

**System**  
des  
**Römischen Rechts**

von

**Heinrich Dernburg,**  
weil. ordentlichem Professor an der Universität Berlin.

**Der Pandekten**

**achte, umgearbeitete Auflage,**

bearbeitet

von

**Dr. Paul Sokolowski,**  
verm. a. o. Professor an der Universität Berlin  
und ordentlicher Professor an der Universität Königsberg.

**Erster Teil.**

---

Berlin 1911.

Verlag von H. W. Müller.

~~~~~  
Alle Rechte vorbehalten.  
~~~~~

## Borwort zur siebenten Auflage.

Als ich wenige Wochen vor dem Inkrafttreten des BGB. an dem Wendepunkte des deutschen bürgerlichen Rechtes dieses Werk nicht ohne Zagen und doch mit Vertrauen neu herausgab, fügte ich ihm einleitende Worte hinzu, die ich auch heute wiederhole.

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 zivilistischen 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 Privatrechtes. Soll doch schon im zweiten Semester des juristischen Studiums die Vorlesung über das BGB. 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 BGB. 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 BGB. 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.

Daselbe 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 Rechte 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 BGB. 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 Präjudizien der Gerichte, welche in massenhaften Sammlungen, in zahllosen Büchern und Zeitschriften bald gewaltig anschwellen werden. Wer aber führt uns in dem Chaos der Präjudizien? 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!

Die neue, siebente Auflage ergibt, daß meine Hoffnung nicht getäuscht ist und daß dies Werk auch jetzt noch in weiten Kreisen als ein nützlichcs Hilfsbuch zu erstem wissenschaftlichen Studium gilt.

Westend, 20. September 1902.

Heinrich Dernburg.

## Vorwort zur achten Auflage.

Die Hoffnungen des großen Rechtslehrers sind nicht getäuscht worden. Indem ich ein schönes Vermächtnis erfülle, mache ich sein berühmtes Lehrbuch aufs neue der studierenden Jugend zugänglich. Es galt, Dernburgs Pandekten unter voller Wahrung ihres Inhalts und der Form den veränderten Bedürfnissen unseres heutigen Rechtsunterrichts, die sich seit dem Erscheinen des BGB. mehr und mehr geklärt haben, anzupassen. Die treffliche Bearbeitung des historischen Stoffes in seiner allmählichen Entwicklung bis zur Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich konnte auch jetzt aufrecht erhalten werden. Zu beseitigen waren nur mancherlei Streitfragen, die unter der Herrschaft des Gemeinen Rechts zwar große praktische Bedeutung hatten, heute aber durch das geltende Recht meist entschieden sind. Die sog. Vereinigungsversuche der früheren Rechtslehrer den offensichtlichen Widersprüchen der römischen Quellen gegenüber wirkten oft entstellend auf die lebendige Schärfe der antiken Denkweise. Die meisten Änderungen habe ich mit dem verstorbenen Autor noch persönlich beraten können. Zu erwähnen ist hier namentlich die Umgestaltung des Abschnitts vom Rechtsschutz im Sinne eines kurzen Leitfadens des römischen Zivilprozesses. Ich erhebe hierbei keinen Anspruch auf Vollständigkeit der historischen Darstellung, es sollte eine kurze Übersicht der wichtigsten Momente des römischen Rechtsschutzes gegeben werden.

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!

Die neue, siebente Auflage ergibt, daß meine Hoffnung nicht getäuscht ist und daß dies Werk auch jetzt noch in weiten Kreisen als ein nützliches Hilfsbuch zu erstem wissenschaftlichen Studium gilt.

Westend, 20. September 1902.

Heinrich Dernburg.

## Vorwort zur achten Auflage.

Die Hoffnungen des großen Rechtslehrers sind nicht getäuscht worden. Indem ich ein schönes Vermächtnis erfülle, mache ich sein berühmtes Lehrbuch aufs neue der studierenden Jugend zugänglich. Es galt, Dernburgs Pandekten unter voller Wahrung ihres Inhalts und der Form den veränderten Bedürfnissen unseres heutigen Rechtsunterrichts, die sich seit dem Erscheinen des BGB. mehr und mehr geklärt haben, anzupassen. Die treffliche Bearbeitung des historischen Stoffes in seiner allmählichen Entwicklung bis zur Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich konnte auch jetzt aufrecht erhalten werden. Zu beseitigen waren nur mancherlei Streitfragen, die unter der Herrschaft des Gemeinen Rechts zwar große praktische Bedeutung hatten, heute aber durch das geltende Recht meist entschieden sind. Die sog. Vereinigungsversuche der früheren Rechtslehrer den offensichtlichen Widersprüchen der römischen Quellen gegenüber wirkten oft entstellend auf die lebendige Schärfe der antiken Denkweise. Die meisten Änderungen habe ich mit dem verstorbenen Autor noch persönlich beraten können. Zu erwähnen ist hier namentlich die Umgestaltung des Abschnitts vom Rechtsschutz im Sinne eines kurzen Leitfadens des römischen Zivilprozesses. Ich erhebe hierbei keinen Anspruch auf Vollständigkeit der historischen Darstellung, es sollte eine kurze Übersicht der wichtigsten Momente des römischen Rechtsschutzes gegeben werden.

Ferner haben eine Reihe von Fragen aus dem Sachenrecht, insbesondere die Lehre vom Besitz, mit Billigung des Verstorbenen eine veränderte Wiedergabe erfahren, die meist auf meinen eigenen Vorarbeiten beruht. Die Ergebnisse der modernen Papyrus-Forschungen sind namentlich dort berücksichtigt worden, wo sie völlig sichere Resultate ergaben, und auf die dahin gehörige Literatur ist überall hingewiesen. Mancherlei Kürzungen sollen es ermöglichen, das ganze Werk in einem Bande zu vereinigen, dessen erster Teil hier vorliegt. Der Titel „Bandekten“ ist der heutigen Terminologie entsprechend in „System des römischen Rechts“ geändert worden.

Meine ausgedehnte Verwaltungstätigkeit hat mich leider der Möglichkeit beraubt, das Werk so schnell zu fördern, wie ich es wollte. Es gereicht mir aber zu hoher Genugtuung, in veränderter Lebensstellung den deutschen Studenten, deren Fleiß und geistige Regsamkeit ich während meiner Lehr-tätigkeit an deutschen Hochschulen schätzen gelernt habe, einen herzlichen Gruß zu senden mit dem lebhaften Wunsche, daß ihnen das Werk eines der größten Rechtslehrer unserer Zeit zum Segen gereichen möge.

Schloß Fürgensburg, 20. September 1910.

**Dr. Paul Socolowski,**

Kurator des Charkower  
(jüd-ost-russischen) Lehrbezirks.

# Inhaltsübersicht.

## Einleitung.

### Das System des römischen Rechts, seine Quellen und seine Literatur.

#### Erstes Kapitel. Die Quellen des römischen Rechts.

	Seite
1. Das System des römischen Rechts in seiner heutigen Darstellung . . . . .	1
2. Geschichte der Rezeption des römischen Rechts . . . . .	3
3. Das Maß der Rezeption des römischen Rechts . . . . .	6
4. Vorjustinianische und nachjustinianische Quellen . . . . .	9
5. Charakter der justinianischen Kodifikation . . . . .	10
6. Gesamtausgaben des corpus juris civilis. Zitiermethode . . . . .	11
7. 1. Die Institutionen . . . . .	13
8. 2. Die Pandekten . . . . .	14
9. 3. Der codex constitutionum . . . . .	17
10. 4. Die Novellen . . . . .	18

#### Zweites Kapitel. Literatur des Pandektenrechts.

11. Die zivilistische Literatur bis zum 18. Jahrhundert . . . . .	20
12. Naturrechtliche und historische Schule . . . . .	25
13. Die wichtigsten literarischen Hilfsmittel . . . . .	27

## Erstes Buch. Allgemeine Lehren.

### Erster Abschnitt. Recht im objektiven und im subjektiven Sinne.

#### Erstes Kapitel. Begriff des Rechts im objektiven Sinne. Einteilungen.

14. Das Wesen des Rechts im objektiven Sinne . . . . .	31
15. Zivilrecht und prätorisches Recht. Jus civile, jus gentium und jus naturale . . . . .	32
16. Öffentliches und privates Recht . . . . .	34
17. Klassifikation der Privatrechte . . . . .	36

#### Zweites Kapitel. Entstehung und Außerkrafttreten der Rechtsnormen.

18. Die rechtsbildenden Faktoren . . . . .	38
19. Gesetzgebung . . . . .	40
20. Gewohnheitsrecht. Allgemeine Natur . . . . .	41
21. Die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts . . . . .	43
22. Die Kraft des Gewohnheitsrechts . . . . .	45
23. Gerichtsgebrauch . . . . .	47
24. Außerkrafttreten der Gesetze . . . . .	48

	Seite
<b>Drittes Kapitel. Arten der Rechtsnormen.</b>	
§ 25. Zwingende Gesetze . . . . .	49
§ 26. Nichtzwingende Gesetze . . . . .	52
§ 27. Singuläres Recht. Historische Anomalien . . . . .	53
<b>Viertes Kapitel. Interpretation und Fortbildung der Rechtsnormen.</b>	
§ 28. Die Grundsätze der Interpretation . . . . .	54
§ 29. Grammatische und logische Interpretation. Extensive und restriktive Interpretation . . . . .	56
§ 30. Interpretation des corpus juris civilis . . . . .	58
§ 31. Authentische Interpretation . . . . .	62
§ 32. Ergänzung der Rechtsnormen. Analogie. Natur der Sache . . . . .	63
<b>Fünftes Kapitel. Recht im subjektiven Sinne.</b>	
§ 33. Begriff. Der Anspruch . . . . .	65
§ 34. Die Ausübung der Rechte . . . . .	67
§ 35. Kollision der Rechte . . . . .	69
<b>Sechstes Kapitel. Zeitliche und räumliche Anwendungssphäre der Rechtsnormen.</b>	
A. Die Beziehungen neuer Gesetze zur Vergangenheit.	
§ 36. Ausschließung der Rückwirkung . . . . .	71
§ 37. Rückwirkende Gesetze . . . . .	74
B. Räumliche Anwendungssphäre der Rechtsnorm.	
§ 38. Domizil. Personalstatuten . . . . .	75
<b>Zweiter Abschnitt. Das Rechtssubjekt.</b>	
§ 39. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit . . . . .	78
<b>Erstes Kapitel. Von den physischen Personen.</b>	
A. Die Existenz der physischen Personen.	
§ 40. Beginn und Ende der Persönlichkeit . . . . .	79
B. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der physischen Personen.	
§ 41. Gewaltfreie und Gewaltuntergebene . . . . .	83
§ 42. Die Altersstufen . . . . .	84
§ 43. Rechtsstellung der Frauen . . . . .	87
§ 44. Geistesranke . . . . .	88
§ 45. Verschwender . . . . .	89
§ 46. Bürgerliche Ehre. Ehrenminderung . . . . .	91
<b>Zweites Kapitel. Die juristischen Personen.</b>	
A. Allgemeines. Die Arten.	
§ 47. Verhältnis der juristischen zur physischen Person . . . . .	94
§ 48. Korporationen . . . . .	97
§ 49. Gegensatz von Korporation und Gesellschaft . . . . .	100
§ 50. Anstalten und Stiftungen . . . . .	103
B. Entstehung und Ende.	
§ 51. Begründung der juristischen Person . . . . .	105
§ 52. Ende der juristischen Person . . . . .	107

Seite

C. Rechtsverhältnisse der juristischen Person.

53.	Die Rechtsstellung der juristischen Person . . . . .	109
54.	Repräsentation der juristischen Person . . . . .	111

**Dritter Abschnitt. Von den Rechtsobjekten.**

**Erstes Kapitel. Vermögen und Vermögensbestandteile.**

55.	Körperliche, unkörperliche Sachen . . . . .	113
56.	Einheitliche und zusammengesetzte Sachen. Sachgesamtheiten und Sondervermögen . . . . .	115

**Zweites Kapitel. Die res extra commercium.**

57.	1. Verkehrsunfähigkeit aus allgemeinen Gründen . . . . .	117
58.	2. Res divini juris . . . . .	119
59.	3. Die öffentlichen Sachen . . . . .	121
60.	Öffentliche Wege . . . . .	123
61.	Flüsse, Seen . . . . .	124

**Drittes Kapitel. Arten der körperlichen Sachen.**

62.	Immobilien und Mobilien . . . . .	126
63.	Vertretbare, verbrauchbare Sachen . . . . .	127
64.	Teilbarkeit der Sachen . . . . .	129
65.	Die wesentlichen Bestandteile und die Pertinenzen . . . . .	130
66.	Frucht und Kapital . . . . .	131

**Vierter Abschnitt. Rechtserwerb und Rechtsverlust.**

**Erstes Kapitel. Die Faktoren der Rechte im subjektiven Sinne.**

67.	Die juristischen Thatfachen . . . . .	134
68.	Der Rechtserwerb . . . . .	135
69.	Erfolgerwerb. Abgeleiteter Erwerb . . . . .	137
70.	Das Datum der Rechte . . . . .	139
71.	Veränderung und Endigung der Rechte . . . . .	141
72.	Anerkennung und Genehmigung . . . . .	143
73.	Privilegien . . . . .	145

**Zweites Kapitel. Rechtlich wichtige Momente der Thatbestände.**

**I. Unrecht. Irrtum.**

74.	Objektives und subjektives Unrecht. Verschulden . . . . .	147
75.	Unwissenheit und Irrtum . . . . .	150

**II. Zeit.**

76.	Zivilkomputation und Naturalkomputation . . . . .	153
77.	Die Zivilkomputation im einzelnen . . . . .	154
78.	Tempus continuum und utile . . . . .	156

**Drittes Kapitel. Die Rechtsgeschäfte.**

**I. Begriff. Arten.**

79.	Begriff des Rechtsgeschäftes . . . . .	157
80.	Hauptarten der Rechtsgeschäfte . . . . .	161

**II. Bestandteile des Rechtsgeschäftes.**

81.	Die Essentialien des Geschäftes . . . . .	163
82.	Beweggründe . . . . .	164
83.	Die Zwecke der Vermögenszuwendungen . . . . .	165

	Seite
<b>III. Willenserklärung.</b>	
§ 84. Bedeutung der Willenserklärung . . . . .	167
§ 85. Formelle und formlose Geschäfte . . . . .	168
§ 86. Erklärung bei formlosen Geschäften . . . . .	170
<b>IV. Willensmängel.</b>	
§ 87. Die Bedeutung des Willensmomentes . . . . .	172
§ 88. Simulierte, dissimulierte, fiduziarische Geschäfte . . . . .	175
§ 89. Geschäftsrirtum. Einleitung . . . . .	177
§ 90. Wesentlicher und unwesentlicher Geschäftsrirtum . . . . .	178
§ 91. Zwang . . . . .	181
§ 92. Betrug . . . . .	184
<b>V. Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.</b>	
a) Bedingungen.	
§ 93. Wesen der Bedingungen . . . . .	186
§ 94. Form und Arten der Bedingungen . . . . .	188
§ 95. Uneigentliche Bedingungen . . . . .	190
§ 96. Der Wille des Verpflichteten als Bedingung . . . . .	192
§ 97. Suspendivbedingungen. Schwerebezug . . . . .	193
§ 98. Die Entscheidung der Bedingung . . . . .	195
§ 99. Rechtsfolgen der Entscheidung . . . . .	196
§ 100. Resolutivbedingungen . . . . .	199
b) Zeitbestimmungen.	
§ 101. Gewisse und ungewisse Zeit . . . . .	201
§ 102. Rechtliche Behandlung der Zeitbestimmungen . . . . .	202
c) Auflage-Modus.	
§ 103. Auflage-Modus. Voraussetzung . . . . .	204
§ 104. Allgemeines über Nebenbestimmungen . . . . .	206
<b>VI. Stellvertretung.</b>	
§ 105. Begriff und Arten der Stellvertretung . . . . .	208
§ 106. Stellvertretung nach römischem Rechte . . . . .	210
<b>VII. Fehlerhafte Geschäfte.</b>	
§ 107. Nichtigkeit und Entkräftbarkeit . . . . .	212
§ 108. Eidliche Bestärkung fehlerhafter Geschäfte . . . . .	215
§ 109. Konvaleszenz nichtiger Geschäfte . . . . .	216
<b>VIII. Behandlung der Rechtsgeschäfte.</b>	
§ 110. Auslegung . . . . .	217
§ 111. Beurteilung nach Redlichkeit und Recht . . . . .	218
<b>Fünfter Abschnitt. Der Rechtsschutz.</b>	
<b>Erstes Kapitel. Selbsthilfe und Rechtshilfe.</b>	
§ 112. Selbsthilfe . . . . .	220
§ 113. Rechtshilfe . . . . .	222
<b>Zweites Kapitel. Die Grundzüge der römischen legis actiones und des Formularprozesses.</b>	
§ 114. Der Begriff des Klagerechts . . . . .	223
§ 115. Die legis actiones. Allgemeines . . . . .	225

	Seite
§ 116. Die Arten der legis actiones . . . . .	228
§ 117. Der Formularprozeß. Sein Ursprung und Wesen . . . . .	233
§ 118. Die Formel und ihre Bestandteile . . . . .	236
§ 119. Das Verfahren im iudicium . . . . .	249

**Drittes Kapitel. Das römische Aktionensystem in seinem Verhältnis zum materiellen Recht.**

§ 120. Persönliche und dingliche Klagen . . . . .	252
§ 121. Strafklagen. Popularklagen . . . . .	253
§ 122. Konditionen, bonae fidei iudicia . . . . .	254
§ 123. Actio simplex und duplex . . . . .	256
§ 124. Actiones praejudiciales . . . . .	257
§ 125. Verwandte und konkurrierende Klagen . . . . .	257

**Viertes Kapitel. Das Urteil über die Streitsache.**

§ 126. Formelle und materielle Rechtskraft . . . . .	261
§ 127. Die exceptio rei iudicatae . . . . .	262
§ 128. Wirkung des Urteils für und gegen Dritte . . . . .	264

**Fünftes Kapitel. Endigung des Klagerchts.**

**I. Die Klagenverjährung.**

§ 129. Die Verjährung im allgemeinen . . . . .	266
§ 130. Entwicklung und Begriff der Klagenverjährung . . . . .	268
§ 131. Die Voraussetzungen der Klagenverjährung . . . . .	270
§ 132. Die Wirkungen der Klagenverjährung . . . . .	275

**II. Untergang des Subjekts.**

§ 133. Tod des Berechtigten und Verpflichteten . . . . .	276
----------------------------------------------------------	-----

**Sechstes Kapitel. Die unmittelbaren Eingriffe des Magistrats in die Rechtspflege kraft des Imperiums. Das Verfahren extra ordinem.**

**I. Die Stipulationes praetoriae und missio in possessionem.**

§ 134. Die prätorischen Stipulationen und die missiones in possessionem . . . . .	277
-----------------------------------------------------------------------------------	-----

**II. Die Interdikte.**

§ 135. Die Interdikte. Allgemeines . . . . .	279
§ 136. Das Verfahren bei den Interdikten . . . . .	280

**III. In integrum restitutio.**

§ 137. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand . . . . .	282
§ 138. Verletzung . . . . .	284
§ 139. Minderjährigkeit und gleichgestellte Gründe . . . . .	285
§ 140. Restitutio gegen notgedrungene Versäumnisse . . . . .	287
§ 141. Durchführung der Restitutio nach römischem Recht . . . . .	289

**Zweites Buch. Das Sachenrecht.**

**Erster Abschnitt. Einleitung. Der Besitz.**

**Erstes Kapitel. Die allgemeinen Grundsätze.**

§ 142. Begriff des Besitzes . . . . .	291
§ 143. Der Schutz des Besitzes und seine Entwicklung . . . . .	294
§ 144. Die Gestaltung der römischen Besitzlehre . . . . .	296

	Seite
<b>Zweites Kapitel. Die Arten, Subjekt und Objekt des Besitzes.</b>	
§ 145. Die Arten des Besitzes — possessio suo und alieno nomine . . . . .	298
§ 146. Subjekt und Objekt des Besitzes . . . . .	301
<b>Drittes Kapitel. Entstehung und Untergang des Besitzes.</b>	
§ 147. Erwerb und Verlust des Besitzes . . . . .	302
<b>Viertes Kapitel. Die Besitzklagen.</b>	
<b>I. Allgemeines.</b>	
§ 148. Wesen der Besitzklagen . . . . .	303
<b>II. Die Klagen zur Erhaltung des Besitzes.</b>	
§ 149. Die besitzerhaltenden Interdikte . . . . .	309
§ 150. Die ordentliche Besitzklage . . . . .	311
§ 151. Das summariissimum . . . . .	313
<b>III. Rekuperatorische Besitzklagen.</b>	
§ 152. Die römischen rekuperatorischen Besitzklagen . . . . .	314
§ 153. Spolienetnrede und Spolienklage . . . . .	316
<b>Fünftes Kapitel. Rechtsbesitz.</b>	
§ 154. Servitutenbesitz . . . . .	318
<b>Zweiter Abschnitt. Das Eigentumsrecht.</b>	
<b>Erstes Kapitel. Begriff und Inhalt des Eigentumsrechts.</b>	
<b>I. Eigentum und gutgläubiger Besitz.</b>	
§ 155. Dingliche Rechte und Eigentum . . . . .	319
§ 156. Bonitariisches, provinzielles Eigentum . . . . .	322
§ 157. Der gutgläubige Besitz . . . . .	325
<b>II. Miteigentum.</b>	
§ 158. Begriff des Miteigentumes . . . . .	328
§ 159. Rechtsstellung der Miteigentümer . . . . .	330
§ 160. Die Teilungsklage . . . . .	332
<b>III. Inhalt des Eigentumsrechts.</b>	
§ 161. Grundeigentum . . . . .	336
§ 162. Die gesetzlichen Nachbarrechte. Allgemeines . . . . .	337
§ 163. Nachbarrecht. Positive Bestimmungen . . . . .	339
<b>Zweites Kapitel. Erwerb und Verlust des Eigentumes.</b>	
<b>I. Allgemeines.</b>	
§ 164. Die Erwerbarten . . . . .	341
§ 165. Das Eigentumsrecht und die Sache . . . . .	342
<b>II. Okkupation und Spezifikation.</b>	
§ 166. Okkupation . . . . .	342
§ 167. Spezifikation . . . . .	344
<b>III. Fruchterwerb.</b>	
§ 168. Die Fälle des Fruchterwerbes . . . . .	347

**IV. Die Fälle der Akzeßion.**

§ 169.	Der Schacherwerb . . . . .	349
§ 170.	Erwerb nach Uferrecht . . . . .	351
§ 171.	Incorporation in Grundstücke . . . . .	353
§ 172.	Incorporation in Mobilien . . . . .	354

**V. Derivative Erwerbarten.**

§ 173.	Die Tradition . . . . .	357
§ 174.	Legitimation des Tradenten . . . . .	359
§ 175.	Übereignungswille . . . . .	359
§ 176.	Die Besitzübergabe . . . . .	361
§ 177.	Bedingte Tradition . . . . .	362
§ 178.	Die exceptio rei venditae et traditae . . . . .	364
§ 179.	Veräußerungsverbote . . . . .	366
§ 180.	Eigentumszuteilung durch Richterspruch . . . . .	368

**VI. Die Erfißung.**

§ 181.	Begriff und Geschichte der Erfißung . . . . .	369
§ 182.	Erfordernisse der Erfißung . . . . .	371
§ 183.	Vollendung der Erfißung . . . . .	376
§ 184.	Die außerordentliche Erfißung . . . . .	378
§ 185.	Die unvorventliche Zeit . . . . .	379

**VII. Die Endigung des Eigentumsrechts.**

§ 186.	Fälle der Beendigung des Eigentumes . . . . .	381
--------	-----------------------------------------------	-----

**Drittes Kapitel. Die Klagen des Eigentümers und des gutgläubigen Besizers.**

**I. Dingliche Klagen.**

§ 187.	Die Eigentumsklage . . . . .	383
§ 188.	Die Parteien bei der Eigentumsklage . . . . .	385
§ 189.	Form und Inhalt der vindictation . . . . .	389
§ 190.	Retentionsrechte gegenüber der vindictation . . . . .	391
§ 191.	Die publizianische Klage . . . . .	393

**II. Persönliche Klagen.**

§ 192.	a) Die Grenzscheidungsklage . . . . .	396
§ 193.	b) Cautio damni infecti . . . . .	399
§ 194.	Fortsetzung. Gefährdung durch bestehende Anlagen . . . . .	401
§ 195.	c) Actio aquae pluviae arcendae . . . . .	403
§ 196.	d) Die operis novi nuntiatio . . . . .	406
§ 197.	e) Das interdictum quod vi aut clam . . . . .	409

**Dritter Abschnitt. Die Servituten.**

**Erstes Kapitel. Das Wesen der Servituten.**

§ 198.	Begriff und Haupteinteilung der Servituten . . . . .	413
§ 199.	Dinglicher Charakter der Servituten . . . . .	415
§ 200.	Verhältnis der Servitut zum Eigentumsrechte . . . . .	418

**Zweites Kapitel. Die Prädialservituten.**

**I. Allgemeine Grundsätze.**

§ 201.	Begriff und Wesen der Prädialservituten . . . . .	421
§ 202.	Einteilungen der Prädialservituten . . . . .	423
§ 203.	Nutzen der Servitut für das herrschende Grundstück . . . . .	424
§ 204.	Unteilbarkeit der Prädialservituten . . . . .	428

	Seite
<b>II. Die einzelnen Grunddienstbarkeiten.</b>	
§ 205. Die Felddienstbarkeiten. Wegerechte . . . . .	430
§ 206. Andere Felddienstbarkeiten . . . . .	432
§ 207. Gebäudeservituten . . . . .	433
<b>Drittes Kapitel. Die persönlichen Servituten.</b>	
§ 208. Die Arten der Personalservituten . . . . .	436
§ 209. Der Nießbrauch . . . . .	437
§ 210. Rechte des Nießbrauchers . . . . .	440
§ 211. Die Rechte des Eigentümers und die Pflichten des Nießbrauchers . . . . .	443
§ 212. Uneigentlicher Nießbrauch . . . . .	446
§ 213. Personalservituten beschränkter Inhaltes . . . . .	449
<b>Viertes Kapitel. Entstehung und Endigung der Servituten.</b>	
§ 214. Begründung der Servitut durch Rechtsgeschäft . . . . .	451
§ 215. Die Servitutenerfüllung . . . . .	454
§ 216. Richterspruch und Gesetz . . . . .	456
§ 217. Untergang der Servituten . . . . .	456
<b>Fünftes Kapitel. Rechtsmittel des Servitutenrechts.</b>	
§ 218. Die actio confessoria . . . . .	460
§ 219. Die actio negatoria . . . . .	463
§ 220. Klagen zum Schutze des Servitutenbesitzes . . . . .	465
<b>Vierter Abschnitt. Superfizies und Emphyteusis.</b>	
§ 221. Entwicklung von Superfizies und Emphyteusis . . . . .	468
§ 222. Superfizies . . . . .	471
§ 223. Emphyteusis . . . . .	474
<b>Fünfter Abschnitt. Das Pfandrecht.</b>	
<b>Erstes Kapitel. Wesen und Geschichte.</b>	
§ 224. Begriff des Pfandrechts . . . . .	476
§ 225. Dinglicher Charakter des Pfandrechts . . . . .	480
§ 226. Fiduzia und Hypothek . . . . .	481
§ 227. Die Formalisierung des Pfandrechts in Deutschland . . . . .	484
<b>Zweites Kapitel. Voraussetzungen des Pfandrechts.</b>	
<b>I. Die Entstehungsgründe.</b>	
§ 228. Von den Entstehungsgründen des Pfandrechts im allgemeinen . . . . .	486
a) Die freiwillige Bestellung.	
§ 229. Der Pfandvertrag . . . . .	487
§ 230. Der Pfandvertrag über fremde Sachen . . . . .	488
b) Gesetzliche Pfandrechte.	
§ 231. Gesetzliches Pfandrecht des Vermieters und Verpächters . . . . .	491
§ 232. Die übrigen gesetzlichen Pfandrechte . . . . .	493
c) Richterliche Pfandrechte.	
§ 233. Das pignus praetorium . . . . .	494
§ 234. Pfändungspfandrecht . . . . .	496

**II. Gegenstand des Pfandrechts.**

§ 235.	Verpfändbare Gegenstände . . . . .	497
§ 236.	Umfang der Pfandhaftung . . . . .	499

**III. Die versicherte Forderung.**

§ 237.	Die Arten der versicherten Forderung . . . . .	500
§ 238.	Umfang der versicherten Forderung . . . . .	501

**Drittes Kapitel. Die Wirkungen des Pfandrechts.**

**I. Allgemeiner Charakter.**

§ 239.	Verhältnis des Pfandrechts zum Eigentum . . . . .	502
§ 240.	Ungeteiltheit der Pfandhaftung . . . . .	503

**II. Der Besitz des Pfandes.**

§ 241.	Besitz und Nutzungsrecht des Pfandgläubigers . . . . .	504
§ 242.	Retentionrecht wegen chirographarischer Forderungen . . . . .	506

**III. Der Pfandverkauf.**

§ 243.	Geschichte des Pfandverkaufes und der lex commissoria . . . . .	506
§ 244.	Voraussetzungen und Vollziehung des Pfandverkaufes . . . . .	508
§ 245.	Die Wirkungen des Pfandverkaufes . . . . .	510

**IV. Die Klagen des Pfandgläubigers.**

§ 246.	Die hypothekarische Klage . . . . .	512
§ 247.	Klagen des anscheinenden Pfandgläubigers . . . . .	514
§ 248.	Die persönlichen Verpflichtungen aus dem Pfandkontrakte . . . . .	515

**Viertes Kapitel. Verhältnis mehrerer Pfandgläubiger.**

**I. Die Rangordnung.**

§ 249.	Die normale Rangordnung der Pfandrechte . . . . .	517
§ 250.	Privilegierte Pfandrechte . . . . .	518

**II. Rechtsverhältnisse im Falle der Bestellung mehrerer Pfandrechte.**

§ 251.	Rechte nachstehender Pfandgläubiger . . . . .	520
§ 252.	Die hypothekarische Sukzession . . . . .	521

**Fünftes Kapitel. Ende des Pfandrechts.**

§ 253.	Die dem Pfandrechte eigentümlichen Beendigungsgründe . . . . .	524
§ 254.	Die übrigen Beendigungsgründe des Pfandrechts . . . . .	526

**Sechstes Kapitel. Verpfändung von Rechten.**

§ 255.	Verpfändung von Forderungen. Austerverpfändung . . . . .	529
§ 256.	Verpfändung von Servitutun . . . . .	533

Register der Parämien . . . . .	XVI
---------------------------------	-----

## Register der Parömien.

Die Zahlen ohne nähere Bezeichnung bedeuten die Seiten, die in Parenthese stehenden Ziffern die Paragraphen, a = Anmerkung.

- Agere non valenti non currit praescriptio 273 a 9 (131).  
Bis de eadem re ne sit actio 263 a 2 (127).  
Cavere aut carere 400 (193), 443 (211).  
Cessante ratione cessat lex 48 a (24).  
Confessus pro judicato habetur 143 a 3 (72).  
Correctoriae leges sunt stricte interpretandae 49 (25).  
Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat 58 a 10 (29).  
Dies coeptus pro completo habetur 155 (77).  
Exceptio doli inest bonae fidei judiciis 248 a 45 (118).  
Fructus sine usu esse non potest 441 a 14 (210).  
Hereditas personam defuncti sustinet 81 (40).  
Indivisa est pignoris causa 503 a 1 (240).  
In pari causa est potior causa possidentis 70 (35).  
Judicio contrahitur 136 (68).  
Jus publicum privatorum pactis mutari non potest 49 a 2 (25).  
Lex posterior derogat priori 48 (24).  
Malitiis non est indulgendum 68 a 7 (24).  
Minima non curat praetor 284 a 5 (138).  
Nasciturus pro jam nato habetur 81 (40).  
Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus non habet 68 a 5 (34).  
Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet 359 a 1 (174).  
Non exemplis, sed legibus judicandum est 47 a 2 (23).  
Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest 54 (27).  
Nulli res sua servit 418 (199).  
Nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur 68 a 4 (34).  
Olim et hodie possessor, semper possessor 376 a 4 (183).  
Per liberam personam adquiri nobis non potest 211 (106).  
Per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse 428 a 2 (204).  
Petitorium absorbet possessorium 309 a 4 (148).  
Princeps legibus solutus 59 a 7 (30).  
Prior tempore, potior jure 518 (249).  
Privilegiatus contra aequae privilegiatum non utitur privilegio 70 a 7 (35).  
Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua 276 a 6 (132).  
Quem de evictione tenet actio, eundem repellit exceptio 366 a 10 (178).  
Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia 8 (3), 19 a 7 (10).  
Qui prior tempore, potior jure 518 (249).  
Qui tacet, consentire videtur 171 a 12 (86).  
Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere 216 a 1 (109).  
Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias 54 (27).  
Res judicata pro veritate accipitur 261 a 3 (126).  
Resoluto jure concedentis resolvitur jus accipientis 199 (100).  
Reus in exceptione actor est 245 a 33 (118).  
Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem 55 (28).  
Servitus in faciendo consistere nequit 416 (199).  
Servitus servitutis esse non potest 418 a 11 (199).  
Spoliatus ante omnia restituendus 317 a 13 (153).  
Superficies solo cedit 119 a 14 (57), 353 (171).  
Tantum praescriptum quantum possessum 430 a 1 (205).  
Utile per inutile non vitiatur 219 (111).

# Einleitung.

## Das System des römischen Rechts, seine Quellen und seine Literatur.

### Erstes Kapitel.

#### Die Quellen des römischen Rechts.

§ 1. Das System des römischen Rechts in seiner heutigen Darstellung.

Die Vorlesungen über das System des römischen Rechts, wie sie heute auf den deutschen Universitäten gehalten werden, haben sich aus den früher üblichen Pandektenvorlesungen entwickelt.

Die Pandekten bezweckten die Erforschung einer allgemeinen Theorie des Privatrechts in seinem Werden und seinem gegenwärtigen Zustand. Sie lösten diese Aufgabe durch die Darstellung des gemeinen Rechts, soweit es sich an das römische Recht angeschlossen. Denn dieses ist der Grund, welcher das Privatrecht der Gegenwart trägt.<sup>1</sup>

Gewohnheit und Gerichtsgebrauch schufen im ehemaligen deutschen Reich das gemeine Recht, vorzugsweise dadurch, daß sie römische Rechtsätze rezipierten, dem deutschen Geiste gemäß gestalteten und antike und römische Rechtsideen mit germanischen und modernen verbanden. „Gemeines“ wurde dieses Recht genannt, weil es allen Teilen des Reiches gemeinsam war. Von vornherein stand es in einem Gegensatz zu den besonderen Rechten der Landschaften, der Gemeinden und anderer

1) Die Bezeichnung dieser Vorlesungen als „Pandekten“ hatte einen historischen Grund. Pandekten nannte Justinian den wichtigsten Teil seines Rechtsbuches, vgl. unten § 8. An die justinianischen Pandekten schlossen sich seit dem 12. Jahrhundert die Vorlesungen und Bücher über Zivilrecht vorzugsweise an. Zuerst geschah dies ezegetisch, dann den Stoff selbständig systematisch verarbeitend. Es schien zweckmäßig, den Ausdruck Pandekten festzuhalten; er deutete auf die praktische Tendenz und den historischen Hintergrund der Disziplin. Für seine groß angelegte, freilich nur den allgemeinen Teil erschöpfende Darstellung des gemeinen Rechtes auf römischer Grundlage wählte Savigny den Titel „System des heutigen römischen Rechts“. Jetzt führt gemäß staatlicher Anordnung die Vorlesung über römisches Recht an den deutschen Universitäten den Namen: System des römischen Rechts.

kleinerer 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 Verhältnis war der Verfassung des Reiches entsprechend. Das Reich war gebildet aus Teilen von großer Selbständigkeit, welche doch wieder zu einer staatlichen Einheit zusammengefaßt waren.

Im Laufe des achtzehnten Jahrhunderts lockerte sich der längst brüchige Reichsverband infolge des jugendlichen Aufstrebens Preußens. Nun verlor das gemeine Recht formell seine Gesetzeskraft in wichtigen Teilen des Reiches, zunächst in Preußen durch das allgemeine Landrecht (zitiert: ALR.) für die preußischen Staaten, welches am 1. Juni 1794 in Kraft trat.<sup>2</sup>

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 Rechts hatte, ist streitig.

Nach einigen hörte es damit auf, gemeines Recht zu sein. Allerdings sei es in den zu selbständigen Staaten gewordenen Teilen des ehemaligen Reiches in Kraft geblieben, soweit es damals in ihnen galt und später nicht durch andere Gesetze verdrängt wurde, aber nur in der Eigenschaft eines Landrechts jedes dieser Staaten. Eine gemeinrechtliche Fortbildung des ehemaligen gemeinen Rechts sei daher von der Auflösung des Reiches an nicht mehr denkbar und höchstens eine gleichmäßige Fortentwicklung dieses Rechts in den verschiedenen deutschen Staaten möglich.<sup>3</sup>

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, und diese wahrte, dank einer gemeinsamen tausendjährigen Geschichte, durch die Gemeinschaft der Sprache, der Literatur, der Wissenschaft und durch gemeinsame Institutionen ihre Einheit.

Daher bewahrte das gemeine Recht trotz aller 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

2) Die späteren im Gebiete des ehemaligen Reiches publizierten Modifikationen sind: a) das am 1. Juli 1811 in Osterreich in Kraft getretene allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, b) der 1801—1804 in Frankreich publizierte code civil, welcher am linken Rheinufer, im ehemaligen Großherzogtum Berg und in deutscher Bearbeitung in Baden gilt, c) das unter dem 2. Januar 1863 publizierte bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

3) So Wächter, gemeines Recht Deutschlands 1844, ferner Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 19, Beilage. — Vgl. hiergegen Brunz, fl. Schriften Bd. 1 S. 20, Besser in seinem und Muthers Jahrbuch Bd. 1 n. 1.

der politische Verband des Volkes gesprengt war. Es wurde hiermit nur dem unzerstörbaren Anspruch der Deutschen, 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 Modifikationen, aus ihm vorzugsweise sind sie zu erklären und zu ergänzen.

Das für das Deutsche Reich am 18. August 1896 verkündete Bürgerliche Gesetzbuch, welches am 1. Januar 1900 in Kraft trat, hob die bisher in den deutschen Staaten geltenden privatrechtlichen Normen, die gemeinrechtlichen wie die landesrechtlichen, auf, soweit sie sich nicht durch Vorbehalte behaupteten. Aber das neue Gesetzbuch ist in vielen Teilen aus den Begriffen und Rechtsnormen des römischen und gemeinen Rechts abgeleitet und setzt sie voraus. Die Kenntnis des römischen Systems ist daher für das Verständnis und die Weiterbildung des neuen Gesetzbuchs ganz unentbehrlich.<sup>4</sup>

Es kommt noch ein weiterer Gesichtspunkt in Betracht.

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 Rechtsfakten ist.

Auf unberechenbare Zeit hinaus wird daher das römische Recht, auch abgesehen von unmittelbarer Anwendbarkeit, einen wesentlichen Bestandteil des Rechtsstudiums bilden müssen, zur Belebung der juristischen Anschauung und als eines der merkwürdigsten Denkmale menschlicher Geistesgröße.<sup>5</sup>

## § 2. Geschichte der Rezeption des römischen Rechts.<sup>1</sup>

Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland wurde bereits im frühen Mittelalter vorbereitet. Doch handelte es sich damals um vorüber-

4) Das Reichsgesetz v. 13. Dezember 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. Dezember 1890 beschloß der Bundesrat eine Umarbeitung durch eine neue Kommission von 22 Mitgliedern. Ihr Entwurf — sog. zweite Lesung — wurde mit einigen Abänderungen vom Bundesrat angenommen und so gestaltet dem Reichstag am 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. Vgl. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 §§ 1—5.

5) Römisches Recht ist in unmittelbarer Geltung im Königreich Griechenland, ferner in der Kapkolonie, Kohler in der Zeitschrift f. vgl. Rechtswissenschaft Bd. 8 S. 222 ff., und auf Ceylon, Kohler, rechtsvergleichende Studien S. 246. Interessantes Material über die Stellung, welche das System des römischen Rechts in den Lehrplänen der Universitäten verschiedener Staaten einnimmt, hat Leonhard zusammengestellt in den Estimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft. 1906.

1) Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen 1860 Bd. 1 S. 609 ff., Bd. 2

gehende und vereinzelte Einflüsse.<sup>2</sup> In umfassender Weise geschah die Rezeption 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 die römischen Lehren fehlte es zwar in jener Zeit so wenig als späterhin,<sup>3</sup> aber sie zerschellte an der Wucht, mit welcher das neue Recht eindrang. Nie wird es gelingen, das Geheimnis so tief gehender Bewegungen im Völkerverleben durch Reflexion vollständig zu ergründen. In dessen treten doch gewichtige treibende Momente unzweideutig hervor.

In erster Linie ist es ein nationaler Gedanke, in welchem sich die Rezeption des fremden, nicht nationalen Rechts gründete. Der Gedanke der Rechtseinheit war für den Verkehr und für die Rechtsprechung Deutschlands notwendig geworden. Die deutschen einheimischen Rechte, vielfältig und lokal zersplittert, ließen sich nicht übersehen und beherrschen. Daß sich in jener Verschiedenheit meist eine und dieselbe germanische Grundanschauung spiegelte, machte den Zustand kaum erträglicher. Denn für die praktische Handhabung des Rechts 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 lehrte, daß das *corpus juris civilis* Kaiserrecht Deutschlands sei. Die deutschen Könige galten als Nachfolger der römischen Imperatoren.<sup>4</sup> Als solche hatte sie die höchste Autorität

§. 1 ff. Franklin, Beiträge zur Geschichte der Rezeption 1863. C. U. Schmidt, die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland 1868. Stölzel, die Entwicklung des gelehrten Richteriums in den deutschen Territorien 2 Bde. 1872. Modderman, de receptie 1874, aus dem Holländischen übersetzt und mit Zusätzen versehen von K. Schulz 1875. Muther, römisch. und kanon. Recht im Mittelalter 1871, von dems. zur Geschichte der deutschen Rechtsw. und der Universitäten in Deutschland 1876. Stünzling, Geschichte der deutschen Rechtsw. 1. Abt. 1880 S. 37 ff. Dazu Böhlau, krit. Vierteljahrschrift Bd. 23 S. 525, Bd. 26 S. 1. Laband, über die Bedeutung der Rezeption des röm. Rechts für das deutsche Staatsrecht 1880. Franken, Romanisten und Germanisten 1882. Boretius, die Umwandlung des deutschen Rechtslebens durch die Annahme des römischen Rechts in d. Preuß. Jahrb. Bd. 52 S. 105 ff. Kohler und Liefegang, das römische Recht am Niederrhein 1896. Mertel, der Kampf des Fremdrechts mit dem einheimischen Recht in Braunschweig-Lüneburg 1904.

2) Über einzelne Zitate und Sloskeln aus dem frühen Mittelalter vgl. Stobbe a. a. D. S. 647. Zeitschrift d. Savigny-Institut rom. Abt. Bd. 11 S. 304. Siehe ferner über den Rechtszustand des Mittelalters: Franklin a. a. D. und Muther a. a. D., namentlich Abhandl. 1: röm. u. kanon. Recht im deutschen Mittelalter, Kohler a. a. D.

3) Von Opposition gegen die „Doktoren“ seit dem 16. Jahrhundert berichten Franklin a. a. D. und Stobbe a. a. D. Bd. 2 S. 50, ferner Stünzling, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft 1. Abteilung S. 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.

4) Als Formel für die Befehlung eines Richters in Rom zur Zeit Ottos III. wird mitgeteilt — Stobbe a. a. D. S. 613 — *tunc dicat imperator iudici: 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.* Vgl.

der Christenheit, der römische Papst, geweiht und anerkannt. War also ihr Reich ein römisches deutscher Nation, wie sollte nicht das römische Gesetzbuch auch Gesetz dieses Reiches sein?

Diese Überlieferungen kommen zur Verwirklichung in jener großen Bewegung, welche die Völker im Reformationszeitalter ergriff. Die Entdeckung neuer Welten und wirtschaftliche Veränderungen, die hiermit zusammenhingen, die Bildung großer Territorialstaaten, der Zusammenbruch der mittelalterlichen Anschauungen und Ordnungen, der Humanismus, schließlich die Reformation, dies alles gehörte jener Zeit an. Ein neues Recht schien der selbstverständliche Begleiter solcher Veränderungen in dem geistigen, politischen und sozialen Leben der Zeit zu sein. Daraus erklärt es sich, daß zur Rezeption des römischen Rechts die Juristen, die Laien und alle konstituierten öffentlichen Gewalten des Reiches wie der Territorien zusammenwirkten, und folgende Gesichtspunkte sind hier von Bedeutung:

a) Die Theorie der Rechtswissenschaft im Mittelalter war eine ausschließlich romanistische. Die Universitäten als Pflegstätten christlicher Wissenschaft lehrten nur das von den Kaisern und von den Päpsten gesetzte Recht. Denn diese allein waren der Idee nach die Oberhäupter der Christenheit.<sup>5</sup> Nur mit dem römischen und dem kanonischen Rechte beschäftigten sich daher die großen Rechtslehrer des Mittelalters. Die romanistische Doktrin erfüllte ihren Vorstellungskreis, ihr allein suchten die zu Doktoren promovierten Juristen 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. Diese suchten und wußten die Gemeinplätze der romanistischen Doktrin als Rechtsberater geltend zu machen und rücksichtslos in das praktische Leben einzuführen. Für sie speziell entstand eine eigene umfassende, populäre Literatur, darunter die unter mancherlei Namen umlaufenden Klagespiegel, welche auf den Einfluß dieses Standes ein helles Licht warfen.<sup>6</sup>

b) Die ungelehrten Schöffen fanden das Recht nach alter Tradition und aus ihrer Überzeugung heraus und waren den sich rasch

die weiteren Ausführungen bei Stobbe a. a. O. S. 614 ff. 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, vgl. Stobbe Vb. 2 S. 110.

5) Muther a. a. O. S. 253.

6) Ein Werk bewunderungswürdigen Fleißes und Scharsinnes schuf Stintzing in seiner Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des 15. und im Anfange des 16. Jahrhunderts 1867. Vgl. hierzu Muther a. a. O. S. 158: Zur Geschichte der mittelalterlichen Rechtsliteratur für „pauperes“ und „minores“, siehe Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Abt. 1 S. 75, sowie das verdienstvolle Werk von Seckel, Beiträge zur Geschichte beider Rechte im Wl. I. Vb.: Zur Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts, 1898.

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 das Volk verlor jedes Vertrauen zu ihnen. Infolgedessen 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.<sup>7</sup>

e) Inzwischen hatte die Reichskammergerichtsordnung bei der Reform des Reichskammergerichts die Kammerrichter zum Eide verpflichtet, „nach des Reiches gemeinen Rechten“ zu richten. Als solche galten römisches und kanonisches Recht.<sup>8</sup> Hierin liegt zwar keine gesetzliche Einführung des römischen Rechts, 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.<sup>9</sup> Auch die partikuläre Gesetzgebung begünstigte die Rezeption. Man verfaßte Reformationen, Landrechte, in welchen zwar auch heimische Gewohnheiten Berücksichtigung fanden, die meist aber in erster Linie darauf gerichtet waren, die römischen Rechtsätze im Leben einzubürgern und jedenfalls diesen Erfolg hatten.<sup>10</sup>

### § 3. Das Maß der Rezeption des römischen Rechts.

1. Das römische Recht hat in Deutschland nur subsidiäre Geltung erlangt, d. h. es kam bloß in Ermangelung einer einheimischen, wenn auch nur partikularen, Rechtsnorm zur Anwendung. Die Romanisten der Rezeptionszeit behaupteten zwar, partikuläre Gewohnheiten hätten nicht die Kraft, gemeines Recht zu durchbrechen.<sup>1</sup> Wäre dies anerkannt worden, so hätte das römische Recht in Deutschland

7) Während man früher annahm, daß sich die älteren deutschen Gerichte in gelehrte „umgewandelt“ hätten, hat Stözel a. a. O. gezeigt, daß außerhalb der ungelehrten Gerichte Gelehrte zur Rechtspredung herangezogen wurden, welche im Gegensatz zu den Gerichten standen und sich erst in neuerer Zeit den Namen von Gerichten aneigneten. So auch Sohm, die deutsche Rechtsentwicklung in Grünhuts Zeitschrift Bd. 1 u. 8.

8) Nach der Kammergerichtsordnung von 1495 § 3 sollten die Urteiler schwören: „nach des Reichs und gemeinen Rechten, auch nach redlichen erbaren und leyblichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten der Fürstenthumb, Herrschaften“ zu richten.

9) Vgl. Stobbe a. a. O. Bd. 2 S. 86, 131.

10) Vgl. u. a. die interessante Darstellung in Wächters württembergischem Privatrecht Bd. 1 S. 227. Bei Entwerfung des Landrechts für Württemberg erklärten die Redaktoren, „es sei vergeblich, unmöglich und in keiner Hinsicht zu raten und zu tun, daß in großen Haufen vorgelegten Entwürfe und Satzungen gelesen oder erwogen, viel weniger, daß hieraus ein wohl bedächtliches, nützliches, 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 Rechtspredung nach Kaiserrecht durch die constitutio Joachimica von 1527 verordnet, „biweil unjer Churfürstenthumb Brandenburg im Römischen Reich begriffen“.

1) Die l. 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.

nahezu die Alleinherrschaft erlangt. Denn die deutschen Rechtsauffassungen stützten sich hauptsächlich auf partikuläre Gewohnheiten. Aber eben deshalb konnte jene Ansicht nicht durchdringen. Vielmehr wurde die Subsidiarität des gemeinen Rechts auch gegenüber partikularem Gewohnheitsrecht in Praxis und Theorie festgestellt.<sup>2</sup>

2. Eine alte Behauptung ist, daß das *corpus juris civilis* als Ganzes — in complexu — Gesetzeskraft für Deutschland erlangt habe. Man schloß daraus, daß jeder Satz jenes Rechtsbuches „fundatam intentionem in jure“ gewähre, d. h. in Deutschland Recht schaffe, solange seine Beseitigung durch eine Rechtsquelle nicht nachgewiesen sei.

Dies entsprach den Grundanschauungen der Rezeptionszeit. Denn damals sah man das *corpus juris civilis* als ein für Deutschland unmittelbar verbindliches Gesetz an.<sup>3</sup> Später erkannte man, daß die Kodifikation Justinians in Deutschland niemals als Gesetz publiziert worden sei und ihre Geltung nur auf Gewohnheit beruhe. In die deutsche Gewohnheit sind aber ohne Zweifel nur solche römischen Rechtsätze übergegangen, welche Anknüpfungspunkte an das deutsche Leben und die deutsche Rechtsanschauung fanden. Man hätte folglich an die Stelle jenes Axioms den Satz stellen sollen, daß sich der Umfang der Rezeption aus der Gewohnheit ergebe und daß, was der deutschen Gewohnheit fremd blieb, auch nicht gemeines Recht wurde.

Diese Folge haben aber nur wenige gezogen. Es blieb ein herrschendes Dogma der Romaniisten, daß Justinians Gesetzesammlung in Deutschland in complexu, also als Ganzes, rezipiert sei.<sup>4 5</sup> Folgerichtig hat diese Ansicht

2) Die älteren Reichsgesetze stellten regelrecht neben die gemeinen Rechte „die guten Gewohnheiten“. Die Reichshofratsordnung von 1654 aber besagte, Tit. 1 § 15 — Sammlung der Reichsabschiede Bd. 4 Zusatz S. 50 — es seien in Acht zu nehmen „privilegia, gnte Ordnung und Gewohnheiten und in Mangel der selben die Kayserliche Rechten“.

3) Gleichwohl hat der hochangesehene Jurist Zasius in der Rezeptionszeit es nachdrücklich als seine Aufgabe erklärt, von dem römischen Rechte nur dasjenige zu lehren, „was nützlich, heilsam und den Sitten Deutschlands entsprechend sei“. Hierzu bemerkt Ettinger, Geschichte der deutschen Rechtsw. Bd. 1 S. 168: „Er behandelt es als selbstverständlich, daß nicht alle Bestandteile des kaiserlichen Rechts anwendbar seien, daß es notorisch in Deutschland Sitten und Zustände gebe, welche mit den Grundsätzen des römischen Rechts inkompatibel sind oder ihm geradezu widersprechen, daß hier die Unanwendbarkeit eines speziellen Beweises nicht bedürfe. War doch auch die kaiserliche Gewalt niemals als Despotie gedacht. Ihr, wie ihres Rechts praktisches Durchgreifen hatte stillschweigend anerkannte Schranken, die nirgends formuliert, sondern im einzelnen Falle zu finden waren.“

4) Von Neueren, die sich für die Rezeption des römischen Rechts in complexu aussprechen, seien erwähnt: Vangerow Bd. 1 § 5, Wächter, gemeines Recht Deutschlands 1844 S. 193 ff., Pand. Bd. 1 § 11, Windscheid Bd. 1 § 2 Ziff. 2 S. 5, Bekker, Pand. Bd. 1 S. 6, Megeßberger Bd. 1 S. 12. Nur die Veränderung ging in der Lehre vor sich, daß man früher von dem Gegner den „Beweis“ der Nichtgeltung des *corpus juris* forderte, während man das Axiom jetzt so erklärt, daß der Richter das *corpus juris* anwenden müsse, soweit ihm nicht dessen Aufhebung durch Gesetz oder Gewohnheit bekannt sei. Gegen die Rezeption in complexu hat sich in beachtenswerter Weise Leist, zivilist. Studien Bd. 1 S. 12 ff. ausgesprochen, vgl. auch Kierulff, gemeines Abstr. Recht Vorrede p. X, Beseler, Deutsch. Privatrecht Bd. 1 § 8, Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 5 S. 37.

5) Willkürlich war die Behauptung Savignys — System Bd. 1 S. 69, 165 — daß

freilich niemand durchgeführt; gleichwohl war sie schädlich, indem sie dazu verleitete, zahlreiche Rechtsätze theoretisch als bestehend darzustellen, die im wirklichen Leben keinen Boden hatten.<sup>6 7</sup>

3. Anerkanntermaßen erhielten keine gemeinrechtliche Geltung diejenigen Sätze des *corpus juris civilis*, welche die Glossatoren, d. h. die Lehrer der Rechtsschule zu Bologna im 12. und 13. Jahrhundert<sup>8</sup>, nicht mit Glossen — Erklärungen — versehen oder, genau gesprochen, welche Accursius in seiner Zusammenstellung der Glossen dieser Schule — der *glossa ordinaria* — nicht glossiert hat. Hiermit waren einige justinianische Gesetze betroffen, welche jenen Rechtslehrern bekannt waren, aber der Glossierung nicht würdig erschienen, zugleich aber auch zahlreiche Gesetze, die zur Zeit der Glossatoren noch unbekannt, später aufgefunden und dem *corpus juris* einverleibt wurden.

Den Grundsatz: *quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit forum* schrieb man bis in die neueste Zeit dem Mittelalter zu, er sei mithin schon in der Rezeptionszeit vorhanden gewesen. Die Autorität der Glossen im späteren Mittelalter habe dahin geführt, was die Glossen nicht beachtete, nicht als Recht anzuwenden. Diese Auffassung war aber eine irrthümliche.<sup>9</sup> Der Satz verdankte seine Aufstellung erst dem Ende des 17. Jahrhunderts.<sup>10</sup> Die Nichtglossierung gewisser Gesetze war nicht der Grund der Nichtrezeption derselben. Jener Spruch bezweckte nur die Konstatierung einer Tatsache. Es traf sich nämlich, daß die nichtglossierten Gesetze, weil für die deutschen Verhältnisse nicht passend, auch der deutschen Praxis

das römische „Staatsrecht“ nicht zu den rezipierten Theilen des römischen Rechts gehörte. Vgl. Stobbe, Rechtsquellen Bd. 2 S. 123, Wächter im Archiv für ziv. Praxis Bd. 23 S. 434, Wierle § 3 S. 16.

6) Der Gegensatz der Ansichten wird deutlich durch ein Beispiel, welches Samuel Stryk — *usus modernus Pandectarum* 1690 vol. I. *discursus praeliminaris* § 34 — fingiert, um die Rezeption des römischen Rechts 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 Rechts durch die einen könne anderen nicht schaden. Nur eine entgegenstehende Gewohnheit — also z. B. fortgesetzte Nichtanerkennung von errichteten Testamenten — hätte das Testierrecht aufgehoben.

7) Es ist zur Würdigung der Streitfrage folgendes nicht zu übersehen. In den früheren Jahrhunderten hat man sehr unbesangene Rechtsätze, 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.

8) Vgl. unten § 11.

9) Dies ist nachgewiesen in der Schrift von Landsberg: über die Entstehung der Regel: *quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit forum*, Bonn 1880.

10) Sprichwörtlich erscheint zuerst bei Stryk die Regel so: *quos textus non agnoscit glossa, nec agnoscit forum*, Landsberg a. a. O. S. 83.

überwiegend fremd geblieben waren. Dies bestätigte man durch jenen Spruch.<sup>11</sup>

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 Konjekturekritik zu bilden, ohne daß Einigung entstand. Ihre Lesarten sind zudem seit Jahrhunderten verschollen, und die gedruckten Ausgaben haben seitdem durchgängig bessere Texte an deren Stelle gesetzt.<sup>12</sup>

#### § 4. Vorjustinianische und nachjustinianische Quellen.

Die Rezeption bezog sich nur auf das Gesetzbuch Justinians. Sie erstreckte sich auf keine anderen Quellen des römischen Rechts. Zu diesen nichtrezipierten Denkmälern gehören folgende:

a) Mehrere Schriften klassischer römischer Juristen haben sich außerhalb der Sammlung Justinians erhalten, freilich nur bruchstückweise oder verstümmelt.<sup>1</sup> Das umfassendste Bruchstück sind die Institutionen des Gajus, wie sie uns in echter Gestalt der Veroneser Palimpsest zu ihrem größeren Teil enthüllte. Ferner sind zu erwähnen 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 kaiserlichen Konstitutionen, welche den Namen *fragmenta Vaticana* führt. Auch die *collatio legum Mosaicarum et Romanarum* enthält wichtige Auszüge aus Werken römischer Juristen.<sup>2</sup>

b) Einzelne Verordnungen römischer Kaiser vor Justinian sind in Bruchstücken des *codex Gregorianus* und *Hermogenianus* erhalten, sehr zahlreiche finden sich im *codex Theodosianus*,<sup>3</sup> an den

11) In den Institutionen sind keine un glossierten Stellen; in den Pandekten sind nicht glossiert die aus den Basiliken restituierten l. 7 § 5 bis l. 11 D. de bonis damnat. 48, 20 und l. 10 bis l. 19 D. de interdict. et rel. 48, 22. Die nicht glossierten Stellen des Kodex und der Novellen finden sich u. a. angegeben bei Bangerow, Pandekten Bd. 1 § 6 Anm. 1, Andriß § 2 Anm. 3.

12) Krüger, Kritik des justinianischen Kodex 1867 S. 2, bemerkt bezüglich der Pandekten: „der in der Laurellischen 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.“

1) Diese Quellen, welche für ein gründliches Studium der Pandekten unentbehrlich sind, hat in einem mächtigen Bande herausgegeben Huschke: *jurisprudentiae antejustinianae quae supersunt* zuerst 1861, 5. Ausgabe 1886. Eine neue gründlich revidierte Ausgabe von Seckel und Kübler I. 1908. Den Grundrissen der modernen philologischen Kritik entspricht die *collectio librorum juris antejustiniani in usum scholarum* ed. Krueger, Mommsen, Studemund, Berlin 1877 bis 1890, drei Bände.

2) Zu vergleichen ist auch das römisch-syrische Rechtsbuch aus dem 5. Jahrhundert, herausgegeben, übersetzt und erläutert von Bruns und Sachau, Leipzig 1880.

3) Die Ausgabe, auf die wir noch für den *codex Theodosianus* verweisen sind, ist die von Hänel, Bonn 1842 ff., ein Bestandteil des sog. Bonner *corpus juris*, das

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 publiziert. Die Basiliken sind mit Scholien versehen, von denen die älteren in die justinianische Zeit hinaufreichen.<sup>4</sup>

Obige 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 Ulpian und Paulus, verdienen, selbst wenn sie nicht im *corpus juris* stehen, Beachtung, namentlich sofern sie Fragen entscheiden, die noch heute praktisch sind.<sup>5</sup> Eine gesetzesgleiche Geltung haben aber alle diese Quellen in Deutschland nicht erlangt.

#### § 5. Charakter der justinianischen Kodifikation.<sup>1</sup>

Das Gesetzbuch Justinians gleicht keiner modernen Kodifikation.<sup>2</sup>

Die modernen Gesetzbücher des Privatrechts, z. B. das allgemeine preussische Landrecht, der *code civil* Frankreichs, das Bürgerliche Gesetzbuch formulieren abstrakte Rechtsätze. Der Sache nach reproduzierten diese Gesetzeswerke allerdings das bestehende Privatrecht, welches sie festzustellen suchten und teils näher bestimmten, teils weiterbildeten; aber sie brachten das übernommene Recht in eine neue Form, so daß es wie etwas durch sie erst Geschaffenes erscheint.

1835 ff. erschien. Die Berliner Akademie d. W. veranstaltete eine neue kritische Ausgabe, vgl. Mommsen, *Zeitschr. der Sav. Stiftg. rom. Abt. Bd. 21 S. 149, 385*. Man zitiert den *codex Theodosianus* als C. Th.

4) Das Nähere über die byzantinischen Gesetze ist in der Rechtsgeschichte mitzuteilen. Die Basiliken sind herausgegeben von Heimbach, 5 Bände 1833 ff., wozu ein *supplementum* von Zacharia 1846 kam. Interessant ist Zacharia, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts* 3. Aufl. 1892.

5) Bezüglich der Frage z. B. ob dann, wenn eine Erbschaft mehreren Miterben gemeinsam ist, eine Teilungsklage auch bloß unter einigen der Miterben zulässig ist, legt man gegenüber der l. 2 § 4 D. fam. erc. 10, 2 von Ulpian, welche die Frage bejaht, Gewicht auf Paul. sent. I 18 § 4, welcher sie verneint.

1) Die Entstehungsgeschichte des *corpus juris* und vieles einzelne, was wissenschaftlich wert ist, muß der Rechtsgeschichte überlassen bleiben. Siehe Krüger, *Geschichte der Quellen* 1888 § 42 ff., Kipp, *Quellentunde* 1896 § 19 und namentlich Costa, *Storia delle fonti del diritto Romano* 1909.

2) Unter Kodifikation — *codicem facere* — versteht man ein Gesetzbuch, welches das Recht oder einen Zweig des Rechts, z. B. das Privatrecht oder einen Teil 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 u. a. Kodifikationen: das allgem. Landrecht für die preuß. Staaten, sowie das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Als *Novellen-gesetzgebung* bezeichnet man Gesetze, welche einzelnes regeln und abändern, aber nicht den Zweck haben, eine Rechtsmaterie erschöpfend und ausschließlich zu behandeln.

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. Selbsttätigkeit 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 vielbewunderten Vorzüge und die vielgetadelten Mängel dieses Gesetzbuches.

Die Vorzüge liegen darin, daß uns hier das Recht in seiner Bewegung und Entwicklung entgegentritt, nicht in abstrakten Definitionen und 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 Teil in der Sammlung verstümmelt sind. Wir hören die eigenen Worte der großen Meister des Rechtes. Sie teilen uns ihre Zweifel, ihre Entscheidungsründe mit. Wir arbeiten, wir denken mit ihnen.

Bei solcher Methode des Gesetzbuches war systematische Folge, leicht überschauliche Ordnung, volle Einheitlichkeit nicht zu gewinnen. Die Gliederung der Rechtsätze beschränkt sich auf ihre Rubrizierung unter verschiedene Titel, in den einzelnen Titeln erscheint aber vom systematischen Standpunkt aus betrachtet alles bunt durcheinander geworfen. Die Anordnung der in die Pandektentitel aufgenommenen Auszüge bestimmte sich danach, wie die juristischen Schriften, denen man sie entlehnte, behufs des Exzerpierens unter die einzelnen Abteilungen der Redaktionskommission verteilt waren;<sup>3</sup> 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 Tadel. Die Gegenwart denkt hierüber unbefangener.<sup>4</sup>

#### § 6. Gesamtausgaben des *corpus juris civilis*. Zittermethode.

Die Gesamtausgaben des *corpus juris civilis* sind teils mit, teils ohne Kommentar.

3) Wie die Reihenfolge der Pandektenfragmente entstand, hat Blühme nachgewiesen: Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandekten, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 4 n. 6. Siehe auch Krüger in der Pandektenausgabe von Mommsen 1880 vol. II *additamenta* p. 50 ff. Die Kompilatoren exzerpierten nämlich getrennt drei Massen von Büchern: die *Sabinusmasse* (S.), die *Ediktmasse* (E.), die *Papinianusmasse* (P.) genannt, wozu noch ein Nachtrag — *appendix* (A.) — kam. Gegen Blühme neuerdings Franz Hofmann, die Kompilation der Digesten Justinians 1900. Daß seine Ausführungen verfehlt sind, weisen nach: Mommsen, Zeitschr. d. Sav.-Stiftg., rom. Abt. Bd. 22 S. 1, Krüger das. S. 12.

4) Unter allen „Fehlern“ — *vitia* —, welche man seit dem 17. Jahrhundert dem *corpus juris civilis* vorwarf, erschien dieser als der schwerste. Eine Abhilfe unternahm Pothier: *Pandectae justinianae in novum ordinem digestae*, 3 Bände 1748.

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

Die glossierten Manuskripte und Drucke zerfallen in 5 Bände:

a) Digestum vetus, d. h. die Pandekten bis einschließlich Buch 24 Titel 2;

b) Infortiatum, bildet die Fortsetzung bis zum Ende des Buches 38. Das Schlußstück dieses Bandes heißt tres partes — nach den mitten im Texte des l. 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.<sup>1</sup>

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 Wert des Kommentars von Gothofredus liegt in der Aufzählung 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 Krieger, in welcher diese die Pandekten, Herrmann den Kober, Osenbrüggen die Novellen herausgaben.

Am korrektesten geben den Text Mommsen, Krüger und Schoell, 1877 ff. wieder, und zwar hat Mommsen die Pandekten, Krüger die Institutionen und den Kober, Schoell die Novellen bearbeitet.

Nach der letzteren Ausgabe wird in unserem Werke zitiert.

Die herkömmliche Zitiermethode veranschaulichen folgende Beispiele:

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

Das „J“ bedeutet Justinians Institutionen,

Es sind hier unter der Aufschrift der Pandekentitel die hauptsächlichsten in deren Materie einschlägigen Stellen in systematischer Ordnung aufgeführt. Das Werk ist zu empfehlen für Fälle, in denen man sich aus den Quellen über eine bestimmte Lehre vorläufig orientieren will.

1) Die Ansichten gehen darüber auseinander, ob die Einteilung der Pandekten in vetus, infortiatum und novum auf Erfindung beruht, oder im Zufall ihre Veranlassung hat. Die erste Ansicht unterstellt einen Ueberwitz schlimmster Art. Auch sprechen die Namen der drei Teile gegen sie. Das Wahrscheinliche ist, daß das Ur-exemplar der Vulgathandschriften nur bis zu den Worten tres partes reichte, was man sich durch eine zufällige Vernichtung der letzten Teile der Handschrift erklären kann. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß diese Handschrift auf einer Abschrift der Florentina beruhte. Jemandem Besizer hat dann das Exemplar durch eine neue Abschrift der Florentina ergänzt, indem er den zweiten Teil durch das Stück von tres partes an verstärkte und den dritten Teil als Digestum novum zufügte. Siehe Mommsen in Belfers Jahrbuch Bd. 5 S. 429 und praefatio der Digesta LXXII. Vgl. auch Scheurl Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 12 S. 143 ff.

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. — aufzufuchen, um die zitierte Stelle zu finden.

Pr. = principium ist nämlich in Institutionen, Pandekten, Kodex der Einleitungsparagraph; die folgenden Paragraphen werden als §§ 1, 2 usw. bezeichnet.

2) 1. 23 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

Das „D“ bezeichnet die Digesten oder Pandekten, die „8“ zitiert das achte Buch dieses Werkes, die „3“ den dritten Teil 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 aufzufuchende 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.<sup>2 3</sup>

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

§ 7. 1. Die Institutionen.

Bis Justinian dienten die Institutionen des Gajus teils in ihrer ursprünglichen Gestalt, teils in Umarbeitungen der Einführung der Studierenden

2) Des weiteren ist folgendes zu bemerken: a) Buch 30, 31 und 32 der Pandekten über die Vermächtnisse zerfallen nicht in Titel: man zitiert D. de legatis I, II, III. — b) Enthält ein Titel nur eine lex, so zitiert man l. un. = lex unica. — c) Handelt es sich um eine vorher zitierte Stelle, so schreibt man l. cit. = lex citata. — d) Zitiert man den Titel, welcher die besprochene Lehre ex professo behandelt, so schreibt man oft h. t. = hujus tituli. — e) Zitiert man eine l. aus einem Titel, den man eben anführte, so schreibt man oft eod., z. B. l. 6 D. eod. — f) Zieht man aus einer Stelle nur eine Schlussfolgerung, so schreibt man oft arg. = argumento.

3) Die Zitiermethode des Textes ist die derzeit herrschende. Es finden sich aber auch bei den Neueren mancherlei Abweichungen. a) Einige zitierten die Pandektenstellen statt l. = lex mit fr. = fragmentum, und die Kodexstellen statt l. mit c. = constitutio. — b) Einige zitierten die Titelüberschrift ohne Hinzufügung der Zahl des bezüglichen Buches und Titels, z. B. l. 1 D. de rei vindicatione. Man verläßt sich darauf, daß jeder Leser weiß, daß es sich um Titel 1 des 6. Buches der Pandekten handele. Ein Verzeichnis der Titelüberschriften der Institutionen, der Pandekten und des Kodex fehlt zudem nur in wenigen Ausgaben. In der Ausgabe von Mommsen findet es sich unmittelbar nach dem Titelblatt des ersten Bandes. Manche zitieren die Titel bloß mit Zahlen, z. B. l. 1 D. 6, 1, was wenig zweckmäßig ist. — c) Einige verlassen die hergebrachte Weise, die gesuchte lex bei der Zitation vorzustellen, und zitieren nach der Ordnung, wie man aufschlägt, z. B. D. de rei vindicatione 6, 1 l. 1 statt l. 1 D. de rei vindicatione 6, 1. — Die Glossatoren zitieren in anderer Weise als die Neueren, was zum Teil mit dem Mangel einer feststehenden Zählung der Leges und Paragraphen zusammenhängt. Über die Zitiermethode der Glossatoren vgl. Thibaut, zivilistische Abhandlungen, Abh. 10 „Über die Arten, das Corpus juris Romani zu zitieren“.

Jugend in die Rechtswissenschaft.<sup>1</sup> Justinian setzte an deren Stelle kaiserliche Institutionen. Für diese Institutionen bildete das Lehrbuch des Gajus die Grundlage;<sup>2</sup> sie wurden aber aus anderen Büchern klassischer römischer Juristen vervollständigt, veraltete Materialien wurden ausgeschlossen und auch Übersichten wichtiger Konstitutionen Justinians aufgenommen.<sup>3</sup>

Der Zweck der Institutionen Justinians war eine gedrängte Darstellung der Elemente des geltenden Rechts. In erster Linie Lehrbuch, sind sie zugleich Gesetzbuch und als solches traten sie gleichzeitig mit den Pandekten 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 Vermögensrechten — oder auf *actiones* — Lehre von den Klage-rechten.<sup>4</sup>

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

Von dürftigen Fragmenten abgesehen, sind die Institutionenhand-schriften nicht alt. Zwei reichen in das 9. oder 10. Jahrhundert, die anderen nur in die Glossatorenzeit zurück.<sup>5</sup>

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

#### § 8. 2. Die Pandekten.

Den Kern des justinianischen Gesetzeswerkes bilden die Pandekten. Sie wurden durch die *constitutio „Deo auctore“* vom 15. Dezember 530 vorbereitet, welche die Einsetzung einer Kommission unter Tribonians Vorsitz zu ihrer Abfassung anordnete. Am 16. Dezember 533 erfolgte die Publikation der Pandekten durch die Konstitutionen „*Tanta*“ und „*Ἐδίδωκεν*“ und unter demselben Datum durch die Konstitution „*Omnem reipublicae*“

1) Vgl. Dernburg, die Institutionen des Gajus 1869; siehe auch die italienische Bearbeitung dieses Buches von Felice Cattaneo. Pavia 1881. — Über die Hypothese von Mommsen in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 12, wonach Gajus Rechtslehrer in Troas war, vgl. Wlassak, Prozeßgesetze Bd. 2 Vorrede II und S. 225 und namentlich Longinescu, Cajus der Rechtsgelehrte S. 3, Berl. Inaug.-Diss. 1896. Gegen den letztgenannten Herzen, Zeitschr. d. Sav. Stiftg., rom. Abt. Bd. 20 S. 211, vgl. Belsen das. Bd. 21 S. 73. Siehe auch Kübler ad Gajus in Paulys Realencyklopädie.

2) Das Verhältnis der Institutionen Justinians und des Gajus stellt vor Augen Gneist, *syntagma institutionum* 1858, in zweiter Auflage 1880.

3) Über die Entstehung der Institutionen Justinians gibt deren proemium 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 ausgearbeitet, Tribonian aber die Gesamtleitung gehabt habe. Grube, *de Justiniani institutionum compositione* 1884. Karlowa, *Rechtsgeschichte* Bd. 1 S. 1015. Vgl. aber auch Krüger a. a. O. S. 341. Ferrini, *de inst. compositione*, Zeitschr. d. Sav. Stiftg., rom. Abt. Bd. 11 S. 106.

4) § 12 J. de jure nat. 1, 2. *Omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*; vgl. Gaj. Inst. I § 8.

5) Vgl. die Vorrede von Krüger zu seiner Institutionenausgabe.

ihre Mitteilung an die Rechtslehrer. Am 30. Dezember 533 traten sie im Reiche Justinians in Kraft.

In 50 Büchern, welche in Titel zerlegt sind, enthalten die Pandekten Auszüge aus Schriften von 39 römischen Juristen, die 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 Geseze — leges — zu nennen.

Manche Neuere sprechen anstatt dessen von Fragmenten. In der Tat haben diese Ausführungen wenig von Gesezen im modernen Sinne an sich. Es sind wissenschaftliche Erörterungen, welche diesen Charakter dadurch nicht verlieren konnten, daß sie Justinian für Geseze erklärte.<sup>1</sup> Wie die Institutionen, so sollten auch die Pandekten nicht bloß als Gesez, sondern auch als Lehrbuch benutzt werden.

Was den Text anlangt, so ist hervorzuheben:<sup>2</sup> 3

a) Als wichtigste Handschrift gilt die lange Zeit Pisa angehörende, später durch Florenz gewonnene Florentina, früher Pisana genannt.<sup>4</sup>

Diese nahezu vollständige Handschrift ist zwar nicht, wie Ältere vermeinten, das Handexemplar Justinians, aber doch zu Anfang des 7. Jahrhunderts zu Byzanz verfertigt. Sie gibt zum Teil eine doppelte Rezension, nämlich die Rezension desjenigen Manuskriptes, welches der Abschrift zugrunde lag und nach welchem sie ein erster Korrektor revidierte, und die Rezension einer jüngeren Handschrift, nach welcher ein zweiter Korrektor verbesserte. In der Regel muß die zweite Textrezension, als eine modernisierte, der ersteren nachstehen.<sup>5</sup>

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

b) Man zählt ferner zahlreiche sogenannte *Vulgathandschriften*, welche in der Zeit der Glossatoren und später niedergeschrieben sind. Nach Mommsens Ansicht gibt es deren an die fünfhundert.<sup>6</sup>

1) Lenel — Palingenesia juris civilis 2 Bde. 1889 — machte den Versuch, die uns überlieferten Fragmente der klassischen Rechtslehrer nach den Schriften, aus denen sie stammen, zu ordnen. Vgl. Fitting, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen* von Hadrian bis Alexander 2. Aufl. 1908.

2) Die vollkommenste Pandektenausgabe ist die von Th. Mommsen *Digesta Justiniani Augusti* 1870 2 Bde. mit einer höchst belehrenden Vorrede.

3) Mommsen, *Über die kritische Grundlage unseres Digestentextes* in Bekker und Muthers *Jahrbuch* Bd. 5 S. 18, und dann in der Vorrede zu seiner *Digestenausgabe*. Vgl. auch Zacharia von Lingenthal in der *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* Bd. 10 S. 165. *Über Handschriften und Ausgaben des corpus juris* ist auch die Darstellung von Brinz, *Pandekten* Bd. 1 § 3 ff. zu vergleichen.

4) Die Pisaner erbeuteten einer alten Nachricht zufolge die Handschrift bei der Eroberung von Amalfi im Jahre 1135, siehe Pernice in der *Zeitschr. d. Sav. Stifg.*, rom. Abt. Bd. 6 S. 300. Nach Buonamici *archivio giuridico* Bd. 46 brachte sie Burgundio direkt von Konstantinopel nach Pisa; die Florentiner nahmen sie Pisa nach dessen Eroberung im Anfang des 15. Jahrhunderts weg.

5) Das Nähere siehe bei Mommsen, *Vorrede* a. a. O. LIV ff., vgl. auch Zacharia a. a. O. S. 172.

6) Mommsen, *Vorrede* S. XXXV „sit tria volumina seorsum computamus“.

Über das Verhältnis dieser Vulgathandschriften zur Florentina bestanden früher Zweifel. Ihre Abhängigkeit von der Florentina ist sicher, denn die Vulgathandschriften haben zahlreiche Fehler aus der Florentina übernommen, und sogar sämtliche Unordnungen, welche durch Verheftung von Blättern der Florentina entstanden, 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, nummehr verlorenen Handschrift ergänzt, verbessert, hie und da verschlechtert.<sup>7</sup> Demnach haben die Vulgathandschriften der Florentina gegenüber nur insoweit Bedeutung, als sie eine Ergänzung oder Verbesserung aus anderer Quelle erkennen lassen.

e) Sehr untergeordneten Wert hat die *lectio Haloandrina*, d. h. die Lesart Haloanders in seiner Pandektenausgabe von 1529. Denn das Bestreben Haloanders war nach dem Bedürfnis seiner Zeit vorzugsweise auf einen möglichst lesbaren Text gerichtet, so daß er sich an seine handschriftlichen Vorlagen nicht band.<sup>8</sup>

d) Das wichtigste Hilfsmittel für die Rekonstruktion 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 unzumutbares erscheint, oder weil es singular, von allgemeinen Grundsätzen abweichend ist.<sup>9</sup>

7) Nach Mommsen haben alle Vulgathandschriften ihre Quelle in einer Abschrift der Florentina etwa aus dem 11. Jahrhundert. Mommsen bezeichnet sie mit S. Diese Handschrift sei dann an einigen Stellen aus einer anderen alten, von der Florentina verschiedenen Handschrift emendiert worden, vgl. S. LXX der Vorrede der *Digesta* von Mommsen. Siehe übrigens auch oben § 6 Anm. 1.

8) Das Verfahren von Haloander bei Herausgabe der Pandekten schildert eingehend Stimping, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* Bd. 1 S. 189.

9) Ein Beispiel gibt die l. 7 § 2 D. de distr. pign. 20, 5 von Marcianus *libro singulari ad formulam hypothecariam*. Nach der Lesart der Florentina, mit welcher die Basiliken übereinstimmen, wird dort ein Vertrag zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder, wonach der letztere die Pfandsache nicht veräußern darf, für gültig, der zuwiderlaufende Verkauf für nichtig erklärt. In anderen Fällen haben aber vertragmäßige Veräußerungsverbote nach römischem Rechte eine derartige dingliche Wirkung nicht. Deshalb modelt man die l. 7 § 1 cit. sehr häufig um. Mommsen schiebt zwischen *nullam* und *venditionem* ein „*nec impediendam esse*“. Andere helfen anders. Uns scheint jede Änderung unbedeutend. Einen Kopierfehler nimmt Kohler, *pfandrechtliche Forschungen* S. 68 an. Derselbe sei sehr alt und in verschiedene Handschriften übergegangen. Wer bürgt uns dann dafür, daß er, wenn wirklich vorhanden, nicht älter ist, als die *Kompilation Justinians*, und daß nicht die Kompilatoren den Satz, wie er uns vorliegt, mit dem Bewußtsein seiner Besonderheit aufnahmen? Können nicht die Kompilatoren selbst den Fehler, d. h. die Abweichung von den regelmäßigen Grundsätzen, verbrochen und eine Singularität eingeführt haben? Mit Möglichkeiten verliert man den festen Boden, welchen der handschriftlich beglaubigte Text allein an gibt. Vgl. auch Herm. Bickell, *de interpretatione fragmenti* 7 § 2 de distr. pign. *Marb. Inaug.-Diss.* 1868.

## § 9. 3. Der codex constitutionum.

1. Justinian gelangte 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 publizierte das rasch vollendete Werk.

Nach der Abfassung der Pandekten schien eine vermehrte und verbesserte Auflage, ein „codex repetitae praelectionis“ nötig. Derselbe wurde durch die const. „Cordi nobis“ vom 29. Dezember 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 klassischer Juristen, die „quingenta decisiones“.

Der zweite Kodex allein ist erhalten; er zerfällt in 12 Bücher, jedes Buch in Titel. Die Titel enthalten Konstitutionen mit Aufschrift und Unterschrift. Die ältesten aufgenommenen Verordnungen stammen 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*.<sup>1</sup>

2. Die im Kodex gesammelten Verordnungen sind nur zum kleineren Teile Gesetze im modernen Sinne; die meisten Konstitutionen waren kaiserliche Reskripte, d. h. Entscheidungen von in der Praxis verhandelten Rechtsfragen auf Anfragen. Die Anfragen selbst sind nicht mehr vorhanden und damit fehlt ein wesentliches Moment zur Beurteilung der Tragweite der Antwort, obgleich diese meist die wichtigsten Punkte der Anfrage resapituliert.

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 publizierten Gesetze den Vorzug. Dies ist aber nicht richtig. Nach dem Willen Justinians sollten vielmehr Institutionen, Pandekten und Kodex als ein Werk gelten, dessen einzelne Teile nur aus äußeren Gründen zu verschiedenen Zeiten fertig gestellt und publiziert wurden. Ausdrücklich erklärt Justinian in der const. tanta bei Einführung der Pandekten, das ganze römische Recht liege in den drei volumina der Institutionen, Pandekten und des Kodex abgeschlossen vor; die Institutionen und Pandekten sollten gelten „una cum 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 Verhältnis zum neuen Kodex vom Jahre 534.<sup>2</sup> Aber dieser Einwand würdigt

1) Witte, die *leges restitutae* des justinianischen Kodex 1830.

2) Dies ist die Argumentation von Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 118.

nicht, daß die const. tanta, in welcher sich die angeführte Erklärung Justinians findet, in den neuen Kodex aufgenommen ist und einen Bestandteil desselben bildet. In diesem Zusammenhange bezieht sie sich gerade auf den neuen Kodex und nur auf ihn.<sup>3</sup> Diejenigen Verordnungen jedoch, welche nach der Publikation der Institutionen und der Pandekten veröffentlicht wurden und dem älteren Recht widersprachen, haben daselbe abgeändert.

4. Unter den Kodexhandschriften nimmt den ersten Platz der Veroneser Palimpsest 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.<sup>4</sup> Den Kodexausgaben widmeten sich von Älteren Haloander, welcher zum Teile eine selbständige Handschrift besserer Art — den codex Egnatianus — benutzte,<sup>5</sup> dann Contius, in neuerer Zeit Herrmann in der Ausgabe des corpus juris von Krüger. Sie alle hat die Ausgabe von Krüger 1873 ff. in Schatten gestellt.<sup>6</sup>

#### § 10. 4. Die Novellen.<sup>1</sup>

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

Viele Novellen haben nur ein 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 Nov. 118, welche die Intestaterbfolge der Verwandten neu regelte, wie auch von der Nov. 115 über das Noterbenrecht der Deszendenten und der Ascendenten.

Die meisten Novellen wurden in griechischer Sprache abgefaßt, nur wenige in lateinischer.

Eine offizielle Sammlung seiner Novellen hat Justinian nicht herausgegeben.

3) Dieselbe Argumentation bei Adolf Schmidt, Leipziger Programm 1881 über Gewohnheitsrecht S. 23. Das gleiche Resultat gewinnen aus anderen Gründen Thibaut, zivil. Abhandlungen 1814 Abh. 6, Savigny, System Bd. 1 S. 271.

4) Über Handschriften und Ausgaben orientiert Paul Krüger, Kritik des justinianischen Kodex 1867; vgl. hierzu denselben, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 8 S. 1 ff., Bd. 11 S. 166, ferner Krüger, Quellen S. 377.

5) Der codex Egnatianus reichte vom 4. Titel des 1. Buchs bis zum 44. Titel des 9. Buchs; im 4. Buch fehlte der größte Teil, das 7. Buch fehlte fast ganz. Vgl. Stimping, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 194.

6) Krüger hat den codex Justinianus 1873 herausgegeben. Er hat denselben dann auch im corpus juris von Mommsen ediert.

1) F. A. Biener, Geschichte der Novellen Justinians 1824.

## II. Hinsichtlich der Überlieferung ist hervorzuheben:

1. Im früheren Mittelalter benutzte man in Italien die sog. epitome Juliani, einen lateinischen Auszug aus 124 Novellen Justinians, welchen der Professor Julian zu Konstantinopel um das Jahr 556 verfertigte.<sup>2</sup>

2. Im 12. Jahrhundert lernte man in Italien das sog. 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 Teile stümperhaft, hie und da unverständlich. Sie wurde wahrscheinlich in Italien zu Ende des Jahres 556 auf Justinians Anordnung offiziell verfaßt. Daher der Name Authenticum.<sup>3</sup> Man bezeichnet diese Sammlung auch als *Vulgata*.

Die Glossatoren verfertigten Auszüge, sog. *authenticae*, welche sie in den *Kodex* je an den bezüglichen Ort einfügten.<sup>4</sup>

3. Eine andere Sammlung von 168 Novellen wurde seit dem 16. Jahrhundert im *Dzident* allgemein bekannt. Sie stammt aus der Zeit von *Liberius II.* (578—582) und enthält größtenteils Verordnungen Justinians, aber auch *Zutaten*. Die Sammlung ist durchweg griechisch. Novellen Justinians, deren Original lateinisch war, sind hier in das Griechische übertragen.<sup>5</sup>

Mittels der beiden Sammlungen kennen wir 165 justinianische Novellen.<sup>6</sup> Die Lesart des *Authenticum* ist nicht, wie manche annehmen, als die gemeinrechtlich entscheidende anzusehen.<sup>7</sup> Vielmehr ist der justinianische Text maßgebend. Für die griechisch erlassenen Novellen ist daher die griechische Sammlung zugrunde zu legen. Gewohnheitsrechtliche Bildungen, die sich an den Text des *Authenticum* angeschlossen, haben natürlich volle Geltung.

2) Welchen Titel der Autor dem Werke gab, ist unbekannt. Handschriftlich findet sich als Titel: *Constitutiones novellae Justiniani de graeco in latinum translatae per Julianum virum eloquentissimum antecessorem civitatis Constantinopolitanae.*

3) Dies hat *Zachariae* ausgeführt: Zur Geschichte des *Authenticum* und der *epitome novellarum* des antecessor *Julianus*; Sitzungsberichte der preussischen Akademie der Wissenschaften 1882 XLV. *Karlowa*, Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 1021 teilt diese Hypothese. Vgl. auch *Breslau* in der Zeitschr. d. Sav. Stifftg., rom. Abt. Bd. 6 S. 250. *Hegner* ist *Krüger*, *Quellen* S. 356. *Conrat*, *Gesch. d. Quellen* S. 133.

4) Im *corpus juris* von *Mommsen* und *Krüger* sind diese *Authentiken* aus dem Texte des *Kodex* hinausgewiesen; sie finden sich im appendix II des *Kodex* verzeichnet.

5) Zuerst gab den griechischen Text der Novellen nach dieser Handschrift *Haloander* heraus. *Stinping*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 197. Dort findet sich S. 206 die Angabe der nächstfolgenden Ausgaben. Die neueren Auflagen sind von *Dienbrüggen*, oben § 6 Ziff. 2 Abf. 1, *Zacharia* 2. Abf. 1881 und von *Schöl*, oben § 6 Ziff. 2 Abf. 2.

6) Glossiert sind 96 Novellen. In der Ausgabe von *Dienbrüggen* sind die glossierten durch Gl. ausgezeichnet.

7) Manche legen bei den Novellen den Text des *Authenticum* als den angeblich rezipierten zugrunde, vgl. *Dienbrüggen* in *Lindes* Zeitschr. Bd. 17 Nr. 11. Daß die Regel „*quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum*“ dies nicht begründen kann, darüber vgl. oben § 3 Ziff. 3.

## Zweites Kapitel.

Literatur des römischen Rechts.<sup>1</sup>

## § 11. Die zivilistische Literatur bis zum 18. Jahrhundert.

Zwei entgegengesetzte Richtungen machen sich in der zivilistischen Literatur, welche das römische Recht behandelt, geltend. Der einen ist es vor allem darum zu tun, 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 tritt nach jeder Periode intensiver Vertiefung in die Quellen das Bestreben hervor, 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 röm. Quellen wird dann vernachlässigt, bis neue Impulse wieder zu ihm hinführen.

Die Literaturepochen, 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 Okzident die Glossatoren.<sup>2 3</sup>

Die Glossatoren, die Lehrer des römischen Rechts zu Bologna vom Beginn des 12. bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts, gründeten eine

1) Einen Versuch der zivilistischen Literaturgeschichte enthält der 6. Band des Lehrbuchs eines zivilistischen Kurses von Hugo 3. Aufl. 1830.

2) In den letzten Decennien haben sich verschiedene Schriftsteller, insbesondere Fitting, Ficker, Conrat, mit der Aufhellung des Rechtsbetriebes vor der Glossatoren-Schule befaßt. Über die Resultate orientiert am besten Fitting in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 7 S. 1 und in: die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna 1888. Daß die Lehre und sogar eine literarische Behandlung des römischen Rechts auch nach dem Untergange des Römerreichs stets und zu allen Zeiten des Mittelalters fortbestand, weist er in eingehender und interessanter Weise nach, freilich die Leistungen des früheren Mittelalters dem Werte nach wohl überschätzend. Vgl. ferner Conrat, Geschichte der Quellen und Literatur d. röm. Rechts im früheren Mittelalter 1. Bd. 1888 ff. Dazu L. Seuffert, Zeitschr. d. Sav.-Stiftg., rom. Abt. Bd. 13 S. 366. Jacques Flach, études critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge Paris 1890 und hierzu Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 11 rom. Abt. S. 326. Unter den Schriftendmalen ist das erheblichste Petri exceptiones legum Romanorum, nach den neueren Forschungen dem Ravennatischen Rechtslehrer Petrus angehörig und nicht lange vor 1050 verfaßt; siehe Fitting, Anfänge S. 60, sowie der Brachylogus juris civilis oder corpus legum, welchen Fitting — die Heimat und das Alter des sog. Brachylogus 1880 — Orleans zuweist und um das Jahr 1100 setzt. Ein eingehenderes Studium des corpus juris civilis war dieser früheren Epoche fremd.

3) Über die Glossatoren ist vorzugsweise zu vergleichen: Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter Bd. 3—5. Dies Werk erschien in 1. Aufl. 1815—1831, in 2. Aufl. 1834—1851. Siehe auch Landsberg, die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum 1883 S. 11 ff., sowie Fitting, Anfänge a. a. O. S. 78 ff.

Rechtsschule, deren Auf bald über Italien hinausging und die von Studierenden aus vielen Teilen Europas, insbesondere auch aus Deutschland besucht wurde. In den Schriften der Glossatoren konzentrierte sich die gelehrte Rechtswissenschaft der Zeit. Aber noch in den folgenden Jahrhunderten behaupteten sie hohes Ansehen und bilden selbst heute eine Grundlage der zivilistischen Wissenschaft.

Die Wege wies der Schule Irnerius im Beginn des 12. Jahrhunderts.<sup>4</sup> Um die Mitte desselben Jahrhunderts genossen seine Schüler, die „quatuor doctores“, hohe Ehre. Es waren dies 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 Azzo als Lehrer und Schriftsteller. Die Reihe der Glossatoren schließt um die Mitte des 13. Jahrh. 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 — 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 Altertums.

Die Glossen seiner Vorgänger sowie die von ihm selbst erfundenen von minderm Wert stellte Accursius zusammen. Diese Arbeit, die gl. ordinaria, hat der Nachwelt vorzugsweise die Ergebnisse des Fleißes der Glossatoren übermittelt.<sup>5</sup>

2. Es folgten die Postglossatoren, auch Kommentatoren, Konsiliatoren genannt. Die Glosse schien erschöpft zu haben, was für das Verständnis des justinianischen Rechts durch die Forschung zu gewinnen war. Es galt nun, in Italien die errungenen Geisteskräfte für den blühenden Verkehr des späteren Mittelalters nutzbar zu machen. Darum war man darauf bedacht, die römischen Rechtsätze derart zu gestalten und umzubilden, daß sie den Bedürfnissen der Zeit entsprachen. Noch immer

4) Pescatore, die Glossen des Irnerius 1888, Fitting, Summa Codicis des Irnerius 1894 und Quaestiones de juris subtilitatibus des Irnerius 1894.

5) 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 Azzo ad Codicem. Sammlungen von Kontroversen der Glossatoren enthält G. Hänel, dissensiones dominorum, Leipzig 1834.

lehrte und schrieb man im Anschluß an die Legalordnung. Doch handelte es sich weniger um Exegese der Stellen, als um Anknüpfung praktischer Rechtsgrundsätze an den Text. Leider machte sich hierbei der scholastische Geist des späteren 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 Bartolus de Sassoferrato, ein selbständiger wahrhaft produktiver Geist, welcher das Größte leistete, obgleich er das 50. Lebensjahr nicht erreichte. Neben ihn trat Baldus de Ubaldis; wenig jünger als Bartolus erlebte er noch den Beginn des 15. Jahrhunderts. In der zweiten Hälfte des 15. und zu Anfang des 16. Jahrhunderts war in alter Weise mit Erfolg Jason Mainus tätig.

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 inzwischen errungen hatte, gaben reiche Mittel zum besseren Verständnis der Rechtsquellen.

Den großen Zivilisten Frankreichs gehören Duarenus, Balduinus,<sup>6</sup> Brissonius an. Im Vordergrund aller stehen Jacobus Cujacius und Hugo Donellus. Cujacius war eleganter Philolog, Historiker, Exegetiker. Seine *observationes* enthalten eine Fülle interessanter geschichtlicher Bemerkungen. Er gab bis dahin nicht bekannte Schriften des vorjustinianischen Rechts heraus. In vielbesuchten 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 unentbehrlich. Von besonderer Bedeutung ist der Traktat des Cujacius zu Afrikanus.<sup>7</sup> Zeitgenosse, Nebenbuhler und wissenschaftlicher Gegner des Cujacius war Hugo Donellus. Auch er konzentrierte seine wissenschaftliche Kraft auf das reine

6) Von Franz Balduins Leben und Schriften handelt Johann Friedrich Jugler, Beiträge zur juristischen Biographie Bd. 2 n. 4.

7) Das Leben des Cujacius behandelte Verriat St. Prix, deutsch bearbeitet von Spangenberg, Leipzig 1822. Angeführt wird auch Cabantons in der *revue de législation* X. 1839. 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. Über die Ausgaben der Werke des Cujacius urd das *promptuarium universorum operum Jacobi Cujacii* von Dominicus Albanensis vgl. Thibaut im Archiv für ziv. Praxis Bd. 13 S. 11 n. 21.

römische Recht; sein Hauptwerk, die *commentarii juris civilis*, bildet die erste umfassende systematische Bearbeitung des römischen Rechtsstoffes.<sup>8</sup>

Noch im Anfang des 17. Jahrhunderts finden sich bedeutende historische Juristen französischen Stammes.<sup>9</sup> Dann wendete man sich in Frankreich fast ausschließlich der praktischen Jurisprudenz zu. Die historische Richtung hatte später in den Niederlanden eine Nachblüte.<sup>10</sup>

4. In Deutschland beginnt frühe die Periode der Praktiker.<sup>11</sup>

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*.<sup>12</sup> Zasius, auf dem Boden der juristischen Praxis stehend, war zugleich von warmem Interesse für geschichtliche Forschung und Humanismus erfüllt.<sup>13</sup>

Alein die Kraft der deutschen Juristen war im wesentlichen absorbiert durch die Aufgabe, das rezipierte römische Recht den deutschen Verhältnissen anzupassen. Dabei lehnte man sich naturgemäß an die Postglossatoren an und man darf sagen, daß in Deutschland eigentlich das römisch-italische Recht, wie es die Postglossatoren gelehrt hatten, rezipiert wurde.

Der Praxis dienten die sog. Kameralisten, welche ihre Erörterungen an die Entscheidungen des Reichskammergerichts angeschlossen, namentlich Joachim Wynsinger und Andreas Gail.<sup>14</sup>

8) Vgl. Eyssel: Doneau, sa vie et ses oeuvres 1860; Stinzing, Hugo Donellus in Altdorf 1869 und in seiner Geschichte der Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 377. Buhl, Hugo Donellus zu Heidelberg 1891.

9) 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 *Pandecten* erregten bei den Gelehrten seiner Zeit Aufsehen, namentlich auch durch ihre gewaltige Konjekuralkritik. Von nachhaltigerem Einfluß aber auf die Gestaltung des Rechts, vornehmlich auch in Deutschland, war der *codex Fabrianus* und die an die dargestellten Rechtsfälle gefnüpften praktischen Erörterungen. Auch Merillius, † 1647, ist zu nennen wegen seiner sog. *Variantes ex Cujacio*, d. h. Zusammenstellung widersprechender Erklärungen von Cujacius.

10) Die bekannteren Namen sind Wissenbach, geb. 1607, † 1665, genannt wegen seiner *emblemata* (Interpolationen) *Triboniani*; Johann Voet, geb. 1647, † 1714, welcher gute *commentarii ad Pand.*, zuerst 1698, schrieb, vgl. über ihn Jugler, *jur. Biographie*, Bd. 2 Stück 1 n. 35; Koodt, geb. 1647, † 1725, mehr Rechtshistoriker, siehe Jugler a. a. D. Bd. 2 Stück 1 n. 35; Schulting, geb. 1659, † 1734, der gleichen Richtung huldigend. Auch Wynferschoef, geb. 1673, † 1743, machte sich einen Namen, vgl. Jugler Bd. 1 Stück 1 n. 2.

11) Vgl. Geschichte der deutschen Rechtsw. von R. Stinzing 1. Abt. 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. Abt. herausgegeben, vgl. auch unten § 12 Anm. 1.

12) Vgl. oben §§ 8, 9 und 10. Stinzing, Geschichte a. a. D. Abt. 1 S. 180.

13) Stinzing, Ulrich Zasius 1857 und Geschichte a. a. D. Abt. 1 S. 155.

14) Wynsingers Werk war das erste seiner Art. Es führte den Titel: *singularium observationum judicii imperialis camerae centuriae IV*. Basileae 1563. Gail publizierte 1578 seine *Practicarum observationum libri duo*. Vgl. Stinzing, Geschichte a. a. D. S. 485 ff. Burchard, Andreas Gail 1887.

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

Schon der Niederländer *Matthäus Wesenbeck*, welcher in Wittenberg lehrte, bereitete dies vor.<sup>16</sup> Von Späteren nennen wir *Hartmann Bistoris*,<sup>16</sup> *Benedictus Carpzov*,<sup>17</sup> *Heinr. Berger*,<sup>18</sup> *Balthasar v. Wernher*,<sup>19</sup> *Augustin v. Leyser*.<sup>20</sup>

Die Schriften der sächsischen Rechtslehrer haben auch auf die außersächsischen juristischen Lehrer und Schriftsteller Deutschlands bestimmenden Einfluß gewonnen. Zu solchen gehört *Mevius* in *Greifswald*,<sup>21</sup> *Lauterbach* in *Tübingen*,<sup>22</sup> *Brunemann* in *Frankfurt a. d. D.*,<sup>23</sup> *Stryk* in *Frankfurt a. d. D.* und *Halle*,<sup>24</sup> *Justus Henning Böhmer* in *Halle* und sein Sohn *Georg Ludwig Böhmer* in *Göttingen*.<sup>25 26</sup>

15) Die historische Bedeutung *Wesenbeck's* liegt vorzugsweise in seinen *Paratitla* oder dem *commentarius* in *Pandectas*, zuerst erschienen 1565, systematische Darstellung des *Pandektenrechts* mit Rücksicht auf die Praxis und die Besonderheiten des sächsischen Rechts. *Stinzing*, *Geschichte a. a. D.* S. 351.

16) *Hartmann Bistoris* ragt durch seine *Quaestiones juris tam Romani quam Saxonici* hervor, welche von 1579 ab erschienen. Auf seinen Schultern steht *Benedict Carpzov*. Über die Familie der *Bistoris* vgl. *Stinzing a. a. D.* S. 566.

17) *Benedictus Carpzov II.*, geb. 1595, † 1666, ist der bedeutendste in der Juristenfamilie der *Carpzov*, vgl. *Zugler a. a. D.* Bd. 1 Stück 2 n. 21. Den größten Einfluß auf die Praxis gewann von seinen Schriften die *jurisprudentia forensis Romano-Saxonica*, zuerst 1638.

18) Über *Heinrich Berger*, geb. 1657, † 1732, vgl. *Zugler* Bd. 1 Stück 1 n. 3. *Berger* ist vorzugsweise durch seine *oeconomia juris* — zuerst 1712 — bekannt. Sie wurde in den Ländern sächsischen Rechts bis in die neueste Zeit noch viel benutzt.

19) *Johannes Balthasar v. Wernher*, geb. 1675, † 1742. Sein Hauptwerk sind die *observationes forenses*, die von 1710 an erschienen.

20) *Augustin von Leyser*, geb. 1683 zu Wittenberg, dort 1752 gestorben. Sein Hauptwerk sind die *meditationes ad Pandectas*, 11 Bände. Dasselbe enthält elegante, aber wenig tiefe Ausführungen unter Anfügung von Rechtsfällen.

21) *David Mevius*, geb. 1609, † 1670, Präsident des schwedischen Tribunals zu *Wismar*; vgl. über ihn *Zugler* Bd. 4 Stück 1 n. 21, sowie *August Barlow de Davide Mevio narratio*, *Greifswalder Jubiläumsprogramm* 1856. Hauptwerke waren seine *commentarii über jus Lubecense*, 2. Ausg. 1664, und die *decisiones summi Regii Tribunalis Wismariensis*, zuerst 1653.

22) *Wolfgang Adam Lauterbach*, 1618 im *Voigtland* geboren, war Professor in *Tübingen*. Er starb 1678. Sein *collegium theoretico-practicum* wurde zuerst 1690 bis 1714 herausgegeben. Siehe über ihn *Zugler a. a. D.* Bd. 3 Stück 1 n. 8.

23) *Johann Brunemann*, geb. 1608, † 1672, vgl. *Zugler* Bd. 4 Stück 2 n. 25, war vor allem berühmt durch seinen *commentarius in libros Pandectarum* 1670.

24) *Samuel Stryk*, geb. 1640 in der *Ufermark*, † 1701. Er schrieb *usus modernus Pandectarum*, zuerst ediert 1690.

25) *Justus Henning Böhmer*, geb. 1674, † 1749, schrieb *exercitationes ad Pandectas*; er beschäftigte sich viel mit *Kirchenrecht*. Über die Schriften seines Sohnes *Georg Ludwig Böhmer*, geb. 1715, † 1797, können *Weidlichs* biographische Nachrichten 1781 Teil 1 S. 74 verglichen werden.

26) Es bedarf kaum der Bemerkung, daß die Hervorhebung einiger bedeutender

## § 12. Naturrechtliche und historische Schule.

1. Die Rechtswissenschaft des 18. Jahrhunderts wurde überwiegend durch die naturrechtliche Schule bestimmt. Noch vor dem Beginn des 19. Jahrhunderts trat ihr die historische Schule entgegen und 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 Völkerrechts.<sup>1</sup> Mit dem Ende des 17. Jahrhunderts suchte man auch das Privatrecht nach ihnen zu gestalten. Dazu gab die Mangelhaftigkeit und Reformbedürftigkeit des gegebenen Rechts Veranlassung. Mit der Rezeption der fremden Rechte waren massenhafte Rechtsnormen eingedrungen, die sich in Jahrtausenden gebildet und angesammelt hatten, und weder unter sich noch mit der wirklichen Rechtsverfassung Deutschlands übereinstimmten. 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 Doctoren mehr als ein Kampfplatz, denn als eine feste Norm für die Lebensverhältnisse. Neue soziale und wirtschaftliche Zustände gelangten nach Beendigung des dreißigjährigen Krieges zur Herrschaft und neue Anforderungen traten an das Privatrecht heran. Das größte Übel war der schleppende Gang des gemeinen Prozesses, welcher sich in übertriebener Gründlichkeit endlos hinzog und die Verwirklichung des Rechts 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 Rechts 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 Teil 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.

Schriftsteller aus der Menge der übrigen etwas mehr oder weniger Willkürliches hat. Hier handelt es sich nur darum, einzelne zu benennen, um welche sich bei eingehenderen Studien die Namen anderer gruppieren können.

1) Otto Gierke: Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Breslau 1880. Vgl. über die Schule überhaupt Gierke, Naturrecht und deutsches Recht, Rede 1883, vor allem aber Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, dritte Abteilung 1898.

Die naturrechtliche Schule hat für die Erforschung des positiven Rechts wenig geleistet. Die Bedeutung von Thomasius,<sup>2</sup> welcher an der neugestifteten Universität Halle für das Naturrecht wirkte und dessen Anregungen dauernden Einfluß hatten, liegt nicht auf diesem Felde, 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; den wissenschaftlichen Produktionen aus dem Ende des vorigen Jahrhunderts fehlt Tiefe und Eigenart.

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, waren seit dem Ende des 18. Jahrhunderts bereits mehrfach geäußert worden. Der Göttinger Professor Hugo hatte sie in die Rechtswissenschaft eingeführt,<sup>3</sup> aber Savigny gab ihnen ihr besonderes Gepräge.<sup>4</sup> 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 erläutern, indem man auf seine historischen Wurzeln zurückgeht; Kodifikationen brechen die Verbindung mit der Vergangenheit ab und sind daher unter Umständen sogar schädlich.<sup>5</sup> Auf Grund dieser Gedanken erfuhr das Studium des römischen Rechts, wie auch dasjenige des deutschen Rechts, eine Erneuerung. Für das römische Recht insbesondere wurden bisher unbekannte Quellen entdeckt, unter denen die Institutionen des Gajus den ersten Rang einnehmen und in ihrem Lichte erschien es in neuer Gestalt. Bedeutende Geister, vor allem Georg Friedrich Puchta,<sup>6</sup> setzten ihre volle Kraft an die Erforschung des reinen römischen Rechts, aber seine Weiterbildung durch Praxis und Gerichtsgebrauch seit der Zeit der Postglossatoren und unter deren Einfluß hatte dem gegenüber einen schweren Stand. Manche

2) Über Thomasius vgl. u. a. Dernburg, Thomasius und die Gründung der Universität Halle 1865; W. H. Wagner, Christian Thomasius, ein Beitrag zur Würdigung seiner Verdienste um die deutsche Literatur 1872; Nicoladoni, Chr. Thomasius 1888; Landsberg, zur Biographie von Chr. Thomasius 1894.

3) Savigny, Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 9, S. 421. Singer, zur Erinnerung an Gustav Hugo in Grünhuts Zeitschrift Bd. 16, S. 273.

4) Savigny ist geboren zu Frankfurt am Main am 21. Februar 1779, gestorben zu Berlin am 25. Oktober 1861. Über Savigny vgl. vorzugsweise Rudorff, Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 2 S. 1 ff.; Enneccerus, Friedrich Karl von Savigny und die Richtung der neueren Rechtswissenschaft, Marburg 1879. Dort findet sich S. 6 Literatur über Savigny zusammengestellt.

5) Thibaut: Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Heidelberg 1814, erhob die Forderung eines neuen Gesetzbuches für ganz Deutschland. Ihm trat sofort Savigny entgegen in dem Werke: Über den Beruf unserer Zeit für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, in 3. Auflage 1840, in einem Neudruck 1892 erschienen. Er erklärt sich in demselben gegen die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit von Kodifikationen, vgl. z. B. a. a. D. S. 25, indem er vorzugsweise seiner Zeit den Beruf zu denselben abspricht.

6) Puchta, geb. 1798, starb bereits im 48. Lebensjahre 1846. Nekrologe sind abgedruckt in Rudorffs Ausgabe von Puchtas kleinen zivilistischen Schriften.

an sich nützliche Rechtsätze wurden beseitigt, anderes konnte sich nur im hartnäckigen Kampfe behaupten.<sup>7 8</sup>

3. Der Einfluß der naturrechtlichen Schule war zurückgedrängt, aber nicht gebrochen. Er machte sich vorzugsweise in der Gesetzgebung geltend. In der Tat sind die Gegenätze keine unversöhnlichen. Es handelt sich um zwei Richtungen, die sich notwendig ergänzen müssen. Der feste Grund des Rechts 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; unentbehrlich ist auch die 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 nimmermehr dürfen wir darauf verzichten, daselbe nach den Anforderungen unserer Vernunft weiterzubilden.<sup>9</sup>

Die romanistische Wissenschaft der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts suchte sich von der Einseitigkeit der historischen Schule frei zu machen, ohne den berechtigten Kern ihrer Lehren aufzugeben. Selbständige, zum Teil weit auseinander gehende Wege schlugen insbesondere 4 hervorragende Romanisten ein: Alois Brinz,<sup>10</sup> Bernhard Windscheid, Rudolph Ihering,<sup>11</sup> Heinrich Dernburg.<sup>12</sup>

#### § 13. Die wichtigsten literarischen Hilfsmittel.<sup>1</sup>

1. Zur Orientierung über die Bearbeitungen der Lehren des Pandektenrechts seit einem Jahrhundert und in früherer Zeit ist auf drei Werke zu verweisen:

7) Der historischen Schule sind unter anderen zuzuzählen: Johann Christian Haje in Bonn 1779—1830, Eduard Schrader in Tübingen 1779—1860, von Bethmann-Hollweg 1796—1877, Friedrich Ludwig von Keller 1799—1860, Eduard Böcking 1800—1869, Adolf August Friedrich Andorff 1803—1872, Roderich Stinping, geb. 1825, † 1883, Alfred Pernice, geb. 1841, † 1901.

8) Die historische Schule hat auch zur Zeit ihrer Blüte nicht alle bedeutenden Zivilisten Deutschlands zu Anhängern gehabt. Als Gegner trat auf A. F. Justus Thibaut in Heidelberg, geb. 1772, † 1840. Vorzugsweise der Dogmatik widmete sich Karl Georg von Wächter, geb. 1797 in Marbach am Neckar, † in Leipzig am 15. Januar 1880, vgl. Windscheid, Karl Georg von Wächter 1880; Dernburg, Karl Georg von Wächter 1880. Ebenso war hauptsächlich Dogmatiker: Karl Adolph von Vangerow, geb. 1808, † zu Heidelberg 1870. Den Standpunkt der Hegelschen Philosophie vertrat Eduard Gans, geb. 1798, † in Berlin 1839. Seinen Ausgangspunkt nahm hier auch Karl Georg Bruns, geb. am 24. Febr. 1816, † in Berlin am 10. Dezember 1880. In seiner späteren Wirksamkeit gehört Bruns der historischen Schule an. Vgl. über Bruns: Degenfols in Archiv für zivil. Praxis Bd. 64 u. 13.

9) Beachtenswerte Betrachtungen über „Zivilpolitik“ d. h. den Einfluß der Rechtsätze auf das Volksleben, insbesondere den Volksreichtum, die Volksseele und die Gestaltung, welche hiernach den Rechtsätzen zu geben ist, entwickelt Petrázycki in seinem Buch „Die Lehre vom Einkommen“ besonders Bd. 2 S. 437 ff.

10) Über Brinz, geb. 1820, † 1887, vgl. Exner, Erinnerung an Brinz 1888, Regelsberger, krit. Vierteljahrschr. Bd. 30 S. 1; siehe auch Runge, Ihering, Windscheid, Brinz 1892.

11) Über Windscheid, geb. 1817, † 1892, und Ihering, geb. 1818, † 1892, vgl. Ed. zur Feier des Gedächtnisses v. Ihering und Windscheid 1893; über Ihering vgl. A. Merkel, Iherings Jahrb. Bd. 32 S. 6.

12) Über Dernburg, geb. 1829, † 1907, vgl. Sedel, Gedächtnisrede, Kipp, H. Dernburg. Ein Vortrag.

1) Bücher lernt man nur kennen, wenn man ein wissenschaftliches Thema mit Ernst

a) Ch. F. Glück, ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, begonnen 1790, nach dem Tode Glücks von verschiedenen bedeutenden Pandektisten — Mühlbruch, Fein, Arndts, Leist, Burckhard, Salkowski, Czyslarz, Ubbelohde — fortgesetzt, noch unvollendet. Bis jetzt sind erschienen 49 Bde., ferner zu Buch 37, 38 der Pand. von Leist 5 Teile, zu Buch 39, 40 von Burckhard 3 Teile, zu Buch 41, 42 von Czyslarz 1 Teil, zu Buch 43 und 44 von Ubbelohde 5 Teile.

b) Wangerow, Lehrbuch der Pand. 3 Bde., 1. Aufl. 1839 ff., 7. Aufl. 1863 ff. Dieses Werk enthält in Anmerkungen eine Ausführung der wichtigsten Kontroversien des Pandektenrechts unter lichtvoller Darstellung der Ansichten der Juristen vorzugsweise seit Beginn des 19. Jahrhunderts.

c) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3 Bände, 1. Auflage 1862 ff.; 7. Auflage 1891.<sup>2</sup> Eine 8. und 9. Auflage hat mit eigenen Zusätzen und unter vergleichender Darstellung des deutschen bürg. Rechts Kipp bearbeitet 1900 u. 1906.

2. Gebräugte Pandektenlehrbücher sind: das geistvolle Werk von Georg Friedrich Puchta, 1. Auflage 1838, 12. herausgegeben durch Schirmer 1877, ergänzt durch seine nach seinem Tode veröffentlichten Vorlesungen, ferner Pandekten von Arndts, 1. Aufl. 1850, 14. Aufl. herausgegeben durch Pfaff und Hofmann 1894,<sup>3</sup> von Baron, 9. Aufl. 1896 und von W endt 1888.

Die Vorlesungen über Pandekten von Keller sind 1861, in 2. Aufl. 1866, die von Wächter 1880 mit Beilagen in 2 Bdn. nach dem Tode dieser großen Rechtslehrer veröffentlicht.

3. Tiefer gehende Untersuchungen enthalten:

Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilrechts Bd. 1 — auf den allgemeinen Teil beschränkt — 1839.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 8 Bände, 1840 bis 1849, gleichfalls nur den allgemeinen Teil enthaltend; 2 Bände, welche allgemeine Lehren des Obligationenrechts behandeln, reihen sich an.

Vrinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. veränderte Aufl. 1873 ff. Bd. 1—4; die zweite Abt. des 3. Bds. und den 4. Bd. hat nach des Verfassers Tode Lotmar besorgt. Von einer 3. Aufl. ist 1884 die erste Lieferung des ersten Bandes erschienen.

und Gründlichkeit verfolgt. Dann bildet man sich seinen Apparat leicht. Die Ausführung zahlreicher Buchtitel an diesem Orte hat nach unserem Ermessen wenig Wert. Wohl aber dürften für den, welcher eine wissenschaftliche Arbeit zum ersten Male unternimmt, einige Winke am Plage sein. Die hauptsächlichsten Bearbeitungen zivilistischer Thematata findet man bei Glück, Wangerow, Windscheid angeführt, auch Arndts' Pandekten sind zu vergleichen. In juristischen Monographien sind die einschlagenden älteren Bearbeitungen meist mehr oder weniger vollständig zitiert. Wo dies ein dogmatisches oder historisches Interesse hat, ist an der Hand der Citationen hinaufzusteigen bis zu den älteren und ältesten Bearbeitungen des Themas. Knüpfen sich die behandelten Fragen an römische Quellenstellen, so sind die großen französl. Exegeten zu konsultieren, vor allen Cujacius, welcher viele der schwierigen Stellen des Corpus juris erklärt hat. Nie ist die accursische Glosse zu übersehen. Welche Interpreten sonst zu befragen sind, richtet sich nach der Sachlage. Schimmelpfeng, Hommel redivivus, 3 Bde., Kassel 1858, 1859, gibt Nachweisungen über die Exegete der Rechtsquellen; das Werk kann trotz seiner Mängel unter Umständen Dienste thun. Die bibliograph. Bücher, welche die Titel von Büchern, zum Teil auch von Abhandlungen angeben, wird man nur in besonderen Fällen mit Nutzen befragen. Was wirklich Bedeutung hat, ist meist von Späteren zitiert. Nützlich ist mir erschienen Rappler, jur. Promptuarium über alle in den Jahren 1800—1837 erschienenen Abhandlungen, 2. Aufl. 1837. Andere Repertorien zitieren Arndts § 20, Windscheid Bd. 1 § 12 Anm. 1. Ein vortreffliches bibliographisches Hilfsmittel ist auch der Katalog der Bibliothek des Reichsgerichts, herausgeg. v. Schulz, 2 Bde., 1882, 1890.

2) Eine italienische Übersetzung geben Fabba und Benja 1891 ff.

3) Eine ital. Bearbeit. veranstaltete Filippo Serafini. 4. Aufl. Bologna 1882.

Den allgemeinen Teil behandeln die Handbeken von **Immanuel Bekker** 1886 ff., Bb. 1 und 2, von **Hölde** 1886 ff. und von **Regelsberger**, Bb. 1 1893.

4. Zwei Werke, welche vorzugsweise der Rechtsgeschichte angehören, sind auch für die Dogmatik so bedeutend, daß sie nicht übergangen werden dürfen. Auffassung und Behandlungsweise ist freilich in beiden nahezu die entgegengesetzte.

**Ihering**, Geist des römischen Rechts, Bb. 1 und 2 in 5. Aufl.; Bb. 3 Abt. 1 in 4. Aufl., unvollendet.

**Alfred Pernice**, **Marcus Antistius Labeo**, Bb. 1 und 2, Bb. 3 Abt. 1 1873 ff., Bb. 2 Abt. 1 und Abt. 2, in 2. Aufl., ebenfalls unvollendet.

5. Gemeines Recht in Verbindung mit Partikularrecht behandeln folgende drei Werke von Romanisten:

**Wächter**, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, 1839 und 1842. 2 Bände, welche das Historische und den allgemeinen Teil enthalten.

**Unger**, System des österröschischen allgem. Privatrechts, Bb. 1 und Bb. 2, 1856 und 1859, 5. Auflage 1892, den allgem. Teil enthaltend — Bb. 6, 1864, 4. Auflage 1894, das Erbrecht darstellend.

**Heinrich Dernburg**, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches. 3 Bände 1871 ff. Der erste und zweite Band sind in 5. Auflage 1893 und 1897, der dritte ist in 4. Auflage 1895 erschienen.

6. Von den Sammlungen von Abhandlungen bedeutender Zivilisten erwähnen wir: **Ihnbaut**, zivilistische Abhandlungen. Heidelberg 1814.

**Savigny**, vermischte Schriften. 5 Bde. Berlin 1850.

**W. F. Fuchta**, kleine zivilistische Schriften, herausgegeben von **Rudorff**. Leipzig 1852.

**Arnolds**, Gesammelte zivilistische Schriften. 3 Bde. 1873, 1874.

**Bruno**, kleinere Schriften. 2 Bde. 1882.

**Ihering**, gesammelte Aufsätze. 3 Bde. 1881.

7. Unter den Zeitschriften heben wir hervor:

a) Rechtsgeschichtliche:

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft von **Savigny**, **Eichhorn** und **Göjchen**. Berlin 1815—1850, 15 Bände.

Rheinisches Museum für Jurisprudenz von **J. C. Haffe** und anderen, Bonn 1827—1835, 7 Bände, für Geschichte und Dogmatik gleich wichtig.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte, begonnen 1861 von **Rudorff** u. a., 13 Bände. Vom 14. Bande ab beginnt eine neue Folge der Zeitschrift unter dem Titel: Zeitschrift der **Savigny-Stiftung** für Rechtsgeschichte. Die romanistische und germanistische Abteilung ist seitdem getrennt. Bis jetzt sind von der neuen Folge 29 Bände erschienen.

b) Dogmatische:

Archiv für zivilistische Praxis, von **Gensler**, **Mittermaier** u. a. begonnen von 1818, gegenwärtig nach mehrfachem Wechsel von **Franklin**, **Hef**, **Rümelin**, **Wendt**, **Kohlhaas**, Heidelberg; bis jetzt 103 Bände.

Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß von **Linde** und anderen. Gießen 1827 ff. 20 Bände, neue Folge 22 Bände.

Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von **Bekker** und **Muther**, 6 Bände. 1857—1863, auch reich an historischen Aufsätzen.

**Ihering's** Jahrbücher, 1857 von **Ihering** und **Gerber** begründet, bis jetzt 54 Bde., dazu ein reichhaltiger Index von **Knoke**.

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von **Grünhut**, 1874 ff., bis jetzt 36 Bände.

Archiv für bürgerliches Recht von **Kohler**, **Ring** und **Dertmann**, 1889 ff., bis jetzt 32 Bände.

In Betracht kommt auch für das gemeine Recht:

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgegeben von **Goldschmidt** u. a. nach dessen Tode von **Reyhner** und **Karl Lehmann**, gegenwärtig von **Karl Lehmann**, **Julius**

Vierle. Erlangen bezw. Stuttgart 1858 ff., bisher 63 Bände. Über die ersten 50 Bände besteht ein vortreffliches Generalregister.

Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, herausgegeben von Bernhöft und G. Cohn, jetzt auch von Kohler, 1878 ff.

e) Kritische:

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1859 ff., bis jetzt 48 Bände.

8. Eine Zusammenstellung von Entscheidungen oberster deutscher Gerichte enthält: Zeufferts Archiv, 1847 von F. A. Zeuffert begonnen.

Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 1880 ff., bis jetzt 70 Bände, gewähren uns das Bild der Entwicklung eines neuen einheitlichen Juristenrechts.<sup>4</sup>

Sie schließen sich an die epochemachenden Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts 1871 ff., 25 Bände, an.

4) Außer dieser von den „Mitgliedern des Gerichtshofs“ herausgegebenen Sammlung werden Entscheidungen des Reichsgerichts in großer Zahl veröffentlicht, namentlich durch „Bolze, Praxis des Reichsgerichts“ (inzwischen eingegangen), ferner in der „Juristischen Wochenschrift“ Organ des deutschen Anwaltsvereins, in der „Deutschen Juristenzeitung“, in der Zeitschrift „das Recht“ und in den „Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts“ begründet von „Gruchot“. Diese massenhaften Publikationen kommen einem Bedürfnis des juristischen Publikums entgegen. Aber die Folgen sind keineswegs bloß nützliche. Nicht wenigen wird die Jurisprudenz zur bloßen Kenntnis der Präjudizien des Reichsgerichts und zur Gedächtnissache; selbständige Prüfung und kritische Würdigung erscheint ihnen überflüssig.

## Erstes Buch.

# Allgemeine Lehren.<sup>1</sup>

## Erster Abschnitt.

### Recht im objektiven und im subjektiven Sinne.

#### Erstes Kapitel.

##### Begriff des Rechts im objektiven Sinne. Einteilungen.

##### § 14. Das Wesen des Rechts im objektiven Sinne.

Recht im objektiven Sinne ist der allgemeine Wille, welcher die kulturelle Beherrschung der Natur und ihrer Kräfte zum Gegenstand hat. Diese formale Begriffsbestimmung berührt aber nicht den Inhalt des Rechts.<sup>2 3</sup>

Der Jurist Celsus definiert: *jus est ars boni et aequi*,<sup>4</sup> d. h. das Recht ist die Kunst, das sittliche Prinzip in den Lebensverhält-

1) Die allgem. Lehren des Systems des röm. Rechts beschäftigen sich zum Teil mit Problemen, welche sich auch die Rechtsphilosophie zu stellen hat. Aber der Standpunkt des Systems bezüglich dieser Probleme ist ein anderer als derjenige der Rechtsphilosophie. Der Allgem. Teil des Systems hat die dem römischen Rechte zugrunde liegenden Vorstellungen darzulegen. In diesen macht sich oft eine konkrete Anschauung und stets der Gesichtspunkt der praktischen Verwendbarkeit geltend. Die Rechtsphilosophie mag solchen Anschauungen kritisch gegenüber stehen. Sie hat andere Aufgaben als die positive Jurisprudenz. Unseres Erachtens muß es beiden Disziplinen förderlich sein, wenn sie erkennen, daß ihre Methoden und Ziele nicht identisch sind. Vgl. aber Hartmann, Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph 1892, bes. S. 101 ff.

2) Vgl. Rousseau, *contrat social* „volonté générale“, Hegel, *Philosophie des Rechts*, *Zufas* § 82.

3) Thöl, *Einleitung in das deutsche Privatrecht* §§ 33–36, Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht* 1878 S. 1, Binding in der *krit. Vierteljahrsschr.* Bd. 21 S. 545; Schuppe, *Begriff des subj. Rechts* 1887; vgl. aber auch Heilingner, *Recht und Macht*, Wien 1890, S. 35; Gierke, *Deutsch. Privatr.* Bd. 1 § 15 S. 116; Hölder über objektives und subjektives Recht, *Vortrag* 1893; Laband, *Staatsrecht* Bd. 1 § 57; Sokolowski, *die Philosophie im Privatrecht* Bd. 2 S. 1 ff. 1908.

4) L. 1 pr. D. de just. et jure 1, 1. Windscheid § 28 Anm. 2 findet hier „das Ideal des Rechts schön bezeichnet“. Aber *ars* ist nicht ein Ideal, es ist die Kunst der Verwirklichung des Ideals. Vielleicht verstand aber — diesen Gedanken regt Salkowski an — Celsus unter *ars* das wissenschaftliche System des Guten und Billigen, wie Cicero „de jure civili in artem redigendo“ schrieb. Gellius, *noct. atticæ* I cap. 22.

nissen zu verwirklichen. Damit bezeichnet er den Inhalt und die Aufgabe des Rechts. Das Recht gibt inmitten aller Kollisionen der individuellen Interessen das rechte Gleichmaß. Solches Gleichmaß stellt sich nicht selten durch die in der Gesellschaft wirkenden Kräfte unmittelbar im Wege der Gewohnheit her. Das Recht hat dann die so erwachsende Ordnung nur zu wahren und zu erhalten. Häufig aber kommen die Interessen in Gegensatz, nicht selten in erbitterten Streit. Dann tritt die im Staate herrschende Macht dazwischen und zieht die Schranken.<sup>5 6</sup>

Verbindet man den formalen und den materiellen Standpunkt, so bestimmt sich das Recht als die durch den allgemeinen Willen gewährleistete Ordnung der kulturellen Lebensverhältnisse.

Vom Rechte im objektiven Sinne ist zu unterscheiden das Recht im subjektiven Sinne, nämlich eine durch die Rechtsordnung gewährleistete individuelle Willensherrschaft. Über den Begriff des Rechts im subjektiven Sinne ist später zu sprechen.<sup>7</sup>

#### § 15. Zivilrecht und prätorisches Recht. Jus civile, jus gentium und jus naturale.

1. Die Entwicklung des römischen Rechts wurde vorzugsweise durch den Gegensatz des zivilen und des prätorischen Rechts bestimmt.

Das Zivilrecht war ein Volksrecht, welches aus den Gesetzen und Gewohnheiten des alten römischen Gemeinwesens erwuchs und durch die Interpretation der Juristen weiter entwickelt wurde. Festgegründet, für die Dauer bestimmt, war es durch das Volk der Quiriten gewährleistet. Das prätorische Recht beruhte auf den Edikten, welche die Prätores bei ihrem Amtsantritt für das Amtsjahr erließen.<sup>1</sup> Es mochte sich tatsächlich dadurch erhalten, daß die Nachfolger die bewährten Edikte der Vorgänger — als *translaticia* — übernahmen. An sich hatte es nur Geltung für ein Jahr.<sup>2</sup>

5) Vgl. Fhering, der Kampf ums Recht, 1. Auflage 1872, S. 12 ff.

6) In der 1. 7 D. de leg. 1, 3 sagt Modestinus libro 1 regularum: *Legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire*. Hiernach gibt es neben den gebietenden und verbietenden — den Imperativgesetzen — erlaubende — Permissivgesetze, z. B. die gesetzliche Verstattung der „Notwehr“. Erlaubende Gesetze haben natürlich nur da Sinn, wo auch ein Verbot denkbar wäre, Bekker Bd. 1 S. 50. Viele wollen von „gewährenden“ Normen nichts wissen, da auch in diesen schließlich nur Gebote und Verbote lägen. Vgl. Bierling, zur Kritik der juristischen Grundbegriffe Bd. 2 S. 307 ff., juristische Prinzipienlehre Bd. 1 S. 27 ff. Aber die Gebote und Verbote haben bloß den Zweck, die verstatte Handlung zu ermöglichen. Darin liegt das Besondere der Permissivgesetze. Die Erlaubnis der „Notwehr“ enthält z. B. allerdings auch einen Imperativ, nämlich daß der Richter nicht verurteilen darf. Allein dies bleibt immer nur die negative Seite, die positive ist die Verstattung der Notwehr. Vgl. Hölder, Band. Bd. 1 S. 62; Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 16.

7) Siehe unten § 33.

1) Das Hauptwerk über das prätorische Edikt ist von Otto Lenel, das *Edictum perpetuum*, ein Versuch zu dessen Wiederherstellung, 1883, 2. Aufl. 1907. Vgl. auch Dernburg, Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edikts, in den Festgaben für Hefster, Berlin 1873.

2) Cicero in Verrem lib. 1 cap. 42 § 119: *qui plurimum tribuunt edicto praetoris, edictum legem annuam dicunt esse*.

Es wurde aufgefaßt als eine durch die Zeitbedürfnisse hervorgerufene, mit ihnen wandelbare Norm.<sup>3</sup> Grundlage und Sicherung fand es in der prätorischen Gerichtsbarkeit. Besonders günstig war seiner Entwicklung die Reform des Prozesses durch die lex Aebutia mit der dadurch bedingten freieren Stellung des Gerichtsmagistrats.<sup>4</sup> Wie die prätorischen Edikte beurteilte man die Erlasse der kurlischen Adilen; auch sie galten als jus honorarium.

Die prätorischen Edikte waren zunächst zur Weiterbildung des Zivilrechts bestimmt; sie trafen aber auch Ergänzungen, wo das Zivilrecht Lücken hatte und nicht ausreichte. Sie gingen endlich zur Korrektur zivilrechtlicher Normen über, wenn diese der aequitas widersprachen, d. h. den derzeitigen Verhältnissen nicht mehr angemessen waren.<sup>5</sup>

Das prätorische Edikt wurde auf Anordnung des Kaisers Hadrian durch den Juristen Julian als Prätor neu redigiert. In dieser Fassung erhielt es durch ein Senatskonsult Bestätigung.<sup>6</sup> Damit war aber der Gegensatz des zivilen und prätorischen Rechts in den Augen der Römer nicht beseitigt. Das zivile Recht war noch immer das volllegitime, das prätorische dagegen eine auf den Nutzen gegründete Norm der Praxis.<sup>7</sup> Selbst im justinianischen Rechte ist dieser Gegensatz nicht verwischt, obgleich er in der Verfassung des byzantinischen Reiches keinen Halt mehr hatte. In Deutschland aber ließ man bei der Rezeption des römischen Rechts den Unterschied zwischen prätorischen und zivilen Satzungen fallen.<sup>8</sup>

2. Verwandt, aber nicht identisch war die Unterscheidung des Rechts als jus civile und jus gentium.

a) Jus civile war das besondere Recht der römischen Bürger. Es war für sie allein gegeben und nur auf sie anwendbar. Die Kaiserzeit

3) l. 8 D. de just. et jure 1, 1. Marcianus libro 1 institutionum: Nam et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis.

4) Vielfach vertrat man die Ansicht, die prätorische Rechtsbildung habe überhaupt erst mit den Reformen der lex Aebutia begonnen. Einschränkung Mittelalters, römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians 1908 S. 40 ff. Dasselbst Anm. 2 die Literatur.

5) l. 7 § 1 D. de just. et jure 1, 1. Papinianus libro 2 definitionum: Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam: quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorium sic nominatum.

6) l. 10 C. de cond. indebiti 4, 5, const. *Λέγωνεν* § 18. Karlowa, Rechts-geschichte Bd. 1 S. 629.

7) Man zweifelte, ob man es jus nennen dürfe. l. 11 D. de just. et jure 1, 1. Paulus libro 14 ad Sabinum: nec minus jus recte appellatur in civitate nostra jus honorarium. Ganz anders Schulze, Privatrecht und Prozeß, 1883, Bd. 1 S. 375. Er erkennt keine Duplizität der Rechte in Rom an. Für ihn ist das jus civile das gewesene, das Nichtrecht, seit die prätorische Rechtszeugung ihren Höhepunkt erreichte. Mittelalters a. a. O. S. 55 ff. meint dagegen, der Unterschied zwischen beiden Rechten sei ursprünglich weniger, in neuerer römischer Zeit schärfer hervorgetreten.

8) Im Justin. Rechte stehen noch die zivile Erbfolge — die hereditas — und die prätorische Erbfolge — die honorum possessio — getrennt nebeneinander. Es geschieht der Erwerb der Erbschaft nach beiden Rechten in verschiedener Weise. Im gemeinen Rechte dagegen waren beide Systeme verschmolzen. Es gab hier nur eine Erbfolge und eine Weise ihres Erwerbes.

hat hier manches ausgeglichen; die Praxis dehnte die alte Bürgerordnung gelegentlich auf sämtliche Untertanen aus.

b) *Jus gentium* war das Recht, welches sich auf alle Rechtsfähigen, insbesondere auch auf die *Peregrinen* erstreckte. Man brauchte diesen Ausdruck aber in mehrfachem Sinne. *Jus gentium* nannten die Römer alle Sätze des Völkerrechts — das Kriegs-, Beute- und Gesandtenrecht. Ferner verstanden sie darunter diejenigen Rechtsinstitutionen, welche sich bei allen Völkern, also auch im römischen Gemeinwesen, gleichmäßig vorfinden, z. B. die Sklaverei und Freilassung. Schließlich wurden als *jus gentium* gewisse Prinzipien bezeichnet, die sich ohne positivrechtliche Basis auf das sittliche Empfinden der zivilisierten Menschheit stützen.<sup>9</sup>

#### § 16. Öffentliches und privates Recht.<sup>1</sup>

Das Recht ist teils öffentliches, teils privates. Dies ist die oberste Einteilung der Wissenschaft des Rechts, wie auch seines Inhaltes. Auf diese Unterscheidung wurden die altrömischen Juristen unmittelbar durch die Verschiedenheit ihrer praktischen und wissenschaftlichen Beschäftigung geführt; die einen wendeten sich als Staatsmänner den öffentlichen Geschäften und dem öffentlichen Rechte zu, andere widmeten sich als Privatrechtsjuristen den Rechtshandeln der Bürger.<sup>2</sup>

Die Unterscheidung der Disziplinen ist eine wissenschaftliche, sie hat aber auch praktische Bedeutung. Sie beruht auf einem wissenschaftlichen Gesichtspunkte und zugleich auf einem praktischen Kriterium.

Folgender Gedanke liegt hier zugrunde. Ist für eine Rechtsnorm das Interesse der einzelnen das zunächst bestimmende, so gehört sie dem privaten, ist für sie das Interesse der Gesamtheit maßgebend, so gehört sie dem öffentlichen Rechte an.<sup>3</sup> Die Einteilung entspricht der Doppelstellung des Menschen in der bürgerlichen Gesellschaft. Als freie Persönlichkeit ist er Selbstzweck, ein selbständiger Mittelpunkt rechtlicher Beziehungen. Er bleibt aber auch Glied einer umfassenden Vereinigung, welcher er sich unterordnet und der er dient.

Gleichwohl handelt es sich bei dieser Unterscheidung keineswegs um

9) Der dritten Kategorie — dem *jus naturale* — fehlt es an Bestimmtheit. Sie wird vielfach mit der *naturalis ratio* identifiziert, als metaphysische Weltordnung, die sowohl dem *jus civile* als auch dem *jus gentium* widersprechen kann. So verwirft z. B. die *naturalis ratio* der Stoiker die Sklaverei. Man unterstellte auch, daß das Leben der Tiere nicht bloß durch Naturgesetz, sondern durch eine Art von Rechtsordnung regiert werde; vgl. M. Voigt, das *jus naturale* der Römer Bd. 1 S. 245.

1) *Idon*, Rechtsnorm S. 110 ff., vgl. auch Roguin, *la règle de droit*, Lausanne 1889 S. 174, Gierke, *Deutschr. Privatr.* Bd. 1 § 4, Wach, *Handbuch d. Zivilprozeßrechts* § 8.

2) Pomponius berichtet in l. 2 § 46 D. de orig. juris 1, 2 von dem Juristen *Tu-bero*: *transiit a causis agendis ad jus civile . . . doctissimus habitus est juris publici et privati.*

3) l. 1 § 2 D. de just. et jure 1, 1. *Ulpianus libro 1 instit.:* *Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum: publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.* § 4 J. eod. 1, 1. Vgl. hierzu inbeßsen Pernice, *Parerga IX*, *Zeitschr. d. Sav.-Stiftg., rom. Abt.* Bd. 19 S. 140.

scharfe Gegensätze. Denn das Wohl der Einzelnen und das des Ganzen sind miteinander eng verbunden. Ob das eine oder das andere bei einer Rechtsnorm überwiegt, ob sie also privatrechtlich oder öffentlichrechtlich ist, läßt sich oft schwer bestimmen, da nur ein Mehr oder Weniger in Frage kommt. Es kann sogar dieselbe Rechtsnorm in das öffentliche und in das private Recht einschlagen. Für die praktische Behandlung bedarf es daher eines konkreten Wahrzeichens. So ist der Zivilprozeß ausschließlich zur Wahrung und Durchführung der Privatrechte bestimmt, es ist also empirisch der Schluß gerechtfertigt, daß soweit der Zivilprozeß offen steht, es sich um Privatrechte handle. Die *actiones poenales* der Römer waren daher ihrem Privatrecht zuzuzählen, denn die Verletzten trieben die vom Delinquenten geschuldete Privatstrafe im Wege des Zivilprozesses bei. Daß die Bestrafung der Verbrecher auch im dringenden Interesse des Staates liegt, kann hiergegen nicht entscheiden.

Die römischen Juristen bezeichnen als öffentliches Recht nur das Staatsrecht mit dem ihm zugehörigen Sakralrecht. Die neuere Systematik teilt dem öffentlichen Rechte zutreffend auch das Strafrecht, den Strafprozeß, den Zivilprozeß, das Kirchenrecht und das Völkerrecht zu.

Regelmäßige Eigenschaft des Privatrechts ist, daß seine Geltendmachung von den Berechtigten abhängt,<sup>4</sup> und daß Verzichte auf dasselbe zulässig sind. Doch nicht alle privatrechtlichen Befugnisse unterliegen dem Verzicht. Es gibt andererseits öffentliche Rechte, denen man entsagen kann, z. B. das Recht der Krone.

4) Ist die Verteidigung unserer Privatrechte gegen Verletzung wenigstens ethische Pflicht des Bürgers? Ihering, *Der Kampf ums Recht* 1872 S. 20 ff. — 14. Auflage 1901 — führt aus: „Der Kampf gegen eine bewußte Verletzung unseres Privatrechts ist eine Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst und zugleich eine Pflicht gegen das Gemeinwesen. Nur durch sie wird die Majestät des Gesetzes und die von ihm getroffene feste Ordnung des Verkehrslebens gewahrt. In seinem Rechte verteidigt der einzelne zugleich das Gesetz und die unerlässliche Ordnung des Gemeinwesens.“ Hiergegen ist zu erinnern, daß sich auch im Rechte eine Teilung der Arbeit findet, daß der Staat in den Fällen, in welchen seine Ordnung der Verteidigung notwendig bedarf, hierfür eigene Organe besitzt. Für die Verwirklichung des Privatrechts wirkt das eigene Interesse der einzelnen genügend; dazu kommen verletztes Rechtsgefühl, aber auch Rechthaberei und Starrsinn als treibende Motive. Eine ethische Verpflichtung, verletzte Vermögensansprüche zur Anerkennung zu bringen, besteht nicht. Das Vermögensrecht ist Mittel zur Befriedigung höherer Ziele. Wie weit man es gegen die Verletzung zu verteidigen hat, ist Sache der praktischen Vernunft, nicht der Ethik. Der Bauer, welcher seine Existenz und diejenige seiner Familie durch hartnäckiges Prozeßieren um unbedeutender Dinge willen gefährdet, der geistvolle Gelehrte, welcher, statt die Wissenschaft zu fördern, sich ärgert, streitet, prozeßiert, der reisende Engländer endlich, um das Beispiel Iherings festzuhalten, welcher wegen der um wenige Gulden überlegten Gasthofrechnung wochenlang am Orte bleibt und Zeit und Geld vertert, für die er bessere Verwendung hätte, sie alle verdienen weder Lob noch Mitgefühl. Eine Nation opfert mit Recht der Erhaltung eines bedrohten Grenzstrichs, und wenn er wertlos wäre, ihr Alles, denn es handelt sich um ihre Ehre. Aber dies beweist nichts, wie Ihering meint, für den einzelnen; die Verteidigung von Geld und Geldeswert durch Prozeß gilt nicht als Ehrenpunkt.

§ 17. Klassifikation der Privatrechte.<sup>1</sup>

Die Privatrechte beziehen sich teils auf das Vermögen eines Rechts= subjektes — Vermögensrechte —, teils auf dessen persönliche Stellung.

1. Vermögen ist die Gesamtheit der geldwerten Rechte einer Person.<sup>2 3</sup>

In einem weiteren — wirtschaftlichen — Sinn zählen zum Vermögen alle jemandem tatsächlich zustehenden geldwerten Güter, also auch der Besitz, d. h. die tatsächliche Herrschaft über eine Sache, ja selbst die Kundschaft eines Erwerbsgeschäfts.<sup>4</sup>

Die Vermögensrechte sind teils dingliche, teils Forderungsrechte.

a) Dinglich sind die Rechte, welche uns eine körperliche Sache — *res corporalis* — unmittelbar unterwerfen.<sup>5</sup> Das

1) Vgl. Thon, Rechtsnorm S. 127 ff. „Die einzelnen Privatrechte“, Gierke, Deutsch. Privatrecht Bd. 1 § 29.

2) Wirmeyer, das Vermögen im juristischen Sinne 1879. Vgl. Bekker, Pand. Bd. 1 § 41, Gierke a. a. O. § 31 S. 275 ff. Geldwert hat, was im Verkehr der Menschen nach Geld geschätzt wird und für Geld anschaffbar ist. Ob das Recht weiter übertragbar ist, kommt nicht in Betracht.

3) Savigny, Bd. 1 S. 340 Anm. 6 bemerkt: „die deutliche Bezeichnung — des Vermögens — ist die treffendste, die dafür gefunden werden konnte. Denn es wird dadurch unmittelbar das Wesen der Sache ausgedrückt, die durch das Dasein jener Rechte uns zuwachsende Macht, das, was wir durch sie auszurichten imstande sind oder vermögen.“ Doch das Vermögen ist nicht das einzige Machtmittel, auch durch Kenntnisse, Geist, Energie vermögen wir vieles! Jene Bezeichnung ist daher wohl anschaulich und nicht unwahr, aber keineswegs den Begriff deckend.

4) l. 49 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 59 ad edictum: Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est: Naturaliter bona ex eo dicuntur quod beant, id est beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficaria sint: aequae bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur. Dem tatsächlichen Haben entspricht die naturalis, dem rechtlichen die civilis appellatio bonorum. So mit Recht Wirmeyer a. a. O. S. 15.

5) Es ist eine in der neueren Zeit vielverbreitete rechtsphilosophische Behauptung, daß im Grunde alle Rechte, auch die dinglichen, nur gegen Personen gerichtet seien. Insbesondere führt Windscheid Bd. 1 § 38 aus: Alle Rechte bestehen zwischen Person und Person, nicht zwischen Person und Sache. Das dingliche Recht enthält nur Verbote. Sein Inhalt ist also ein bloß negativer. Er besteht darin, daß sich jedweder der Einwirkung auf die Sache enthalten und den Berechtigten an der Einwirkung auf die Sache nicht hindern dürfe. Da ist es denn nur konsequent, wenn Schloßmann Vertrag S. 257, 261 den wissenschaftlichen Wert des Begriffs des dinglichen Rechts überhaupt bestreitet, so daß ihm das dingliche Recht nur „ein terminologisches Hilfsmittel“ ist. Vgl. auch Thon, Rechtsnorm S. 161, Bierling, Kritik Bd. 2 S. 169, Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 26. Nach dieser Betrachtungsweise ist selbst das Eigentum, welches als das positivste aller Rechte erscheint, rechtlich bloß negativen Inhalts. Offenbar ist dies aber nicht die Auffassung des römischen, nicht die des gemeinen Rechts. Die Römer sagen „res mea est“, d. h. die Sache ist an die Person des Eigentümers gekettet, ihm unterworfen. Die Bindung der Sache gegen Dritte ist ihnen nur die Folge. Und nicht anders fassen sie die übrigen dinglichen Rechte auf. Vgl. Wächter, Erörterungen Heft 1 n. 4 S. 88. Unserer Ansicht nach wurzelt die Unfähigkeit, das dingliche Recht einfach zu begreifen, in dem falschen Begriff des Rechts im subjektiven Sinn, welcher zum herrschenden Dogma wurde. Vgl. hierüber unten § 33. Wer mit der herrschenden Ansicht Recht im subjektiven Sinn mit „Wollendürfen“ identifiziert, wird mit Windscheid a. a. O. zu dem Schlusse kommen, daß von Dürfen nicht der Sache

vollkommenste dieser Rechte ist das Eigentumsrecht, das Recht genereller Herrschaft über die Sache. Herrschaftsrechte nach bestimmten Beziehungen und in beschränktem Umfange geben die dinglichen Rechte an fremder Sache, z. B. Servituten, Pfandrecht.

b) Die Forderungsrechte oder Obligationen sind Rechte des Gläubigers auf eine vermögenswerte Leistung durch den Schuldner.

Auch die Forderungsrechte haben zum großen Teil Bezug auf körperliche Sachen. Aber die Forderung gibt nur ein Recht gegen den Schuldner, sie setzt den Berechtigten nicht in eine unmittelbare Beziehung zu der geschuldeten Sache. Die Leistung durch den Schuldner ist also der Durchgangspunkt, um die Sache zu gewinnen.

Die Obligationen sind überwiegend Rechte auf Erlangung von Vermögenswerten, sie sollen die Schuldobjekte in das Vermögen des Gläubigers bringen. Dennoch sind sie schon Bestandteile des Vermögens. Sie sind bereits geldwerte Güter, weil sie einen rechtlich gesicherten Anspruch geben. Um deswillen vermehren sie das Vermögen. Folgerichtig gehören auch die Schulden zum Vermögen, sie sind die Subtrahenten desselben.<sup>6</sup> Demnach zerfällt das Vermögen in Aktiva und Passiva. Die Passiva können die Aktiva übersteigen. Das Vermögen ist dann eine negative Größe.

c) Auf einem anderen Einteilungsgrunde beruht die besondere Stellung des Erbrechts. Das Erbrecht regelt vor allem den Übergang des Vermögens eines Verstorbenen auf die Lebenden. Hierbei handelt es sich um eine besondere Weise des Überganges des Vermögens, nicht um eine Unterscheidung seiner Bestandteile.

2. Das Personenrecht behandelt die privatrechtlichen Beziehungen einer Person abgesehen vom Vermögen.<sup>7</sup>

a) Das Recht der Persönlichkeit auf Wahrung der sozialen Stellung

gegenüber die Rede sein kann, sondern nur anderen Personen gegenüber. Wer aber mit uns in dem Recht im subjektiven Sinn einen Anteil an Lebensgütern sieht, muß es nur natürlich finden, daß dieser Anteil in erster Linie in Rechten an Sachen besteht. Bis jetzt hat noch niemand die dinglichen Rechte im einzelnen nach der Grundauffassung der Gegner dargestellt. Eine derartige Behandlung derselben, die nach einigen not tut, ist auch nicht zu erwarten. Sie würde sicher Schiffbruch leiden. Vgl. noch Staub im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 5 S. 12.

6) l. 3 pr. D. de bon. poss. 37, 1. Ulpianus libro 39 ad edictum . . . nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur. Nach deutschrechtlicher Ansicht gelten die Schulden als Belastung, welche auf dem Vermögen ruht; Hefflwig, Rechtskraft S. 310, Ripp bei Windscheid Bd. 1 S. 42 Anm. 3. So auch nach BGB., Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 § 103 Anm. 12.

7) Die Ausdrücke „Personenrechte“, „persönliche Rechte“ und endlich „höchstpersönliche Rechte“ haben sehr verschiedene Bedeutung. Personenrechte charakterisieren sich durch ihren Gegensatz gegen Vermögensrechte. Die persönlichen Rechte bilden eine Spezies der Vermögensrechte. Sie sind Forderungsrechte, Rechte, welche die Leistung eines Schuldners zum Gegenstande haben und mit einer actio in personam geltend gemacht werden. Sie stehen im Gegensatz zu den dinglichen Vermögensrechten, welche eine Sache unmittelbar ergreifen und mit einer actio in rem geltend gemacht werden. Der Ausdruck höchstpersönliche Rechte endlich bezeichnet Rechte, welche an die individuelle Persönlichkeit des Berechtigten derart geknüpft sind, daß sie auf andere Personen, insbesondere auch auf die Erben, nicht übergehen können.

der eigenen Person.<sup>8</sup> Insbesondere bildet das Recht zur Führung eines Namens, des Adels, eines Titels, Wappens,<sup>9</sup> sowie das Recht zur Führung des kaufmännischen Namens — der Firma — ein solches Personenrecht. Anzuerkennen ist auch das Recht am eigenen Bilde.<sup>10 11</sup>

b) Dem Personenrecht gehört zum großen Teile das Familienrecht an, welches die Beziehungen der Familienglieder zueinander behandelt. Der Ausdruck Familie hat einen zweifachen Sinn. Eine Familie gründen Ehemann und Ehefrau; ihre Beziehungen regelt das Eherecht. Familie ist auch der Kreis der Blutsverwandten — cognati; hiermit beschäftigt sich ein anderer Hauptteil des Familienrechts. Die väterliche Gewalt, d. h. das Recht des Vaters gegenüber seinen Kindern, trat in Rom vorzugsweise hervor.<sup>12</sup>

An das Familienrecht schließt sich das Vormundschaftsrecht, d. h. die gesetzlich geregelte Fürsorge und Vertretung schutzbedürftiger Personen, die nicht in einer Gewalt stehen.

Das privatrechtliche System wird zweckmäßig in folgenden Hauptteilen dargestellt:

1. Allgemeiner Teil, d. h. die allgemeinen Lehren des Privatrechts.
- 2. Sachenrecht. — 3. Obligationenrecht. — 4. Familienrecht. —
5. Erbrecht.<sup>13</sup>

## Zweites Kapitel.

### Entstehung und Außerkrafttreten der Rechtsnormen.

#### § 18. Die rechtsbildenden Faktoren.<sup>1</sup>

Rechtsquellen, d. h. die Faktoren, welche Recht im objektiven Sinne begründen, sind Gesetze und Gewohnheiten, an welche sich der Gerichtsgebrauch anschließt.

8) Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 18. Savigny Bd. 1 § 53 leugnete das jög. Recht „an der eigenen Person“. Aber nur der Ausdruck ist bedenklich. Bezügliche Privatrechte bestehen. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 40, hierzu aber auch Kipp das. und vor allem Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 §§ 81 ff., Gareis, d. N. am menschlichen Körper 1900.

9) Sigmund Levi, Vorname und Familienname im Recht 1888, Scialoja, del diritto al nome, Roma 1889, Kohler, Archiv für bürg. Recht Bd. 5 S. 77, D. Fischer das. Bd. 6 S. 306, RG. Bd. 5 S. 172, Bd. 29 S. 123 und die dort angef. Literatur, Gierke, a. a. O. § 83. — BGB. § 12. Dernburg a. a. O. Bd. 1 § 55. In dem RG. Bd. 2 S. 145 beurteilten Falles wurde anerkannt, daß auch das Verlangen der Aberkennung des Rechts zum Gebrauche des Titels und Wappens eines adeligen Hauses im Wege der Zivilklage geltend gemacht werden könne. Vgl. auch RG. Bd. 18 S. 19, siehe aber auch Preuß. Justiz-Min.-Blatt 1895 N. 47.

10) Keffner, das Recht am eigenen Bilde 1896.

11) BGB. § 37.

12) Nach BGB. ist die „väterliche“ Gewalt in eine „elterliche“ des Vaters, eventuell der Mutter umgewandelt.

13) Die „fünf Bücher“ des BGB. entsprechen dieser Einteilung.

1) Über die Entstehung des Rechts vgl. Stammler, Wirtschaft und Recht 1896 S. 487 ff., hierzu Kipp bei Windscheid § 15 Anm. 5 S. 67.

Gesetze und Gewohnheiten entstehen in der Regel nicht aus Willkür einzelner. Es liegen ihnen tiefere Momente zugrunde. In ihnen macht sich die Rechtsansicht des Volkes geltend, in dessen Schoße sich das Recht entwickelt. Infolgedessen erblicken viele in der Volksüberzeugung die einheitliche und fundamentale Quelle des Rechts. Insbesondere ist dies die Ansicht der hervorragenden Vertreter der historischen Schule gewesen.<sup>2</sup>

Hierin ist Wahres mit Unwahrem gemischt. Niemand wird bezweifeln, daß in gesunden Staats- und Rechtsverhältnissen die Volksüberzeugung, wenn sie einen gewissen Grad von Stärke erreicht, zu Gewohnheiten und Gesetzen führen muß. Aber die einzige Triebfeder der Bildung des Rechts ist die Volksüberzeugung nicht. Vor allem ist zu beachten, daß das Staatsleben keineswegs immer so gesund ist, um der Volksüberzeugung freie Bahn zu lassen. Daß z. B. unterworfenen Nationen jahrhundertlang unter einem ihrer Volksüberzeugung widerstrebenden Rechte standen, zeigt die Geschichte. Bei der Rechtsbildung ferner wie bei allem Menschlichen wirken mancherlei Nebenumstände, ja Zufälligkeiten mit. Es führt z. B. der bloße Nachahmungstrieb zu Gewohnheiten; subjektive Ansichten derer, in deren Hand die Gesetzgebung liegt, rufen Gesetze ins Leben.

Es ist die Volksüberzeugung nicht selbst Rechtsquelle, sie ist nur ein Motiv für die Bildung der Rechtsquellen. Ist doch auch die Volksüberzeugung objektiv nicht leicht mit Sicherheit festzustellen. Man kann sie durch Intuition erkennen, aber sie läßt sich nicht unmittelbar nachweisen. Rechtsquellen bedürfen bestimmter Erscheinungsformen, wie sie sich im Gesetze und in der Gewohnheit offenbaren.

Das Gesetz ist das vom Staate gesetzte Recht. Näher läßt es sich bestimmen als der in einer Schrifturkunde formulierte, verfassungsmäßig erklärte Wille der gesetzgebenden Organe des Staates über Rechtsverhältnisse. Das Gesetz im engeren Sinne stellt Rechtsnormen auf, d. h. Regeln, nach denen die Rechte zu bemessen sind.<sup>3</sup> Im weiteren Sinne sind Gesetze auch Willenserklärungen des Gesetzgebers, welche keine Regel aussprechen, sondern ein einzelnes Rechtsverhältnis z. B. ein Privilegium gestalten.

Gewohnheitsrecht ist die in des Volkes Gewohnheiten liegende Rechtsregel.

Das Gesetz hat keine notwendige Form in der Schrift. Um deswillen wird es geschriebenes Recht — *jus scriptum* — genannt. Das Gewohnheitsrecht bedarf dagegen zu seiner Entstehung nicht

<sup>2</sup>) Buchta, Pand. § 10, Savigny Bd. 1 §§ 7 ff. Nur in abgeschwächter Gestalt findet sich die Auffassung noch bei Windscheid Bd. 1 § 15. Eine eingehende Darlegung des Standpunktes von Savigny und Buchta, eine meines Ermeßens zutreffende Kritik desselben, sowie die Angabe der hauptsächlichsten Schriften findet sich bei Zitelmann, Gewohnheitsr. und Irrtum, im Archiv für ziv. Praxis Bd. 66 S. 400 ff.

<sup>3</sup>) Zum Deuten regt an, doch kann man nicht durchaus beistimmen: Eisele, unverbindlicher Gesetzesinhalt im Archiv für ziv. Praxis Bd. 69 S. 6.

der Schrift. Daher bezeichnet man es als ungeschriebenes Recht — *jus non scriptum*.<sup>4</sup> Gewohnheiten bilden selbst dann kein geschriebenes Recht, wenn sie, wie nicht selten geschah, unter staatlicher Autorität aufgezeichnet wurden. Denn die Schrift begründet auch dann ihre Geltung nicht, sondern bezweckt nur ihre treue und unverfälschte Erhaltung.

Seit alters bezeichnet man vorzugsweise das *corpus juris civilis* als *jus scriptum*. Dem tut es keinen Eintrag, daß es in Deutschland nur als Gewohnheitsrecht galt.

### § 19. Gesetzgebung.

In der justinianischen Zeit ist der Kaiser allein Gesetzgeber, allein rechtmäßiger Ausleger der Gesetze und oberster Richter.<sup>1</sup> Gleichwohl sind die gesetzgebenden Faktoren der älteren Zeit immer noch anerkannt; ihre weitere Wirksamkeit ist gegenüber der kaiserlichen Gesetzgebung nur eingestellt. Das normale Gesetz ist die *lex*, d. h. der auf Rogation eines Magistrates gefaßte Beschluß der Versammlung des römischen Volkes. Ihr steht das Plebiszit gleich, der in ähnlicher Weise rogierte und angenommene Beschluß der römischen Plebs.<sup>2</sup> Auch der Senat hat gesetzgebende Gewalt, die er durch *Senatusconsulta* ausübt.<sup>3</sup> Gesetzeskraft haben ferner die *responsa prudentium*, d. h. schriftliche Gutachten der vom Kaiser mit dem Recht, in seinem Namen zu respondieren, begnadeten Juristen.<sup>4</sup> Edikte der Prätores und der kurlischen *Abilen* begründen gleichfalls gesetzähnliches Recht.

Die kaiserliche Gesetzgebung hatte ursprünglich nur den Charakter von Ausführungsverordnungen der Gesetze. Sie konnte daher die Volksgesetze nicht direkt antasten.<sup>5</sup> Ob die Kaiser zur authentischen Auslegung der Volksgesetze legitimiert seien, war zur Zeit der klassischen Juristen noch bestritten. Justinian verwirft den Zweifel als lächerliches Mißverständnis.<sup>6</sup>

Da die kaiserlichen Verordnungen ursprünglich nur den Zweck hatten, das bestehende Recht auszuführen, nicht aber neue Grundlagen für das Recht zu schaffen, so wird es verständlich, daß eine besondere Publikation nicht Bedingung ihrer Geltung war. Man unterschied:<sup>7</sup>

4) §§ 3 und 9 J. de jure nat. 1, 2, l. 33, l. 35, l. 36 D. de leg. 1, 3.

1) l. 12 C. de legibus 1, 14. Justinianus: tam conditor, quam interpret legum solus imperator juste existimabitur.

2) §§ 4 ff. J. de jure nat. 1, 2. Das Nähere ist Aufgabe der Rechtsgelehrte. Die „*lex Aquilia*“ bildete ein Plebiszit l. 1 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2.

3) In der l. 9 D. de leg. 1, 3 — Ulpianus libro 16 ad edictum — wird dies als ein noch gegenwärtiges Recht dargestellt: non ambigitur senatum jus facere posse. Vgl. auch l. 1 C. de senatusconsultis 1, 16.

4) Vgl. l. 12 C. de leg. 1, 14 am Ende.

5) Mommsen, römisches Staatsrecht Bd. 2 Abt. 2. 3. Aufl. S. 881 ff.

6) l. 12 § 2 C. de leg. 1, 14. Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat hujusmodi regiam interpretationem obtinere, eorum quidem vanam scrupulositatem tam risimus, quam corrigendam esse censuimus.

7) Gaj. Inst. I § 5; § 6 J. de jure nat. 1, 2, l. 1 D. de const. principum 1, 4.