

P a n d e k t e n

von

Heinrich Dernburg,
ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Berlin,

Erster Band.

Allgemeiner Theil und Sachenrecht.

Sechste, verbesserte Auflage.

Unter Mitwirkung
von

Johannes Biermann,
ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Giessen

Berlin 1900.

Verlag von H. W. Müller

Vorwort zur sechsten Auflage.

Noch einmal erscheinen Dernburgs Pandekten in neuer Gestalt. Manchem wird dies wunderbar vorkommen. Denn die alte Überlieferung ist abgebrochen, der Lehrvortrag über Pandekten, einst der Mittelpunkt der civilistischen Studien, das wichtigste Bildungsmittel für die Studierenden des Rechtes in Deutschland und für zahlreiche Nichtdeutsche ist verstummt. An die Stelle trat eine Vorlesung von zweifelhafter Bedeutung: „das System des Römischen Rechtes“, welche in der Regel nichts Anderes bietet, als die dereinstigen Institutionen des Justinianischen Privatrechts. Soll doch schon im zweiten Semester des juristischen Studiums die Vorlesung über das B.G.B. beginnen, von welcher man verlangt, dass sie außer dem neuen Recht auch das Recht der Vergangenheit, in dem es wurzelt, gründlich lehrt und damit noch die Darstellung der sich erhaltenden landesrechtlichen Rechtsinstitute verbindet. Ein hohes Ziel, aber eine unmögliche Anforderung!

Weder das Recht der Vergangenheit, noch dasjenige der Gegenwart ist auf diesem Wege ausreichend zum Verständnis zu bringen. Das Recht des B.G.B. ist so schwierig, es ist so reich an besonderen Bestimmungen, es trägt so viele Streitfragen von praktischer Bedeutung in seinem Schosse, dass die Vorlesung über dasselbe, wenn sie nur einigermaßen den wissenschaftlichen Anforderungen und dem Zweck einer Vorbildung für die Praxis genügen soll, sich ganz und voll dem B.G.B. zuwenden muss, derart, dass sie zwar das Recht der Vergangenheit voraussetzt und auf dessen Kenntnis fußt, aber nicht erst die fehlende Grundlage herstellt.

Schon die kurze Erfahrung seit Erlass der neuen Studienordnungen zeigt die Befürchtung als nicht unbegründet, dass oft in der Vorlesung über das neue bürgerliche Recht auf Fundamente gebaut werden muss welche bei den Hörern nur unsicher oder gar nicht vorhanden sind. Wohl wendet sich die Jugend mit Begeisterung dem neuen vaterländischen Rechte zu, aber leicht wird ihre Kraft erlahmen, wenn sie inne wird, dass ihr die Voraussetzungen fehlen, um des spröden Stoffes Herr zu werden.

Soll dies der dauernde Zustand bleiben? Wird sich der wissenschaftliche Sinn der Nation hiermit auf die Länge begnügen? Soll unsere Jugend an die Paragraphen des Gesetzes geschmiedet werden nach kümmerlicher Vorbildung? Die Aufgaben, welche das neue Recht an den deutschen Richter stellt, sind so unvergleichlich schwierige, so außerordentlich verantwortungsvolle, dass sie nur bei gründlichster Vorbildung auch nur annähernd gelöst werden können. Hierzu gehört aber eine genaue Kenntnis des römischen und gemeinen Rechtes, wie des deutschen Privatrechtes und ein Eindringen in deren Wesen und Geist.

Dass der Verfasser an einer günstigen Lösung nicht verzweifelt, zeigt die Veranstaltung der neuen Auflage dieses Buches.

Dasselbe ist dazu bestimmt, ein ernstliches Studium des Römischen Rechtes als eines der Grundelemente der Rechtswissenschaft und der menschlichen Kultur zu erleichtern und zu fördern. Nicht beim Justinianischen Recht bleibt es stehen. Sein Zweck ist auch, die Weiterbildung dieses Rechtes, wie sie sich im Mittelalter in gewaltiger Geistesarbeit anbahnte, zu berücksichtigen, und vor Allem die glänzenden Ergebnisse deutscher Wissenschaft und deutscher Praxis auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes zur Darstellung zu bringen.

Damit kann sie aber auch eine geschichtliche und dogmatische Einführung in das B.G.B. geben, nicht so, dass es dessen Einzelheiten erörtert, aber uns dessen Wesen verständlich macht.

Als vor und nach Beginn des 19. Jahrhunderts die großen Gesetzbücher über Bürgerliches Recht in Kraft gesetzt wurden, sollte Wissenschaft und Lehre keineswegs hierbei stehen bleiben. Man gedachte sie durch das Naturrecht zu beleben, zu vervollständigen und zu vergeistigen. Nach der heutigen Auffassung hat das Naturrecht diese Zauberkraft nicht. Aber auch die Texte der Gesetze können nicht genügen. Man erwartet das Heil von den Präjudicien der Gerichte, welche in massenhaften Sammlungen, in zahllosen Büchern und Zeitschriften bald gewaltig anschwellen werden. Wer aber führt uns in dem Chaos der Präjudicien? Nur die leitenden Prinzipien, welche uns die geschichtliche Entwicklung des Rechtes zu erkennen lehrt, können uns die Beherrschung ermöglichen.

So ist es auch heute keine überflüssige Aufgabe, die Studierenden in die Wissenschaft des römischen und gemeinen Rechtes einzuführen und auch der Praktiker wird hier Rüstzeug finden, um seines Berufs zu warten. Vor Allem war es mir eine Freude, mich noch einmal in diesem Werk an die deutsche Jugend wenden zu können. Möge es auch unter veränderten Verhältnissen ein Echo finden.

Westend, 28. September 1899.

Heinrich Dernburg.

Vorwort zur ersten Auflage.

Den Jüngern und Freunden der gemeinrechtlichen Wissenschaft übergebe ich hiermit die ersten Theile einer Darstellung der Pandekten, die ich in kurzer Frist zu vollenden hoffe. Seit Jahren stand der Gedanke dieses Werkes vor mir. Aber zunächst nahm mich eine andere wichtige Aufgabe in Anspruch. Als diese im wesentlichen gelöst war, schien es mir kaum möglich bei der vielfachen Thätigkeit, die mir obliegt, Zeit und Kraft zu gewinnen, um eine Darstellung der Pandekten würdig zu vollenden.

Doch der Gedanke ist mächtiger geworden als die Bedenken, die ihm entgegenstanden. Sowie ich die Arbeit begonnen hatte, war ich durch sie gefangen. Welche Befriedigung, den Stoff, den ich oftmals vorgetragen hatte, nunmehr nach allen Richtungen mit gespannter Kraft durchzudenken, Zweifel zu lösen, welche ich bisher nicht auf den Grund gehen konnte, Anschauungen feste Gestalt zu geben, die bisher nur unbestimmtere Umrisse bei mir hatten! Nicht wenige Grundgedanken konnte ich in meinem Buche über preußisches Privatrecht nur andeuten. Nun erst hatte ich Gelegenheit, sie näher zu entwickeln, hie und da richtiger zu bestimmen. Denn die Erörterung der Grundbegriffe kann zum großen Theile nur auf dem Boden des gemeinen Rechtes geschehen. Vor allem war mir wichtig, dass ich manches weiter ausführen durfte, was ich in meinen Vorlesungen über Pandekten nur kurz berühren konnte.

Der studierenden Jugend ist diese Werk bestimmt. Gelingt es mir, sie im Studium zu fördern, so ist sein Ziel erreicht. Sollte auch der in der Praxis stehende Jurist in dem Buche Anregung und Unterstützung finden, so wäre dies hochoerwünscht.

Dreierlei scheint mir erforderlich, damit ein Buch über Pandekten den Zweck der Förderung des wissenschaftlichen Studiums voll erreicht.

Ein solches Buch soll eine Anleitung zum gründlichen Studium des *corpus juris civilis*, insbesondere der justinianischen Pandekten geben. Sowie wir tiefer in dieses Werk einzudringen versuchen, scheiden sich die einzelnen Juristen, deren Aussprüche aufgenommen sind, scharf und bestimmt als Individualitäten. Auch dem Studierenden sollten wir die alten Meister des Pandektenrechtes in ihrer Eigenart vorführen; er soll die einzelnen – einen Celsus, Papinian, Paulus und viele andere – achten und verehren lernen. Um dies anzubahnen, sind in diesem Buche zahlreiche Kernsprüche der klassischen Juristen abgedruckt, keineswegs bloß um als Belegstellen für unsere Ausführungen zu dienen. Sie sollen dem Studierenden vertraut werden, wie die Worte unserer literarischen Klassiker. sie mögen zu einem dauernden Besitz derselben werden. Und wenn er sich der trefflichen Aussprüche freut, so sollen ihm auch die Namen derer gegenwärtig sein, denen er sie verdankt. Aus diesem Grunde ist hier jedem vollständig abgedruckten Spruch der Name seines Urhebers beigefügt. So wird, wie ich hoffe, mancher angeregt, über das beschränkte Material, welches hier angeführt werden kann, hinauszugehen und die Quelle selbst in die Hand zu nehmen.

Die Pandekten sollen ferner nicht in einer dünnen Dogmatik bestehen, die Rechtssätze, um die es sich hier handelt, haben eine Entwicklungsgeschichte, die über zwei Jahrtausende hinausreicht. In einem zusammenfassenden Werke kann dies nicht in das Detail hinein durchgeführt werden. Aber bei jedem Schritt sollen wir bewusst bleiben, dass wir auf historischem Boden stehen, dass es sich hier um die Geistesarbeit vieler Generationen handelt. Das Gewinnen dieser Anschauung ist das wichtigste Resultat, welches das juristische Universitätsstudium erzielen kann.

Aus dem historischen Rahmen muss endlich das praktische Recht breit und konkret hervortreten. Denn die Pandekten sind nicht eine bloße historische Lehre. Sie haben von jeher das System des geltenden Privatrechtes dargestellt. Diese Aufgabe müssen sie festhalten. Daher muss auch die Einwirkung des heutigen Reichsrechtes auf das System beachtet werden, nicht bloß hier und da in mehr dilettantischer Weise, sondern folgerecht und planmäßig. Dabei handelt es sich nicht um Anführung jeder Einzelheit, sondern um das, was für das System von einschneidender Bedeutung ist. Auch die Praxis des Reichsgerichtes ist in den Bereich der Betrachtung zu ziehen. Hier tritt die Bedeutung der theoretischen Sätze besonders lebhaft hervor. Es ist dies ein Element, welches, richtig gewürdigt, auch dem theoretischen Studium förderlich sein kann.

Neben der Geschichte und dem praktischen Rechte darf die Leuchte der Philosophie nicht fehlen. Aber Herrin darf sie auf dem Gebiete des positiven Rechtes nach meiner Ansicht nicht werden.

Dies Buch ist nicht dazu bestimmt, die ausgezeichneten Werke zu verdrängen, die wir auf dem Gebiete des Pandektenrechtes von den bedeutendsten Juristen der Gegenwart besitzen. Insbesondere war nicht beabsichtigt, die Zusammenstellung der neueren Literatur zu wiederholen, welche Windscheid in so vortrefflicher und fleißiger Weise gibt. Hier sollte vorzugsweise hervorgehoben werden, was für den Studierenden von besonderer Wichtigkeit ist.

Manche literarische Erscheinung, die mir diesem Zweck nicht zu dienen schien, ist daher nicht erwähnt. Ich bitte, daraus nicht zu schließen, dass sie mir unbekannt blieb. Immerhin mag das eine oder andere übersehen sein. Es ist dies sicherlich nicht der einzige Mangel des Buches. Möchte ihm freundliche Aufnahme und nachsichtige Beurtheilung zu Theil werden!

Berlin. 3. März 1884.

Der Verfasser.

Das gemeine Recht, seine Quellen und seine Literatur.

§ 1. Bildung und Begriff des gemeinen Rechtes.

Die **Pandekten** bezwecken die Entwicklung einer **allgemeinen Theorie des Privatrechtes** in seinem Werden und seinem gegenwärtigen Zustand. Sie lösen diese Aufgabe durch die Darstellung des **gemeinen Rechtes**, soweit es sich an das **römische Recht anschließt**. Denn dieses ist der Grund, welcher das Privatrecht der Gegenwart trägt. *(Die Bezeichnung dieser Darstellung als „Pandekten“ hat einen historischen Grund. Pandekten nannte Justinian den wichtigsten Theil seines Rechtsbuches, vgl. unten § 9. An die justinianischen Pandekten schlossen sich seit dem 12. Jahrhundert die Vorlesungen und Bücher über Civilrecht vorzugsweise an. Zuerst geschah dies exegetisch, dann den Stoff selbständig systematisch verarbeitend. Es ist zweckmäßig, den Ausdruck Pandekten festzuhalten. Er deutet auf die praktische Tendenz und den historischen Hintergrund der Disciplin. Für seine große angelegte, freilich nur den allgemeinen Theil erschöpfende Darstellung des gemeinen Rechtes auf römischer Grundlage wählte Savigny den Titel „System des heutigen römischen Rechts.“ Jetzt führt gemäß stattlicher Verordnung die Vorlesung über römisches Recht an den deutschen Universitäten den Namen: System des römischen Rechts.)*

Gewohnheit und Gerichtsgebrauch schufen im ehemaligen deutschen Reich das gemeine Recht, vorzugsweise dadurch, dass sie **römische Rechtssätze recipirten**, dem deutschen Geiste gemäß gestalteten und antike und römische Rechtsideen mit germanischen und modernen verbanden. „**Gemeines**“ wurde dieses Recht genannt, weil es **allen Theilen des Reiches gemeinsam war**. Von vornherein stand es in einem Gegensatz zu den besonderen Rechten der Landschaften, der Gemeinden und anderer kleineren Rechtskreise des Reiches, welche es vorfand. Diese Partikularrechte wurden nie vollständig verdrängt und hatten ihre eigenartige Entwicklung. Ihnen gegenüber erhielt das gemeine Recht **subsidiäre** Geltung, d.h. es hatte nur Kraft in Ermangelung abweichender partikularer Normen. Dies drückte populär der Spruch aus: **Landrecht bricht gemeines Recht**. Ein solches Verhältniss war der Verfassung des Reichs entsprechend. Das Reich war gebildet aus Theilen von großer Selbständigkeit, welche doch wieder zu einer staatlichen Einheit zusammengefasst waren.

Im Laufe des achtzehnten Jahrhunderts lockerte sich der längst brüchige Reichsverband in Folge des jugendlichen Aufstrebens Preußens vollständig. Nun verlor das gemeine Recht formell seine Gesetzeskraft in wichtigen Theilen des Reiches, zunächst in Preußen durch das **Allgemeine Landrecht** für die preußischen Staaten, welches am 5. Juni 1794 in Kraft trat.

(Die späteren im Gebiete des ehemaligen Reiches publicirten Kodifikationen sind:

- a) das am 1. Juni 1811 in Österreich in Kraft getretene allgemeine bürgerliche Gesetzbuch,*
- b) der 1801 – 1804 in Frankreich publicirte code civil, welcher am linken Rheinufer, im ehemaligen Grossherzogthum Berg und in deutscher Bearbeitung in Baden gilt,*
- c) das unter dem 2. Januar 1863 publicirte bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen).*

Am 6. August 1806 erfolgte mit der Niederlegung der Kaiserwürde durch Kaiser Franz die endliche **Auflösung des deutschen Reiches**. Welche Bedeutung dieser Staatsakt für das **Fortbestehen eines gemeinen deutschen Rechtes hatte**, ist streitig.

Nach Einigen hörte es damit auf, gemeines Recht zu sein. Allerdings sei es in den zu selbständigen Staaten gewordenen Theilen des ehemaligen Reiches in Kraft geblieben, soweit es damals in ihnen galt und später nicht durch andere Gesetze ersetzt wurden, aber nur in der Eigenschaft eines **Landrechtes** jedes dieser Staaten. Eine **gemeinrechtliche Fortbildung** des ehemaligen gemeinen Rechtes sei daher von der Auflösung des Reiches an nicht mehr denkbar und höchstens eine **gleichmäßige** Fortentwicklung dieses Rechts in den verschiedenen deutschen Staaten möglich.

Diese Auffassung wurde dem wirklichen Sachverhalt nicht gerecht. Die politische Verfassung des Reiches, innerlich hohl, konnte dem Stoss, welcher gegen dasselbe von Frankreich aus geführt wurde, nicht widerstehen. Aber es blieb die **Nation**, welche sich durch eine gemeinsame tausendjährige Geschichte, durch die Gemeinschaft der Sprache, der Literatur und der Wissenschaft und durch gemeinsame Institutionen als **Einheit** darstellte.

Daher bewahrte das gemeine Recht unter allen Katastrophen politischer Natur seine Lebenskraft. Es war nicht durch die Gesetzgebung geschaffen, sondern aus dem Schosse des Volkes heraus

durch Gewohnheit, Gerichtspraxis und Wissenschaft gebildet. Gerichtsgebrauch und Wissenschaft hielten es als **gemeines** fest und bildeten es als solches weiter, auch nachdem der politische Verband der Nation gesprengt war. Es wurde hiermit nur dem unzerstörbaren Anspruch des deutschen Volkes, als eine Einheit behandelt zu werden, Ausdruck gegeben.

Auch soweit das gemeine Recht in deutschen Staaten **formell** außer Kraft gesetzt wurde, behielt dasselbe im **wissenschaftlichen Sinne Subsidiarität**. Denn auf seiner Grundlage ruhen die modernen Kodifikationen, aus ihm vorzugsweise sind sie zu erklären und zu ergänzen. Das für das Deutsche Reich am 18. August 1896 verkündete Gesetzbuch, dessen Inkrafttreten auf den 1. Januar 1900 gesetzt wurde, hob die bisher in den deutschen Staaten geltenden privatrechtlichen Normen, die gemeinrechtlichen wie die landesrechtlichen auf, soweit sie nicht durch Vorbehalte erhalten werden. Aber das neue Gesetzbuch ist in besonderem Masse auf die Begriffe und Rechtssätze des gemeinen Rechtes gebaut und setzt sie voraus. Die Kenntnis desselben ist daher für das Verständnis und die Weiterbildung des neuen Gesetzbuchs ganz unentbehrlich.

Bezüglich der öffentlichrechtlichen Grundsätze des gemeinen Rechtes trat eine Änderung durch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht ein. *(Das Reichsgesetz vom 13. December 1873 erstreckte mittels Abänderung des Art. 4 Ziff. 13. der Reichsverfassung die Zuständigkeit des Reiches auf „die gemeinsame Gesetzgebung über das bürgerliche Recht“, in der Absicht ein bürgerliches Gesetzbuch für Deutschland zu schaffen. Die Ausarbeitung wurde, nachdem eine Vorkommission ein Gutachten über Plan und Methode erstattet hatte, am 22. Juni 1874 einer Kommission von 11 Mitgliedern übertragen, deren Entwurf mit 5 Bänden Motiven 1888 veröffentlicht wurde. Eine reiche Literatur knüpfte sich an diese Veröffentlichung. Am 4. December 1890 beschloss der Bundesrath eine Umarbeitung durch eine neue Kommission von 22 Mitgliedern. Ihr Entwurf – seine gesammte zweite Lesung – wurde mit einigen Abänderungen vom Bundesrath angenommen, und so gestaltet dem Reichstag unterm 17. Januar 1896 vorgelegt. Die Reichstagskommission, wie auch das Plenum des Reichstags trafen nicht unerhebliche Änderungen. Am 1. Juli 1896 nahm der Reichstag den Entwurf an).*

Von Jahr zu Jahr steigert sich der Verkehr der Nationen und drängt zu einem einheitlichen Verkehrsrecht. Für dieses gibt das römische Recht feste Bausteine, da es bei allen Völkern des europäischen Kulturkreises Grundlage des Rechtsstudiums und Quelle von Rechtssätzen ist. *(Römisches Recht ist in unmittelbarer Geltung im Königreich Griechenland ferner in der Kapkolonie, und auf Ceylon).*

Auf unberechenbare Zeit hinaus wird das römische Recht aber, auch abgesehen von unmittelbarer Anwendbarkeit, einen wesentlichen Bestandtheil des Rechtsstudiums bilden müssen, zur Belebung der juristischen Anschauung und als eines der merkwürdigsten Denkmale menschlicher Geistesgröße.

Erstes Kapitel

Die Bestandtheile des gemeinen Rechtes.

§ 2. Übersicht

Aus drei Hauptbestandtheilen besteht das gemeine Recht, nämlich einmal aus dem **römischen Rechte**, wie es im corpus juris des Kaisers Justinian festgestellt ist, zweitens aus Sätzen des **kanonischen Rechtes** und drittens aus **Gewohnheiten und Gesetzen deutschen Ursprungs**. Unter diesen drei Bestandtheilen nimmt das römische Recht die erste Stelle ein. Die Mehrzahl der Normen des gemeinen Rechtes ist römischen Ursprunges. Mehr noch fällt in das Gewicht, dass die systematische Gliederung des gemeinen Rechtes auf römischen Rechtsgedanken beruht. Wir heben in dieser Hinsicht schon hier hervor die Scheidung des Rechtes in öffentliches und in Privatrecht, sowie die scharfe Sonderung der Vermögensrechte in dingliche und persönliche.

Den geschichtlichen Vorgang, durch welchen in Deutschland das römische Recht und mit ihm das kanonische Recht zur Geltung kam, nennen wir die **Reception der fremden Rechte**. Dieser Vorgang hat das Recht der Vergangenheit gestaltet, er hat auf das Recht der Gegenwart bestimmend eingewirkt, er wird nothwendig in eine ferne Zukunft hinein Bedeutung behalten.

I. Das römische Recht.

A. Die Reception des römischen Rechtes.

§ 3. Geschichte der Reception des römischen Rechtes.

Die Reception des römischen Rechtes in Deutschland wurde bereits im frühen Mittelalter vorbereitet. Doch handelte es sich damals um vorübergehende und vereinzelt Einwirkungen des römischen Rechtes. In umfassender Weise geschah die Reception seit der Mitte des fünfzehnten und mit dem Anfang des sechzehnten Jahrhunderts. Sie vollzog sich damals mit einer fast elementaren Gewalt. An entschiedener und selbst stürmischer Opposition gegen das römische Recht fehlte es zwar in jener Zeit so wenig als späterhin. *(Von Oppositionen gegen die „Doktoren“ seit dem 16. Jahrhundert berichten Franklin a. a. O. und Stobbe a. a. O. Bd. 2 Seite 50, ferner Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft 1. Abtheilung Seite 69. Für das römische Recht waren vorzugsweise die Fürsten und die landesherrlichen Diener, sowie die Städte, vielfach aber auch der Adel, welcher in demselben eine Stütze seiner Gewalt über die Bauern fand, gegen dasselbe vornehmlich die Bauern).* Aber sie zerschellte an der Wucht, mit welcher das Ereignis der Reception zu Tage trat. Nie wird es gelingen, das Geheimnis so tief gehender Bewegungen im Völkerleben durch Reflexion vollständig zu ergründen. Indessen treten doch gewichtige treibende Momente unzweideutig hervor.

In erster Linie ist es ein nationaler Gedanke, in welchem sich die Reception des fremden nicht nationalen Rechte gründete. Es war der Gedanke der Rechtseinigkeit, die für den Verkehr und für die Rechtsprechung Deutschlands nothwendig geworden war. Die deutschen einheimischen Rechte waren vielfältig und lokal zersplittert. Man wusste sie nicht zu übersehen und zu beherrschen. Dass sich in deren Verschiedenheit meist eine und dieselbe Grundanschauung spiegelte, machte dies kaum erträglicher. Denn für die praktische Handhabung des Rechtes kommt es gerade auf das Detail an. Neben diesen partikularen Rechten aber schien ein einheitliches Recht für das Reich bereits da zu sein. Man brauchte es nur zu ergreifen. Es lag im *corpus juris civilis* von Justinian.

Altehrwürdige Sage war, dass das *corpus juris civilis* Kaiserrecht Deutschlands sei. Die deutschen Könige galten als Nachfolger der römischen Imperatoren. *(Als Formel für die Bestellung eines Richters in Rom zur Zeit Otto III. wird mitgetheilt – Stobbe a. a. O. Seite 613 – tunc dicat imperator judici: cave ne aliqua occasione Justiniani sanctissimi antecessoris nostri legem subvertas. Tunc imperator det ei in manum librum codicum et dicat: secundum hunc librum judica Romam et Leonianam orbemque universum. Insbesondere betonten die Hohenstaufen Friedrich I. und Friedrich II. den Gedanken, dass sie Nachfolger der altrömischen Kaiser seien. Auch Friedrich III. Maximilian I. und Karl V. liebten es, den Kaiser Justinian als ihren „Vorfahr am Reich“ zu bezeichnen).* Als solche waren sie von der höchsten Autorität der Christenheit, den römischen Päpsten, geweiht und anerkannt worden. War also ihr Reich ein römisches deutscher Nation, wie sollte nicht das römische Gesetzbuch auch Gesetz des deutschen Reiches sein?

Hierin lagen überlieferte Anschauungen. Zur Verwirklichung kamen sie in jener großen Bewegung, welche die Völker im Reformationszeitalter ergriff. Die Entdeckung neuer Welten, die wirtschaftlichen Veränderungen, die hiermit zusammenhingen, die Bildung großer Territorialstaaten, der Zusammenbruch der mittelalterlichen Anschauungen und Ordnungen, der Humanismus, schließlich die Reformation, dies Alles gehört jener Zeit an. Ein neues Recht schien der selbstverständliche Begleiter solcher Veränderungen in dem geistigen, politischen und socialen Leben der Zeit zu sein.

Diese Momente erklären, dass zur Reception des römischen Rechtes zusammenwirkten die Juristen, die Laien und alle konstituierten öffentlichen Gewalten des Reiches und der Territorien.

a) Die Theorie der Rechtswissenschaft im Mittelalter war eine ausschließlich romanische. Die Universitäten als Anstalten, die für die gesammte Christenheit bestimmt waren, lehrten nur das von den Kaisern und von den Päpsten gesetzte Recht. Denn diese allein waren der Idee nach die Oberhäupter der Christenheit. Nur mit dem römischen und dem kanonischen Rechte beschäftigten sich daher die großen Rechtslehrer des Mittelalters; die romanistische Doktrin erfüllte den Vorstellungskreis der gelehrte Juristen. Natürlich suchten die im römischen Rechte gebildeten und zu Doktoren promovierten Juristen diesem Rechte möglichst Eingang zu verschaffen, wenn sie in hohen geistlichen und weltlichen Stellungen Recht anzuwenden hatten.

Fast noch bedeutsamer war die Entstehung eines zahlreichen Standes von Halbgelehrten. Sie suchten und wussten die Gemeinplätze der romanistischen Doktrin als Rechtsberater geltend zu machen und rücksichtslos in das praktische Leben einzuführen. Für diese Halbgelehrten entstand eine eigene massenhafte, populäre Literatur, darunter die unter mancherlei Namen umlaufenden Klagspiegel, womit auf den Einfluss dieses Standes ein helles Licht fällt.

b) Die ungelehrten Schöffen, welche das Recht nach alter Tradition und aus ihrer Überzeugung herausfanden, waren den sich rasch umgestaltenden Verhältnissen nicht gewachsen. Durch die Halbgelehrten, welche die Parteien vor ihnen vertraten, wurden sie vollends in Verwirrung gesetzt. Sie verloren das Vertrauen zu sich, und es verlor das Volk das Vertrauen zu ihnen. In Folge dessen wandten sich die Parteien zunächst im Wege des Schiedsvertrages den landesherrlich behufs der Landesverwaltung eingesetzten Amtleuten zu, welche, der fremden Rechte kundig, nach ihnen sprachen. So traten allmählich an die Stelle der ungelehrten gelehrte Gerichte. (*Während man früher annahm, dass sich die älteren deutschen Gerichte in gelehrte „umgewandelt“ hätten, hat Stölzel a. a. O. gezeigt, dass außerhalb der ungelehrten Gerichte Gelehrte zur Rechtsprechung herangezogen wurden, welche im Gegensatz zu den Gerichten standen und sich erst in neuerer Zeit den Namen von Gerichten aneigneten*).

c) Inzwischen hatte die Reichskammergerichtsordnung bei der Neuordnung des Reichskammergerichts die Kammerrichter zu Eide verpflichtet, „nach des Reiches gemeinen Rechten“ zu richten. Als solche galten römisches und kanonisches Recht. (*Nach der Kammergerichtsordnung von 1495 § 3 sollten die Urtheiler schwören: „nach des Reychs und gemeinen Rechten, auch nach redlichen erbaren und leydlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten der Fürstenthumb, Herrschaften“ zu richten*. Hierin liegt zwar keine gesetzliche Einführung des römischen Rechtes, wie man früher vermeinte, aber eine gesetzliche Anerkennung und Förderung seiner Geltung.

In ähnlicher Weise wurden die neueingerichteten Obergerichte der Territorien auf römisches Recht verwiesen. Auch die partikuläre Gesetzgebung förderte die Reception. Man verfasste Reformationen, Landrechte, in welchen zwar auch heimische Gewohnheiten Berücksichtigung fanden, die meist aber in erster Linie darauf gerichtet waren, die römischen Rechtssätze im Leben einzubürgern und jedenfalls diesen Erfolg hatten. (*Vergleiche unter anderen die interessante Darstellung in Wächters württembergischem Privatrecht Band 1 Seite 227. Bei Entwerfung des Landrechts für Württemberg erklären die Redaktoren, „es sei vergeblich, unmöglich und in keiner Hinsicht zu rathen und zu thun, dass die in großen Haufen vorgelegten Entwürfe und Satzungen gelesen oder erwogen, viel weniger dass hieraus ein wohl bedächtliches, nützlich, gutes und gleichmäßiges Landrecht gewonnen und gemacht werden könne“*. Mit jeder neuen Redaktion des Landrechts aber machte die Romanisierung weitere Fortschritte. – *In der Mark Brandenburg wurde die Rechtsprechung nach Kaiserrecht durch die constitutio Joachimica von 1527 verordnet, „derweil unser Churfürstenthumb Brandenburg im Römischen Reich begriffen“*.)

§ 4. Das Maß der Reception des römischen Rechtes.

1. Das römische Recht hat in Deutschland nur subsidiäre Geltung erlangt, d.h. es kommt bloß in Ermangelung einer einheimischen, wenn auch nur partikularen Rechtsnorm zur Anwendung.

Nicht ohne Kampf hat sich das letztere festgestellt. Die Romanisten der Rezeptionszeit behaupteten, partikuläre Gewohnheiten hätten nicht die Kraft, gemeines Recht zu durchbrechen. (*Die 1.2.C. quae sit longa consuetudo 8,52 wurde nach gemeiner Meinung so ausgelegt, dass die partikuläre Gewohnheit die lex, d. h. das corpus juris civilis nicht aufheben könne*). Hätte man dies anerkannt, so hätte das römische Recht in Deutschland nahezu die Alleinherrschaft erlangt. Denn die deutschen Rechtsauffassungen hatten hauptsächlich ihren Sitz in partikularen Gewohnheiten. Aber eben deshalb konnte jene Behauptung nicht durchdringen. Vielmehr gelangte die Subsidiarität des gemeinen Rechts auch gegenüber partikularem Gewohnheitsrecht in Praxis und Theorie zur Anerkennung. (*Die älteren Reichsgesetze stellten regelrecht neben die gemeinen Rechte „die guten Gewohnheiten“*. Die Reichshofrathsordnung von 1654 aber besagte, Titel 1 § 15 – *Sammlung der Reichsabschiede Band 4 Zusatz Seite 50* – *es seien in Acht zu nehmen „privilegia, gute Ordnung und Gewohnheiten und in Mangel derselben die Kayserliche Rechten“*.)

2. Eine alte Behauptung ist, dass das corpus juris civilis als Ganzes – in complexu – Gesetz für Deutschland geworden sei. Man schloss daraus, dass jeder Satz jenes Rechtsbuches „fundatam

intentionem in jure“ gewähre, d.h. in Deutschland Recht mache, solange seine Beseitigung durch eine Rechtsquelle nicht nachgewiesen sei.

Dies entsprach den Grundanschauungen der Receptionszeit. Denn damals sah man das *corpus juris civilis* als ein für Deutschland unmittelbar verbindliches Gesetz an. *(Gleichwohl hat der hochangesehene Jurist Zasius in der Receptionszeit es nachdrücklich als seine Aufgabe erklärt, von dem römischen Rechte nur dasjenige zu lehren, „was nützlich, heilsam und den Sitten Deutschlands entsprechend sei.“ Hierzu bemerkte Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Band 1 Seite 168: „Er behandelt es als selbstverständlich, dass nicht alle Bestandtheile des kaiserlichen Rechts anwendbar seien, dass es notorisch in Deutschland Sitten und Zustände gebe, welche mit den Grundsätzen des römischen Rechts inkommensurabel sind oder ihm geradezu widersprechen, dass hier die Unanwendbarkeit eines speciellen Beweises nicht bedürfe. War doch die kaiserliche Gewalt niemals als Despotie gedacht. Ihr, wie ihres Rechts praktischen Durchgreifen hatte stillschweigend anerkannte Schranken, die nirgends formuliert, sondern im einzelnen Falle zu finden waren.“)* Später erkannte man, dass das *corpus juris Justiniani* in Deutschland niemals als Gesetz publicirt wurde. Seine Geltung beruht, dies ist unzweifelhaft, nur auf Gewohnheit. In die deutsche Gewohnheit sind aber, dies ist gleichfalls offensichtlich, nur solche römischen Rechtssätze übergegangen, welche Anknüpfungspunkte an das deutsche Leben und die deutsche Rechtsanschauung hatten. Man hätte folglich an die Stelle jenes Axioms den Satz stellen sollen, dass sich der Umfang der Reception aus der Gewohnheit ergebe und dass, was der deutschen Gewohnheit fremd blieb, auch nicht gemeines Recht wurde.

Diese Folge haben aber nur Wenige gezogen. Dass das *corpus juris civilis* in Deutschland in *complexu*, also als Ganzes, recipirt sei, blieb fortwährend herrschendes Dogma der Romanisten. Folgerecht hat dasselbe freilich niemand durchgeführt. Gleichwohl war es schädlich. Es verleitete dazu, zahlreiche Rechtssätze theoretisch als bestehend darzustellen, die im wirklichen Leben keinen Boden hatten. *(Der Gegensatz der Ansichten wird deutlich durch ein Beispiel, welches Samuel Stryk – usus modernus Pandectarum 1690 vol. I. discursus praeliminaris § 34 – fingiert, um die Reception des römischen Rechtes in complexu zu erläutern. Wenn, führt Stryk aus, in Deutschland niemals seit tausend Jahren ein Testament gemacht worden wäre, so sei das Recht zu testieren in Deutschland nicht aufgehoben. Denn die Unterlassung der Benutzung dieses Rechtes durch die Einen könne Anderen nicht schaden. Nur eine entgegenstehende Gewohnheit – also z.B. fortgesetzte Nichtanerkennung von errichteten Testamenten – hätte das Testierrecht aufgehoben.*

Es ist zur Würdigung der Streiffrage Folgendes nicht zu übersehen. In den früheren Jahrhunderten hat man sehr unbefangen Rechtssätze, welche dem römischen Rechte zuwiderliefen, durch Belegstellen aus dem römischen Recht begründet. Damit nahm man es durchaus nicht genau. Schließlich entschied bei Streitfragen in der Praxis das herkömmliche Recht, das praktische Bedürfnis. Die römische Stelle kolorierte nur das Resultat. Unter solchen Umständen vermochte man zu sagen, das römische Recht gelte in seiner Gesamtheit, da man sich vorbehielt, es überall, wo es nicht passte, wegzuinterpretieren. Im 19. Jahrhundert wurde diese Methode verlassen. Es wurde nicht mehr gewagt, deutschrechtliche und moderne Sätze aus den römischen Quellen zu belegen, obgleich diese das Entgegengesetzte besagen. Aber die Konsequenz durfte nun nicht sein, dass jetzt das Römische schlechthin gelte, sondern die Erkenntnis musste zur Geltung kommen, dass es nur soweit gelte, als es in Wahrheit praktisch wurde).

3. Anerkanntermaßen erhielten keine gemeinrechtliche Geltung diejenigen Sätze des *corpus juris civilis*, welche die **Glossatoren**, d.h. die Lehrer der Rechtschule zu **Bologna** im 12. und 13. Jahrhundert mit den **Glossen** – Erklärungen – versahen oder, genau gesprochen, welche **Accursius** in seiner Zusammenstellung der Glossen dieser Schule – der *glossa ordinaria* – nicht glossiert hat. Hiermit waren einestheils einige justinianische Gesetze betroffen, welche jenen Rechtslehrern bekannt waren, aber der Glossierung nicht würdig erschienen, anderentheils zahlreiche Gesetze, die zur Zeit der Glossatoren noch unbekannt, später **aufgefunden** und dem *corpus juris* einverleibt wurden.

Der Grundsatz: *quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit forum* galt bis in die neueste Zeit als dem Mittelalter zugehörig, als schon in der Receptionszeit vorhanden. Man erklärte ihn aus der Autorität der Glosse im späteren Mittelalter, welche dahin geführt habe, was die Glosse nicht beachtete, nicht als Recht anzuwenden. Diese Auffassung war eine irrthümliche. Der Satz verdankte seine Aufstellung erst dem Ende des 17. Jahrhunderts. Die Nichtglossierung gewisser Gesetze war nicht der Grund der Nichtreception derselben. Jener Spruch bezweckte nur die Konstatierung der **Thatsache**. Es traf sich nämlich, dass die nichtglossierten Gesetze, weil für die deutschen

Verhältnisse nicht passend, auch der deutschen Praxis überwiegend fremd geblieben waren. Dies erkannte man durch jenen Spruch an.

Manche wollten aus der Fassung desselben die Folge ziehen, dass auch die **Lesart der Glossatoren als authentischer Text des corpus juris civilis** im gemeinen Recht zu erachten sei. Dies aber ist nicht der Sinn des Spruches. Auch hatten die Glossatoren einen feststehenden Text nicht. Sie suchten ihn in oft willkürlicher Konjekturealkritik zu bilden, ohne dass Einigung entstand. Ihre Lesarten sind zudem seit Jahrhunderten verschollen, und die gedruckten Ausgaben haben seit dem durchgängige bessere Texte an deren Stelle gesetzt. (*Krüger, Kritik des justinianischen Kodex 1867 Seite 2, bemerkt bezüglich der Pandekten; „der in der Taurellischen Ausgabe – vom Jahr 1553 – rein wiedergegebene Text der Florentina ging in alle späteren Ausgaben über, so dass wir dadurch mit einem Male den ganzen Wust von Korruptelen los wurden, der sich durch die fortgesetzten Fehler der Schreiber und die Schulemendation der Glossatoren angehäuft hatte“*).

§ 5. Vorjustinianische und nachjustinianische Quellen.

Die Reception bezog sich nur auf das Gesetzbuch Justinians. Sie erstreckte sich auf keine anderen Quellen des römischen Rechtes. Derartige Quellen sind folgende:

a) Außerhalb der justinianischen Sammlung haben sich mehrere **Schriften klassischer römischer Juristen**, freilich nur bruchstückweise oder verstümmelt, erhalten. Es gehören hierher die **Institutionen des Gajus**, wie sie uns in echter Gestalt der Veroneser Palimpsest zu ihrem größten Theil enthüllte, ferner die **fragmenta Ulpiani**, mehrere Abschnitte aus dem liber regularum dieses Juristen, dann die übel zugerichteten **sententiae von Paulus**, und die Sammlung von Bruchstücken aus römischen Juristen und von Konstitutionen welche den Namen **fragmenta Vaticana** führt. Auch die **collatio legum Mosaicarum et Romanarum** enthält wichtige Auszüge aus Werken römischer Juristen. (*Zu vergleichen ist auch das römisch-syrische Rechtsbuch aus dem 5. Jahrhundert, herausgegeben, übersetzt und erläutert von Bruns und Sachau, Leipzig 1880*).

b) Einzelne Verordnungen römischer Kaiser vor Justinian sind in Bruchstücken des **codex Gregorianus** und **Hermogenianus** erhalten, sehr zahlreiche finden sich im **codex Theodosianus**, an den eine Sammlung von **Novellen** von Theodosius II., Valentinian III., Marcian, Majorian, und Severus sich anschließt.

c) Nachjustinianische Quellen. Vor Allem sind wichtig die **Basiliken**, eine griechische Umarbeitung des justinianischen Gesetzbuches in systematischer Folge, um das Jahr 900 unter Kaiser Leo verfertigt und als Gesetzbuch des byzantinischen Reiches publicirt. Die Basiliken sind mit Scholien versehen, von denen die älteren in die justinianische Zeit hinaufreichen.

Alle diese Urkunden haben ein hohes wissenschaftliches Interesse. Sie dienen zur **Interpretation** des corpus juris civilis. Sie liefern nicht selten Material zur **Feststellung seines Textes**. Das letztere gilt namentlich für die Basiliken. Die Aussprüche hochberühmter Juristen, wie von Ulpian und von Paulus, nehmen ferner, auch wenn sie nicht im corpus juris stehen, Beachtung in Anspruch, falls sie Fragen entscheiden, die noch heute praktisch sind. Eine gesetzgleiche Geltung haben aber alle diese Quellen in Deutschland nicht erlangt.

B. Das corpus juris civilis.

(*Die Entstehungsgeschichte des corpus juris und vieles Einzelne, was wissenswerth ist, muss der Rechtsgeschichte überlassen bleiben. Siehe Krüger, Geschichte der Quellen 1888 § 42 ff*)

§ 6. Charakter der justinianischen Kodifikation.

Das Gesetzbuch Justinians gleicht keiner modernen Kodifikation. (*Unter **Kodifikation** – codicem facere – versteht man ein Gesetzbuch, welches das Recht oder einen Zweig des Rechtes, z. B. das Privatrecht oder einen Theil desselben **erschöpfend** regelt, unter Aufhebung der früheren einschlagenden Gesetze. In diesem Sinne bilden der codex und die Pandekten Justinians eine Kodifikation. Aus der neueren Zeit sind unter anderen Kodifikationen: das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten, sowie das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Als Novellengesetzgebung bezeichnet man Gesetze, welche **Einzelnes** regeln und abändern, aber nicht den Zweck haben, eine Rechtsmaterie erschöpfend und ausschließlich zu behandeln*).

Die modernen Gesetzbücher des Privatrechts, z.B. das allgemeine preußische Landrecht, der code civil Frankreichs, das Bürgerliche Gesetzbuch formulieren abstrakte Rechtssätze. Der Sache nach reproducirten diese Gesetzeswerke allerdings im wesentlichen das bestehende Privatrecht, welches sie festzustellen suchen und theils näher bestimmen, theils weiter bilden; aber sie gießen das übernommene Recht in eine neue Form, so dass es wie etwas durch sie erst Geschaffenes erscheint.

Im corpus juris civilis ist hiervon keine Rede. Die Redaktoren – man nennt sie darum Kompilatoren – haben das bestehende Recht in der Form aufgenommen, welche ihm die klassischen Juristen in ihren Schriften, die römischen Kaiser in ihren Verordnungen gegeben hatten. Selbstthätigkeit haben die Verfasser des corpus juris civilis vorzugsweise in der Auswahl und in der Anpassung der überlieferten Aussprüche an die Verhältnisse ihrer Zeit entwickelt. Daraus entspringen die viel bewunderten Vorzüge und die viel getadelten Mängel dieses Gesetzbuches.

Die Vorzüge liegen darin, dass uns hier das Recht in seiner Bewegung und Entwicklung entgegentritt, nicht in kahlen Definitionen und in abstrakten Regeln. Es bildet sich an einzelnen Fällen, es gestaltet sich unter den Kontroversen der Juristen. Dem geschärften geistigen Blick eröffnen sich weite Perspektiven; Leben entsteigt den Fragmenten, wie sehr sie auch zum Theil in der Sammlung verstümmelt sind. Wir hören die eigenen Worte der großen Meister des Rechtes. Sie theilen uns ihre Zweifel, ihre Entscheidungsgründe mit. Wir arbeiten, wir denken mit ihnen.

Bei solcher Methode des Gesetzbuches war streng gegliederte systematische Folge, leicht überschauliche Ordnung, volle Einheitlichkeit nicht zu gewinnen. Die Gliederung und Ordnung der Rechtssätze beschränkt sich auf ihre Rubicirung unter verschiedene Titel. In den einzelnen Titeln erscheint vom systematischen Standpunkt aus betrachtet alles bunt durcheinander geworfen. Innerhalb der einzelnen Pandekentiteln bestimmte sich die Aneinanderreihung der in sie aufgenommenen Auszüge danach, wie die juristischen Schriften, denen man sie entnahm, behufs des Excerptirens unter die einzelnen Abtheilungen der Redaktionskommission vertheilt waren; (*Die Kompilatoren excerptirten nämlich getrennt drei Massen von Büchern: die **Sibanusmasse (S)**, die **Ediktmasse (E)**, die **Papinianusmasse (P)** genannte, wozu noch ein Nachtrag – appendix (A) – kam.*), in den Titeln des Kodex ergab sich die Reihenfolge der Verordnungen durch deren Datum. Kein einheitlicher Gedanke führt also von der einen Stelle zur andern. Im achtzehnten Jahrhundert war dies Gegenstand lebhaften Tadels. Das neunzehnte Jahrhundert denkt hierüber ruhiger. (*Unter allen „Fehlern“ – vitia -, welche man seit dem 17. Jahrhundert dem corpus juris civilis vorwarf, erschien dieser als der schwerste. Eine Abhülfe unternahm Pothier: Pandactae justinianae in novum ordinem digestae, 3 Bände 1748. Es sind hier unter der Aufschrift der Pandekentitel die hauptsächlichsten in deren Materie einschlägigen Stellen in systematischer Ordnung aufgeführt.*)

§ 7. Gesamtausgaben des corpus juris civilis. Citirmethode.

Die Gesamtausgaben des Corpus juris civilis sind theils mit, theils ohne Kommentar.

1. Den umfassendsten Kommentar gibt die **Accursische Glosse**, welche im 13. Jahrhundert zusammengestellt ist.

Glossierte Manuskripte und Drucke zerfallen in 5 Bände:

- a) Digestum vetus, d.h. die Pandekten bis einschließlich Buch 24 Titel 2;
- b) Infortiatum, d.h. die Pandekten von da bis zum Ende des Buches 38. Das Schlussstück dieses Bandes heißt tres partes – nach den mitten im Texte des 1.82 § 2 D ad legem Falcidiam 35,2 vorkommenden Worten „tres partes“;
- c) Digestum novum, d.h. die Pandekten von Buch 39 ab;
- d) Codex, d.h. dessen 9 erste Bücher;
- e) Volumen, d.h. die 3 letzten Bücher des Codex, die Novellen und die Institutionen. (*Die Ansichten gehen darüber auseinander, ob die Eintheilung der Pandekten in vetus, infortiatum und novum auf **Erfindung** beruht, oder im **Zufall** ihre Veranlassung hat. Die erste Ansicht unterstellt einen Aberwitz schlimmster Art. Auch sprechen die Namen der drei Theile gegen sie. Das Wahrscheinlichste ist, dass das Urexemplar der Vulgathandschriften nur bis zu den Worten tres partes reichte, was man sich durch eine zufällige Vernichtung der letzten Theile der Handschrift erklären kann. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass diese Handschrift auf einer Abschrift der Florentina beruht. Irgend ein Besitzer hat dann das Exemplar durch eine neue Abschrift der Florentina ergänzt, indem er den zweiten Theil durch das Glück von tres partes an verstärkte und den dritten Theil als Digestum novum zufügte.*)

Einen kürzeren fortlaufenden Kommentar gibt die Ausgabe von **Dionysius Gothofredus**, welche zuerst im Jahre 1583 erschien und seitdem aufgelegt wurde. Sie führte für das justinianische

Rechtsbuch den Namen **corpus juris civilis** ein, welcher seitdem allgemein im Gebrauch blieb. Der Werth des Kommentars von Gothofredus liegt in der Aufführung der **Parallelstellen**, d.h. gleichartiger oder verwandter Aussprüche, und der **Antinomien**, d.h. der widersprechenden Gesetze. Denn erst durch solche Vergleichung wird die einzelne Stelle in das rechte Licht gerückt.

2. Unter den Ausgaben ohne Kommentar ist sehr verbreitet die von den Gebrüdern **Kriegel**, in welcher diese die Pandekten, **Herrmann** den Kodex, **Ofenbrüggen** die Novellen herausgaben. Am korrektesten geben den Text Mommsen, Krüger und Schoell, 1877 ff., und zwar hat Mommsen die Pandekten, Krüger die Institutionen und den Kodex, Schoell die Novellen bearbeitet. Nach der letzten Ausgabe wird in unserem Werke citirt.

Die herkömmliche Citirmethode veranschaulichen folgende Beispiele:

1) **pr. J. de legatis 2,20**

Das „**J**“ bedeutet Justinians **Institutionen**, die folgende „**2**“ zeigt auf deren zweites Buch, die „**20**“ auf den zwanzigsten Titel des Buches mit der Überschrift „de legatis“. Endlich hat man in diesem Titel den ersten Satz – **pr.** – aufzusuchen, um die citirte Stelle zu haben. **Pr.** = principium ist nämlich in Institutionen, Pandekten, Kodex der Einleitungsparagraph; die folgenden Paragraphen werden als §§ 1, 2 u.s.w. bezeichnet.

2) **1.23 § 2 D. de serv. pr. rust. 8,3.**

Das „**D**“ bezeichnet die Digesten oder Pandekten, die „**8**“ citirt das achte Buch dieses Werkes, die „**3**“ den dritten Titel dieses Buches. In diesem Titel ist die dreiundzwanzigste lex = l. zu finden, d.h. das dreiundzwanzigste in dem Titel aufgenommene Bruchstück. Der § 2 dieser lex ist die aufzusuchende Stelle.

3) **1.15 pr. C. de testamentis 6, 23.**

Das „**C**“ bezeichnet den Kodex von Justinian, die „**6**“ das sechste Buch dieses Kodex, die „**23**“ den dreiundzwanzigsten Titel dieses Buches, die vorgestellte Zahl „**15**“ die fünfzehnte Verordnung, deren erster Satz – als **pr.** bezeichnet – die gesuchte Stelle ist.

4) Die Novellen citirt man wie moderne Bücher: nov. 118 cap. 1.

§ 8. 1. Die Institutionen.

Bis Justinian dienten die Institutionen des Gajus theils in echter Gestalt, theils in Umarbeitungen, der Einführung der studierenden Jugend in die Rechtswissenschaft. Justinian setzt an deren Stelle kaiserliche Institutionen. Die Institutionen nahmen das Lehrbuch von Gajus zur Grundlage, vervollständigten es aber aus anderen Büchern klassischer römischer Juristen, schieden das veraltete aus und nahmen auch Übersichten wichtiger Konstitutionen Justinians in sich auf. (*Über die Entstehung der Institutionen Justinians gibt deren prooemium Auskunft. Die Redaktoren waren hiernach Tribonian und die Professoren Theophilus und Dorotheus. Man nimmt an, dass Dorotheus die beiden ersten, Theophilus die beiden letzten Bücher ausarbeiteten, Tribonian aber die Gesamtleitung gehabt habe.*)

Der Zweck der Institutionen Justinians war eine gedrängte Darstellung der Elemente des geltenden Rechtes. In erster Linie Lehrbuch, sind sie zugleich Gesetzbuch. Sie traten zugleich mit den Pandekten als solches in Kraft.

Die systematische Gliederung der Institutionen von Justinian, wie von Gajus, beruht auf der Anschauung, dass sich alles Recht entweder beziehe auf personae – Lehre von den Rechtssubjekten – oder auf res – Lehre von den Rechtssubjekten – oder auf res – Lehre von den Vermögensrechten – oder auf actiones – Lehre von den Klagerechten.

Die Institutionen Justinians zerfallen in vier Bücher, die Bücher in Titel mit besonderen Überschriften.

Von dürftigen Fragmenten abgesehen, sind die Institutionenhandschriften nicht alt. Zwei reichen in das 9. oder 10. Jahrhundert, die anderen nur in die Glossatorenzeit zurück.

Um den Text hat sich Krüger verdient gemacht. Einen reichen und belehrenden Kommentar gibt die Institutionenausgabe von Schrader 1833.

§ 9.2. Die Pandekten.

Den Kern des justinianischen Gesetzwerkes bilden die Pandekten. Sie wurden durch die constitutio „Deo auctore“ vom 15. December 530 vorbereitet, welche die Einsetzung einer Kommission unter

Tribonians Vorsitz zu ihrer Abfassung anordnete. Am 16. December 533 wurden die Pandekten durch die Konstitutionen „Tanta“ und ... publicirt und unter demselben Datum durch die Konstitution „Omnem reipublicae“ den Rechtslehrern mitgetheilt. Sie traten am 30. December 533 im Reiche Justinians in Kraft.

In 50 Büchern, welche in Titel zerlegt sind, enthalten die Pandekten Auszüge aus Schriften von 39 römischen Juristen, welche vorzugsweise der heidnischen Kaiserzeit angehören. Die Auszüge tragen den Namen des Verfassers und des Werkes, dem sie entnommen sind, an der Spitze. Man pflegt sie Gesetze – leges – zu nennen.

Manche Neuere sprechen anstatt dessen von **Fragmenten**. In der That haben diese Ausführungen wenig von Gesetzen im Sinne der Neueren an sich. Es sind wissenschaftliche Erörterungen, welche diesen Charakter dadurch nicht verlieren konnten, dass sie Justinian zu Gesetzen erklärte.

Die Pandekten sollten, wie die Institutionen, nicht bloß als Gesetz, sondern auch als Lehrbuch benutzt werden.

Was den Text anlangt, so ist hervorzuheben:

a) Die wichtigste Handschrift ist die lange Zeit Pisa angehörende, später durch Florenz gewonnene **Florentina**, früher Pisana genannt. *(Die Pisaner erbeuteten einer alten Nachricht zufolge die Handschrift bei der Eroberung von Amilsa im Jahre 1135. Nach Buonamici archivio giuridico Band 46 brachte sie Burgundio direkt von Konstantinopel nach Pisa; die Florentiner nahmen sie Pisa nach dessen Eroberung im Anfang des 15. Jahrhunderts weg.)*

Diese Handschrift ist zwar nicht, wie Ältere vermeinten, das Handexemplar Justinians, aber doch zu Anfang des 7. Jahrhunderts zu Byzanz verfertigt. Sie ist nahezu vollständig. Sie gibt zum Theil eine doppelte Recension, nämlich die Recension desjenigen Manuscriptes, welches der Absicht zu Grunde lag und nach welchem sie ein erster Korrektor revidierte, und die Recension einer jüngeren Handschrift, nach welcher ein zweiter Korrektor verbesserte. In der Regel muss die zweite Textrecension, als eine modernisierte, der ersteren nachstehen.

Außer der Florentina haben sich Bruchstücke sehr alter Handschriften erhalten, die Neapolitaner und die Pommersfelder Fragmente, beide geringen Umfanges.

b) Man zählt ferner zahlreiche so genannte **Vulgathandschriften**, welche in der Zeit der Glossatoren und später geschrieben sind. Nach Mommsens Ansicht sind es an die fünfhundert.

Das Verhältniss dieser Vulgathandschriften zur Florentina erschien als Räthsel. Ihre Abhängigkeit von der Florentina ist sicher, denn die Vulgathandschriften haben zahlreiche Fehler aus der Florentina übernommen, und sogar die Unordnung, welche durch Verheftung von Blättern der Florentina entstand, sämtlich getreulich kopiert. Andererseits enthalten die Vulgathandschriften unzweifelhaft echte Ergänzungen der Florentina. Die Handschrift von der sie stammen, - dahin hat Mommsen den Sachverhalt aufgeklärt -, beruhte auf der Florentina, wurde aber bei einer Revision aus einer anderen, nunmehr verlorenen Handschrift ergänzt, verbessert, hie und da verschlechtert

Demnach haben die Vulgathandschriften der Florentina gegenüber nur insoweit Bedeutung, als sie eine Ergänzung oder Verbesserung aus anderer Quelle erkennen lassen.

c) Sehr untergeordneten Werth hat die **lectio Haloandrina**, d.h. die Lesart Haloanders in seiner Pandektenausgabe von 1529. Denn das Bestreben Haloanders war nach der Weise seiner Zeit vorzugsweise auf einen möglichst lesbaren Text gerichtet, so dass er sich an seine handschriftlichen Vorlagen nicht band.

d) Das wichtigste Mittel für die Rekonstruierung des echten Textes der Pandekten sind neben der Florentina die griechischen nachjustinianischen Rechtsquellen, insbesondere der Text der **Basiliken**. Stimmen Basiliken und Florentina überein, so ist die Lesart regelmäßig unanfechtbar. Wir sind nicht befugt, sie um deswillen zu ändern, weil uns das Ergebnis als ein unzweckmäßiges erscheint, oder weil es singular, von allgemeinen Grundsätzen abweichend ist.

§ 10.3 Der codex constitutionum.

1) Justinian kam im Jahre 527 zur Regierung. Bereits im folgenden Jahre erließ er in der const. „Haec quae necessario“ den Befehl zur Herstellung eines codex, in welchem alle für die Praxis wichtigen Verordnungen römischer Kaiser aufgenommen werden sollten. Die const. „Summa reipublicae“ vom April 529 publicirte das rasch vollendete Werk.

Nach der Abfassung der Pandekten schien eine vermehrte und verbesserte Auflage, ein „codes repetitae praelectionis“ nöthig. Derselbe wurde durch die const. „Cordi nobis“ vom 29. December 534 ab in Kraft gesetzt. Er ist durch die Verordnungen vermehrt, welche Justinian während der Abfassung der Pandekten erlassen hatte. Zu diesen gehörten 50 Entscheidungen von Kontroversen klassischen Juristen, die „quinquaginta decisiones“.

Der zweite Kodex allein ist erhalten. Der Kodex zerfällt in 12 Bücher, jedes Buch in Titel. Die Titel enthalten Konstitutionen mit Aufschrift und Unterschrift. Die ältesten aufgenommenen Verordnungen sind von Hadrian. Die Konstitutionen sind überwiegend in lateinischer Sprache erlassen. Einige jedoch waren griechisch abgefasst. Sie verloren sich in den Handschriften, welche man im Abendlande zur Zeit des Mittelalters veranstaltete. Erst im 16. Jahrhundert wurden sie aus griechischen Quellen ihrem Sinne nach hergestellt und in die Kodexausgaben aufgenommen – *leges restitutae*.

2) Die im Kodex gesammelten Verordnungen sind nur zum kleineren Theile Gesetze im Sinne der Neueren; die meisten Konstitutionen sind kaiserliche **Reskripte**, d.h. Entscheidungen von in der Praxis verhandelten Rechtsachen auf Anfragen; die Anfragen sind nicht mehr vorhanden. Damit fehlt ein wesentliches Moment zur Beurtheilung der Tragweite der Antwort, obgleich diese meist die wichtigsten Punkte der Anfrage rekapituliert.

3) In welchem Verhältnis **der Kodex zu den Pandekten und zu den Institutionen** steht, war von jeher bestritten. Viele geben dem Kodex als dem – in seiner zweiten Ausgabe - **später publicirten Gesetze** den Vorzug. Dies ist aber nicht richtig. Nach dem Willen Justinians sollten vielmehr Institutionen, Pandekten und Kodex als ein Werk gelten, dessen einzelne Theile nur aus äußeren Gründen zu verschiedenen Zeiten fertig gestellt und publicirt wurden. Ausdrücklich erklärte Justinian in der cont. tanta bei Einführung der Pandekten, das ganze römische Recht liege in den drei volumina der Institutionen, Pandekten und des Kodex beschlossen vor; die Institutionen und Pandekten sollten gelten „unacum nostris constitutionibus.“ Allerdings hat man hiergegen hervorgehoben, diese bei der Einführung der Pandekten im Jahre 533 abgegebene Erklärung beziehe sich bloß auf das Verhältnis der Institutionen und Pandekten zu dem **alten**, nicht auf uns gekommenen Kodex, nicht aber auf ihr Verhältniss zum **neuen** Kodex vom Jahre 534. Aber dieser Einwand würdigt nicht, dass die const. tanta, in welcher sich die angeführte Erklärung Justinians findet, in den neuen Kodex von Justinian aufgenommen ist und einen Bestandtheil desselben bildet. In diesem Zusammenhange bezieht sie sich gerade auf den **neuen** Kodex und nur auf ihn.

Diejenigen Verordnungen jedoch, welche nach der Publikation der Institutionen und der Pandekten veröffentlicht wurden und dem älteren Recht widersprachen, haben dasselbe abgeändert.

4) Unter den Kodexhandschriften nimmt den ersten Platz der **Boroneser Palimpseft** ein, an Alter der Florentina ebenbürtig, aber nur lückenhaft erhalten. Die Handschriften der ersten neun Bücher, die in das 11. Jahrhundert hinaufreichen, beruhen auf einem seinerzeit verbreiteten **Auszuge**, welcher später aus einem vollständigen Exemplar ergänzt wurde. Die erhaltenen Handschriften der letzten drei Bücher sind erheblich jünger. Den Kodexausgaben widmeten sich von Älteren Haloander, welcher zum Theile eine selbständige Handschrift besserer Art- den codex Egnatianus – benutzte, dann Contius, in neuerer Zeit Herrmann in der Ausgabe des corpus juris von Kriegel. Sie alle hat die Ausgabe von Krüger 1873 ff in Schatten gestellt.

§ 11. 4. Die Novellen.

I. Die Novellen – *novellae constitutiones* – sind Verordnungen, welche Justinian nach Publikation des zweiten Kodex erließ. Die älteste – Novelle. 1 – ist am 1. Januar 535. die jüngste – Novelle. 137 – kurz vor dem im Jahre 565 erfolgten Tode Justinians publicirt.

Viele Novellen haben nur geschichtliches Interesse. Sie beziehen sich auf kirchliche Zustände und die Verfassung des byzantinischen Reiches, sowie auf lokale Einrichtungen desselben. Einige Novellen aber sind von einschneidender Wichtigkeit; dies gilt vor allem von der Novelle 118, welche die Intestaterbfolge der Verwandten neu regelte, wie auch von der Novelle 115 über das Notherbrecht der Descendenten und der Ascendenten.

Die meisten Novellen wurden in griechischer Sprache abgefasst, nur wenige in lateinischer. Eine officiële Sammlung seiner Novellen hat Justinian nicht herausgegeben.

II. Hinsichtlich der Überlieferung ist hervorzuheben:

1. Im früheren Mittelalter benutzte man in Italien die so genannte epitome Juliani, einen lateinischen Auszug aus 124 Novellen Justinians, welchen der Professor Julian zu Konstantinopel um das Jahr 556 verfertigte (*Welchen Titel der Autor dem Werke gab, ist unbekannt. Handschriftlich findet sich alt Titel: Constitutiones novellae Justiniani de graeco in latinum translate per Julianum virum eloquentissimum antecessorem civitatis Constantinopolitanae*).

2. Im 12. Jahrhundert lernte man in Italien das so genannte **Authenticum** kennen, eine Sammlung von 134 Novellen. Sie gab den Originaltext der lateinisch erlassenen Novellen und eine lateinische Übersetzung der griechischen Novellen Justinians. Die Übersetzung ist eine wörtliche, zum Theile stümperhaft, hie und da unverständlich. Sie wurde wahrscheinlich in Italien zu Ende des Jahres 556 auf Justinians Anordnung officiell verfasst. Daher der Name Authenticum. Man bezeichnet diese Sammlung auch als Vulgata.

Die Glossatoren verfertigten Auszüge, so genannte autenticae, welche sie in den Kodex je an den bezüglichen Ort einfügten.

3. Eine andere Sammlung von 168 Novellen wurde seit dem 16. Jahrhundert im Occident allgemein bekannt. Sie stammt aus der Zeit von Tiberius II. (578/582) und enthält grösstentheils Verordnungen Justinians, aber auch Zuthaten. Die Sammlung ist durchwegs griechisch. Novellen Justinians, deren Original lateinisch war, sind hier in das Griechische übertragen

Mittels der beiden Sammlungen kennen wir 165 justinianische Novellen. Die Lesart des Authenticum ist nicht, wie manche annehmen, als die gemeinrechtlich entscheidende anzusehen. Vielmehr ist der justinianische Text soweit möglich zu erforschen und maßgebend. Für die griechisch erlassenen Novellen ist daher die griechische Sammlung zu Grunde zu legen. Gewohnheitsrechtliche Bildungen, die sich an den Text des Authenticum anschlossen, haben natürlich gleichwohl Kraft.

III. Die Novellen haben unbestrittenermassen den Vorzug vor anderen Bestandtheilen des corpus juris civilis. Jüngere Novellen haben in Kollisionsfällen den Vorzug vor älteren.

II. Das kanonische Recht.

§ 12. Das Corpus juris canonici.

Die zweite Hauptquelle des gemeinen Rechtes bildet das kanonische Recht. Es ist dies die von der römischen Kirche ausgehende Gesetzgebung, wie sie sich im Mittelalter und in dessen Ausgange feststellte. Sie erstreckt sich keineswegs bloß auf Kirchenrecht. Die gewaltige Stellung der Kirche im Mittelalter erklärt, dass sie außer den rein kirchlichen Sachen und dem Prozess auch Strafrecht und Privatrecht in den Bereich ihrer Gesetzgebung ziehen konnte.

Man unterscheidet das corpus juris canonici clausum und non clausum. Das geschlossene corpus juris canonici bilden folgende Bücher:

1. Das **decretum Gratiani**, eine Privatarbeit des Mönches Gratian aus dem 12. Jahrhundert. Der Titel, welchen man früher diesem Werke gab, concordia discordantium canonum zeigt die Intention der Arbeit an. Scheinbare Widersprüche der kirchlichen Quellen sollten in Harmonie gebracht werden. Zu diesem Zwecke wurden Zusammenstellungen aus sehr verschiedenen kirchlichen Quellen gemacht. An sie schließt sich der Versuch der Bereinigung – dicta Gratiani.

Das Dekret wurde als Lehrbuch benutzt. Die von Gratian angezogenen Stellen erhielten zum größten Theil gesetzgleiche Geltung durch den Gebrauch der Kirche. Die dicta Gratiani gewannen aber eine solche Geltung nicht.

2. Gregor IX. stellte eigene und ältere päpstliche Verordnungen – Dekretalen – zusammen und publicirte sie im Jahre 1234.

Die **Dekretalen Gregors IX.** zerfallen in fünf Bücher, jedes Buch in Titel mit Überschriften; die Titel enthalten die einzelnen Verordnungen. Die Anordnung war der des justinianischen Kodex nachgebildet. Die Dekretalen sollten sich zum Dekretum des Gratian ungefähr verhalten, wie der Kodex Justinians zu den Pandekten.

3. Bonifaz VIII. publicirte im Jahre 1298 einen Nachtrag zu den Dekretalen Gregors IX. – den **liber sextus decretalium**. Das Buch zerfällt in fünf Bücher und in Titel, wie die Dekretalen Gregors IX. als deren Ergänzungen.

4. Den letzten Bestandtheil bilden die fünf Bücher **Clementinae**, eine von Clemens V. zusammengestellte, von ihm selbst 1313, in seiner gegenwärtigen Gestalt von seinem Nachfolger 1317 kundgemachte Sammlung von Dekretalen diese Papstes und der durch ihn bestätigten Beschlüsse des Concilium von Vienne.

Die beiden anderen im corpus juris canonici noch enthaltenen Sammlungen – die extravagantes Johannis XXII. und die extravagantes communes – bilden das corpus juris canonici non clausum.

Von hervorragender Wichtigkeit sind die Beschlüsse des concilium Tridentinum, welches von 1545-1563 tagte und der Verfassung der katholischen Kirche den Abschluss gab. *(Dass die katholische Kirche als ein lebendiger Organismus sich auch seitdem in Lehre und Verfassung weiter entwickelt hat, unter Anderem durch das concilium Vaticanum von 1870, versteht sich von selbst. Der große historische Abschluss aber, insbesondere auch gegen den Protestantismus liegt im Tridentinum).*

§ 13 2. Die Reception des kanonischen Rechtes in Deutschland.

1. Man kann darüber streiten, ob es richtig ist, von einer Reception des **kanonischen Rechtes** in Deutschland zu reden. Denn der Papst war in Deutschland bis zur Reformation Obrigkeit und oberster Gesetzgeber in geistlichen Dingen und in allem, was unter dem religiös-ethischen Gesichtspunkt hiermit in Zusammenhang gebracht werden konnte. Die **geistlichen Gerichte Deutschland** wendeten daher die gehörig publicirten päpstlichen Dekretalen als **unmittelbar verbindliches Gesetz** an und diese Gerichte hatten die umfassendste Zuständigkeit auch in weltlichen Sachen.

Aber den ungelehrten Gerichten der Schöffen blieb das kanonische Recht im wesentlichen fremd. In die **weltlichen Gerichte** drang es erst ein, als gelehrte Gerichte die Volksgerichte verdrängt hatten. Vom Standpunkte der weltlichen Gerichte aus lässt sich daher mit Fug von einer **Reception** des kanonischen Rechtes sprechen. Als maßgebend erachtete man hierbei das corpus juris canonici clausum. Aber der Gerichtsgebrauch hielt sich hieran nicht streng. Auch das concilium Tridentinum beeinflusste ihn, vor allem im katholischen Eherecht, aber auch in anderen Bestimmungen, z.B. bezüglich der Kirchenbaulast der Patrone.

2. Viel bestritten ist das Verhältniss des **kanonischen** zum **römischen Rechte**. Meist gibt man dem kanonischen Rechte als der jüngeren Rechtsquelle den Vorzug. Doch die Reception beider Rechtsquellen geschah zusammen durch den Gerichtsgebrauch. Dieser hielt sich aber nicht an ein formales Princip, sondern gab denjenigen Bestimmungen den Vorzug, welche den deutschen Rechtsanschauungen entsprachen. *(Unter vielen Beispielen heben wir einige hervor. Das kanonische Recht erkennt die Rechtsbeständigkeit eines Testamentes vor dem Pfarrer und zwei Zeugen an. Die gemeine Gewohnheit aber beseitigte diese Testamentsform. Ebenso wurde das kanonische Verbot des Zinsnehmens durch die Praxis beseitigt, welche auf die Zinsbeschränkung des römischen Rechtes zurückging. Das kanonische Recht fordert ferner für die Bildung eines Gewohnheitsrechtes Ablauf der Verjährungszeit; die neuere Praxis und Wissenschaft sieht hiervon ab. – In anderen Materien überwog wieder das kanonische Recht; so beispielsweise bezüglich der Frage, ob zur Verjährung bona fides des Präskripten, d.h. dessen erforderlich ist, welchem die Verjährung zu gute kommt).*

Das Verhältniss der beiden Rechte war auch keineswegs in den verschiedenen Jahrhunderten seit der Reception stets dasselbe. Vor allem wurde in Folge der Reformation in den evangelischen Ländern die Geltung des kanonischen Rechtes beseitigt, soweit es der evangelischen Lehre widersprach. Später wurden noch andere Rechtssätze des kanonischen Rechtes, welche man in älterer Zeit als rechtsverbindlich ansah, durch die Praxis aufgegeben. Die Praxis ist also an erster Stelle über das Verhältniss beider Rechtsquellen zu befragen. Nur soweit hiernach ein bestimmtes Resultat nicht zu gewinnen ist, muss man dem kanonischen Recht den Vorzug geben.

III. Die einheimischen Rechtsquellen.

§ 14. Rechtsquellen vor der Stiftung des norddeutschen Bundes.

1. Der deutsche Gerichtsgebrauch vorzugsweise hat das gemeine Recht erzeugt. Den Stoff entlehnte er zum größeren Theile den fremden Rechten und nur zu einem geringeren Theile dem einheimischen Rechte. Aber auch das fremde Recht bildete er vielfach im deutschen Sinne um. Beispielsweise übernahm man in Deutschland die römische väterliche Gewalt; aber diese erreichte in

Rom ihr Ende erst mit dem Tode des Vaters, sofern der Vater sie nicht selbst freiwillig durch Emancipation löste. In Deutschland dagegen endigte nach gemeiner Gewohnheit die Gewalt auch ohne den Willen des Vaters mit der persönlichen und wirtschaftlichen Selbständigkeit des Kindes durch so genannte emancipatio Germanica. Das römische Rechtsinstitut war hiermit grundsätzlich geändert.

2. Die **Gesetzgebung** hatte nach alter deutscher Ansicht nicht die Aufgabe, das Privatrecht zu ordnen. Dies sollte sich im Kreise der Genossen entwickeln. Die Reichsgesetzgebung des Mittelalters zog hiernach im wesentlichen nur das öffentliche Recht in ihren Kreis, das Privatrecht wurde nur mittelbar und vereinzelt mitbetroffen. Das bedeutendste Verfassungsgesetz des alten Reiches, die goldene Bulle Kaiser Karl IV. vom Jahre 1356, traf z.B. Bestimmungen über das Bergregal, welche von Wichtigkeit für das deutsche Bergrecht geworden ist.

Die Hohenstaufen **Friedrich I** und **Friedrich II**. sendeten einige zunächst für Italien bestimmte Gesetze zur Aufnahme in das corpus juris an die Glossatoren; durch diese wurden sie in den Kodex als **authenticae Friedericianae** eingeschaltet. So kamen sie in Folge der Reception des römischen Rechtes mit demselben in Deutschland zur Geltung.

Das 16. Jahrhundert zeigt uns die Reichsgesetzgebung im Anschluss an die recipirten Rechte thätig. Es handelt sich auch jetzt vorzugsweise um Bestimmungen des öffentlichen Rechtes, die aber zugleich vielfach in das Privatrecht eingriffen.

Die hauptsächlichsten Gesetze dieser Zeit sind:

a) **Die Notariatsverordnung von 1512**. Sie hat namentlich die Form der Testamente im Anschluss an das römische Recht behandelt.

b) **Der Reichsabschied von Speyer von 1529** – entschied eine alte romanistische Streitfrage über das Erbrecht von Geschwisterkindern, welche Abkömmlinge verschiedener Geschwister sind, dahin, dass sie nicht nach Stämmen, sondern nach Köpfen theilen sollten, wenn sie ohne Konkurrenz von Geschwistern des Erblassers erben, und saß alle entgegenstehenden Statuten, Gewohnheiten und Gebräuche aufzuheben seien.

c) Eine Ordnung und Reformation guter Polizei – **Reichspolizeiordnung** - in 39 Titeln nahm 1530 der Reichstag zu Augsburg an. Sie wurde 1548 und 1577 verbessert.

Auf der Reichspolizeiordnung beruht die Entwicklung des deutschen Vormundchaftswesens.

d) Kaiser Karls V. und des heiligen römischen Reiches peinliche Gerichtsordnung von 1530 und 1532, die so genannte **Carolina**, ordnete das deutsche **Strafrecht**.

Der nach der Auflösung des deutschen Reiches und der Beseitigung der Fremdherrschaft am 10. Juni 1815 gestiftete, im Jahre 1866 aufgelöste deutsche Bund hatte **kein** selbständiges Gesetzgebungsrecht. Es wurde aber im Jahre 1847 der Entwurf einer **allgemeinen deutschen Wechselordnung** auf Veranlassung Preußens in gemeinsamer Berathung ein **allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch**. Beide Gesetzbücher wurden in den bei weitem meisten deutschen Staaten publicirt. Sie waren kein deutsches **gemeines** Recht, weil sie formell nur auf der Publikation der Territorialstaaten beruhten, (*Für die Wechselordnung haben dies manche bestritten, weil sie unter dem 26. November 1848 vom Reichsverweser im Reichsgesetzblatt verkündet war. Aber der Reichsverweser hatte keine gesetzgebende Gewalt.*) aber sie waren **allgemeines deutsches Recht**, weil sie in dem bei weitem größten Theile Deutschlands galten.

§ 15. Die Gesetzgebung des norddeutschen Bundes und des deutschen Reiches.

Auf Grund der Vereinbarung der deutschen Staaten rechts des Mains trat die vom ersten norddeutschen Reichstage angenommene Verfassung des norddeutschen Bundes mit dem 1. Juli 1867 in Kraft. An dessen Stelle trat auf Grund von Verträgen mit den süddeutschen Staaten seit dem 1. Januar 1871 das deutsche Reich. Am 16. April 1871 verkündete Kaiser Wilhelm I. die vom ersten deutschen Reichstag angenommene Reichsverfassung.

Der norddeutsche Bund und das deutsche Reich wurden mit einer selbständigen und weiten Zuständigkeit in Sachen der Gesetzgebung ausgestattet. Ihr unterliegt seit dem Gesetze vom 20. December 1873 die gemeinsame Gesetzgebung über das gesammte bürgerliche Recht.

Die großen Kodifikationen des Reichs sind:

a) die allgemeine Deutsche Wechselordnung und das Deutsche Handelsgesetzbuch, welche durch das Gesetz vom 5. Juni 1869 zu Bundesgesetzen erhoben und dann durch das Reichsverfassungsgesetz Reichsgesetze wurden. Gelegentlich der Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde auch das Handels-Gesetzbuch einer Revision unterzogen; dieses revidierte Handelsgesetzbuch datiert vom 10. Mai 1897.

b) das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, welches bereits zur Zeit des norddeutschen Bundes publicirt, für das deutsche Reich im Gesetze vom 15. Mai 1871 neu redigiert wurde;

c) das Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877, in neuer Fassung bekannt gemacht am 20. Mai 1898;

d) die Civilprozessordnung vom 30. Januar 1877, in neuer Fassung bekannt gemacht am 20. Mai 1898.

e) die Strafprozessordnung vom 1. Februar 1877;

f) die Konkursordnung vom 10. Februar 1877, in neuer Fassung bekannt gemacht am 20. Mai 1898. Die letztgenannten vier Prozessgesetze (die so genannten „Reichsjustizgesetze“) traten sämtlich mit dem 1. Oktober 1879 in Kraft.

g) Das Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896 mit seinem Nebengesetzen, insbesondere dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, der Grundbuchordnung und dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Außer diesen Gesetzbüchern ist eine große Zahl von einzelnen Bundes- und Reichsgesetzen erlassen worden, welche zum Teil an den einschlägigen Orten zu nennen sind.

Das System des Civilrechtes wird besonders berührt durch die Civilprozessordnung. Denn materielles Recht und Prozessrecht stehen in der engsten Wechselwirkung, da nur das Recht, welches prozessualisch im Bestreitungsfall zur Durchführung gelangen kann, praktische Bedeutung hat. Die Lehre von der Klage, vom Beweis, vom Urtheil, von der Zwangsvollstreckung treffen daher das materielle Recht in seinem innersten Nerv.

Das im Jahre 1870 geschaffene deutsche Reich ist keine Wiederherstellung des im Jahre 1806 aufgelösten Reiches. Es ist vielmehr eine neue Staatenbildung. Auch sein Recht hat einen anderen Charakter als das dem ehemaligen Reiche entstammende. Wohl ist es ebenfalls gemeines Recht, aber von neuerer Art. Um Missverständnissen vorzubeugen, wählen wir für dasselbe den Namen **Reichsrecht**.

Das gemeine Recht war überwiegend Produkt des Gewohnheitsrechtes. Das Reichsrecht ist ausschließlich eine Schöpfung der Gesetzgebung. Das gemeine Recht stand als bloß subsidiär dem Landesrecht nach, das Reichsrecht hat absolute Kraft, so dass es durch das Landesrecht nicht angetastet werden darf.

Zweites Kapitel.

Literatur des Pandektenrechtes.

§ 16. Die civilistische Literatur bis zum 18. Jahrhundert.

Zwei entgegengesetzte Richtungen machen sich in der civilistischen Literatur geltend, welche sich an das römische Recht anknüpft. Der einen ist es vor allem darum zu thun, in den Sinn des justinianischen Rechtsbuches einzudringen. Sie setzt alle Kraft daran, das Dunkel, welches auf so vielen Theilen dieser merkwürdigen Urkunde liegt, zu erhellen, die in ihr niedergelegten Rechtsgedanken zu enthüllen. Da aber die Jurisprudenz eine praktische Wissenschaft ist, so macht sich nach jeder Periode intensiver Vertiefung in die Quellen das Bestreben geltend, die in dem gelehrten Studium geübte und gestählte juristische Urteilskraft an der Praxis zu bewähren und die gefundenen Rechtswahrheiten im Leben zu verwerten. Das selbständige Studium der römischen Quellen tritt dann in den Hintergrund, bis neue Impulse wieder zu ihm hinführen.

Die Literaturepoche, zu denen wir uns zunächst wenden, der **Glossatoren** einerseits, der **Postglossatoren** andererseits, dann der **Humanisten** und endlich der **deutschen Praktiker**, lassen diesen Gegensatz klar hervortreten.

1. Ein ernstes, folgerechtes und nachhaltiges Studium widmeten dem justinianischen Rechtsbuch zuerst im Occident die **Glossatoren**. Die Glossatoren, die Lehrer des römischen Rechtes zu Bologna vom Beginn des 12. bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts, gründeten eine Rechtsschule, deren Ruf bald über Italien hinausging und die von Studierenden aus vielen Theilen Europas, insbesondere auch aus Deutschland besucht wurde. In den Schriften der Glossatoren konzentrierte sich die gelehrte Rechtswissenschaft der Zeit. Aber auch in den folgenden Jahrhunderten behielten sie hohe Autorität. Sie bilden noch immer eine Grundlage für die civilistische Wissenschaft.

Die Wege wies der Schule **Irnerius** im Beginn des 12. Jahrhunderts. Um die Mitte des 12. Jahrhunderts hatten seine Schüler, die „quatuor doctores“ hohe Ehre. Es waren die einmal **Bulgarus** – os aureum -, zweitens **Martinus** – copia legum -, welche in Politik und Jurisprudenz scharfe Gegner waren, drittens **Jacobus**, viertens **Hugo**. In den Beginn des 13. Jahrhunderts fällt die glänzende Wirksamkeit von **Azo** als Lehrer und Schriftsteller. Die Reihe der Glossatoren schließt um die Mitte des 13. Jahrhunderts **Accursius** der Ältere.

Die Glossatoren sind unerreicht in der Kenntnis des corpus juris, dessen Studium sie sich voll und ausschließlich widmeten. Ihre Vorlesungen und Schriften waren vorzugsweise exegetische, indem sie Stelle für Stelle nach der Ordnung im Gesetzbuch – der Legalordnung – kurz durch Glossen erläuterten. Sie trugen die verwandten Stellen – die Parallelstellen – zur Erklärung zusammen und merkten die sich widerstreitenden Stellen – die Antinomien – an. Zur Ausgleichung der Widersprüche ersannen sie mannigfache Vereinigungen. Viele der Kontroversen, welche noch heute die Juristen beschäftigen, wurden bereits von den Glossatoren verhandelt, so dass sie den Grund der verschiedenen Meinungen legten. Ihr Scharfsinn ist bewundernswert. Nur ein unentbehrliches Element des vollen Verständnisses der römischen Rechtsquellen fehlte ihnen, nämlich Einsicht in die geschichtlichen Beziehungen des römischen Alterthums.

Die Glossen, welche seine Vorgänger ersonnen hatten, stellte mit seinen eigenen von minderem Werth zusammen Accursius. Seine Glosse, die glosse ordinaria, hat vorzugsweise die Resultate des Nachdenkens und des Fleißes der Glossatoren der Nachwelt übermittleit. (Die Glossatoren haben außer den Glossen auch anderes geschrieben, so namentlich summae, vorzugsweise nach der Ordnung des Codex. Vor allem war hochberühmt und wurde auch später gedruckt die summa des Azo ad Codicem.)

2. Es folgten die Postglossatoren, auch Kommentatoren, Consiliatoren genannt. Die Glosse schien erschöpft zu haben, was für das Verständnis des justinianischen Rechtes durch die Forschung zu gewinnen war. Es galt nun, die errungenen Geistesätze für den blühenden Verkehr des späteren italienischen Mittelalters nutzbar zu machen. Darum war man darauf bedacht, die römischen Rechtssätze derart zu gestalten und umzubilden, dass sie den Bedürfnissen der Zeit entsprachen. Noch immer lehrte und schrieb man im Anschluss an die Legalordnung. Doch handelte es sich weniger um Exegese der Stellen als um Anknüpfung praktischer Rechtswahrheiten an den Text. Dabei machte sich aber der scholastische Geist des späten Mittelalters in unerfreulicher Weise geltend. Man häufte die Unterscheidungen – Distinktionen -, man stellte Regeln auf, die man durch zahllose Erweiterungen – Ampliationen – ergänzte, man verfiel in unerträgliche Weitschweifigkeit.

Dem Ende des 13. Jahrhunderts gehört noch an Wilhelm Durantis, dessen speculum juris der Praxis bestimmt und höchst dienlich war. Bis Mitte des 14. Jahrhunderts wirkte Bortulus de Sassoferato, ein selbständiger wahrhaft produktiver Geist, welcher das Größte leistete, obgleich er das 50. Lebensjahr nicht erreichte. Neben ihn trat Baldus de Ubaldis, welcher, wenig jünger als Bartolus, den Beginn des 15. Jahrhunderts erlebte. In der zweiten Hälfte des 15. und zu Anfang des 16. Jahrhundert war noch in alter Weise mit Erfolg Jason Mainus thätig.

3. Die französische historische Schule des 16. Jahrhunderts wendete sich wieder dem selbständigen Studium der Quellen zu. Die Renaissance und der Humanismus erweckten seit dem Ausgang des Mittelalters neues Leben in der Jurisprudenz. Die historischen und philosophischen Kenntnisse, welche man sich errungen hatte, gaben reiche Mittel zum besseren Verständnis der Rechtsquellen. Den großen Civilisten Frankreichs gehören Duarenus, Balduinus, Brissonius an. Im Vordergrund aller stehen Jacobus Cujacius und Hugo Donellus. Cujacius war eleganter Philologe, Historiker, Exegetiker. Seine observationes enthalten eine Fülle interessanter historischer

Bemerkungen. Er gab bis dahin nicht bekannte Schriften des vorjustinianischen Rechtes heraus. In viel besuchten Vorlesungen erklärte er die Werke der klassischen großen Juristen Roms, soweit sie sich aus den im Corpus juris zerstreuten Fragmenten zusammenstellen ließen. Die Erklärungen des Cujacius sind noch heute zum Verständnis der vielfach dunkeln Entscheidungen Papinians unerheblich. Von besonderer Bedeutung ist der Traktat des Cujacius zu Afrikanus. (In den Gesamtausgaben der Werke des Cujacius finden sich außer den bei seinen Lebzeiten herausgegebenen Werken – den opera priora – dessen nachgelassene Schriften und Vorträge – opera postuma. Eine Gesamtausgabe veranstaltete Fabrot, Paris 1658; auf ihr beruhen die 1722 und 1757 zu Neapel, 1758 ff zu Venedig und Modena erschienenen Ausgaben). Zeitgenosse, Nebenbuhler und wissenschaftlicher Gegner des Cujacius war Hugo Donellus. Auf ihn konzentrierte seine wissenschaftliche Kraft auf das reine römische Recht; sein Hauptwerk, die commentarii juris civilis, bildet die erste umfassende systematische Bearbeitung.

Noch im Anfang des 17. Jahrhunderts finden sich bedeutende historische Juristen französischen Stammes. (Wir erwähnen Jakobus Gothofredus 1587-1652, hochberühmt durch seinen gelehrten Kommentar zum Codex Theodosianus, ferner Anton Faber, 1557-1624, Präsident des obersten Gerichtshofes zu Savoyen. Seine Schriften de erroribus pragmaticorum, ferner rationalia in Pandectas über die 19 ersten Bücher der Pandekten erregten bei den Gelehrten seiner Zeit Aufsehen, namentlich auch durch ihre gewaltsame Konjekturekritik. Von nachhaltigerem Einfluss aber auf die Gestaltung des Rechtes, vornehmlich auch in Deutschland, war der Codex Fabrianus durch die an die dargestellten Rechtsfälle geknüpften praktischen Erörterungen. Auch Morillius, + 1647, ist zu nennen wegen seiner so genannten Variantae ad Cujacium, das heißt: Zusammenstellung widersprechender Erklärungen von Cujacius). Dann wendete man sich in Frankreich fast ausschließlich der praktischen Jurisprudenz zu. Dagegen hatte in den Niederlanden die historische Richtung eine Nachblüte.

4. In Deutschland beginnt frühe die Periode der Praktiker. (Vergleiche Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft von R. Stintzig. 1. Abtheilung 1880. Sie reicht bis zur ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts. Ein jäher Tod hat den trefflichen Forscher und Schriftsteller vor Vollendung seines Werkes überrascht. Aus seinem Nachlass hat Ernst Landsberg 1884 eine 2. Abtheilung herausgegeben).

Zu Anfang des 16. Jahrhunderts wurden allerdings hervorragende Geister von den Anregungen der Humanisten und der historischen Jurisprudenz des Auslandes mächtig berührt. Gregor Haloander veranstaltete lesbare Ausgaben des Corpus juris. Zasius, auf dem Boden der juristischen Praxis stehend, war zugleich von warmem Interesse für historische Forschung und Humanismus erfüllt.

Allein die Kraft der deutschen Juristen war im wesentlichen absorbiert durch die Aufgabe, das recipirte römische Recht den deutschen Verhältnissen anzupassen. Dabei ohne eine gewisse Wahrheit hat man gesagt, dass in Deutschland recipirt wurde das römisch-italienische Recht, wie es die Postglossatoren gelehrt hatten.

Der Praxis dienten die so genannten Kameralisten, welche ihre Erörterungen an die Entscheidungen des Reichskammergerichtes anschlossen, namentlich Joachim Mysinger und Andreas Gail.

Praktische Zwecke verfolgten auch fast ausschließlich die einflussreichen juristischen Lehrer und Schriftsteller Kursachsens. In Sachsen hatte das heimische Recht festen Halt in einem seit Jahrhunderten anerkannten weit verbreiteten Rechtsbuche, dem Sachsenspiegel. Nun trat das römische Recht neben das Sachsenrecht. Die Verbindung und Ausgleichung war die eigenthümliche Aufgabe der sächsischen Juristen. Durch sie vorzugsweise bildete sich der usus modernus Pandectarum.

Schon der Niederländer Matthäus Wesenbeck, welcher in Wittenberg lehrte, bereitete dies vor. Von Späteren nennen wir Hartmann Pistoris, Benedictus Carpzov, Heinrich Berger, Balthasar von Wernher, Augustin von Leyser.

Die Schriften der sächsischen Rechtslehrer sind auch für die außersächsischen juristischen Lehrer und Schriftsteller Deutschlands von bestimmtem Einfluss geworden. Zu solchen gehört Mevius in Greifswald, Lauterbach in Tübingen, Brunnemann in Frankfurt an der Oder, Stryk in Frankfurt an der Oder und Halle. Justus Henning Böhmer in Halle und sein Sohn Georg Ludwig Böhmer in Göttingen.

§ 17. Naturrechtliche und historische Schule.

1. Die Rechtswissenschaft des 18. Jahrhunderts wurde überwiegend durch die naturrechtliche Schule bestimmt. Noch vor dem Beginn des 19. Jahrhunderts bildete sich ihr gegenüber die historische Schule; sie gewann die Herrschaft, ohne doch die Gedanken der naturrechtlichen Schule völlig bannen zu können. Naturrechtliche Systeme bildete man seit dem 16. Jahrhundert; sie beeinflussten zunächst das öffentliche Recht und die Lehren des Völkerrechtes. Mit dem Ende des 17. Jahrhundert suchte man auch das Privatrecht nach ihnen zu gestalten. Dazu gab die Mangelhaftigkeit und Reformbedürftigkeit des gegebenen Rechtes Veranlassung. Mit der Reception der fremden Rechte hatte man massenhaft Rechtsnormen übernommen, welche sich in Jahrtausenden gebildet und angesammelt hatte, und die weder unter sich noch mit der wirklichen Rechtsverfassung Deutschlands in vollkommener Harmonie standen. Die Beherrschung des gewaltigen Stoffes wurde erschwert durch den Mangel der systematischen Folge im justinianischen und kanonischen Gesetzbuch. Daher erschien das Privatrecht unter den Streitigkeiten der Doktoren mehr als ein Kampfplatz, denn als eine feste Norm für die Lebensverhältnisse. Eine neue Zeit in socialer und wirtschaftlicher Beziehung brach nach Beendigung des dreißigjährigen Krieges heran. Damit machten sich auch neue Anforderungen an das Privatrecht geltend. Das größte Übel war der schleppende Gang des gemeinen Prozesses, welcher sich in übertriebener Gründlichkeit endlos hinzog und die Verwirklichung des Rechtes in eine unabsehbare Zukunft vertagte.

Aus allem diesem Irrsal sollte das Recht der Vernunft herausführen. Aus der Vernunft gedachte man aprioristisch das Recht zu gestalten. Schließlich fand man hier freilich nur den Reflex des Wirklichen, wie es dem Einzelnen erschien. Aber in doppelter Beziehung leistete diese Richtung Grosses.

Einmal wurde die Masse des positiven Rechtes zum ersten male von einem außer ihm liegenden Standpunkt in eingehender Weise einer Kritik unterzogen. Ferner führte sie zur systematischen Gliederung des Rechtsstoffes. Die so gewonnenen Gedanken sind zum nicht geringen Theil für die Wissenschaft maßgebend geblieben.

Auf Grund dieser Systeme wurden dann umfassende Gesetzeswerke; die Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts, geschaffen; zuerst das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten.

Die naturrechtliche Schule hat für die Erforschung des positiven Rechtes wenig geleistet. Die Bedeutung von Thomasius, welcher das Naturrecht an der neugestifteten Universität Halle vorzugsweise vertrat und dessen Anregungen dauernde Wirkung hatte, liegt auf diesem Felde nicht, obgleich er sich auch auf ihm versuchte. Noch weniger leisteten spätere Anhänger der Schule. Mit dem Rationalismus ging die einseitige Betonung des Utilitarismus Hand in Hand; der wissenschaftlichen Produktion aus dem Ende des vorigen Jahrhunderts fehlt Tiefe und Originalität.

2. In glänzender Begabung trat Friedrich Karl von Savigny mit dem Anfang unseres Jahrhunderts als Bannerträger der historischen Schule hervor. Die Ideen, von denen er ausging, hatten seit dem Ende des 18. Jahrhunderts vielfachen Ausdruck gefunden. Der Göttinger Professor Hugo hatte sie in die Rechtswissenschaft eingeführt. Aber Savigny gab ihnen ihr besonderes Gepräge. Das Recht, lehrte man nun, ist das Produkt der Geschichte, ein Ausdruck des Volksgeistes, nicht der subjektiven Vernunft der Einzelnen; es ist aus sich heraus zu läutern, indem man auf seine historischen Wurzeln zurückgeht; Kodifikationen brechen die Verbindung mit der Vergangenheit ab und sind nicht fördernd, sondern schädlich. Nach diesen Gedanken erfuhr das Studium des römischen Rechtes, wie auch dasjenige des deutschen Rechtes eine Erneuerung. Für das römische Recht insbesondere wurden neue Quellen entdeckt, unter denen die Institutionen des Gajus den ersten Rang einnehmen. In ihrem Lichte erschien das römische Recht in neuer Gestalt. Bedeutende Geister, unter denen Georg Friedrich Puchta (geb. 1798, starb bereits im 48. Lebensjahr 1846) vor allen zu nennen ist, setzten ihre volle Kraft an die Erforschung des reinen römischen Rechte. Die Weiterbildung des römischen Rechtes durch Praxis und Gerichtsgebrauch seit der Zeit der Postglossatoren hatte dem gegenüber freilich einen schweren Stand. Manche an sich berechnete Rechtssätze wurden beseitigt, anderes konnte sich nur im hartnäckigen Kampfe behaupten.

3. Der Einfluss der naturrechtlichen Schule war zurückgedrängt, aber nicht gebrochen. Er machte sich vorzugsweise in der Gesetzgebung geltend. In der That sind die Gegensätze keine unversöhnlichen. Es handelt sich um zwei Richtungen, die sich nothwendig ergänzen müssen. Der feste Grund des Rechtes ist seine Geschichte. Aber inmitten der Wandlung aller menschlichen Dinge bedarf auch das Recht stetiger Weiterbildung. Diese kann sich nicht durch Wissenschaft und

Gewohnheit allein vollziehen. Oft bedarf es der Hilfe der Gesetzgebung, welche nicht bloß das historisch überlieferte entwickelt, sondern das Angemessene und Zweckmäßige feststellt. Nie können und sollen wir von dem Gegebenen absehen. Aber wir dürfen uns auch nicht der Freiheit begeben, dasselbe nach den Anforderungen unserer Vernunft weiterzubilden.

Die romanistische Wissenschaft der 2. Hälfte des Jahrhunderts suchte sich von der Einseitigkeit der historischen Schule frei zu machen, ohne den berechtigten Kern ihrer Lehren aufzugeben. Selbständige, zum Theil weit auseinander gehende Wege schlugen insbesondere 3 hervorragende Romanisten ein, welche der Tod in rascher Folge der Wissenschaft entriss: Alois Binz, Bernhard Windscheid, Rudolph Ihering.