahmung im Ausland erhebliche Handelseinbußen erleiden. Durch die in einigen europäischen Staaten erfolgte Einführung eines gesetzlichen Schutzes u. a. für Erfindungen, Marken oder Muster bestand das Problem, dass Produkte im Hoheitsbereich eines Staates geschützt waren, in einem anderen dagegen nicht. Im Gegenzug konnte ein durch eine identische Erfindung oder Marke geschütztes Produkt im einführenden Staat mit dem Schutzrecht eines anderen belegt sein. Abwehransprüche konnten dann den Import und den Weiter-

<sup>1</sup> Abgedruckt in: Die Entscheidungssammlungen der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 22, 8 ff. (14.3.1888); im Folgenden zitiert: RGZ.

vertrieb unter Umständen unmöglich machen. Der gegen Ende des 19. Jahrhunderts eingeführte gesetzliche Schutz von Erfindungen und Kennzeichen in einzelnen europäischen Staaten konnte Behinderungen für den internationalen Handel mit entsprechend geschützten Produkten nach sich ziehen<sup>2</sup>. Der Staat reagierte auf diese Herausforderungen zunächst mit einer Verschärfung der Sanktionen. Für den Import und Vertrieb schutzrechtsverletzender Waren wurden zum Teil erhebliche Gefängnisstrafen verhängt<sup>3</sup>.

Die Ursache für diese gegen Ende des 19. Jahrhunderts auftretenden handelsbezogenen Probleme des geistigen Eigentums liegen in der Ubiquität von Immaterialgüterrechten und dem für sie geltenden Territorialitätsprinzip: Weil geistige Güter nicht ortsgebunden sind, nationaler Erfindungsschutz aber an territoriale Grenzen stößt, mussten z. B. Erfinder zahllose Patenterteilungsverfahren in verschiedensten Ländern betreiben, sie finanzieren, ihre Schutzvoraussetzungen und Wirkungen kennen, um länderübergreifend ihre innovativen Produkte reibungslos vertreiben zu können. Mit dem Voranschreiten der Weltwirtschaft und der damit einhergehenden Produktion von industriellen Massengütern nahmen die grenzüberschreitenden und den weltweiten Handel betreffenden Probleme gegen Ende des 19. Jahrhunderts zu. Über den genannten Fall hinaus betraf die Problematik dabei keineswegs nur technische Innovationen, sondern auch Muster und Modelle, Marken und sonstige Kennzeichen sowie die Fragen des unlauteren Wettbewerbs<sup>4</sup>. Der grenzüberschreitende Schutz der genannten Rechte beschäftigte nicht nur die Gerichte, sondern auch Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Nationale Schutzgesetze und internationale Schutzstandards standen schon sehr bald in einer Wechselwirkung zueinander. Letztere hatten nachhaltigen Einfluss auf die nationale Gesetzgebung, aber auch auf die Lösung grenzüberschreitender Konflikte im internationalen Handelsverkehr.

Zwar hat sich die Rechtsgeschichte seit einigen Jahren verstärkt auch mit der Geschichte des geistigen Eigentums im 19. Jahrhundert beschäftigt, sich dabei

<sup>2</sup> Vgl. etwa RGZ 18, 93 ff. (13. 11. 1886); RGZ 22, 8 ff. (14.3.1888); RGZ 24, 74 ff. (19. 10. 1889); RGZ 30, 52 ff. (15. 10. 1892); RGZ 31, 52 ff. (3.5.1893); LG Bremen, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1896, 16 (26.7.1894); siehe auch die Darstellungen von *Hugo Erdmann*, Die Fortschritte der Farbenindustrie, Färberei, Druckerei u.s.w. im Jahre 1896, in: Die Chemische Industrie 20 (1897) 538–542, 539; 1896, 506; *George F. Jaubert*, Historique de l'Industrie Suisse des Matières colorantes artificielles (Genf 1896); *Wilhelm Reuling*, Auslandspatente vor deutschen Gerichten, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1 (1896) 33–37 u. 77–81.

<sup>3</sup> Vgl. die Beispiele in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2 (1897) 361 f.

<sup>4</sup> *Friedrich Meili*, Zwei Seifenmarken in Konflikt, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 4 (1899) 33–45 und 101–113 (im Folgenden zitiert: *Meili*, GRUR 1899); *Josef Kohler*, Warenzeichenrecht (Mannheim und Leipzig 1910) 210–256 m.w.N.; *Alfred Hagens*, Warenzeichenrecht. Kommentar (Berlin und Leipzig 1927) 337–400.

jedoch vor allem auf die naturrechtlich-rechtsphilosophischen Wurzeln und die jeweilige nationale Gesetzgebungsgeschichte konzentriert<sup>5</sup>. Bislang kaum untersucht wurde dagegen die Frage nach der Entwicklung eines internationalen Schutzes des geistigen Eigentums, insbesondere unter Berücksichtigung der handelsbezogenen Aspekte. Der vorliegende Beitrag geht daher der Frage nach, ob die normativen Grundlagen für einen grenzüberschreitenden Schutz des geistigen Eigentums eine tragfähige Grundlage für die Konfliktprävention und Konfliktbewältigung im internationalen Handel um 1900 darstellen konnte. Das soll in drei Schritten herausgearbeitet werden: *Erstens* werden die Grundlagen eines nationalen Rechtsschutzes für das geistige Eigentum in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts skizziert und die handels- und prozessrechtlichen Fragen anhand praktischer Konfliktfälle herausgearbeitet („Die Entdeckung des geistigen Eigentums als Handels- und Wirtschaftsgut“). In einem *zweiten Schritt* sollen dann die Regelungsmechanismen vorgestellt werden, die um 1900 im bi- und multilateralen Vertragsrecht für gewerbliche Schutzrechte erarbeitet worden sind („Vom Vertrag zur Konvention. Die Einbindung Deutschlands in den internationalen handelsbezogenen Schutz des geistigen Eigentums um 1900“). Schließlich soll *drittens* nach den Auswirkungen für den internationalen Handel mit geschützten Produkten gefragt werden („Die Pariser Union als Rahmenkonsens für den internationalen Handel“).

## Die Entdeckung des geistigen Eigentums als Handels- und Wirtschaftsgut

1. Zwar wurden Privilegien noch bis ins 19. Jahrhundert hinein für den Schutz u. a. von Erfindungen oder künstlerischen Werken erteilt<sup>6</sup>. Mit der zunehmenden Kritik und der Entwicklung eines privilegienunabhängigen Autoren- und Erfin-

<sup>5</sup> Etwa die Beiträge von *Elmar Wadle*, *Geistiges Eigentum*, 2 Bde. (München 1996, 2003); ferner *Barbara Dölemeyer*, *Diethelm Klippel*, *Der Beitrag der deutschen Rechtswissenschaft zur Theorie des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts*, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift*, herausgegeben von *Friedrich Karl Beier*, Bd. 1 (Weinheim 1996) 185–237; *Diethelm Klippel*, *Historische Wurzeln und Funktionen von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten im 19. Jahrhundert*, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (ZNR)* 4 (1982) 132–155 (im Folgenden zitiert: *Klippel*, ZNR 1982); *Louis Pahlow*, „Intellectual property“, „propriété industrielle“ und kein „Geistiges Eigentum“? *Historisch-kritische Anmerkungen zu einem umstrittenen Rechtsbegriff*, in: *Archiv für Urheber und Medienrecht (UFITA)* 115 (2006) 705–726.

<sup>6</sup> *Elmar Wadle*, *Der lange Abschied vom Privileg. Das Beispiel des Urheberrechts*, in: *Geistiges Eigentum. Bausteine zur Rechtsgeschichte*, herausgegeben von *Elmar Wadle*, Bd. 2 (München 2003) 101–116; *Thomas Gergen*, *Die Nachdruckprivilegienpraxis Württembergs im 19. Jahrhundert und ihre Bedeutung für das Urheberrecht im Deutschen Bund* (Berlin 2007).

derschutzes durch die Idee eines geistigen Eigentums gelang aber seit Ende des 18. Jahrhunderts eine grundlegende Neubegründung des Schutzes geistig-gewerblicher Leistungen<sup>7</sup>. Der Schutz von Erfindungen bzw. vor unlauterem Wettbewerb war eines der zentralen Vorschläge u. a. der „Staatswirtschaftslehre“ als Teil eines naturrechtlichen Staatsrechts, die sich in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts um eine Verbesserung von Handel und Industrie bemühte<sup>8</sup>.

Dennoch blieben gesetzliche Regelungen zum Schutz des geistigen Eigentums in den Staaten des Deutschen Bundes eher selten. Durch die Verbesserung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im 19. Jahrhundert, insbesondere die Aufhebung des Zunftzwangs und die Einführung der Gewerbefreiheit, aber auch begünstigt durch den zunehmenden technischen Fortschritt, stieg das Bedürfnis und das Interesse an einem rechtlichen Schutz von Erfindungen und gewerblichen Leistungen. Während der deutsche Zollverein erst 1842 zu einer Übereinkunft über den Patentschutz gelangte, stellten einige Einzelstaaten bereits vorher das tradierte Privilegiensystem auf eine gesetzliche, aber gewerbepolizeiliche Grundlage, so z. B. Preußen 1818 oder die Gewerbeordnung für das Königreich Württemberg 1828<sup>9</sup>.

Erst mit der Gründung des Norddeutschen Bundes 1866 und später des Deutschen Reiches 1871 und dessen verfassungsrechtlich festgelegter Gesetzgebungskompetenz für den „Schutz des geistigen Eigentums“ (Art. 4 Nr. 6) war in Deutschland ein einheitlicher Schutz von Erfindungen oder Marken möglich. Der Durchbruch zugunsten einheitlicher Schutzrechte z. B. durch ein einheitliches Patentgesetz gelang erst nach heftigen Kontroversen und nach der Überwindung einer eher patentkritischen Ministerialbürokratie, die 1873 mit der hereinbrechenden Wirtschaftskrise ihren politischen Einfluss verlor<sup>10</sup>. Erst eine zunehmend protektionistisch orientierte Politik entschied sich u. a. 1874 für ein Markenschutzgesetz und 1877 für ein Reichspatentgesetz.

<sup>7</sup> Zu den ideengeschichtlichen Wurzeln mit zahlr. Nachw. *Klippel*, ZNR 1982 (Fn. 5); *Diethelm Klippel*, Die Idee des geistigen Eigentums in Naturrecht und Rechtsphilosophie des 19. Jahrhunderts, in: Historische Studien zum Urheberrecht in Europa. Entwicklungslinien und Grundfragen, herausgegeben von *Elmar Wadle* (Berlin 1993) 121–138.

<sup>8</sup> Dazu näher *Louis Pahlow*, Industrialisierung als Staatsaufgabe. Zum Verhältnis von Wirtschaft und Staat im deutschen Staatsrecht des Vormärz, in: *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte* (Rg) 15 (2009), 109–125.

<sup>9</sup> Eine andere Entwicklung nahm dagegen die parallele Gesetzgebung zum Schutz literarischer oder künstlerischer Werke, bei dem schon früh an die Idee des geistigen Eigentums angeknüpft wurde, z. B. im badischen Landrecht von 1809 (Art. 577 da bis 577 dh) oder im preußischen „Gesetz zum Schutze des Eigentums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung“ von 1837.

<sup>10</sup> Zu diesem Prozess näher *Louis Pahlow*, Monopole oder freier Wettbewerb? Die Bedeutung des „Licenzzwangs“ für die Reichspatentgesetzgebung 1876/77, in: Die zeitliche Dimension des Rechts. Historische Rechtsforschung und geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeben von *Louis Pahlow* (Paderborn 2005) 243–271; *Margrit Seckelmann*, Industrialisierung, Internationalisierung und Patentrecht im Deutschen Reich 1871–1914 (Frankfurt am Main 2006) 139–179 (im Folgenden zitiert: *Seckelmann*, Industrialisierung); *Alfred Heggen*, Erfindungsschutz und Industrialisierung in Preußen 1793–1877 (Göttingen 1975).

Der deutsche Gesetzgeber kam der Forderung nach einem einheitlichen Erfindungsschutz damit später als andere europäische Staaten nach wie etwa in Frankreich, das schon Ende des 18. Jahrhunderts u. a. einen gesetzlichen Patentschutz einführt<sup>11</sup>. Die französische Gesetzgebung wurde zum Vorbild zahlreicher europäischer Gesetze, u. a. in Spanien 1820 und Portugal 1826. Frankreich stellte im Patentgesetz von 1844 zwar bereits Ausländer dem Inländer bei der Patenterlangung gleich<sup>12</sup>. Ausländische Patentinhaber wurden aber an strenge Ausführungsbestimmungen gebunden. So verfiel das Schutzrecht nach Art. 32 des französischen Patentgesetzes von 1844, wenn der Patentinhaber auch nur eine im Ausland hergestellte geschützte Vorrichtung seines Patents wissentlich nach Frankreich einführt.

2. Der deutsche Gesetzgeber sah im Gegensatz dazu keinerlei internationale Bestimmungen vor, sondern beließ es im nationalen Recht beim Territorialitätsprinzip<sup>13</sup>. Ein Patent oder eine Marke war danach lediglich die staatliche Anerkennung dafür, dass eine Erfindung oder ein Zeichen ordnungsgemäß angemeldet wurde und den Voraussetzungen des jeweiligen Schutzgesetzes entsprach. Die Verbotsrechte, die der Staat dem Schutzrechtsinhaber zur Verfügung stellte, waren aber nur soweit wirksam, als seine gesetzgebende Gewalt reichte. So kann z. B. die vom Staat dem Patentinhaber verliehene Ermächtigung, anderen die Benutzung der Erfindung zu verbieten, räumlich nicht weiter reichen als das Staatsgebiet, in dem das jeweilige Schutzgesetz seine Wirkungskraft entfaltet. Ein Verlust von Rechten bei Ein- oder Ausfuhr – ähnlich wie in Frankreich – war in Deutschland dagegen nicht vorgesehen.

Das Territorialitätsprinzip führte aber gerade im grenzüberschreitenden Handel mit geschützten Produkten zu Problemen. Hatte sich ein deutscher Patentinhaber nicht zeitgleich in seinen Nachbarländern um einen Schutz bemüht, lief er Gefahr, dass andere bereits entsprechende Nachahmungen für sich geschützt hatten<sup>14</sup>. Einer Einfuhr konnten dann sogar Verletzungsansprüche entgegengehalten werden. Umgekehrt konnte eine Einfuhr in das Deutsche Reich auch nicht verhindert werden, wenn die Herstellung des patentgeschützten Gegenstandes im

<sup>11</sup> Dazu *Laurent Pfister*, *La propriété littéraire est – elle une propriété? Controverses sur la nature du droit d’auteur au XIX<sup>e</sup> siècle*, in: *The Legal History Review* 72 (2004) 103–125; *Barbara Dölemeyer*, *Urheber- und Verlagsrecht*, in: *Handbuch der Quellen und Literatur zur Neueren Privatrechtsgeschichte*, Bd. 3, 3. Tlbd., herausgegeben von *Helmut Coing* (Frankfurt am Main und München 1986) 3967f.; *Pierre Recht*, *Le Droit d’Auteur, une nouvelle forme de propriété. Histoire et Théorie* (Paris 1969).

<sup>12</sup> Zur internationalen Entwicklung *Barbara Dölemeyer*, *Patentrecht und Musterschutz*, in: *Handbuch der Quellen und Literatur zur Neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, herausgegeben von *Helmut Coing*, Bd. 3, Tlbd. 3 (München 1986) 4067–4201; *Helmut Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 2 (München 1989) 152f., 162; *Louis Pablow*, *Art. Geistiges Eigentum*, in: *Enzyklopädie der Neuzeit*, herausgegeben von *Friedrich Jaeger*, Bd. 4 (Stuttgart 2006) 291–296.

<sup>13</sup> Zum Territorialitätsprinzip *Robert Jungmann*, *Das internationale Patentrecht* (Berlin 1924) 5–8; im Folgenden zitiert: *Jungmann*, *Patentrecht*.

<sup>14</sup> Vgl. z. B. in RGZ 18, 93 ff. (13.11.1886).

Ausland erfolgte und patentverletzend eingeführt wurde<sup>15</sup>. Die Berichte des Deutschen Patentschutzvereins spiegeln diese erheblichen Behinderungen und Einbußen deutscher Unternehmen wider, konnten genauso gut aber auch für ausländische Fabrikate ins Feld geführt werden<sup>16</sup>.

Die Probleme beschäftigten seit Ende des 19. Jahrhunderts auch zunehmend die Literatur. Nicht nur Josef Kohler, sondern eine ganze Reihe weiterer Autoren setzten sich um 1900 ausführlich mit den ausländischen Regelungen und den möglichen Konflikten durch den internationalen Güterverkehr auseinander<sup>17</sup>. Die Probleme waren keineswegs auf gewerbliche Schutzrechte beschränkt, sondern konnten sich auch auf Verstöße gegen den lautereren Wettbewerb erstrecken<sup>18</sup>. Die sich stellenden Fragen konnten nur durch die Gesetzgebung im Gefolge internationaler Regelungen beantwortet werden. Denn die Rechtsprechung verweigerte eine richterrechtliche Lösung etwa über das Lauterkeitsrecht<sup>19</sup> oder ein Aufweichen des Territorialitätsgrundsatzes<sup>20</sup>.

## Vom Vertrag zur Konvention. Die Einbindung Deutschlands in den internationalen handelsbezogenen Schutz des geistigen Eigentums um 1900

1. Die Suche nach internationalen Rechtsgrundlagen begann bereits vor dem Erlaß des ersten Reichspatentgesetzes 1877. Auf dem „Ersten Internationalen Patent-

<sup>15</sup> Etwa bei nicht chemischen Stoffen RGZ 22, 8 ff. (14. 3. 1888); RGZ 30, 52 ff. (15. 10. 1892).

<sup>16</sup> Franz Wirth, Die Reform der Patent-Gesetzgebung in der Neuzeit (Frankfurt am Main 1883) 38, 40.

<sup>17</sup> U. a. Bruno Alexander-Katz, Das Patent- und Markenrecht aller Kulturländer, Bd. 1 (Berlin 21924) (im Folgenden zitiert: *Alexander-Katz*, Patent- und Markenrecht); Rudolf Klostermann, Die Patentgesetzgebung aller Länder nebst den Gesetzen über Musterschutz und Markenschutz. Systematisch und vergleichend dargestellt (Berlin 1869); Josef Kohler, Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung (Mannheim 1900) 31–50 (im Folgenden zitiert: *Kohler*, Handbuch); Josef Kohler, Warenzeichenrecht (Mannheim, Leipzig 1910) 204–252; Friedrich Meili, Die internationalen Unionen über das Recht der Weltverkehrsanstalten und des geistigen Eigentums. Ein Vortrag (Leipzig 1889); Jungmann, Patentrecht (Fn. 13); Carl Pieper, Internationale Verträge über den Schutz des gewerblichen Eigentums, in: Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz 1 (1892) 35–38.

<sup>18</sup> Z. B. OLG Hamburg, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 3 (1898) 77–78 (26. 4. 1897); OLG Hamburg, ebd. 82–83 (15. 12. 1897); Ludwig Fuld, Steht den Ausländern der Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu?, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1 (1896) 239–240; Friedrich Meili, Die Stellung des Deutschen Reiches zur Schweiz betreffend die Verfolgung des unlauteren Wettbewerbes, in: Markenschutz und Wettbewerb (MuW) 1 (1901) 20–24; Martin Wassermann, Der Schutz der Ausländer gegen unlauteren Wettbewerb, in: Markenschutz und Wettbewerb (MuW) 3 (1904) 57–58 u. 67.

<sup>19</sup> RGZ 18, 93 ff. (13.11.1886).

<sup>20</sup> RGZ 22, 8 ff. (14.3.1888); RGZ 30, 52 ff. (15. 10. 1892).

schutzkongress“, der anlässlich der Weltausstellung in Wien 1873 zusammentrat, befassten sich 158 Teilnehmer aus verschiedenen Ländern, u. a. Deutschland, Österreich, Niederlande, Italien, Schweden, Russlands, Schweiz, USA und Großbritannien, mit der Angleichung des Patentschutzes in den „Kulturnationen“. Auslöser war insbesondere die Nachahmungsgefahr auf den inzwischen florierenden Weltausstellungen. Aussteller aus den USA, die bereits für die 1876 in Philadelphia avisierte Weltausstellung planten, hatten offen angeregt, sich mit den britischen Unternehmen über gewisse Punkte des Patentschutzes und einer Verbesserung des Handels mit geschützten Technologien auseinanderzusetzen. Sie hatten zugleich angedroht, die erste Weltausstellung im deutschsprachigen Raum wegen der befürchteten Imitation ihrer Exponate durch deutsche und schweizerische Firmen nicht zu beschicken<sup>21</sup>.

Der Kongress diskutierte u. a. eine Internationale Union für gewerblichen Rechtsschutz, die ähnlich der Telegraphenunion ausgestaltet sein sollte<sup>22</sup>. Die Teilnehmer einigten sich allerdings zunächst nur auf Mindestanforderungen für die Patentgesetze der teilnehmenden Staaten. Zugleich sprach man sich in der Schlussresolution dafür aus, die Regierungen zum Abschluss eines internationalen Vertrages zu bewegen, der den Angehörigen aller Signatarstaaten Gleichstellung hinsichtlich ihrer Patente gewährleisten<sup>23</sup>. Ein Erfindungsschutz sei „in den Gesetzgebungen aller civilisirten Nationen zu gewährleisten“ und dabei dafür Sorge zu tragen, „dass der Handel zwischen den Staaten bei vollständiger Veröffentlichung der Specification der Erfindungen florieren kann“. Kein Erfinder soll durch den zwischenstaatlichen Verkehr seiner Produkte „der Gefahr der Imitation“ unterliegen, sondern die Möglichkeit haben, seine Produkte in den Staaten einem angemessenen Schutz zu unterwerfen, um Verletzungen seiner Schutzrechte zu verfolgen<sup>24</sup>. Der Kongress setzte zur Umsetzung seiner Beschlüsse ein Exekutivkomitee ein, das durch nationale Sektionen dafür sorgen sollte, dass der Gedanke der internationalen Harmonisierung der Patentgesetze auch in den Einzelstaaten vorangebracht werden könnte<sup>25</sup>.

Im Rahmen der Kongressberatungen trafen bereits zwei Leitmotive zusammen: Die Gewährleistung eines grenzüberschreitenden Handels einerseits, die Bestre-

<sup>21</sup> *Seckelmann*, Industrialisierung (Fn. 10) 156; *Winfried Kretschmer*, Geschichte der Weltausstellungen (Frankfurt am Main, New York 1999) 91.

<sup>22</sup> *Madeleine Herren*, Internationale Organisationen seit 1865. Eine Globalgeschichte der internationalen Ordnung (Darmstadt 2009); *Martin Neitemeier*, Die Telegraphen-Union. Vorstudien zur Geschichte einer Nachrichtenagentur (Münster 1981); Telegraphenbüros und Nachrichtenagenturen in Deutschland. Untersuchungen zu ihrer Geschichte bis 1949, herausgegeben von *Jürgen Wilke* (München 1991).

<sup>23</sup> *Hermann Grothe*, Das Patent-Gesetz für das Deutsche Reich (Berlin 1877) 39; im Folgenden zitiert: *Grothe*, Patent-Gesetz.

<sup>24</sup> *Carl Pieper*, Der Schutz der Erfindungen im Deutschen Reich. Die Reichstagsverhandlungen, das Patentgesetz und seine Ausführungsverordnungen. Mit kritischen Anmerkungen (Berlin 1877) 259, 261; ferner *Alexander-Katz*, Patent- und Markenrecht (Fn. 17).

<sup>25</sup> *Grothe*, Patent-Gesetz (Fn. 23) 39.

bungen zu einer Nationalisierung der Märkte andererseits<sup>26</sup>. Das Spannungsverhältnis von nationaler Marktabschottung und internationalem Handel dürfte eine Ursache dafür gewesen sein, warum das 1873 in Wien eingesetzte „Executivcomité für das internationale Patentrecht“, das sich mit der Fortbildung des internationalen Patentrechts befassen sollte, eher zu „schlummern“ schien<sup>27</sup>. Auch im Rahmen der Reichstagsdebatten zum Patentgesetz wurde zwar auf die Notwendigkeit internationaler Abkommen hingewiesen<sup>28</sup>, ohne dass sich aber auf multilateraler Ebene etwas änderte. Das lag auch an der nationalen Ausrichtung des 1874 gegründeten Deutschen Patentschutzvereins, der durch seinen Vorsitzenden Werner von Siemens vor allem die nationale Patentgesetzgebung voranbringen wollte. Die, so Siemens, „internationale Agitation jetzt weiter fortzuspinnen [...] kann gar nichts nützen“<sup>29</sup>.

Deutschland suchte statt dessen – ebenso wie auch andere Staaten<sup>30</sup> – durch bilaterale Verträge den Schutz der gewerblichen Leistung grenzüberschreitend zu sichern und den Handel insoweit zu verbessern. Das Deutsche Reich schloss 1891 mit Österreich-Ungarn (6. 12. 1891)<sup>31</sup> ein Übereinkommen über den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz ab. 1892 kamen Verträge u. a. mit Italien (18. 1. 1892)<sup>32</sup> und der Schweiz (13. 4. 1892)<sup>33</sup> hinzu. Die Verträge beruhten meist auf dem sog. Assimilationsprinzip, d. h. sie sicherten Ausländern im Inland denselben Schutz wie Inländern zu. Zudem konnte die Priorität einer Inlandsanmeldung auch im Ausland bei einer Anmeldung innerhalb von drei Monaten berücksichtigt werden. So konnte ein deutsches Unternehmen ein am 14. Juni 1894 in Deutschland erteiltes Patent am 30. März 1895 in Österreich erfolgreich anmelden, obwohl ein österreichischer Ingenieur die Erfindung bereits vor dem 30. März 1895 in Österreich ausgeübt hatte<sup>34</sup>. Entscheidend war, dass sich die Priorität der Anmeldung in Österreich nach dem Datum der Anmeldung in

<sup>26</sup> Michael Stolleis, Nationalität und Internationalität: Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht des 19. Jahrhunderts, in: Michael Stolleis, Konstitution und Intervention. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert (Frankfurt am Main 2001) 170–194, 178; Seckelmann, Industrialisierung (Fn. 10) 162f.

<sup>27</sup> Grothe, Patent-Gesetz (Fn. 23) 134f.

<sup>28</sup> Grothe, Patent-Gesetz (Fn. 23) 135.

<sup>29</sup> Brief an den Fabrikanten Langen vom 16.2.1874, zit. nach Conrad Matschoß, Werner Siemens. Ein kurzgefaßtes Lebensbild nebst einer Auswahl seiner Briefe. Aus Anlaß der 100. Wiederkehr seines Geburtstages, Bd. 2 (Berlin 1916) 439.

<sup>30</sup> In Bezug auf Handelsmarken etwa zwischen den USA und Österreich-Ungarn (1. 6. 1872), zwischen den USA und Belgien (29. 6. 1875), zwischen Frankreich und Peru hinsichtlich eines gegenseitigen Markenschutzes (16. 10. 1896).

<sup>31</sup> RGBl. 1892, 289ff.

<sup>32</sup> RGBl. 1892, 293ff.

<sup>33</sup> RGBl. 1894, 511ff.

<sup>34</sup> Vgl. die Berichte aus der Rechtsprechung in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1 (1896) 13–18; Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2 (1897) 361 f.; ferner das Gutachten von Meili, GRUR 1899 (Fn. 4).

Deutschland bestimmte. Diese Politik befand sich in nahezu völliger Übereinstimmung mit den Vorstellungen der Industrieverbände, die durch die bilateralen Verträge zunächst auf eine Stabilisierung ihrer nationalen Wirtschaft abzielte und die Einbindung in internationale, multilaterale Abkommen ablehnte<sup>35</sup>.

2. In welcher isolierten Lage das Deutsche Reich mit dieser Außenhandelspolitik inzwischen geraten war, zeigt ein Blick auf die internationale Entwicklung. Anders als in Deutschland bildete sich am 15. Januar 1874 z. B. in den USA in der Folge des Wiener Patentkongresses die „United States Patent Association“, um die dort gefassten Beschlüsse „so weit möglich zu adoptieren und durchzuführen“<sup>36</sup>. Bereits fünf Jahre nach dem „Ersten Internationalen Patentschutzkongress“ fand im Rahmen der Pariser Weltausstellung 1878 der „Zweite Internationale Kongress für den Schutz des Gewerblichen Eigentums“ statt. Der Kongress war von französischer Seite initiiert und umfassend vorbereitet worden, was von deutscher Seite als Machtdemonstration aufgefasst wurde und schon deshalb auf Ablehnung stieß. Die Reichsregierung lehnte eine offizielle Teilnahme ab und begründete dies mit der allgemeinen wirtschaftlichen Krise und der soeben erst stattgefundenen Weltausstellung in Philadelphia. Für den Patentkongress wurde lediglich ein hochrangiger Beamter des Kaiserlichen Patentamts entsandt. Wie sehr die Reichsregierung die Bedeutung dieser Frage unterschätzte, belegt auch der Umstand, dass sich insgesamt etwa 500 Teilnehmer, darunter auch einige deutsche und österreichische Vertreter, in Paris einfanden.

Die Konferenz diskutierte bereits offen die Gründung einer „Union für das gesamte Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes“. Dabei stellte sich die Idee, ein einheitliches Patentrecht für alle Staaten vorzusehen, in Paris endgültig als undurchführbar heraus. Die Teilnehmer einigten sich auf die Grundzüge einer Konvention, die den Staaten vorgelegt werden sollte. Sie konzipierten eine staatliche Übereinkunft, die die gegenseitige Anerkennung der Patente der Einzelstaaten zum Inhalt haben sollte. Ähnlich wie bei der Zollvereinsübereinkunft bestand Einigkeit, dass die Staaten die Inhaber von Schutzrechten eines anderen Mitgliedsstaates hinsichtlich ihrer Schutzrechte wie Inländer behandeln sollten. Als Vorbild fungierte der Vertrag zur Gründung des Weltpostvereins<sup>37</sup>.

Der Vorschlag der französischen Delegation, nach dem die Länge der Prioritätsfrist sechs Monate dauern sollte, stieß allerdings auf heftigen Widerstand der deutschen Teilnehmer. Die Länge der Prioritätsfrist war mit dem deutschen Vorprüfungsverfahren unvereinbar<sup>38</sup>. Die deutschen Vertreter entschieden sich vielmehr für die Beibehaltung des Vorprüfungs-systems. Es sollte nach den Vorstellungen des Gesetzgebers dafür sorgen, dass die Freiheit des Warenverkehrs nicht durch temporäre Monopole zu stark eingeschränkt würde. Eine gründliche Vor-

<sup>35</sup> *Seckelmann*, Industrialisierung (Fn. 10) 219 f.

<sup>36</sup> *Grothe*, Patent-Gesetz (Fn. 23) 134.

<sup>37</sup> *Seckelmann*, Industrialisierung (Fn. 10) 209 f.

<sup>38</sup> *Albert Osterrieth*, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes (Leipzig 1908) 449 f.; *Ludwig Nolte*, Die Reform des Deutschen Patentrechtes. Ein Beitrag zur Entwicklung des Deutschen Patentrechtes (Tübingen 1890) 26 f.

prüfung sollte sicherstellen, dass die angemeldete Erfindung auch tatsächlich einen befristeten Monopolschutz verdiene<sup>39</sup>.

Die Reichsregierung entschied sich – auch auf Empfehlung ihrer Sachverständigen – gegen eine weitere Teilnahme an den Konferenzen, „deren Ergebnisse eine vollständige Abänderung der erst geschaffenen Gesetzgebung für das Reich zur Folge haben würde“<sup>40</sup>. Fortan war Deutschland nicht mehr an den Verhandlungen beteiligt. Auf den weiteren diplomatischen Konferenzen in Paris 1880 und 1882 wurde der französische Entwurf daher ohne deutsche Beteiligung weiter überarbeitet und 1883 von Belgien, Brasilien, Frankreich, Guatemala, Italien, den Niederlanden, Portugal, Salvador, Serbien, Spanien und der Schweiz unterzeichnet. Die Pariser Verbandsvereinbarung (PVÜ) trat am 7. Juli 1884 in Kraft. Frankreich, das durch die Französische Revolution nachhaltig das europäische Patentrecht beeinflusst hatte<sup>41</sup>, erwirkte damit einmal mehr einen wichtigen Impuls für die Entwicklung eines internationalen Patentschutzes. Die Signatarstaaten der PVÜ bildeten danach einen Staatenverband, die sog. Pariser Union, die einheitliche Standards für den Schutz von Erfindungen, von Mustern und Modellen, von Fabrik- oder Handelsmarken sowie die Unterdrückung des unlauteren Wettbewerbs in den Verbandsstaaten zum Ziele hatte. Durch periodische Revisionen sollte die PVÜ in regelmäßigen Abständen verbessert werden.

Für den erfolgreichen Abschluss der PVÜ waren parallele Entwicklungen auf dem Gebiet des Völkerrechts verantwortlich, das durch die wirtschaftlichen Zwänge und Notwendigkeiten ebenfalls einem Wandlungsprozess unterlag<sup>42</sup>. Bedingt durch die Intensivierung der wirtschaftlichen Beziehungen und die sukzessive Einrichtung sog. Verwaltungsunionen entwickelte sich ein neuer konstitutiver Vertragstypus: der mehrseitige, rechtsetzende, beitriffs offene und organisatorischen Zielen dienende Vertrag. Gerade das Phänomen der durch multilaterale Verträge eingerichteten dauerhaften zwischenstaatlichen Organisationen, die in ihren Zielsetzungen über die bisher gemeinsam verfolgten Anliegen der Staatengemeinschaft hinausgingen, war bis dato unbekannt und bot den zeitgenössischen Autoren reichlich Raum für neue Entwürfe. Die Fortentwicklung des Völkerrechts ging mit einer Verschiebung der Materien einher. Im Laufe des gegenwärtigen Jahrhunderts hätten sich, so Ernst Meier 1874, die typischen Vertragsinhalte „von der Normierung der kriegerischen Beziehungen unter den Völkern zur Herstellung eines friedlichen internationalen Commercium“ fortentwickelt<sup>43</sup>. Erneut standen Handel und Wirtschaft im Zentrum eines als positiv bewerteten

<sup>39</sup> *Seckelmann*, Industrialisierung (Fn. 10) 213.

<sup>40</sup> Zit. nach *Albert Osterrieth*, *August Axster*, Die Internationale Übereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883 (Berlin 1903) XVI; im Folgenden zitiert: *Osterrieth*, *Axster*, Übereinkunft.

<sup>41</sup> Oben „Die Entdeckung des geistigen Eigentums als Handels- und Wirtschaftsgut“.

<sup>42</sup> Dazu *Miloš Vec*, Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung (Frankfurt am Main 2006) 104–126.

<sup>43</sup> *Ernst Meier*, Über den Abschluss von Staatsverträgen (Leipzig 1874) 20.

Wandels der Staatenbeziehungen, nun bezogen auf ihre Vertragsverhältnisse: Der Internationalismus, der das Völkerrecht erblühen ließ, speiste sich vor allem aus den realökonomischen Interessen der Glieder der Staatengemeinschaft.

3. Diese realökonomischen Interessen des Handels und der deutschen Industrie waren auch die maßgebliche Triebfeder für die Fortentwicklung der Pariser Union im deutschen Interesse. Der eingangs erwähnte Rechtsstreit zwischen der deutschen BASF und der schweizerischen Geigy leitete die Wende in der deutschen Aussenhandelspolitik mit ein. Zwar hat das Reichsgericht der Klage der BASF stattgegeben, aber nur mit der kühnen Feststellung, dass ein Verfahrenspatent zur Herstellung chemischer Stoffe auch den Schutz des Verfahrenserzeugnisses umfasse. Das Territorialitätsprinzip konnte und wollte das Reichsgericht dagegen nicht in Zweifel ziehen<sup>44</sup>. Die nationalliberale Partei nahm sich daher vor allem in den 90er Jahren des 19. Jahrhunderts der Frage eines internationalen Schutzes des gewerblichen Eigentums deutscher Unternehmen an und setzte u. a. die Frage des Imports deutscher patentierter Güter nach Frankreich – für die es kein bilaterales Abkommen gab – immer wieder auf die Tagesordnung des Reichstages<sup>45</sup>. Allerdings befürworteten weder die Verbände noch die politischen Lager einen Beitritt zur Pariser Union unter den bisherigen Bedingungen.

Mit dem „Verein für den Schutz des gewerblichen Eigentums“ sollte der Anschluss des Deutschen Reiches an die Union innenpolitisch weiter befördert werden. Es gelang seinem umtriebigen Generalsekretär Albert Osterrieth durch die Herausgabe der Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz<sup>46</sup> ein zentrales Organ für dieses Anliegen zu etablieren. In Wien konstituierte sich 1897 im Vorfeld der geplanten diplomatischen Konferenz zur Revision der Unionsverträge zudem die „Internationale Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz“ (Association internationale pour la protection de la propriété industrielle, AIPPI). Alle genannten Gruppen votierten für eine Überarbeitung der Verbandsübereinkunft und eine Annäherung auch an die Staaten, die bislang der Union noch nicht beigetreten waren<sup>47</sup>. Noch 1899 bemerkte Osterrieth für die Redaktion der GRUR: „Es ist vor allem für die deutsche Industrie von grösster Wichtigkeit, dass der Beitritt Deutschlands [...] erfolge“<sup>48</sup>.

Der in den 90er Jahren des 19. Jahrhunderts eingeleitete innere Reformprozess der Union richtete sich auch gegen die als zu einseitig empfundene Ausrichtung

<sup>44</sup> RGZ 22, 8, 11 ff. (14. 3. 1888); ebenso RGZ 30, 52 ff. (15. 10. 1892).

<sup>45</sup> Deutscher Reichstag, 28. Sitzung vom 29. 1. 1898, in: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 1897/98, Bd. 1 (Berlin 1898) 705 D–707 D (707 D); Deutscher Reichstag, 17. Sitzung vom 24. 1. 1899, in: ebenda 395 D–400 A; dazu auch Osterrieth, *Axster*, Übereinkunft (Fn. 40) XVIII.

<sup>46</sup> Die Zeitschrift wurde 1896 in die bis heute erscheinende Zeitschrift „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)“ umbenannt. In dieser Zeit war die Zeitschrift bereits ein wichtiges Fachorgan für den Schutz des geistigen Eigentums auch außerhalb Deutschlands.

<sup>47</sup> *Seckelmann*, Industrialisierung (Fn. 10) 224 m. Nachw.

<sup>48</sup> Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 4 (1899) 80.

am französischen Patentrechtssystem. Schon die 1887 der Union beigetretenen USA befürworteten eine Generalrevision der Statuten<sup>49</sup>. Auf zwei diplomatischen Konferenzen in Brüssel 1897 und 1900 einigten sich die Teilnehmer auf richtungsweisende Änderungen. Dazu gehörte zunächst eine Verlängerung der Prioritätsfrist auf ein Jahr<sup>50</sup>. Nicht nur für die deutsche Seite ein entscheidender Schritt, weil die Patentprüfungen in den Signatarstaaten in der Regel durchschnittlich sieben Monate dauerten. Darüber hinaus wurde beschlossen, dass der Ausführungszwang in jedem einzelnen Land, in dem das Patent angemeldet wurde, frühestens drei Jahre nach Patenterteilung und auch nur dann eingreifen sollte, wenn kein sachlicher Grund für die Nichtausführung bestand<sup>51</sup>. Für die schon damals starke Exportnation Deutschland eine unerlässliche Regelung<sup>52</sup>. Die Veränderungen der PVÜ überzeugten letztlich nicht nur die deutsche Reichsregierung, sondern auch die Industrie, die sich inzwischen – auch über ihre Verbände – für eine internationale Einbindung Deutschlands in die Pariser Union stark machte. Das Deutsche Reich trat daher mit Wirkung vom 1. Mai 1903<sup>53</sup> der Pariser Union bei.

## Die Pariser Union als Rahmenkonsens für den internationalen Handel

1. Mit dem Beitritt Deutschlands zur PVÜ konnte für deutsche Unternehmen nicht nur ein erheblicher zusätzlicher Markt eröffnet werden. Die Regelungen der Pariser Union boten auch wesentliche Grundvoraussetzungen für den Handel mit deutschen Produkten. Zur Lösung der drängenden Fragen zogen die Teilnehmer der Pariser Konferenz nach wie vor das sog. Assimilationsprinzip heran, durch das verbandsangehörigen Ausländern in allen Verbandsstaaten derselbe Schutz wie Inländern zugesichert wurde. Nach Art. 2 der PVÜ genießen die Angehörigen „eines jeden der Verbandsländer [...] in allen übrigen Ländern des Verbandes in bezug auf den Schutz des gewerblichen Eigentums die Vorteile, welche die betreffenden Gesetze den eigenen Staatsangehörigen gewähren oder in Zukunft ge-

<sup>49</sup> Die Kritik der USA richtete sich vor allem gegen die Prioritätsfrist von sechs Monaten bzw. den Ausübungszwang, vgl. dazu *Max Georgii*, Die Vereinigten Staaten und die Internationale Union, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 3 (1898) 8–13.

<sup>50</sup> Art. 1 Abs. 2 der Brüsseler Zusatzakte vom 14. 12. 1900, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 6 (1901) 119–122, 120.

<sup>51</sup> Art. 2 der Brüsseler Zusatzakte vom 14. 12. 1900, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 6 (1901) 122.

<sup>52</sup> Denkschrift zum Anschluss an die PVÜ, abgedruckt in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 6 (1901) 122–125.

<sup>53</sup> RGBl. 1903, 148 ff.

währen werden, und zwar unbeschadet der durch diese Übereinkunft besonders vorgesehenen Rechte“. Die PVÜ beschränkte sich dabei auf eine materielle Schutzkonzeption; die gerichtliche oder prozessuale Durchsetzung blieb nach Art. 2 Abs. 3 der PVÜ ausdrücklich den Verbandsstaaten vorbehalten.

Handelspolitisch unentbehrlich war die nun einheitlich geltende Unionspriorität (Art. 4 PVÜ): Die Anmeldung in einem Vertragsstaat galt nun für Deutschland auch in allen anderen Vertragsstaaten, wenn dort innerhalb einer bestimmten Frist (ab 1883 sechs Monate, ab 1900 zwölf Monate) die Erfindung nachgemeldet wurde. Die Unionspriorität sicherte dem deutschen Anmelder eine gewisse Bedenkzeit zu, in der er ausloten konnte, in welchem der Verbandsländer er seine Nachanmeldung vornehmen und damit Patentschutz erlangen will<sup>54</sup>. Der Erfolg dieses Abkommens lag auch darin, dass der Eingriff in die nationalen Rechte der Verbandsstaaten gering gehalten wurde. Bi- und multilaterale Abkommen neben der PVÜ waren weiterhin möglich (Art. 15 PVÜ)<sup>55</sup>. Nachteilig blieb aber der Umstand, dass das Patent weiterhin in jedem Land angemeldet werden musste und die Voraussetzungen und Wirkungen der Anmeldung von Land zu Land unterschiedlich sein konnten<sup>56</sup>. Der Wunsch nach einem internationalen Patentschutz, sogar nach einem „Weltpatent“, der das Territorialitätsprinzip überwinden und mit einer Anmeldung grenzüberschreitenden Patentschutz ermöglichen sollte, bestanden daher fort<sup>57</sup>.

2. Die bilateralen Verträge und die Pariser Verbandsübereinkunft haben um 1900 die handelsbezogenen Konflikte auf dem Gebiet des geistigen Eigentums zwar nicht ausgeschlossen, aber doch erheblich entschärft. Vor allem das Assimilationsprinzip und die sog. Unionspriorität halfen den Schutzrechtsinhabern, sich im grenzüberschreitenden Handel zu behaupten. Ämter und Gerichte haben die Regelungen und Prinzipien der PVÜ unmittelbar ihren Entscheidungen zugrunde gelegt und damit erhebliche Rechtssicherheit für deutsche und ausländische Unternehmen auf den jeweiligen Märkten geschaffen. Das belegen eine ganze Reihe von Entscheidungen deutscher Gerichte nach dem Beitritt Deutschlands zur Pariser Union.

<sup>54</sup> *Hermann Isay*, Patentgesetz und Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern (Berlin 41926) 621; im Folgenden zitiert: *Isay*, Patentgesetz.

<sup>55</sup> Davon machten die Signatarstaaten auch weiterhin Gebrauch, z. B. Abkommen zwischen Griechenland und der Schweiz vom 3. 12. 1895 über den gegenseitigen Schutz der Fabrik- und Handelsmarken (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht [GRUR] 1 [1896] 107f.); Übereinkommen zwischen der Schweiz und Russland über den gegenseitigen Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 1. 5. 1899 (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht [GRUR] 3 [1899] 367f.).

<sup>56</sup> *Rudolf Kraßer*, Patentrecht. Ein Lehr- und Handbuch (München 52004) 63.

<sup>57</sup> *J. Rosenthal*, Das Deutsche Patentgesetz vom 25. Mai 1877 unter Berücksichtigung der ausländischen Gesetzgebung erläutert (Erlangen 1881) 34; *A. du Bois-Reymond*, Das Weltpatent, in: Studien zur Förderung des gewerblichen Rechtsschutzes. Josef Kohler zum 60. Geburtstag zugeeignet (Berlin 1909) 465–490.

Die Rechtsstreitigkeiten betrafen zwar auch Fälle des Lauterkeitsrechts; im Vordergrund standen aber die gewerblichen Schutzrechte, die gerade für Industrie und Handel erhebliche Bedeutung hatten. In einer Entscheidung vom 30. April 1904 verbot das Reichsgericht z. B. einer deutschen Firma die Verwendung eines ausländischen Firmenzeichens im Handelsverkehr und die Löschung des verletzenden Zusatzes. Die Entscheidung stützte sich bereits auf § 37 Abs. 2 HGB i. V. m. Art. 8 PVÜ, obwohl die beanstandete Firma seit 1902 bestand und die PVÜ erst am 1. Mai 1903 in Deutschland in Kraft trat<sup>58</sup>. Überhaupt entfalteten nach Auffassung des Reichsgerichts die Regelungen der PVÜ auch für solche Schutzrechte bereits Wirkung, die vor dem 1. Mai 1903 in einem ausländischen Vertragsstaate angemeldet wurden, vorausgesetzt, dass keine Umstände bekannt waren, die nach deutschem Recht z. B. die Patentfähigkeit vernichtet hätten<sup>59</sup>. Ebenso konnte auch ein bereits vor dem Beitritt zur Union begonnenes unlauteres, aber nicht abwehrfähiges Verhalten eines Unternehmens durch den Beitritt zur Union klageweise geltend gemacht werden<sup>60</sup>.

Darüber hinaus zog die Rechtsprechung die PVÜ aber auch zur Rechtsfortbildung für das nationale Recht heran, u. a. im Kennzeichenrecht. Eine in London ansässige Aktiengesellschaft klagte 1905 gegen zwei Hamburger Firmen, die ihre Marke „Henry Clay“ rechtsverletzend benutzte und stützte sich dabei u. a. auf den in § 15 WZG 1894 geregelten Ausstattungsschutz für nicht eingetragene Warenzeichen. Das Reichsgericht ordnete die Regelung des WZG dem Art. 10b PVÜ und damit dem Schutz vor unlauterem Wettbewerb zu<sup>61</sup>. Darin lag eine Vorentscheidung, die das Verhältnis zwischen Warenzeichen- und Unlauterkeitsrecht vor allem nach 1918 erheblich beeinflusst hat<sup>62</sup>. Gerade solche Entscheidungen hatten aber zur Folge, dass der Handel mit nachgeahmten Produkten nach 1903 erheblich eingedämmt werden konnte.

Unklar und Anlass kontroverser Diskussionen blieb die Frage, ob nur im Heimatstaat die erste Anmeldung erfolgen dürfe oder auch in jedem weiteren Verbandsstaat der Union. Das Patentamt hat sich der ersteren Auffassung angeschlossen, das Reichsgericht die Frage offen gelassen<sup>63</sup>. Die Literatur hat sich vehement

<sup>58</sup> Werner Schubert, Hans Peter Glöckner (Hrsg.), Nachschlagewerk des Reichsgerichts, Bd. 2, Kaiserzeit II (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht) (Frankfurt am Main 2005) 649 (im Folgenden zitiert: Schubert, Glöckner, Nachschlagewerk; „Volvoline Oil Company“): „Die Bekl. konnte ein Recht auf Führung einer dem § 18 Abs. 2 HGB widersprechenden Firma niemals erwerben. Ihre Firmenführung war von vornherein unstatthaft, ganz abgesehen davon, ob die amerikanische Firma ein subjektives Klagerecht besaß oder nicht.“

<sup>59</sup> Schubert, Glöckner, Nachschlagewerk (Fn. 58) 650.

<sup>60</sup> OLG Colmar, in: Markenschutz und Wettbewerb (MuW) 5 (1905/06) 27–31.

<sup>61</sup> RG, in: Markenschutz und Wettbewerb (MuW) 5 (1905/06) 34 f.

<sup>62</sup> Dazu ausführlich Louis Pahlow, Die Emanzipation des Warenzeichens. Rechtshistorische Überlegungen zum Verhältnis von Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, in: Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, herausgegeben von Knut W. Lange, Diethelm Klippel und Ansgar Ohly (Tübingen 2009) 69–87.

<sup>63</sup> Martin Wassermann, Das Markenrecht auf dem VIII. internationalen Kongreß für ge-

gegen eine örtliche Festlegung der ersten Anmeldung gestellt und die Auffassung vertreten, dass auch spätere Anmeldungen in anderen Signatarstaaten prioritätsbegründend sein können<sup>64</sup>. Danach hätte ein deutscher Erfinder, dessen Anmeldung in Deutschland zurückgewiesen worden war, in einem anderen Verbandsstaat erneut anmelden und diese Priorität in weiteren Signatarstaaten geltend machen können<sup>65</sup>. Auf der Revisionskonferenz in Den Haag sind die Verbandsstaaten diesem Vorschlag nicht gefolgt; nach dem neuen Art. 4 lit. c) der Haager Fassung der PVÜ vom 6. November 1925 konnte vielmehr nur die erste Anmeldung in einem Unionsstaat die Unionspriorität begründen.

Wie stark das Bewusstsein für einen internationalen Schutz des geistigen Eigentums bereits kurz nach dem Beitritt Deutschlands entwickelt war, belegt auch der Umstand, dass die Regelungen der PVÜ während des Ersten Weltkrieges in Kraft blieben und angewendet wurden. Nach Auffassung des Reichsgerichts kämen auch den Angehörigen der feindlichen Staaten die Vorteile des Unionsvertrages solange zugute, als nicht ein deutsches Gesetz ein Anderes bestimme. Keinesfalls würden ohne besondere Regelung wohl erworbene Rechte der feindlichen Ausländer durch den Ausbruch des Krieges berührt<sup>66</sup>.

3. Die deutschen Unternehmen einschließlich ihrer Interessensvertreter haben sich erst vergleichsweise spät für einen multilateralen Schutz ihres geistigen Eigentums ausgesprochen. Selbst die jungen, innovativen Industriezweige wie die Chemie oder die Elektroindustrie waren keineswegs an einer schnellen und länderübergreifenden Vernetzung und an einer Harmonisierung des Patentschutzes interessiert. Überzeugt von dem gerade mühsam erfochtenen Reichspatentgesetz von 1877 verhielten sie sich nicht anders als die offizielle diplomatische Politik des Reiches gegenüber dem besiegten Frankreich. Gemeinsam mit den Verbänden des agrarischen und stahlverarbeitenden Sektors setzten auch die Verbände der Chemie zwischen dem Pariser Patentschutzkongress 1878 und dem Ende der Ära Bismarck 1889 auf Marktabschottung und verhielten sich daher ambivalent gegenüber der Pariser Verbandsübereinkunft<sup>67</sup>.

Der Umschwung ergab sich vor allem aus handelspolitischen Erwägungen. Je größer der Anteil der Angehörigen eines Staates an der Weltwirtschaft war, desto stärker wurde das Interesse der Industrie, auch außerhalb des Heimatstaates Schutz für ihre Erfindungen und sonstigen immateriellen Güter zu erlangen. Der bilaterale Schutz reichte deutschen Unternehmen dazu bald nicht mehr aus, zumal

werblichen Rechtsschutz, in: *Markenschutz und Wettbewerb (MuW)* 5 (1905/06) 9–11, 9; *Isay*, Patentgesetz (Fn. 54) 623.

<sup>64</sup> U. a. *Jungmann*, *Patentrecht* (Fn. 13) 27 ff.; *Isay*, *Patentgesetz* (Fn. 54) 623; *Arnold Seligsohn*, *Patent- und Gebrauchsmustergesetz* (Berlin <sup>5</sup>1912) 521.

<sup>65</sup> *Isay*, *Patentgesetz* (Fn. 54) 623.

<sup>66</sup> *Schubert, Glöckner*, *Nachschlagewerk* (Fn. 58) 650.

<sup>67</sup> *Seckelmann*, *Industrialisierung* (Fn. 10) 215 f. gegen *Rudolf Boch*, *Das Patentgesetz von 1877 – Entstehung und wirtschaftliche Bedeutung*, in: *Patentschutz und Innovation in Geschichte und Gegenwart*, herausgegeben von *Rudolf Boch* (Frankfurt am Main, Berlin, Bern u. a. 1999) 71–84, 79.

mit zahlreichen Nachbarländern keine entsprechenden Abkommen geschlossen wurden.

Entscheidend waren für die deutsche Industrie und die interessierten Fachkreise vor allem die Vorteile, die sich aus einer Mitgliedschaft in der Pariser Union ergaben. Nicht nur, dass der Handel mit geschützten Produkten von zweiseitigen Abkommen unabhängig wurde, sich vielmehr nach einer einheitlichen und verlässlichen Grundlage richtete. Die PVÜ entfaltete auch eine erheblich harmonisierende Wirkung zugunsten einheitlicher Schutzvoraussetzungen in den Signatarstaaten selbst. Dem diente zudem die Einrichtung eines internationalen Büros, das sich dem Schutz des geistigen Eigentums innerhalb des Verbandes widmen sollte und in Bern errichtet wurde. Die enorme Geschwindigkeit, mit der die Vertragsstaaten nicht nur eine völkerrechtliche Grundlage, sondern zugleich weitere internationale Institutionen schufen, deutet auf die besonderen wirtschaftlichen Zwänge und Notwendigkeiten hin.

Die PVÜ führte gerade auch in den Staaten, in denen die nationalen Schutzgesetze nachteilige Bestimmungen für den zwischenstaatlichen Handel vorgesehen hatten, zu handfesten Verbesserungen. Die französische Rechtsprechung etwa stellte im Laufe der 90er Jahre klar, dass die Bestimmungen der Konvention widersprechende Bestimmungen der französischen Gesetze ausser Kraft setze<sup>68</sup>. Das bedeutete, dass die Wirkungen des inländischen Gesetzes, soweit dieselben für den Patentinhaber weniger günstig waren als jene der Konvention für deren Dauer keine Wirkung entfalteten<sup>69</sup>. Das hatte insbesondere Vorteile für diejenigen Patentinhaber, die lediglich über eine Handelsniederlassung in Frankreich verfügten und in der Regel im Ausland produzierten, insbesondere die deutsche Industrie. Nach Art. 32 des französischen Patentgesetzes verfiel bis 1903 das Patent, wenn der Patentinhaber wissentlich im Ausland produzierte Patentprodukte nach Frankreich einfuhrte. In der Tat war dieser Artikel für ausländische Fabrikanten besonders nachteilig, und gegen ihn richtete sich der Unmut u. a. der deutschen Fachvertreter. Josef Kohler nannte die Bestimmung „im höchsten Grade hinderlich“; zugleich aber auch als einen „Hemmschuh für die Fortbildung der französischen Industrie“<sup>70</sup>. Die damit angesprochenen wechselseitigen Handelshemmnisse hob Art. 5 der PVÜ auf. Danach hatte die durch den Patentinhaber bewirkte Einfuhr von Gegenständen, welche in dem einen oder anderen Verbandsstaate hergestellt wurden, in das Land, in welchem ein Patentschutz bestand, nicht den Verfall des Patents zur Folge<sup>71</sup>. Die französische Rechtsprechung wandte Art. 5

<sup>68</sup> Pratt vs. Lycett, Appellationsgericht Paris, Strafkammer, Urteil vom 11. 4. 1892, in: *Annales de la Propriété industrielle, Artistique et Littéraire* 39 (1893) 114–121.

<sup>69</sup> *Armengaud Jeune, Edouard Mack*, Die Wirkungen der Internationalen Uebereinkunft vom Jahre 1883 und Verbesserungsvorschläge für den internationalen Patentschutz, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 2 (1897) 314–322.

<sup>70</sup> *Kohler*, Handbuch (Fn. 17) 657.

<sup>71</sup> Art. 5 Abs. 1: «L'introduction, par le breveté, dans le pays où le brevet a été délivré, d'objets fabriqués dans l'un ou l'autre des pays de l'Union, n'entraînera pas de la déchéance».

PVÜ fortan direkt an<sup>72</sup>. Diese Rechtsprechung galt allerdings – ebenso wie Art. 5 PVÜ – nur für Mitglieder der Pariser Union. Wollte die deutsche Industrie diese für sie günstigen Rahmenbedingungen im internationalen Handel nutzen, musste sie Teil der Pariser Union werden. Ohne den Beitritt 1903 hätten sich daher für deutsche Unternehmen auch weiterhin erhebliche Handelsnachteile, insbesondere gegenüber Frankreich, ergeben.

Es waren demnach vor allem handelsbezogene Gründe, die für deutsche Unternehmen einen Beitritt zur Pariser Union erforderlich machten. Hatte die deutsche Industrie wie auch die Reichsregierung zunächst noch durch bilaterale Verträge versucht, den inländischen Markt politisch und wirtschaftlich zu kontrollieren, so wandelte sich diese Position gegen Ende des 19. Jahrhunderts. Die deutsche Volkswirtschaft wurde zunehmend von Exporten und Importen abhängig<sup>73</sup>. Deutschland war mit den USA schon 1870 der drittgrößte Warenexporteur der Welt und der zweitgrößte Importeur, seit den 80er Jahren nahmen Deutschland und die USA die zweite Stelle im Weltexport ein und näherten sich England immer mehr an. Die verantwortlichen Führungssektoren für diesen Prozess waren seit den 1890er Jahren gerade die innovativen Industriezweige der Chemie, der Elektrotechnik sowie der Maschinenbau. Politisch bedeutete das zunächst, dass Deutschland in wachsendem Maße mit den anderen Industrieländern um Exportmärkte und Rohstoffbasen konkurrierte.

Trotz eines mitunter lautstarken nationalistischen Getöses darf nicht übersehen werden, dass das ökonomische Verhältnis Deutschlands zu seinen europäischen Nachbarn nicht nur durch Konkurrenz charakterisiert war, sondern ebenso durch Verflechtung und Partnerschaft; die Nachbarstaaten waren auch Abnehmer und – in geringem Maße – Lieferanten für die deutsche Wirtschaft. Die Pariser Union lieferte für den zwischenstaatlichen Verkehr mit innovativen Gütern einen akzeptablen Rechtsrahmen, in den Deutschland als gleichberechtigtes Mitglied, wenn auch nicht ohne Hindernisse eingebettet wurde; dieses Unionssystem war verlässlicher als die Abhängigkeit vom jeweiligen außenhandelspolitischen Kalkül bilateraler Verträge. Freilich haben die Bestimmungen der PVÜ grenzüberschreitende Handelskonflikte nicht völlig verhindern können. Ihr Bestand hat aber die internationale Verwertung des geistigen Eigentums erheblich erleichtert und das Bewusstsein für die Notwendigkeit internationaler Abkommen auf diesem Gebiet insgesamt dauerhaft gefestigt.

<sup>72</sup> Appellationsgericht Douai, Urt. v. 22.6.1896, Propr. Ind. 12, 187; Appellationsgericht Paris, Urt. vom 7. 1. 1897 und Kassationshof, Urt. v. 5. 6. 1897, in: *Annales de la propriété industrielle, Artistique et Littéraire* 43 (1897) 167.

<sup>73</sup> Dazu näher *Thomas Nipperdey*, *Deutsche Geschichte 1866–1918*, Bd. 1, *Arbeitswelt und Bürgergeist* (München 31993) 275–278; *Hans-Ulrich Wehler*, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, Bd. 3, *Von der „Deutschen Doppelrevolution“ bis zum Beginn des Ersten Weltkrieges (1849–1914)* (München 1995) 610–620.

## Abstract

Towards the end of the 19<sup>th</sup> c. the advancing industrialization and the enlarged production of innovative, to a good part legally protected products leads to new problems in border-crossing trade. The protection of innovations and trademarks and the rules against unfair trade were valid nationwide, but ended at the borders. The protection laws varied from country to country which could lead to conflicts in transnational trade. Some nations even renounced to all legal protection, e.g. of inventions, and could therefore copy products and trade the copies without hindrance. The nations resolved the resulting challenges for the international protection of intellectual property, in spite of the prevailing imperialistic and nationalistic climate – with the help of bi- and multinational treaties. The resulting uniform principles for the protection of intellectual property in the participating countries provided a sustainable base, which also resulted in ameliorations for the trade across the borders.

## Résumé

Vers la fin du 19<sup>e</sup> siècle, de nouveaux problèmes dans le commerce transfrontalier apparaissent avec l'industrialisation croissante et le développement d'une production novatrice, de produits en partie protégés par la loi. La protection, entre autres des inventions, des marques ou encore les réglementations visant à la protection de la circulation des biens, était assurée sur tout le territoire d'un pays donné, mais limitée aux frontières nationales. Cela plaça les marchandises commerciales sous l'empire de différentes lois de protection et par voie de conséquence les importations et les exportations, ainsi que les conflits qu'ils pouvaient susciter. Certains Etats nationaux renonçaient même à une protection légale, par exemple des inventions et pouvaient donc copier sans obstacle des produits et les mettre dans le commerce. Les défis de ce genre lancés à la protection internationale de la propriété intellectuelle résolurent certains états – pourtant fondamentalement nationaux et impériaux – à signer des traités bi ou multilatéraux. Les principes unitaires en résultant dans les Etats signataires, fournissaient une base solide pour la protection de la propriété intellectuelle, qui se traduisit aussi par une amélioration du commerce transfrontalier.

*Christian Borde*

## Les deux rêves du commerce maritime au premier XX<sup>e</sup> siècle.

### Arbitrage social et commercial chez les Armateurs de France (1891–1950)

*L'État serait singulièrement bien inspiré s'il nous laissait, au moins de temps en temps, nous débrouiller tout seuls. Nous n'avons pas toujours besoin, nous, des robes d'avocats ou de juges, de quelque couleur qu'elles soient, pour arriver à nous entendre, pour vivre en bonne intelligence, en un mot pour régler nos différends.*

L. Louis-Dreyfus, 1924.

Le Comité Central des Armateurs de France (CCAF) est le syndicat professionnel patronal fondé en 1903 entre les propriétaires de navires de mer. A sa fondation, il regroupait l'ensemble de la profession maritime qui comprenait déjà deux organisations régionales: le Syndicat Marseillais de la Marine Marchande et le Syndicat des Armateurs du Nord, fondés respectivement en 1891 et 1897. A la veille de la Première guerre mondiale, le CCAF rassemblait la quasi-totalité des autres armateurs au commerce, à la pêche et des services portuaires, en métropole et dans les colonies.

Lorsqu'ils se constituèrent en organisation professionnelle structurée nationalement, les *Armateurs de France* étaient préoccupés par deux faits nouveaux qui les poussaient à envisager une institutionnalisation de leur action de lobbying. Le premier était d'ordre commercial et consistait à profiter de la création en Europe de nouvelles associations d'armateurs<sup>1</sup> pour tenter de briser le monopole anglais sur les conditions matérielles du commerce maritime, en particulier la rédaction des connaissements et chartes parties. Comme tous les commerçants, ils pratiquaient à l'occasion et de manière informelle la résolution des conflits à l'amiable c'est-à-dire sans toujours recourir en France aux tribunaux de commerce; le se-

<sup>1</sup> *Christian Borde*, La création du Comité Central des Armateurs de France (13 janvier 1903). Enjeux internationaux et nationaux du lobbying maritime français (1891–1906), dans: *Revue d'Histoire Maritime* 5 (2006) 221–237.

cond fait nouveau était la multiplication en France et en Europe des grèves qui agitaient désormais les personnels de tous ordres des compagnies maritimes, aussi bien en mer qu'à terre<sup>2</sup>. Pour cet aspect social de la question, le secteur du shipping français allait être confronté dès 1909 à une innovation gouvernementale sous la forme d'un Conseil permanent d'arbitrage.

Des deux institutions arbitrales dont les naissances vont être rapidement décrites ici, seule la Chambre arbitrale Maritime de Paris subsiste aujourd'hui et on sait que l'arbitrage obligatoire n'existe pas en France. Pourtant chacune correspond à un besoin commun et très utile à toute activité humaine : Pour l'arbitrage social qui fut pour les armateurs efficace mais peu durable, il s'agissait de « régler des conflits qui peuvent naître de l'interprétation des accords antérieurs » ; pour l'arbitrage commercial qui fut de son côté peu efficace mais devait se révéler durable, c'était « régler les difficultés nées de l'interprétation ou de l'application des conventions du commerce maritime ».

En paraphrasant le titre de la thèse de l'historien Jean-Pierre Hirsch sur les négociants et industriels lillois<sup>3</sup>, on peut considérer que les armateurs aspiraient à deux rêves en ce qui concerne les pratiques d'arbitrage : d'une part ils rêvaient – comme beaucoup d'autres patrons – que leur personnel ne ferait plus jamais la grève et qu'un beau jour l'État les laisserait libre de pouvoir recruter librement leurs équipages en échappant à la contrainte de l'inscription maritime<sup>4</sup> ; d'autre part, certains armateurs souhaitaient que le contentieux commercial tant national qu'international puisse être réglé selon les termes mêmes de la profession de foi de la future Chambre arbitrale de 1929, « rapidement et à moindre frais », par un arbitrage qui assurerait également la pertinence des jugements. Mais ce qui est le plus particulier dans la manière qu'eurent les armateurs de considérer l'arbitrage, c'est l'instrumentalisation de l'arbitrage social sur des principes identiques à ceux qui justifiaient l'arbitrage commercial.

<sup>2</sup> Ronan Viaud, *Le syndicalisme maritime français. Les organisations, les hommes les luttes (1890–1950)* (Rennes 2005) 278 (cité comme suit : Viaud, *Le syndicalisme*).

<sup>3</sup> Jean-Pierre Hirsch, *Les deux rêves du Commerce, entreprise et institution dans la région Lilloise. 1780–1860* (Paris 1992) 536. L'auteur distinguait deux autres rêves inconciliables des négociants et industriels : d'une part le *Laisser-faire* et le libre échange, et d'autre part la protection douanière et éventuellement les subventions de l'État.

<sup>4</sup> L'économiste libéral Paul Leroy-Beaulieu décrivait cet espoir le 24 décembre 1902 dans le *Journal des Débats*, au sujet des équipages en grève à Marseille : « Il ne faut pas que les inscrits maritimes aient le monopole de la navigation sur les navires français. Les armateurs doivent pouvoir recruter comme bon leur semble, à leurs risques et périls, le personnel qu'ils emploient ».

## Les concepteurs de l'arbitrage maritime: Paul de Rousiers et Louis Louis-Dreyfus

L'arbitrage des conflits sociaux fut introduit dans la législation du travail maritime à l'initiative de plusieurs députés socialistes, principalement Joseph Paul-Boncour (1873–1972) passionné par la question sociale et futur ministre du travail de mars à juin 1911. Nous laisserons de côté leur cheminement purement politique pour nous intéresser aux deux représentants du lobby maritime français et promoteurs d'arbitrages que furent Paul de Rousiers (1857–1934) et Louis Louis-Dreyfus<sup>5</sup> (1867–1940).

### *La société des « autorités morales » ou les deux arbitrages de Paul de Rousiers*

Même si le syndicalisme marin demeurait un « syndicalisme de métiers »<sup>6</sup>, l'adhésion de la Fédération Nationale des Syndicats Maritimes à la CGT et la vigueur des conflits faisaient souvent très peur aux armateurs dans la pratique<sup>7</sup>. Le rôle du Comité Central des Armateurs de France fut d'appivoiser cette phobie patronale en développant face à la question sociale une théorie stratégique qui, tout en disqualifiant les excès du syndicalisme révolutionnaire, ne romprait pas les ponts de la négociation en s'appuyant fortement sur l'appareil juridique contrôlé par le lobby maritime. Son secrétaire général de 1903 à 1934, Paul de Rousiers<sup>8</sup> était un élève de Frédéric Le Play, un écrivain économiste fécond et professeur de Sciences Politiques. Il considérait que les syndicalistes fauteurs de grève faisaient partie de ces « violents qui souhaitent toujours de supprimer tout ce qui s'oppose à leurs désirs, qui, suivant leurs aspirations personnelles, rêvent du *Grand soir* ou du *coup de balai libérateur* »<sup>9</sup>. Confrontés à ces hommes considérés comme amoraux, P. de Rousiers emprunta directement à Le Play le concept d'« autorité morale ». Ces autorités étaient des institutions et pour de Rousiers la notion s'appliquait parfaitement au Comité Central des Armateurs de France. Il suffisait donc que le Syndicat patronal joue le rôle d'arbitre social dévolu aux hommes qui constituaient ces « autorités ». Voici comment il les décrivait en 1914 :

« Ils se reconnaissent tous à un trait essentiel et caractéristique; ils font régner autour d'eux la paix sociale, repoussent comme une erreur funeste le soi-disant

<sup>5</sup> Cette curieuse adoption du nom et du prénom du fondateur comme nouveau patronyme semble relativement rare et peut évidemment prêter à confusion. On la retrouve dans la famille Augustin-Normand, constructeur de navires au Havre.

<sup>6</sup> *Viaud*, Le syndicalisme (n. 2) 37–76; *Jean-Pierre Lenhof*, Les hommes en mer. De Trafalgar au Vendée Globe (Paris 2005) 313–332.

<sup>7</sup> *Viaud*, Le syndicalisme (n. 2) 115.

<sup>8</sup> *Antoine Savoye*, La professionnalisation des sociologues. L'exemple de Paul de Rousiers (1857–1934), dans: *Antoine Savoye*, Les débuts de la sociologie empirique (Paris 1994) 203–230.

<sup>9</sup> *Paul de Rousiers*, L'élite dans la société moderne. Son rôle (Paris 1914) 173; cité comme suit: *Rousiers*, L'élite.

principe de la lutte des classes, et combattent l'antagonisme social sous toutes ses formes. Les doctrines de haine, sous quelque apparence qu'elles se présentent, ne parviennent pas à les séduire; ils savent, en effet, que les sociétés divisées contre elles-mêmes périssent misérablement et que les problèmes sociaux ne se résolvent pas en niant et en supprimant par la force les éléments qui les composent»<sup>10</sup>.

Paul de Rousiers ne se limita pas à cette vigoureuse dénonciation de la lutte des classes, il envisagea aussi le rôle social très important de ces « autorités » à l'intérieur même de l'élite, qu'il présentaient comme :

« homme ou femme dont l'expérience, la clairvoyance et le bon sens sont universellement prisés. On n'entreprend guère une affaire sans s'aider de ses conseils; on recourt à elle dans les cas difficiles [...] c'est un représentant de l'élite sociale et morale remplissant sa fonction dans son voisinage »<sup>11</sup>.

Un propos qui ne pouvait dans l'esprit de son auteur que séduire le patronat, petit, moyen ou grand puisqu'il décrivait avec sympathie les vertus paternalistes de « certains milieux fermés », et « des personnalités exerçant une influence considérable sur les familles appartenant à ce milieu »<sup>12</sup>. On voit comment cette définition de l'élite dirigeante permet de comprendre au plus près la conception des deux types d'arbitrages sociaux que Paul de Rousiers allait tenter de mettre en place de manière concomitante dans le shipping français. Si la résistance aux pressions des employés que le CCAF qualifiait de « défense patronale », était au coeur de l'arbitrage social, c'était par contre la liberté qui présidait à l'arbitrage commercial incarné par la Chambre Arbitrale Maritime de 1929 :

« Des liens volontaires rattachent seuls, en dehors de toute contrainte, ceux qui acceptent cette influence et celui qui l'exerce. Et, de même qu'il est le conseiller de ses voisins, il est souvent aussi leur arbitre dans les litiges qui s'élèvent entre eux, particulièrement dans ceux qui relèvent moins d'une contestation juridique que d'une difficulté d'ordre moins précis et plus délicat. Enfin, là où il ne conseille pas expressément, là où il n'arbitre pas, il donne l'exemple, et c'est encore un des aspects importants de sa fonction »<sup>13</sup>.

Mais c'était surtout la « distinction sociale » qui devait régner dans ce domaine. Le choix des arbitres tel qu'il était conçu par le directeur de la Compagnie Générale Transatlantique lors de la constitution de la Chambre arbitrale maritime en 1928-1929 apparaît révélateur de cette application professionnelle des principes leplaysiens :

« Certains des arbitres qui ont été proposés ne sont point des chefs de maison, ni même des chefs de service important de grosses firmes. C'est ainsi que je vois figurer parmi eux des chefs de comptabilité et même certains noms avec indication « de la maison X », sans indication de qualité [...] il me paraît qu'il y a à exiger un minimum de standing pour ceux qui sont appelés à jouer un rôle important. [...] Il

<sup>10</sup> *Ibid.* 173-174.

<sup>11</sup> *Ibid.* 171.

<sup>12</sup> *Ibid.* 172.

<sup>13</sup> *Ibid.* 171-172.

me semble que l'on pourrait poser le principe que pour être arbitre, il faut être véritablement chef de maison ou avoir des connaissances professionnelles résultant d'un brevet comme celui de capitaine au long cours ou de chef mécanicien, ou encore avoir une longue pratique d'affaires, dans une maison dont on ne fait plus partie»<sup>14</sup>.

Les « autorités morales » se pensaient aussi garantes du respect des « intérêts », ce que nous appellerions aujourd'hui le lobbying et que Paul de Rousiers évoquait comme « l'intensité de l'action féconde »<sup>15</sup>.

Finalement, le respect de l'état de droit était le couronnement de cette conception du monde et de la société dirigés par une élite, capable par les réformes nécessaires d'échapper à la révolution: reconsidérant la place de la morale et du droit dans la société, Paul de Rousiers rappelait que seule l'élite « se souvient que les droits d'autrui sont une force sociale, qu'il est possible, il est vrai, de comprimer temporairement à l'aide d'une force supérieure, mais qu'on rend plus redoutable au fur et à mesure qu'on la comprime davantage »<sup>16</sup>.

#### *Louis Louis-Dreyfus, parrain de la clause compromissoire*

Depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, le commerce maritime considérait et revendiquait avec une certaine fierté la situation internationale et fortement spécialisée de son activité dans l'ensemble du commerce ou de l'industrie. Louis Louis-Dreyfus, armateur et député, « parrain » de la loi de 1925, consacrait la clause compromissoire dans l'arbitrage commercial en définissant ainsi la grande diversité des risques maritimes:

« Pertes totales, avaries grosses ou communes, avaries particulières, freintes de route, discussions portant sur la franchise, application des lois étrangères, conflits de législations, interprétation des polices d'assurance, nature des risques, examen de la bonne foi, contrats de réassurances, etc. je ne connais rien de plus délicat en matière commerciale que la discussion des risques de mer, et rien n'est plus voisin du droit, plus subtil, que cette matière de l'assurance maritime »<sup>17</sup>.

En conséquence, l'existence des multiples contrats de transports et d'assurances et le foisonnement du droit et de la jurisprudence tant nationale qu'internationale étaient souvent difficiles et longs à traiter à l'échelon des tribunaux de commerce.

De plus, au début du XX<sup>e</sup> siècle, la domination britannique sur le shipping se concrétisa par l'hégémonie du *Chamber of Shipping documentary Committee* qui rédigeait des chartes-parties pour les lignes de navigation les plus importantes. Créée au Danemark deux ans avant le syndicat patronal français, l'*Association des Armateurs Nordiques* pensa s'affranchir de la tutelle des Britanniques et déplorait en particulier qu'ils aient été les seuls à trancher les chartes parties et les connais-

<sup>14</sup> Archives Nationales du Monde du Travail (ANMT), 52AS 356 le directeur général de la Compagnie Générale Transatlantique au secrétaire général du CCAF, 21 mars 1929.

<sup>15</sup> Rousiers, *L'élite* (n. 9) 175.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Louis Louis-Dreyfus*, La clause compromissoire, conférence faite au 32<sup>e</sup> Congrès de la Meunerie (Paris 1925) 11.

sements, imposant à tous leur volonté. Le CCAF pouvait donc dès sa création espérer profiter de cet élan mené par les Scandinaves pour améliorer la position internationale du shipping français. Hélas, force lui fut de constater que cette question apparaissait devoir être tranchée par l'État « dans un sens diamétralement opposé aux intérêts des armateurs »<sup>18</sup>. Les entrepreneurs du Nord de la France, regroupés dans le *Syndicat des Armateurs du Nord* présidé par Adolphe Bordes, plus orientés vers le tramping et la concurrence internationale, s'opposèrent alors à ceux de Marseille surtout préoccupés de trafics coloniaux protégés et dans lequel les compagnies subventionnées avaient une influence prédominante.

Dans un contexte d'unification du droit maritime international, le Comité Central des Armateurs de France s'efforçait d'aplanir ces oppositions. L'une de ses principales activités consistait à fournir à ses adhérents grands ou petits, une information et un conseil juridique de tout premier plan avec l'aide directe des meilleurs experts du droit maritime du temps. Les débats entre professeurs de droit et avocats furent relayés par un conférencier laborieux en la personne du grand armateur et négociant en grains Pierre Louis-Dreyfus qui consacra sa retraite à se passionner pour la clause compromissoire. Il la définissait comme « un engagement que prennent librement les deux parties avant même que la difficulté ne soit née, de la soumettre à l'arbitrage »<sup>19</sup> ce qui avait l'avantage de pouvoir pallier à n'importe quel conflit, même imprévu. La loi du 31 décembre 1925 qu'il avait porté sur les fonds baptismaux du Parlement se heurta à l'hostilité des membres du Barreau mais aussi à celle des Tribunaux de commerce qui, disait Louis-Dreyfus « éprouvent une certaine peine à se voir dessaisir par l'arbitrage d'affaires qui autrement et très normalement seraient allées à eux. Question d'amour propre »<sup>20</sup>.

Dans l'entreprise maritime le recours à des arbitres experts et à la conciliation était à la fois ancien et indispensable. Pour les assurances des navires ou des cargaisons, la validité de la clause compromissoire était convenue dans l'article 332 du Code de Commerce qui définissait la forme du contrat : « La soumission des parties à des arbitres, en cas de contestation, si elle a été convenue ». La pratique consistait à confier à des experts spéciaux appelés « dispacheurs » le rôle d'arbitre après qu'ils aient été choisis par les consuls ou par les tribunaux. La « dispache » (de l'italien *dispaccio* : règlement) consiste à fixer la part contributive de chacun dans les règlements d'avaries.

Louis-Dreyfus déposa une proposition de loi en 1907 qui fut votée à la Chambre en 1908 mais ne passa pas au Sénat, et il fallut attendre 1925 pour qu'elle soit enfin votée par le Parlement. Etienne Clémentel – Fin connaisseur de la pratique commerciale puisqu'il avait été dans sa jeunesse notaire à Riom – présidait alors la Chambre de Commerce Internationale. Après avoir été un brillant ministre innovateur chargé, entre autres, de la marine marchande de novembre 1917 à mai 1919, son soutien ne fut sans doute pas étranger au succès de l'affaire.

<sup>18</sup> ANMT, 52AS 370–3, Constitution du CCAF, délibération du SAN, 24 octobre 1902.

<sup>19</sup> *Louis Louis-Dreyfus*, « La clause compromissoire », *Le Nord Industriel*, 23 mai 1926.

<sup>20</sup> *Ibid.*

## Des rêves à la réalité : l'arbitrage social et le caractère corporatif de l'industrie maritime

C'est à Marseille que les grèves furent les plus nombreuses et souvent les plus violentes. Cela s'explique par la dureté des pratiques de grévistes précocement syndiqués<sup>21</sup> et celle des armateurs, d'autant moins conciliants qu'ils disposaient d'un syndicat professionnel particulièrement résistant et indépendant, le Syndicat Marseillais de la Marine Marchande. Ces grèves débutaient souvent par une prise de navire par l'équipage ou encore par l'abandon du bord par celui-ci une fois le rôle constitué<sup>22</sup>. La paralysie était totale et selon le mot du premier sous-secrétaire d'État à la marine marchande de la IIIe République, Anatole de Monzie, les conséquences de ces grèves étaient souvent catastrophiques : « les primeurs du Tell pourrissaient dans les ports algériens »<sup>23</sup>. Aux frais d'immobilisation s'ajoutaient pour les compagnies postales subventionnées des indemnités supplémentaires versées à l'État qui pouvait pousser les armements à la ruine.

### *Sous la pression des grèves*

Les grandes grèves de Dunkerque en 1900 et de Marseille en 1901 montrèrent au patronat et à l'État la possibilité d'une association des syndicats de dockers avec ceux des marins dans des grèves qui paralyseraient toute activité maritime. Devant cette menace inédite, les armateurs regroupés au sein de leur Syndicat professionnel se solidariserent avec les états-majors de leurs navires et décrétèrent un lock-out en désarmant tous leurs navires en août 1904. Un ancien président du tribunal de Commerce de Marseille fut finalement choisi comme arbitre souverain : il reconnut le droit pour les syndicats de négocier de nouvelles ententes à condition que les armateurs ne soient plus obligés d'embaucher leurs équipages par l'entremise du syndicat.

La nouvelle grève qui éclata à Marseille en mars 1909 fut principalement provoquée par les modalités d'application de la loi de 1907. Cette loi sur la sécurité et l'hygiène de la navigation maritime, votée le 17 avril 1907 avait en fait vu le jour sous le coup de la poussée syndicale débutée en 1900. Elle constituait pour le gouvernement un renforcement : « du régime tutélaire spécial que l'État a invariablement assuré aux gens de mer et du principe de protection des travailleurs et salariés de toutes catégories qui se retrouve dans tous les actes législatifs fondamentaux édictés en France depuis 25 ans ». Son titre 2, consacré à la réglementation du travail à bord des navires, était complété par un second chapitre consacré aux pénali-

<sup>21</sup> *Viaud*, Le syndicalisme (n. 2) 25, signale une « chambre syndicale des matelots français » à Marseille dès 1877.

<sup>22</sup> *Jean-Pierre Lenhof*, Les hommes en mer. De Trafalgar au Vendée Globe (Paris 2005) 313–332.

<sup>23</sup> *Anatole de Monzie*, Les réformes maritimes (Paris 1914) 81 ; cité comme suit : *Monzie*, Les réformes.

tés encourues par les armateurs<sup>24</sup>. Ces derniers se retrouvaient donc en situation de faiblesse, d'autant plus qu'une partie d'entre eux continuaient à demander la suppression de l'inscription maritime et par conséquent du monopole des équipages français.

La loi du 22 juillet 1909<sup>25</sup> ouvrit la porte à l'instauration dans l'industrie maritime d'un arbitrage qui, sans être obligatoire, devait être particulièrement bien maîtrisé par le gouvernement. Le mot « grève » n'était pas utilisé, ni même celui de « mouvement social » ; le législateur lui préférait l'euphémisme suivant : « événements exceptionnels ayant pour effet d'interrompre temporairement les relations maritimes sous pavillon français ». C'était une manière d'étatiser la gravité des conséquences des grèves à répétition, la rupture de continuité territoriale entre la France et la Corse d'une part, et la France et l'Algérie d'autre part. Pour faire pression sur les armateurs, le gouvernement disposait d'une arme très puissante : la suspension par décret de l'exclusif de droit, du monopole concédé auparavant aux armements français pour le trafic avec la Corse<sup>26</sup>. Pour l'Algérie, l'article premier de la loi du 2 avril 1889, susceptible d'être suspendu provisoirement, était particulièrement sibyllin et explicite : « La navigation entre la France et l'Algérie ne pourra s'effectuer que sous pavillon français »<sup>27</sup>.

En menaçant de cette mesure d'exception les armateurs, l'État leur enlevait des liaisons très lucratives et exerçait ainsi une pression irrésistible pour l'engagement de négociations. Se sentant trahi, l'armement ne put décourager l'introduction de l'arbitrage. L'instrument de cette stratégie malgré tout très contraignante pour les entrepreneurs fut la création d'un Conseil permanent d'arbitrage qui pouvait être « saisi sans délai des différends d'ordre collectif entre les compagnies de transport et leurs équipages ».

Le Décret du 19 mars 1910<sup>28</sup> – qui ne devait concerner que le secteur du commerce maritime délimité par les lois de 1889 et de 1909, les lignes d'Algérie et de Corse – étendit les compétences de l'arbitrage aux armateurs et équipages de pêche qui disposeraient désormais des mêmes droits que ceux des marins du commerce.

<sup>24</sup> *Christian Borde, The French State and Safety at Sea. Co-operation and conventions, 1839–1914* (L'Etat français et la sécurité maritime : de la coopération aux conventions internationales, 1839–1914), dans : *Bridging Troubled Waters. Conflict and Co-operation in the North Sea Region since 1550*, sous la direction de David J. Starkey (Esbjerg 2005) 199–219.

<sup>25</sup> Loi du 22 juillet 1909 autorisant le Gouvernement à suspendre temporairement par décret, en cas de circonstances exceptionnelles, l'application de la Loi du 2 avril 1889 et à déroger, dans les mêmes circonstances, à l'article premier de la Loi du 17 juillet 1867, concernant le régime commercial et maritime entre l'Algérie et la Métropole, *Journal Officiel* du 24 juillet 1909.

<sup>26</sup> Par l'application de l'article 4 de la loi du 21 septembre 1793, dite « acte de navigation », Art. 4 : les bâtiments étrangers ne pourront transporter d'un port français à un autre port français, aucune denrées, productions ou marchandises des crû, produit ou manufacturé de France, colonies ou possessions françaises.

<sup>27</sup> Loi du 2 avril 1889 relative à la navigation entre la France et l'Algérie, *Bulletin officiel de la Marine* (Paris 1889) 578.

<sup>28</sup> Décret du 19 mars 1910 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'art. 2 de la loi du 22 juillet 1909.

Ce décret qui était en même temps un règlement d'administration publique décrivait en 46 articles un système extraordinairement centralisé mais qui, en même temps, entendait tenir compte du caractère très local de certains litiges. Le conseil siègerait à Paris et il serait composé de juristes arbitres et d'arbitres représentant les employeurs et les employés. Les juristes, choisis parmi « les Conseillers d'État en service ordinaire et parmi les conseillers de la cour de cassation » constituaient la section centrale du Conseil permanent d'arbitrage et siégeaient dans toutes les affaires. Les arbitres représentant employeurs et employés étaient élus pour trois ans et devaient être au moins cinq à siéger dans chaque affaire pour chaque camp. L'assemblée regrouperait ainsi à chaque affaire entre 13 et 23 personnes suivant l'importance géographique des litiges.

Le système ne permettait pas la représentation syndicale mais bien plutôt une division corporative puisque les arbitres des employés étaient répartis en quatre catégories professionnelles :

- « 1<sup>e</sup>) les personnes comprises sous la dénomination d'officiers dans l'article 57 de la loi du 15 avril 1898 (modifiant le décret loi de 1852),
- 2<sup>e</sup>) le personnel du pont ;
- 3<sup>e</sup>) le personnel des machines,
- 4<sup>e</sup>) les agents du service général ».

En raison des difficultés particulières qui agitaient le monde de la « machine », le décret prévoyait même la présence obligatoire dans les arbitres élus de « deux officiers mécaniciens titulaires et deux officiers mécaniciens suppléants ».

### *L'échec de la représentation professionnelle*

Les conséquences du tour de passe-passe peu démocratique qui consistait à élargir le système à la pêche furent catastrophiques. Les armateurs ne participèrent que très peu à l'élection du 31 juillet 1910 et les 75.000 inscrits maritimes pratiquèrent une abstention massive<sup>29</sup>, le taux de participation étant de 2,1%. Un décret de 1911 tenta bien de réorganiser les élections en tenant compte de l'importance du tonnage des entreprises maritimes mais le scrutin de fin 1911 fut un nouvel « échec complet et lamentable »<sup>30</sup>.

C'est surtout par l'organisation de la conciliation locale que l'État tenta par la suite de réguler les grèves de manière contraignante. L'arbitrage renforça d'abord le rôle du Commissaire de l'Inscription maritime qui connaissait aussi bien ses protégés les marins que les armateurs locaux. Ainsi la conciliation pouvait sembler plus aisée : « la question qui divise peut être soumise à l'inscription maritime ; Si les deux parties répondent à son appel, l'administration les réunit et s'efforce de les concilier ». Le compromis pouvait être signé rapidement, mais en cas d'échec la centralisation reprenait le dessus dans des termes qui jusqu'en 1913 furent assez bureaucratiques. En effet le commissaire de marine devait informer l'ensemble des

<sup>29</sup> Monzie, Les réformes (n. 23) 84.

<sup>30</sup> *Ibid.*

ministères qui s'occupaient des marins et de la navigation maritime, c'est-à-dire pas moins de cinq : Justice, Intérieur, Marine, Commerce et Industrie, Travail et prévoyance sociale. Finalement en 1913, le fonctionnement du conseil fut confié au tout nouveau Secrétariat d'État à la Marine Marchande, dont la nécessité se faisait sentir depuis très longtemps. Même si les séances n'étaient pas publiques, les sentences qui y étaient prononcées pouvaient peser sur l'opinion publique puisqu'elles devaient être publiées par les revues de droit mais surtout par le *Journal Officiel* où étaient exprimés « le silence ou le refus des parties ». Pour le gouvernement et dans certains cas pour les intéressés, employés ou armateurs, le principal avantage de l'arbitrage était contenu dans l'article 38 : « Le conseil doit rendre sa sentence dans le plus court délai possible ».

Pendant la Première guerre mondiale, l'application des textes de 1909–1910 devint inapplicable en raison de l'impossibilité de procéder aux opérations électorales prévues par le décret. Pour lutter contre les grèves des inscrits, l'État tenta d'abord la manière forte en janvier 1917 lorsque le ministre de l'armement rappela les marins grévistes à leurs devoirs en les menaçant de sanctions. La guerre devant de plus en plus incertaine, l'État en guerre considéra essentiel « d'aplanir, dans le plus bref délai possible, par voie de conciliation ou d'arbitrage, les différends pouvant s'élever entre les armateurs au long cours et au cabotage et les personnels subalternes du pont et de la machine employés par eux, au sujet de salaires et des autres conditions de travail » et relança la mise en place de la procédure.

#### *Le renforcement de l'Inscription maritime pendant la Première guerre mondiale*

Trois textes de lois se succédèrent de 1917 à 1920 et ne firent que redire en les explicitant les principes de 1909. Qualifiés de « personnel subalterne du pont, de la machine ou du service général » en 1917<sup>31</sup>, les marins devenaient en 1919 « le personnel état major du pont et de la machine » mais le Sous-secrétaire d'État des Transports Maritimes et de la Marine Marchande demeurait l'acteur essentiel de la procédure : Il devait être mis au courant des échecs de conciliations « au besoin télégraphiquement » ; il présidait en personne la Commission supérieure d'arbitrage qui se tenait dans les locaux de son secrétariat d'État ; Enfin, il faisait office d'arbitre départiteur si les arbitres employeurs et employés ne pouvaient se départager.

Les organisations professionnelles nationales d'armateurs et de personnels – Comité Central des Armateurs de France et Fédération Nationale des Syndicats maritimes – étaient enfin strictement reconnues. En 1933, le CCAF considérait avec nostalgie cette époque d'union patriotique :

« Il en est résulté tout naturellement l'habitude de procéder à des échanges de vues qui, bien qu'ils fissent ressortir souvent de profondes divisions, pouvaient être – et ont été en fait – le germe des accords passés depuis lors »<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Arrêté du Sous-Secrétaire d'État à la Marine Marchande du 22 décembre 1917, Solution par voie de conciliation des conflits du travail. JO du 24 décembre 1917.

<sup>32</sup> ANMT, 52AS 356, note de 1933 sur les conventions collectives.

La réquisition de la flotte de commerce atteignait 60% du tonnage français entre 1914 et 1918. Puis, à partir de mars 1918, ce fut l'ensemble de la flotte de commerce au-dessus de 500 t qui fut mise au service de l'État. Par conséquent, les armateurs n'étaient plus maîtres de leurs affrètements<sup>33</sup>. Oubliant cette quasi nationalisation du shipping, le CCAF considérait en 1933 que les armateurs auraient accepté l'idée d'une rémunération plus indifférenciée parce que les navires avaient été utilisés à des trafics qu'ils n'avaient jamais pratiqué auparavant et que leurs équipages avaient été brassés de manière inhabituelle. En fait ce fut le résultat des grèves très dures des années 1919–1921 qui les avaient obligé à céder. La dépréciation du Franc et l'inflation engendra la nécessité d'une négociation permanente au cours de laquelle bon nombre d'armateurs firent preuve comme les syndicats ouvriers d'une mauvaise foi accablante.

### *Conventions collectives et arbitrages*

Les premiers véritables accords furent signés les 14 et 16 octobre 1920 entre la Fédération Nationale des Syndicats Maritimes et le CCAF après la rupture de l'unité syndicale de mai 1920<sup>34</sup>. L'épisode de *l'Union Navale Paritaire* demeure mal connu mais il participait sans doute du rêve corporatiste puisque cette institution regroupa de manière informelle des représentants des armateurs et des représentants des marins. Le 8 juin 1921, les deux parties signèrent un second accord sur les rémunérations et certains détails de l'organisation du service à bord. Pour le CCAF c'était un vrai arbitrage puisqu'il était marqué par une baisse des salaires due à la crise :

« Cette entente est remarquable surtout par le fait qu'en présence de la dépression des frets, qui commençait à s'accroître dès le milieu de 1920, les représentants des salariés avaient accepté une baisse de salaires. A cette époque, par conséquent, on pouvait dire que le régime de la convention collective donnait des résultats heureux puisqu'il tenait compte à la fois, grâce à la sagesse des représentants des intéressés, des conditions économiques favorables, comme des commissions économiques défavorables »<sup>35</sup>.

La loi du 25 septembre 1925 rétablit l'arbitrage considéré par l'État comme un moyen efficace de pression sur les armateurs et les inscrits<sup>36</sup>. Un accord du 19 décembre 1925 comportait un réajustement des salaires et réglait certains détails de service tandis que des accords plus généraux des 26 juin et 29 octobre 1926 établirent des conditions générales d'engagement afin « d'éviter des occasions de conflits ». Une fois ces conventions collectives signées, le CCAF allait dès 1926

<sup>33</sup> *Christian Borde*, Les armateurs français au lendemain de la Première Guerre mondiale (1917–1921): Innovation, nationalisation ou américanisation?, dans: Guerre et économie dans l'espace atlantique du 16<sup>e</sup> au 20<sup>e</sup> siècle, sous la direction de *Silvia Marzagalli, Bruno Marnot* (Bordeaux 2006) 83–94.

<sup>34</sup> *Viaud*, Le syndicalisme (n. 2) 85–86.

<sup>35</sup> ANMT, 52AS 356 note de 1933 sur les conventions collectives.

<sup>36</sup> *Viaud*, Le syndicalisme (n. 2) 104.

changer d'attitude et accepter l'arbitrage au jour le jour dans la seule mesure où il s'intégrait dans le suivi de ces conventions. Cette attitude eut un autre effet bénéfique pour le CCAF puisqu'elle renforça la bureaucratisation des syndicalistes<sup>37</sup> qui n'étaient plus des navigants et dont les principaux dirigeants entrèrent au Conseil Supérieur de la Marine Marchande<sup>38</sup>. Le syndicalisme maritime se réduisait à une remise en cause localisée d'accords patiemment négociés. Après l'élaboration d'un Code du travail maritime par la loi du 13 décembre 1926, l'accord du 18 mai 1929 précisait une échelle de salaires et les conditions générales d'engagements des équipages. Dans le cadre de cette législation, ces conditions étaient susceptibles d'être adaptées à chaque armement ou à chaque variété d'armement puisque l'entreprise maritime recouvrait les différentes pêches et une gamme considérable d'activité de transport. C'est sur ces contradictions et sur l'affaiblissement du mouvement syndical miné par des divisions internes que le CCAF put continuer à jouer au chat et à la souris avec les représentants syndicaux. La convention de 1925 fut remise en cause par la FNSM à partir du 6 août 1930 selon les termes mêmes de l'accord tandis que le CCAF confirmait l'entière solidarité entre les conditions d'engagement et les salaires en raison du grand nombre de primes liées à ces conditions. L'ensemble des entreprises d'armement pouvait par conséquent, en restant relativement solidaires, lutter contre la contagion des revendications et donc des grèves. Elles jouaient à fond le rôle « d'autorités sociales » que leur avaient assigné Frédéric Le Play puis Paul de Rousiers.

Contrairement à l'ensemble de l'économie française frappée seulement en 1932, la marine marchande fut touchée par la crise dès 1929. Grâce au travail de l'arbitrage des années 1920, les armateurs se retrouvaient en situation de force pour imposer, en échange du maintien de l'emploi, des baisses de salaires et leur jugement sur l'arbitrage continua d'être positif :

« Tant que les accords ou conventions collectives ont été en vigueur dans l'industrie des transports maritimes, les conditions qu'ils comportaient ont été généralement observées de part et d'autre, compte tenu des inévitables difficultés d'interprétation qui ont surgi parfois. Il est vraisemblable que, grâce à l'existence de ces accords, des conflits sont pu être évités, les agitateurs de profession ayant moins de facilités pour les faire naître lorsqu'ils se trouvent en présence de conditions précises acceptées de part et d'autre par les groupes les plus représentatifs des armateurs et des équipages »<sup>39</sup>.

L'explosion de juin 1936 n'en fut que plus violente et soudaine, jouant pour les armements les affres de la Belle époque ou du lendemain de la Première guerre Mondiale. Cependant, jusqu'en 1939, l'arbitrage social continua son rôle d'émiettement des revendications des personnels. L'application de la législation sur la conciliation et l'arbitrage fut suspendue par un décret du 1<sup>er</sup> septembre 1939, et fut

<sup>37</sup> *Ibid.* 95.

<sup>38</sup> *Ibid.* 97.

<sup>39</sup> ANMT, 52AS 356 note de 1933 sur les conventions collectives.

créée une « Commission supérieure de révision des conditions de travail », instituée par l'article 2 du décret du 10 novembre 1939.

## La création de la Chambre Arbitrale Maritime en 1929

C'était la seconde fois que le CCAF créait une institution toute nouvelle à son unique initiative. En effet, il avait suscité directement en 1908, mais dans une assez grande discrétion, la création d'une association de défense des manutentionnaires portuaires : *l'Association des employeurs de main d'œuvre dans les ports de France*. Elle avait pour objet « l'étude et défense des intérêts communs aux Employeurs de main-d'œuvre dans les ports de France, les progrès techniques et régularité des opérations de manutention dans les ports et la stabilité du personnel ». La défense patronale sur mer était ainsi complétée par la défense patronale dans les ports. Mais la discrétion s'imposait sans doute pour que le lien entre les deux syndicats patronaux ne puissent pas faire soupçonner une intention monopolistique. En 1929, au contraire, la création de la *Chambre Arbitrale Maritime* (CAM) à l'initiative du CCAF fut hautement revendiquée.

« Un certain nombre de groupements d'industriels ou de commerçants intéressés aux affaires maritimes » se rallièrent au CCAF dans ce but<sup>40</sup>. Ce furent d'abord des syndicats professionnels très spécialisés et faciles à convaincre puisque l'arbitrage faisait partie de leur pratique courante : d'abord l'Association des Employeurs de Main d'œuvre dans les ports de France dont le président était le député Hubert Giraud puis le Syndicat des Agents d'Affrètement Maritime présidée par André Sylvain, la Chambre des Négociants commissionnaires et du commerce extérieur présidée par Georges Berger, le Syndicat Central des Négociants Importateurs de Charbons et enfin la Fédération Nationale des Commissionnaires de transports, Transitaires et agents maritimes.

Il fallut ensuite que le CCAF entreprît de convaincre les autres « autorités morales » que l'arbitrage des contentieux par la CAM était supérieur à celui qui est réalisé par les Tribunaux de Commerce. A cet effet Paul de Rousiers vint en exposer les avantages devant l'Union des Chambres de commerce maritimes<sup>41</sup>; il rapela l'intérêt de la clause compromissoire promue par Louis Louis-Dreyfus et souligna la participation entre autres de la Chambre de Commerce de Paris « qui représente une importante clientèle de chargeurs ». Le principal avantage de la CAM serait de pouvoir régler les affaires litigieuses sur place dans les ports et non pas à Paris. Enfin, il s'agissait d' « une procédure rapide, peu coûteuse, avec des possibilités données aux parties de choisir leurs arbitres parmi les personnes compétentes ». En définitive, la Chambre Arbitrale se limitait à faciliter la mise en ap-

<sup>40</sup> *Ibid.* Note sur la création d'une chambre arbitrale maritime, 1928 ou 1929.

<sup>41</sup> *Ibid.* Extrait de la séance de l'Union des Chambres de commerce maritimes et des ports français du 9 avril 1929.

plication de la clause compromissoire facilement insérée dans les contrats grâce à un simple « papillon » de papier.

Le CCAF estimait que la présence des cinq armateurs dans le conseil de la CAM était justifiée « par leur intérêt aux litiges d'ordre maritime. » Cependant, les rapports de force demeuraient bien présents dans ce paradis leplaysien. Ainsi, la Chambre syndicale des Constructeurs de navires se dît très favorable au principe de l'arbitrage et à l'usage de la clause compromissoire mais elle déclara ne pouvoir y participer par crainte que les experts en construction navale soient trop peu nombreux par rapport à ceux des armateurs ce qui, selon elle, aurait pour conséquence que « la liberté de ses adhérents se trouverait entravée »<sup>42</sup>.

Pour les chambres de commerce très liées organiquement aux tribunaux de commerce, l'essentiel était que les entrepreneurs aient toujours la liberté de ne pas insérer la clause compromissoire et d'avoir normalement recours à ces anciennes instances. Le CCAF fut donc obligé de bien souligner que « Les fondateurs de la CAM n'ont aucune hostilité, bien au contraire, contre les tribunaux de commerce qui ne pourront qu'être déchargés et voir ainsi allégée la besogne écrasante qui leur incombe ». Le monde du négoce avait horreur de ce qui était obligatoire et lorsque « Une personnalité maritime » – la question parut tellement incongrue que le CCAF ne donna même pas son nom – demanda que l'arbitrage devint une obligation, il lui fut répondu que « le principe de l'obligation ne peut en aucune manière être inscrit en cette matière sous peine d'écarter à priori la plupart des négociants intéressés à un titre quelconque à l'activité maritime ».

La Chambre de Commerce de Paris adhéra par principe et celle de Nantes fut acquise dès février 1929 grâce à Julien Roy qui exerçait les fonctions de « dispatcher » et qui rappela à l'occasion que l'encombrement des rôles du Tribunal de Commerce et de la Cour d'appel de Nantes engendrait une attente de deux ans pour qu'une affaire fut traitée. Puis la Chambre de Strasbourg représentée par Moerder, président du Groupement les Usagers du Port de Strasbourg<sup>43</sup> fut aussi une des premières à adhérer car, en raison du maintien du régime juridique allemand en Alsace, elle avait jugé positive l'expérience des chambres arbitrales. Selon son président elles « rendent les plus grands services, allègent le travail des tribunaux de commerce dont elles complètent heureusement l'activité ». Même succès à Dunkerque et à Marseille où les présidents des Chambres arbitrales étaient toujours des présidents sortants des Tribunaux de Commerce. De même, la Chambre du Havre présidée par du Pasquier envoya le président du Tribunal de Commerce pour la représenter.

Mais dans d'autres régions la coexistence avec les tribunaux de commerce posait problème. C'était le cas à Bordeaux ou à La Rochelle où le président Morsch rappelait avec circonspection que « La Chambre Arbitrale maritime ne jouera un rôle vraiment utile que le jour où l'armement français tout entier acceptera d'insérer

<sup>42</sup> *Ibid.* Visite de M. Vergé, secrétaire général de la Chambre syndicale des Constructeurs de navires, 22 novembre 1928.

<sup>43</sup> *Ibid.* séance du conseil de la CAM, 7 mars 1929.

dans ses contrats la clause compromissoire», ajoutant que dans sa circonscription beaucoup d'entreprises refusaient d'y souscrire. Pour Vasse, président à Fécamp, lorsqu'elle aurait fonctionné «les dissidents y adhèreraient. mais chacun doit demeurer libre de ne pas accepter, dans tous les cas la clause compromissoire». La Chambre de Commerce de Rouen présidée par Faroult était opposée à la CAM pour deux raisons pratiques: l'agenda chargé des présidents qui ne pourraient pas être arbitres et le double emploi avec les compétences des Tribunaux de commerce.

Le conseil d'administration de la CAM se réunît régulièrement entre février 1929 et janvier 1930 en laissant ouverte la liste des arbitres et en tentant de faire mieux connaître ses buts et ses moyens. Mais le succès de ces démarches apparaît très restreint. Dans l'État actuel de nos recherches nous ne connaissons pas le nombre d'arbitrages prononcés mais il semble qu'il ait été très faible. Paul de Rousiers proposa de modifier la formule de recours pour «ménager et prévenir la susceptibilité de certains chargeurs». La modification de la formule de clause compromissoire fut finalement réalisée sur la suggestion d'un des grands armements marseillais, la Société Générale des Transports Maritimes à Vapeur, et, après discussion, elle devint:

«Les litiges nés de l'exécution ou de l'interprétation du présent connaissance seront soumis au tribunal de commerce de ... ou, sur l'accord des parties, à la Chambre Arbitrale Maritime, dans les conditions des statuts et du règlement de cette chambre»<sup>44</sup>.

En 1938, Jacques Marchegay, alors secrétaire du CCAF dut constater que le Conseil d'Administration de la Chambre Arbitrale Maritime n'était plus réuni depuis 1930. Il exposa brièvement que la CAM avait régulièrement fonctionné et réglé «un certain nombre de litiges» en évitant soigneusement de chiffrer ce qui fut peut-être une déroute institutionnelle. Son président, Hubert Giraud, président de la Chambre de commerce de Marseille était décédé en cours de mandat sans avoir été remplacé et le décès de Paul de Rousiers en 1934 avait sans doute été fatal à cette première Chambre Arbitrale Maritime. Certains armateurs exprimèrent le regret qu'elle n'ait pas eu une existence plus active et qu'elle ne fût pas connue davantage dans les milieux maritimes, et suggèrent à nouveau de «faire une propagande intense». En fait en 1931, une Chambre Arbitrale fonctionnait à Marseille tant pour les questions maritimes que pour le commerce et l'industrie en général<sup>45</sup>. Bon nombre des armateurs de ce port étaient depuis longtemps en opposition avec beaucoup des principes et des décisions prises par le CCAF et la crise économique puis la crise sociale de juin 1936 allaient les éloigner encore plus des instances parisiennes.

Toute activité arbitrale semble avoir cessé de février 1939 à décembre 1948. A partir de cette date, une nouvelle institution fut créée qui portait le titre nouveau de «Chambre Arbitrale Maritime de Paris» et qui est toujours en activité de nos jours.

<sup>44</sup> *Ibid.* 28 janvier 1930.

<sup>45</sup> *Chambre arbitrale des syndicats et groupements commerciaux et industriels de Marseille dite «Chambre arbitrale de Marseille», Liste des arbitres, sections spécialisées*, Le Sémaphore de (Marseille 1931).

## Épilogue: arbitrages et corporatisme

La légalisation des grèves des années 1900, suivie par celle des procédures d'arbitrage des deux décennies suivantes s'accompagnait après 1930 de l'approfondissement de la crise économique mondiale. Ces trois facteurs eurent tendance à miner la solidarité toute relative qui pouvait exister entre les entreprises d'armement si concurrentes naturellement. Il devint de plus en plus difficile d'unifier les modes de négociation avec les personnels et de maintenir la solidarité entre les armateurs telle qu'elle avait été établie par le système « d'autorités morales » de Paul de Rousiers entre 1903 et le début des années trente. Après 1936, certains, cessant de rêver prirent le temps de négocier avec les syndicats alors que d'autres refusèrent de plus en plus de céder à leurs employés, des capitaines aux soutiers.

La conciliation et l'arbitrage sociaux avaient été conditionnés par la « nature tripartite des relations sociales dans le monde maritime » selon l'expression de l'historien Ronan Viaud : en principe l'État républicain devait servir d'intermédiaire entre les armateurs et les marins et donc il fit souvent fonction d'arbitre pour contrôler l'une et l'autre profession et par conséquent le maintien de l'ordre public. A cet égard, le plus grand arbitrage de la période est constitué par les négociations de juin 1936. Mais à d'autres moments l'État opposa les uns contre les autres au lieu de jouer convenablement son rôle d'arbitre et sa déliquescence à partir de 1934 annonçait des lendemains peu fiables sur le plan des relations sociales.

Dans l'arbitrage commercial, au contraire, l'État n'intervenait plus du tout et pourrait alors se réaliser un autre rêve des armateurs : faire des affaires sans que l'État ni la Justice en apparat n'y ait la moindre part en restant « entre soi ».

Pour lutter contre l'étatisme engendré par la crise économique, l'un des rêves nouveaux d'une partie des armateurs fut donc de rassembler les deux acteurs de l'entreprise contre l'État. La théorie des « autorités sociales » et celle de la « destruction de la notion de lutte des classes » pouvaient mener à la conception corporative de la société. Ainsi dès 1929, l'un des buts affichés de la Chambre arbitrale Maritime en 1929 était de « faciliter les rapprochement et par suite une plus complète compréhension entre les différentes branches de l'industrie maritime ». D'autres facteurs passésistes concourraient au succès des idées corporatives. On pouvait, comme le faisait Anatole de Monzie en 1914, insister sur le caractère communautaire et rétrograde des acteurs de l'entreprise maritime :

« Pour la plupart, les pêcheurs sont propriétaires de leurs barques. En tout cas, même pour les lointaines campagnes, ils naviguent « à la part », c'est-à-dire qu'ils sont les associés du patron, bien plutôt que ses salariés. De conflits collectifs, de grèves, il n'est pour eux question. D'arbitrage non plus [...] Restent les marins du commerce. Ceux-là sont gens indifférents, sinon fatalistes, qui s'en rapportent volontiers à la Madone ou à l'État-Providence »<sup>46</sup>.

Sur ce désarroi social bien éloigné des utopies de la conciliation sociale et qui accompagnait la crise mais aussi la mutation technologique et des rapports à la mer

<sup>46</sup> *Monzie*, Les réformes (n. 23) 85.

qui allaient bientôt être complètement bouleversé, devait se construire la seule Corporation qui ait vraiment pris forme dans la France de Vichy, celle des Pêches Maritimes<sup>47</sup>.

## Kurzfassung

Zwei Träume der Seehandelsunternehmer verkörpern sich in der gleichzeitigen Schöpfung zweier Schiedsverfahren, die Konflikte in der Welt der Schifffahrt und der Fischerei in Frankreich am Beginn des 20. Jahrhunderts regeln sollten: Erstens ein Schiedsverfahren, das die Konflikte und Schwierigkeiten der Lohnabschlüsse zwischen den Reedern und ihren Schiffsbesatzungen regeln sollte und das dem Berufsstand von den radikalen Regierungen des frühen 20. Jahrhunderts unter dem Druck der zahlreichen Arbeitskämpfe, die vor dem ersten Weltkrieg in den Reedereien und Häfen ausbrachen, aufgezwängt worden war, und zweitens ein Schiedsverfahren im Handel, das erlaubte, die Zwistigkeiten zwischen Unternehmern schnell und mit geringen Kosten gütlich und unter Achtung der Handelskonventionen zu regeln, falls im Voraus eine „clause compromissoire“ vereinbart worden war.

Paul de Rousiers, Professor für politische Ökonomie, näherte die beiden Schiedsverfahren einander an. Er bezeichnete die Schiedsrichter als „soziale Autorität“, ein Begriff, den er direkt dem Denken seines Lehrers Frédéric Le Play, eines der Gründerväter der europäischen Soziologie, entnommen hatte. Von 1903 bis 1934 brachte Paul de Rousiers sein System zur Anwendung. Er handelte in seiner Eigenschaft als Generalsekretär des Zentralkomitees der französischen Reeder, eine Arbeitgebervereinigung, welche die Gesamtheit der Fischerei- und Handelsreeder im Mutterland und den Kolonien zusammenfasste.

Der Beitrag schildert die Art und Weise, in der sich dieses doppelte Konzept entwickelte, das vereinheitlicht und durch die Arbeitgebervereinigung in zweifacher Absicht instrumentalisiert wurde: um eine Alternative zum Klassenkampf zu finden, doch zugleich, um die Solidarität zwischen den Unternehmern zu stärken, die in einer Interessenvertretung vereinigt worden waren, um sie weniger abhängig von der Konsulargerichtsbarkeit sein zu lassen, welche als langsam und kostenintensiv beurteilt wurde. Während die Entwicklung des sozialen Schiedsverfahrens den Sektor der Schifffahrt zu einem korporativen Modell brachte, das durch die Vichy-Regierung auf den Sektor der Fischerei übertragen wurde, blieb das Schiedsverfahren im Handel ein Fehlschlag, obwohl noch heute in Paris die *Chambre Arbitrale* als Relikt fortbesteht.

<sup>47</sup> *Viaud*, *Le syndicalisme* (n. 2) 185–192.

## Abstract

Two dreams of the entrepreneurs of maritime commerce were realized with the simultaneous creation of two courts of arbitration, designed to regulate the conflicts in the field of shipping and fishing in France at the beginning of the 20<sup>th</sup> c.: Firstly, an arbitration designed to regulate the conflicts and difficulties to apply the salary agreements between the ship owners and their crew, imposed on the professional community by the radical governments of the early 20<sup>th</sup> c. under the pressure of numerous strikes which broke out in the shipping companies and the harbors before the first world war. Secondly, a commercial arbitration which allowed regulating the differences between entrepreneurs peacefully and the application of trade conventions quickly and for less money, under the condition that a compromise clause had been concluded in advance. The professeur of political economy Paul de Rousiers assimilated social and commercial arbitration. He applied to the arbiters the notion of “social authority”, borrowed directly from the thinking of his teacher Frédéric Le Play, one of the founding fathers of European sociology. From 1903 to 1934 Paul de Rousiers put his system in application, acting as General Secretary of the Central Committee of the ship-owners of France, a union of entrepreneurs which comprised all owners of fishing and trading ships, in France as well as in the colonies. The article describes the manner in which this double concept developed, unified and exploited by the entrepreneurs’ syndicate with a double aim: find an alternative to the class struggle, but also strengthen the solidarity between the entrepreneurs, united in a lobby in order to make them less dependent from the consular justices who were deemed as slow and expensive. While the development of the social arbitrage led the sector of shipping towards a corporative model inaugurated in the sector of fishing by the regime of Vichy, the commercial arbitrage was a failure in spite of the fact that the *Chambre Arbitrale de Paris* survived as a relic until today.

## Kurzbiographien der Autoren

AMEND-TRAUT, ANJA, Professorin für Dt. u. Europ. Rechtsgeschichte, Kirchenrecht u. Bürgerliches Recht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Zuletzt erschienen u. a.: Wechselverbindlichkeiten vor dem RKG. Praktiziertes Zivilrecht in der Frühen Neuzeit, 2009; Der Reichshofrat u. die Kapitalgesellschaften. Die Bemühungen um eine Handelscompanie zwischen den Hansestädten u. Spanien, in: A. Amend-Traut/A. Cordes/W. Sellert (Hrsg.), Geld u. Gerechtigkeit, 2012 (im Ersch.); Zur Geschichte des Notariats in Frankfurt a.M. Das Notariat zwischen Reichskonformität u. kaufmännischen Sonderinteressen, in: Hdb. zur Geschichte des dt. Notariats seit der Reichsnotariatsordnung von 1512, 2012, 315–349.

BORDE, CHRISTIAN, Maître de Conférences en Histoire contemporaine à l'Université du Littoral Côte d'Opale (ULCO: Dunkerque, Calais, Saint-Omer, Boulogne-sur-Mer). Thèse de doctorat d'Université: Le port de Calais, 1814–1914, Université Charles de Gaulle Lille III, 1995. Il publie en 2009: C. Borde, «Le contrebandier, le tulliste et le négociant: Calais, relais européen de l'industrie dentellière, 1802–1832», dans: S. Curveiller, L. Bucharde (éds.), Se déplacer du Moyen âge à nos jours, Actes du 6e colloque européen de Calais 2006–2007, Calais, 2009, 291–302.

CORDES, ALBRECHT, Professor für mittelalterliche u. neuere Rechtsgeschichte u. für Zivilrecht an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. Hauptantragsteller des LOEWE-Schwerpunkts „Außergerichtliche u. gerichtliche Konfliktlösung“; Vorstandsmitglied im Hansischen Geschichtsverein; Leiter des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung; Mitherausgeber der 2. Aufl. des Handwörterbuchs zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG). Zuletzt erschienen: Art. Kaufmann, Kaufleute, in: HRG II, 2. Aufl. 2012, 1683–1690; Acceptance and Rejection of „Foreign“ Legal Doctrine by the Council of Lubeck around 1500, in: S. Dauchy u. a. (Hrsg.) Ratio decidendi, Bd. 2, Berlin 2010, 17–35.

GARNIER, FLORENT, Professeur d'Histoire du droit à l'École de Droit – Université d'Auvergne. Il est l'auteur notamment des articles «*Eugène-Edmond Thaller et les Annales de droit commercial*»; Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX<sup>e</sup> siècle. Études réunies par N. Hakim et F. Melleray, Dalloz, coll. Méthodes du droit, Paris 2009, 159–196; «De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX<sup>e</sup> siècle et au début XX<sup>e</sup> siècle», Quaderni Fiorentini, XLI (2012), 299–327.

HAMON, THIERRY, Maître de Conférences en Histoire du Droit à l'Université Rennes 1, Directeur de l'Antenne délocalisée de la Faculté de Droit de Rennes à Saint-Brieuc. Publications significatives: Contributions au Dictionnaire Historique des Juristes Français (Dir: Arabeyre, Halpérin, Krynen), Paris, 2007; «Le statut juridique des routoirs en Bretagne, de l'Ancien Régime au XIX<sup>ème</sup> siècle», dans: Du lin à la toile, Rennes, 2008, 65–91; «L'adjuration à Saint Yves de Vérité, persistance tardive d'une ordalie populaire bretonne», Mémoires de la S.H.A.B. Rennes, 2008, T. 86, 41–88; «L'exploitation des terres agricoles en Droit coutumier breton (XIV<sup>ème</sup>–XIX<sup>ème</sup> siècle)», dans: Terre, Forêt et Droit, Nancy, 2006, 273–318.

HILAIRE, JEAN, Professeur d'histoire du droit, doyen honoraire de la Faculté de droit de l'université Descartes (Paris V), professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) depuis 1994. Spécialisations: droit de la famille, procédure civile, droit commercial.

MARZAGALLI, SILVIA, Full-time Professor of Early Modern History at the University of Nice, France. Principal investigator of the program Navigocorpus, ANR grant 2007–2011 (<http://navigocorpus.org>). Author of «*Les boulevards de la fraude*». *Le négoce maritime et le Blocus continental, 1806–1813*. Bordeaux, Hambourg, Livourne, (Villeneuve d'Ascq, 1999); *Révolution Consulat et Empire* with M. Biard and P. Bourdin (Paris, 2009); *Atlas de la Révolution française. Circulations des hommes et des idées, 1770–1804*, with P.-Y. Beaurepaire (Paris, 2010); «Rough Waters. The United States involvement in the Mediterranean, 18<sup>th</sup>–19<sup>th</sup> c.», with J. McCusker and J. Sofka (St. John's, Newfoundland, 2010).

MÜSSIG, ULRIKE, Professorin an der Juristischen Fakultät der Universität Passau, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht sowie Dt. u. Europ. Rechtsgeschichte. Zuletzt erschienen: Die europ. Verfassungsdiskussion des 18. Jh., Tübingen 2008; Recht u. Justizhoheit, Der gesetzliche Richter im historischen Vergleich von der Kanonistik bis zur Europ. Menschenrechtskonvention, Berlin 2009; La concentration monarchique du pouvoir et la diffusion des modèles constitutionnels français en Europe après 1800, *Revue historique de droit français et étranger* 88 (2010), 295–310; L'ouverture du mouvement constitutionnel après 1830: à la recherche d'un équilibre entre la souveraineté monarchique et la souveraineté populaire, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 79 (2011), 489–519; L'avant-garde allemande du discours constitutionnel en 18<sup>e</sup> siècle: Entre la Raison d'État et le droit de codécision rationnelle, *Revue historique de droit français et étranger* 90 (2012), 67–84.

OESTMANN, PETER, Professor für Bürgerliches Recht u. Dt. Rechtsgeschichte in Münster; Hauptantragsteller des Exzellenzclusters Religion u. Politik; Mitglied der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften u. Künste. Zuletzt erschienen: Geistliche u. weltliche Gerichte im Alten Reich (Köln u.a. 2012); Pro-

zesse aus Hansestädten vor dem Königs- u. Hofgericht in der Zeit bis 1400, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, GA 128 (2011), 114–168.

PAHLOW, LOUIS, Professor für Neuere Rechtsgeschichte, Juristische Zeitgeschichte u. Zivilrecht an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. Veröffentlichungen zur Geschichte des Privat- u. Wirtschaftsrechts im 19. u. 20. Jh., u. a.: Die zeitliche Dimension des Rechts. Historische Rechtsforschung u. geschichtliche Rechtswissenschaft (2005); Aktienrecht u. Aktiengesellschaft zwischen Revolution u. Reichsgründung, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel (2007); Das aus der Ruhe gerissene Recht. Wirtschaftsrecht zwischen Rechtswissenschaft u. Politik, in: Reulecke/Roelcke (Hrsg.), Wissenschaften im 20. Jh. (2008); Grundlagen u. Grundfragen des Geistigen Eigentums (2008); Der Staat als Wächter über die Kreditwirtschaft, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 34 (2012).

PFISTER-LANGANAY, CHRISTIAN, Maître de conférences en histoire moderne à l'Université du Littoral-Côte d'Opale. Sa thèse, sortie en 1985, porte sur le commerce du port de Dunkerque entre 1662 et 1792. Il publie en 2005 une histoire de la construction navale dunkerquoise du XVII<sup>e</sup> siècle à 1914. Travaille actuellement sur l'Amirauté de France dans le cadre du programme Navigocorpus, ANR depuis 2007.

POURCHASSE, PIERRICK, Senior Lecturer and Research Fellow in the Department of History at the University of Bretagne Occidentale in Brest. One of the coordinators of Navigocorpus, ANR (a project which aims to compile data on merchant shipping between 1650 and 1850 and put it at public disposal). Representative publication: Le commerce du Nord. Les échanges commerciaux entre la France et l'Europe septentrionale au XVIII<sup>e</sup> siècle (Rennes: PUR, 2006).

ROTHWEILER née RÉHAULT, ANNE-ESTELLE, Maître de conférences à l'Université de Strasbourg, 'Le naufrage – les conséquences juridiques de l'infortune de mer en France et en Angleterre du XVI<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle' (Atelier national de reproduction des thèses, 2002); Von der Compagnie de commerce zur société anonyme: Die Geschichte der Aktienrechtsgesellschaft in Frankreich bis zum Code de commerce, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel (2007) Bd. 1, 23–45; 'L'assurance des captifs chrétiens au XVII<sup>e</sup> siècle', dans: Navires et gens de mer du Moyen Age à nos jours, P. Sturmel (Dir.), (L'Harmattan, 2011), 75–95.

SACHS, STEPHEN E., Assistant Professor of Law, Duke University School of Law. Representative publications: Constitutional Backdrops, 80 G.W. L. Rev. (forthcoming 2012); Full Faith and Credit in the Early Congress, 95 Va. L. Rev. 1201 (2009); From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval 'Law Merchant', 21 *American University International Law Review* 685 (2006).

SCHERNER, KARL OTTO, bis 1999 Inhaber des Lehrstuhls für Dt. u. Europ. Rechtsgeschichte u. Bürgerliches Recht an der Universität Mannheim. Zuletzt erschienen: Handelsrecht. Selbstregulierung u. Regulierung beim Eisenbahnfrachtgeschäft u. im Versicherungswesen in der erste Hälfte des 19. Jh., in: Selbstregulierung im 19. Jh. zwischen Autonomie u. staatlichen Steuerungsansprüchen (Hrsg. v. P. Collin, M. Stolleis u. a.), Frankfurt 2011, 195–229; Artt. Handelsrecht, Kauf, Kommissionsgeschäft, in: HRG 2. Aufl., Bd. 2 (2012) 714–732, 1665–1679, 1988–1991.

WIJFFELS, ALAIN, Professor für Rechtsgeschichte u. Rechtsvergleichung an den Universitäten zu Leiden (NL) u. Louvain-la-Neuve (B), Forschungsdirektor am CNRS (Frankreich). Forschungsthemen: Alte Gerichtsbarkeit, Ius Commune, Kodifikation, Verfassungsgeschichte, Völkerrechtsgeschichte. Kurzlehrbuch: Introduction Historique au Droit. France, Allemagne, Angleterre (Paris, Coll. Thémis Droit, 2010).

### Schriften des Historischen Kollegs:

Eine Übersicht über die Bände findet sich unter:

[www.oldenbourg-wissenschaftsverlag.de/shk](http://www.oldenbourg-wissenschaftsverlag.de/shk)

Alle Publikationen des Historischen Kollegs sind verzeichnet unter:

[www.historischeskolleg.de](http://www.historischeskolleg.de)

- 61 *Helmut Altrichter* (Hrsg.): GegenErinnerung. Geschichte als politisches Argument im Transformationsprozeß Ost-, Ostmittel- und Südosteuropas, 2006, XXII, 326 S. ISBN 3-486-57873-1
- 62 *Jürgen Trabant* (Hrsg.): Sprache der Geschichte, 2005, XXIV, 166 S. ISBN 3-486-57572-4
- 63 *Anselm Doering-Manteuffel* (Hrsg.): Strukturmerkmale der deutschen Geschichte des 20. Jahrhunderts, 2006, VIII, 273 S. ISBN 3-486-58057-4
- 64 *Jan-Dirk Müller* (Hrsg.): Text und Kontext: Fallstudien und theoretische Begründungen einer kulturwissenschaftlich angeleiteten Mediävistik, 2007, XIII, 272 S. ISBN 3-486-58106-5
- 65 *Peter Schäfer* (Hrsg.): Wege mystischer Gotteserfahrung. Judentum, Christentum und Islam/Mystical Approaches to God. Judaism, Christianity, and Islam, 2006, X, 164 S. ISBN 3-486-58006-X
- 66 *Friedrich Wilhelm Graf* (Hrsg.): Intellektuellen-Götter. Das religiöse Laboratorium der klassischen Moderne, 2009, XIII, 161 S. ISBN 978-3-486-58257-4
- 67 *Werner Busch* (Hrsg.): Verfeinertes Sehen. Optik und Farbe im 18. und frühen 19. Jahrhundert, 2008, X, 228 S. ISBN 978-3-486-58490-5
- 68 *Kaspar von Greyerz* (Hrsg.): Selbstzeugnisse in der Frühen Neuzeit. Individualisierungsweisen in interdisziplinärer Perspektive, 2007, VII, 201 S. ISBN 978-3-486-58236-9
- 69 *Wilfried Hartmann* (Hrsg.): Recht und Gericht in Kirche und Welt um 900, 2007, IX, 249 S. ISBN 978-3-486-58147-8
- 70 *Heinz Schilling* (Hrsg.): Konfessioneller Fundamentalismus. Religion als politischer Faktor im europäischen Mächtesystem um 1600, 2007, XI, 320 S. ISBN 978-3-486-58150-8
- 71 *Michael Toch* (Hrsg.): Wirtschaftsgeschichte der mittelalterlichen Juden. Fragen und Einschätzungen, 2008, X, 218 S. ISBN 978-3-486-58670-1
- 72 *Tilman Nagel* (Hrsg.): Der Koran und sein religiöses und kulturelles Umfeld, 2010, XXIV, 250 S. ISBN 978-3-486-59052-4
- 73 *Karl-Joachim Hölkeskamp* (Hrsg.): Eine politische Kultur (in) der Krise? Die „letzte Generation“ der römischen Republik, 2009, XII, 222 S. ISBN 978-3-486-59053-1
- 74 *Karl Schlögel* (Hrsg.): Mastering Space. Raum und Raumbewältigung als Probleme der russischen Geschichte, 2011, VIII, 314 S. ISBN 978-3-486-70445-7

### Schriften des Historischen Kollegs:

- 75 *Aloys Winterling* (Hrsg.): Zwischen Strukturgeschichte und Biographie. Probleme und Perspektiven einer römischen Kaisergeschichte (Augustus bis Commodus), 2011, X, 350 S. ISBN 978-3-486-70454-9
- 76 *Rüdiger vom Bruch* (Hrsg.): Die Berliner Universität im Kontext der deutschen Universitätslandschaft nach 1800, um 1860 und um 1910, 2010, XVIII, 259 S. ISBN 978-3-486-59710-3
- 77 *Christoph Buchheim und Marcel Boldorf* (Hrsg.): Europäische Volkswirtschaften unter deutscher Hegemonie 1938–1945, 2012, X, 270 S. ISBN 978-3-486-70950-6
- 78 *Klaus Schreiner* (Hrsg.): Heilige Kriege. Religiöse Begründungen militärischer Gewaltanwendung: Judentum, Christentum und Islam im Vergleich. Kolloquium der Mitglieder des Historischen Kollegs, 7.–9. November 2007. 2008, XIII, 223 S. ISBN 978-3-486-58490-5
- 79 *Jörg Fisch* (Hrsg.): Die Verteilung der Welt. Selbstbestimmung und das Selbstbestimmungsrecht der Völker. The World Divided. Self-Determination and the Right of Peoples to Self-Determination, 2011, XXII, 344 S. ISBN 978-3-486-70384-9
- 80 *Georg Schmidt* (Hrsg.): Die deutsche Nation im frühneuzeitlichen Europa. Politische Ordnung und kulturelle Identität? 2010, XIV, 344 S. ISBN 978-3-486-59740-0
- 81 *Albrecht Cordes, Serge Dauchy* (Hrsg.): Eine Grenze in Bewegung. Öffentliche und private Justiz im Handels- und Seerecht, 2013, XII, 366 S. ISBN 978-3-486-71799-0
- 82 *Lothar Gall, Dietmar Willoweit* (Hrsg.): Judaism, Christianity, and Islam in the Course of History: Exchange and Conflicts, 2011, XII, 470 S. ISBN 978-3-486-59707-3
- 83 *Thomas Welskopp, Alan Lessoff* (Hrsg.): Fractured Modernity. America Confronts Modern Times, 1890s to 1940s, 2012, X, 242 S. ISBN 978-3-486-71695-5
- 84 *Gian Luca Potestà* (Hrsg.): Autorität und Wahrheit. Kirchliche Vorstellungen, Normen und Verfahren (XIII.–XV. Jahrhundert), 2012, XII, 200 S. ISBN 978-3-486-70771-1
- 85 *Egon Flaig* (Hrsg.): Genesis und Dynamiken der Mehrheitsentscheidung (in Vorbereitung)
- 86 *Heribert Müller* (Hrsg.): Das Ende des konziliaren Zeitalters (1440–1450): Versuch einer Bilanz, 2012, X, 352 S. ISBN 978-3-486-71421-0
- 87 *Gangolf Hübinger* (Hrsg.): Europäische Wissenschaftskulturen und politische Ordnungen in der Moderne (1890–1970) (in Vorbereitung)
- 88 *Werner Plumpe* (Hrsg.): Unternehmer – Fakten und Fiktionen (in Vorbereitung)

Oldenbourg







