

Erster Abschnitt.

Einleitung.

Erstes Kapitel.

Geschichte des Deutschen Privatrechts.

§ 1. Die Zeit der rein nationalen Rechtsbildung.

I. Urzeit. Bei seinem Eintritt in die Geschichte entbehrte das deutsche Volk, wie der äußeren Einheit des Staates, so der äußeren Einheit des Rechtes. In unserer Urzeit giebt es daher kein gemeines deutsches Privatrecht. Jede einzelne Völkerschaft hat als unabhängiges Gemeinwesen auch ihr besonderes Recht, das sie in unmittelbarer Lebensgemeinschaft erzeugt und fortbildet, hütet und durchsetzt. Die Ueberlieferung ist mündlich. Feierliche Worte, Formen und Sinnbilder, die das Rechtsleben zwingend beherrschen, unterstützen das Gedächtniß. Durch die genossenschaftliche Verfassung, die alle freien wehrhaften Männer zur Theilnahme an den Gerichtsversammlungen beruft, ist dafür gesorgt, daß das Recht im Bewußtsein Aller lebendig bleibt.

Schon aber giebt es, wenngleich kein gemeines, doch ein deutsches Privatrecht. Denn es giebt ein deutsches Volksthum, das sich im Recht wie in Sprache und Sitte, Glaube und Sittlichkeit offenbart. Während längst die Besonderung der arischen Völker so weit gediehen ist, daß zwischen dem germanischen Rechte und den übrigen arischen Rechten zwar noch Verwandtschaft, aber nicht mehr Einheit besteht, weist das germanische Recht in den Grundzügen noch eine weitgehende Uebereinstimmung auf. Und innerhalb des germanischen

Rechtes haben jedenfalls die Rechte der westgermanischen Völkerschaften, die zur Bildung des deutschen Volkes berufen waren, bei ihrer Verzweigung so viel innere Einheit bewahrt, daß sie sich von einander nur wie Mundarten Einer Sprache scheiden.

II. Fränkische Zeit. Mit der Völkerwanderung, der Konsolidation der Stämme, der Gründung größerer Staaten, der Annahme des Christenthums, der Wandlung aller Kulturverhältnisse und der endlichen Zusammenfassung der deutschen Stämme in dem zum Weltreich emporsteigenden fränkischen Reiche vollzog sich eine zwiefache Veränderung.

1. Es kommt zur Aufzeichnung der Stammesrechte in Gesetzesfassung. Ursprünglich fast nur das althergebrachte Gewohnheitsrecht in Schriftform gießend, mehr und mehr aber auch mit Bewußtsein neues Recht setzend, bilden diese „Volksrechte“ oder „leges barbarorum“ trotz ihrer Unvollständigkeit ein kräftiges Bindemittel der stammesthümlichen Rechtsentwicklung.

Freilich fehlt es nicht an Rechtsverschiedenheiten innerhalb der einzelnen Stammesrechte. Die Volksrechte selbst erwähnen zum Theil den Fortbestand eigenartiger Rechtssätze bei ehemaligen Völkerschaften, die sich als Unterabtheilungen großer Stämme erhalten haben. So unterscheidet die *lex Saxonum* zwischen dem Recht der Westfalen, Engern und Ostfalen; die *lex Frisionum* weist auf Partikularrechte hin; die *ewa Chamavorum* verzeichnet die Abweichungen des Rechtes der Chamaver vom Rechte der übrigen Franken. Sicherlich gieng im Leben die Rechtsbesonderung sehr viel weiter und setzte sich nach unten hin bis in die engsten Verbände fort. Allein das Uebergewicht war auf Seiten der Einheit des Stammesrechtes.

Mit dem Range eines Stammesrechtes trat da, wo auf dem Boden des zerschlagenen Römerreichs eine freie romanische Bevölkerung dem neuen Staate eingefügt war, den germanischen Rechten das römische Recht zur Seite. Volksthümlich ungebildet und dialektisch verschoben, wurde es zum Theil ebenfalls in Gesetzesfassung gebracht.

2. Ueber den Stammesrechten erhebt sich nunmehr ein Reichsrecht, das als gemeines Recht alle Reichsangehörigen bindet. In den Kapitularien der fränkischen Könige wird daher zum ersten Male ein einheitliches Recht der Deutschen geschaffen.]

Indeß ward gerade das Privatrecht hiervon nur mittelbar berührt. Da die königliche Verordnungsgewalt am Volksrechte ihre Schranke fand, das Privatrecht aber den Kern des Volksrechts bildete, griffen die Kapitularien auf diesem Gebiete kaum hier und da uniformirend ein. Immerhin konnte die Reichsgesetzgebung mit der Fülle ihrer

grundlegenden Schöpfungen im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, im Kirchenrecht, im Prozeßrecht und im Strafrecht auch auf das Privatrecht nicht ohne Einwirkung bleiben.

Soweit das Königsrecht auf Stammesrecht fußte, ging es begreiflicher Weise im fränkischen Reiche vom fränkischen Stammesrechte aus. Auf diesem Wege sind fränkische Institutionen verallgemeinert worden. Im Uebrigen ward durch die fränkische Vorherrschaft die Selbständigkeit der übrigen Stammesrechte keineswegs gebrochen¹.

III. Zeit des deutschen Mittelalters. Mit dem Zerfalle der karolingischen Monarchie und der Ausbildung des ostfränkischen Reichs zum deutschen Reiche sonderte sich für immer das deutsche Recht von den anderen germanischen und halbgermanischen Rechten. Dem nationalen Wesen des neuen Staats entsprach ein geschlossenes nationales Gepräge des in ihm geltenden Rechts. In der Idee verstärkt sich demgemäß die Rechtseinheit. Aber auch nur in der Idee! Denn thatsächlich sich durchzusetzen, ist sie nicht gerüstet. Wie durchweg jene an der erlöschenden Sonne des Alterthums entzündeten Gedanken, die für uns dem fränkischen Zeitalter moderne Züge leihen, nunmehr dem Geiste des echten Mittelalters weichen, gleich als müsse auch der letzte Schimmer des Abendroths verbleichen, damit der neue Tag in frischer Herrlichkeit geboren werden könne, so steigt auch im Rechtsleben die bewufte gesetzgeberische Thätigkeit von der bereits errungenen Höhe wiederum herab. Von Neuem übernimmt das Gewohnheitsrecht die Führung. Das Gewohnheitsrecht aber strebt der Besonderung zu. Als dann das Gesetz wieder kräftiger wird, ist der nationale Staat schon zu sehr geschwächt, um seine Gesetzgebungsgewalt für die Herstellung der Rechtseinheit zu verwenden.

1. So giebt es zwar im ganzen Mittelalter ein gemeines deutsches Recht. Allein der hervorragenden Rolle, die dieses „jus commune“, „riches recht“, „kaiserrecht“ in den Köpfen der Menschen spielt, entspricht wenig die Wirklichkeit. Es fließt aus Reichsgesetzen und gemeiner Gewohnheit. Aber die Reichsgesetze, ohnehin spärlich, berühren selten das Privatrecht. Und die gemeine Gewohnheit ist unsicher, unterliegt örtlich verschiedener Deutung und

¹ Das Gegentheil behauptet Sohm, Fränkisches und römisches Recht, Z. f. R.G. XIV (1880) S. 1 ff.: das salische Recht habe die anderen Stammesrechte aufgezehrt, nicht römisches und germanisches, sondern römisches und fränkisches Recht seien die beiden mit einander ringenden Weltrechte. Vgl. aber Stobbe, D.P.R. I (3. Aufl.) 4 A. 6; Heusler, Inst. I 20 ff.; Brunner, R.G. I 257 ff.; Schröder, R.G. (2. Aufl.) § 52 A. 13.

empfängt nur in geringem Umfange durch Richterspruch greifbare Gestalt. Wohl entscheidet das Reichshofgericht Streitigkeiten aus verschiedenen deutschen Landen nach gemeinem Rechte². Doch reicht seine Wirksamkeit entfernt nicht aus, um der deutschen Rechtsprechung ein gemeinsamer Leitstern zu werden.

2. In weit überwiegendem Masse bleibt also das Privatrecht Stammesrecht. Da aber die alten Gesetzbücher in Vergessenheit gerathen, vermag auch die Einheit der Stammesrechte, auf die Gewohnheit als einzige Hüterin angewiesen und durch die Ausbreitung der Stämme und ihre Mischung in manchen neuen Siedlungsgebieten ohnehin gelockert, einer fortschreitenden Zersetzung nicht zu widerstehen. Nur theilweise wirken dem Privataufzeichnungen der Stammesrechte entgegen. Vor Allem wird dem sächsischen Rechte durch die That Eikes von Repgau, dessen Sachsenspiegel nahezu gesetzliches Ansehen erlangt, ein durch alle folgenden Jahrhunderte nicht wieder zerrissener Zusammenhalt gesichert. Andere Rechtsbücher stellen trotz ihrer auf gemeines deutsches Recht gerichteten Absicht im Erfolge Stammesrecht dar, wie der später so genannte Schwabenspiegel schwäbisches und das kleine Kaiserrecht fränkisches Recht. Im Gebiet des bayrischen Stammes kommen wenigstens theils private theils amtliche Aufzeichnungen des Landrechts größerer Territorien zu Stande.

3. Die eigentliche Kraft der Rechtsbildung aber zieht sich in engere Kreise zurück. Gewohnheit und Autonomie entfalten hier eine üppige Fruchtbarkeit. Allein sie treiben das Recht immer schonungsloser auseinander, bis eine schlechthin unübersehbare Zersplitterung eintritt.

Das Privatrecht spaltet sich örtlich. Jede Landschaft, jedes weltliche oder geistliche Herrschaftsgebiet, jeder Gerichtsbezirk, jede Stadt, jede Mark, jedes Dorf erzeugt ein eigenartiges Recht und hütet es eifersüchtig als kostbares Besitzthum.

Das Privatrecht spaltet sich aber auch nach ständischen Personengruppen und Güterarten. Dem weltlichen Rechte stellt sich als ein großes selbständiges Rechtssystem von zugleich privatrechtlicher Bedeutung das geistliche Recht entgegen. Neben das Landrecht treten mit dem Anspruch auf Ebenbürtigkeit das Lehnrecht, das Dienstrecht, das Hofrecht und bald auch das Weichbildrecht. Und diese Sonderung setzt sich in verschiedener Weise innerhalb der großen Gruppen fort.

² Franklin, *Sententiae curiae regis*, Rechtssprüche des Reichshofes im Mittelalter, Hannover 1870; vgl. S. XI A. 4.

IV. Verfall des nationalen Rechts. In Folge dieser Entartung des Besonderungstriebes verfiel unser nationales Recht gegen den Schluß des Mittelalters in schweres Siechthum.

Wohl blieben ihm hohe Vorzüge erhalten. Es war ein durchaus volksthümliches Recht, das an unzähligen Stellen von den Rechtsgenossen selbst fortgebildet und gehandhabt wurde. Genau schmiegte es sich den Anschauungen und Bedürfnissen der einzelnen Lebenskreise an, und innig war es mit der ererbten Sitte verwachsen. Ein unerschöpflicher Reichthum an gestaltender Kraft offenbarte sich in der Mannichfaltigkeit seiner Gebilde.

Allein die Nachteile des wuchernden Partikularismus überwogen. Der Geist engherziger Abschließung zog ein und bannte das Rechtsleben in die Schranken einer kurzsichtigen und oft selbstsüchtigen Kirchthurms- und Standespolitik. Die zur Ueberproduktion gesteigerte Rechtserzeugung verlor sich vielfach ins Kleinliche, Zufällige, Seltene und entbehrte auch da, wo sie zeitgemäße Fortschritte anbahnte, des freien und großen Zuges, den die gemeinsame Arbeit eines ganzen Volkes aufzuweisen pflegt. Selbst das Vertrauen in die Gerechtigkeit des Rechtes und der Rechtsprechung, so fest es im engsten Bereiche des eignen Verbandes begründet war, kam ins Wanken, sobald man mit Recht und Gericht eines fremden oder auch nur weiteren Verbandes zusammenstieß und hier unbekannten Sätzen und unverstandenen Formen begegnete. An der Zersplitterung des deutschen Rechts scheiterte die nach herrlichen Anfängen mehr und mehr verkümmernde und verknöchernde nationale Rechtswissenschaft. Und alles Elend, das an der staatlichen Zerfahrenheit hieng, verdoppelte sich durch die Zerfahrenheit des Rechts.

Die Zeitgenossen empfanden die Mängel dieses Zustandes. Es fehlte nicht an Versuchen, das deutsche Recht von innen heraus zu einigen. In der Aufnahme der Rechtsbücher seitens der Praxis, in der Abfassung von Rechtsbüchern, die gleich dem „Spiegel deutscher Leute“ ein gemeines deutsches Recht darstellen wollten, in den städtischen Rechtsübertragungen und dem weitreichenden Einfluß der Oberhöfe, in den seit dem fünfzehnten Jahrhundert auftauchenden Entwürfen der Reichsreform gelangte die Sehnsucht nach einem gemeinen Rechte zum Ausdruck. Doch war der Erfolg ein beschränkter. Das Ziel wäre nur zu erreichen gewesen, wenn eine kräftige Reichsgewalt dazu ihren Arm geliehen, die Reichsgesetzgebung da, wo Einheit Noth that, Einheit geschaffen, ein Reichsgericht die Sorge für die Erhaltung der Einheit übernommen hätte. Wie aber stand es um das deutsche Reich? Es war der Verfall des nationalen

Staates, der über das Schicksal unseres nationalen Rechtes entschied!

Denn Hülfe mußte kommen. Und sie kam. Aber sie kam nun von außen. Man griff zum fremden Rechte, man nahm das römische Recht mit seinen Ergänzungen auf, nicht weil, sondern obwohl es ein fremdes war, aber weil man keinen anderen Ausweg fand. Das war nun freilich ein Heilmittel und ein sehr radikales Heilmittel für den bisherigen Krankheitszustand. Aber die Arznei enthielt ihr Gift, das neue Krankheiten heraufbeschwor! Zumal man übermäßige Dosen verschluckte und bald aus bloßer Gewöhnung im Genusse fortfuhr!

§ 2. Die Aufnahme der fremden Rechte¹.

I. Die Aufnahme des römischen Rechtes. Es versteht sich, daß bei dem Vorgange, der als „Aufnahme der fremden Rechte in Deutschland“ bezeichnet wird, alles Schwergewicht auf die Aufnahme des römischen Rechtes fällt. Spricht man schlechthin von der „Rezeption“, so meint man die Rezeption des römischen Rechtes.

1. Vorgeschichte. Das römische Recht hat auf das germanische eingewirkt, seitdem die Germanen sich mit den Römern berührten. Ja man kann von einer ersten Rezeption römischen Rechtes sprechen, die sich nach der Gründung germanischer Reiche auf römischem Boden vollzieht. Von der hinsterbenden alten Kulturwelt übernimmt die jugendliche Barbarenwelt mit so vielen anderen Erbstücken auch staatliche und weltliche Einrichtungen und Begriffe. Allein es handelt sich hierbei nur um die Aufnahme von fremdem Stoff in den unversehrt bleibenden nationalen Rechtsorganismus. So

¹ O. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, Braunschweig 1860 u. 1864, I 609 ff., II 1 ff.; O. Franklin, Beiträge zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, Hannover 1863; C. A. Schmidt, Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, Rostock 1868; A. Stölzel, Die Entwicklung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien, 2 Bde., Stuttgart 1872; Moddermann, Die Rezeption des römischen Rechts, Uebersetzung mit Zusätzen von K. Schulz, Jena 1875; Muther, Zur Geschichte der Rechtswissenschaft und der Universitäten in Deutschland, Jena 1876; Ott, Beiträge zur Rezeptionsgeschichte des römisch-kanonischen Prozesses in den böhmischen Ländern, Leipzig 1879; Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, München u. Leipzig 1880, I 37 ff.; Laband, Ueber die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht, Straßburg 1880; Böhlau, Kr.V.Schr. XXIII 525 ff., XXVI 1 ff.; Franken, Romanisten und Germanisten, Jena 1882; C. Wilmanns, Die Rezeption des römischen Rechts und die soziale Frage der Gegenwart, Berlin 1890; Schröder, R.G. § 66; Regelsberger, Pand. § 1. — Quellenstellen b. Kraut, Grundr. § 13.

wenig wie die Sprache durch die gleichzeitige Aufnahme zahlreicher antiker Lehnwörter ihr Deutschthum einbüßt, streift das Recht durch solche Entlehnungen seine germanische Eigenart ab².

Nach dem Zerfall des fränkischen Reiches scheidet sich die Entwicklung in den romanischen Ländern und in Deutschland. Dort wird die Sprache romanisch, das Recht bleibt germanisch. Fränkisches Recht gilt im größten Theile Frankreichs, langobardisches in Italien fort. Aber daneben erhält sich, obwohl durch germanische Einflüsse mannichfach umgestaltet, das römische Recht und findet insbesondere an mehreren Stätten Italiens und in Südfrankreich eifrige Pflege. Von hier aus dringt das römische Recht langsam wieder vor, bis durch Verschmelzung in verschiedenen Mischungsverhältnissen ein romanisch-germanisches Recht entsteht. In Deutschland dagegen werden zunächst selbst die in der fränkischen Zeit aufgenommenen römisch-rechtlichen Elemente meist wieder abgestoßen, bis seit dem zwölften Jahrhundert von Neuem einzelne römische Sätze und Formen eindringen, ohne irgendwie den Gesamtcharakter des Rechtes zu verändern.

Ganz anders die zweite Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland, die Rezeption im eigentlichen Sinne, wie sie seit der Mitte des fünfzehnten Jahrhunderts sich vollzieht.

2. Wesen. Dieser Vorgang gleicht nicht mehr der Bereicherung einer Sprache durch noch so zahlreiche Fremdwörter, sondern der Annahme einer fremden Sprache mit Wortschatz, Grammatik und Syntax. Das römische Recht dringt in dem geschlossenen Gefüge, das es in der Justinianischen Rechtssammlung empfangen hat, als organisches Ganze ein. Römischer Inhalt in römischer Form, ein großer fremder Gedankenbau mit allen seinen Zusammenhängen wird nach Deutschland verpflanzt. Nicht Fortbildung, sondern Ersatz des heimischen Rechtes durch das fremde wird erstrebt. Man lernt, römisch, man verlernt, deutsch zu denken. Hiermit aber ist nothwendig zugleich die Verdrängung des Volksrechtes durch Juristenrecht gegeben. Träger des Rechtslebens wird ein gelehrter Berufsstand, dessen Bildung in fremden, dem Volke unzugänglichen Quellen wurzelt.

² Man denke z. B. an die Entlehnung des römischen Urkundenwesens: die ursprünglich fremde Einrichtung wird in eigner Geiste fortgebildet und überall dem germanischen Rechtssystem organisch eingefügt, so daß Rechtsinstitute von durchaus nationalem Gepräge, wie Urkundungsvertrag, *traditio per cartam*, Werthpapiere u. s. w., entstehen. Vgl. Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, Berlin 1880.

Dieser merkwürdige Prozeß steht in der Völkergeschichte einzig da. Er hat sich so nur in Deutschland mit Einschluss der Niederlande vollzogen. Denn die romanischen Völker standen zum römischen Rechte von vornherein in einem anderen Verhältniß und nahmen es als ein Stück ihres nationalen Wesens langsam wieder auf. In den übrigen germanischen Ländern aber, in England, Skandinavien und auch dem größten Theil der Schweiz, beschränkte man sich stets auf die Einfügung einzelner römischrechtlicher Elemente in das heimische Recht. Und wo hätte etwa sonst ein großes Kulturvolk sein altangestammtes und reich ausgebildetes Recht weggeworfen wie ein abgetragenes Kleid, um dafür ein vor tausend Jahren abgeschlossenes, in fremder Sprache verfaßtes, aus dem Geiste einer anderen Nation gebornes Gesetzeswerk als oberste Richtschnur seines Sinnens und Trachtens einzuführen?

Die deutsche Rezeption war keine Reform, sondern eine Revolution. Ihre revolutionäre Bedeutung wird dadurch nicht gemindert, daß sie sich in der Stille einschlich und, als sie dann wohl vorbereitet an das Licht trat, einen verhältnißmäßig leichten Sieg erfocht.

3. Mittel und Wege. Mancherlei Mittel und Wege waren es im Einzelnen, die einen solchen Erfolg ermöglichten.

Immer wird man an ihrer Spitze die Idee des römischen Reiches deutscher Nation zu nennen haben. Für die mittelalterliche Phantasie stand es fest, daß die deutschen Könige als römische Kaiser Nachfolger der Caesaren, mithin auch die Gesetze Justinians Gesetze eines Vorgängers im Reiche seien. Als daher die in Italien bereits von den Hohenstauffen so nachdrücklich verworthe Vorstellung, daß demgemäß das Corpus juris civilis geltendes allgemeines Reichsrecht enthalte, später auch in Deutschland amtlich und nichtamtlich verbreitet wurde, traf sie auf gläubige Gemüther.

Aber nicht bloß das Reich, auch die Kirche war ja römisch. Zwar hatte der Satz, daß die Kirche als Römerin nach römischem Rechte lebe, mit der Ausbildung des kanonischen Rechts seine Geltung verloren. Allein der römischrechtliche Grundstock war im kanonischen Rechte erhalten. Und je mehr die kirchliche Gerichtsbarkeit sich ausdehnte, wurden durch sie auch Laien in ein Stück römischer Gedanken- und Formenwelt eingeweiht.

In immer wachsendem Umfange ergriff sodann die neue Wissenschaft des römischen Rechts, die von der Glossatorenschule zu Bologna geweckt war und allmählich ihren Siegeslauf durch Europa antrat, auch den deutschen Geist. Zahlreiche Deutsche zogen über die Alpen, um in den Hörsälen Bolognas und anderer welscher Universitäten

den Legisten zu lauschen und womöglich den Doktorgrad zu erwerben. Auch wurden über ganz Deutschland die litterarischen Hilfsmittel des römischen Rechts verbreitet, unter denen namentlich die populärer gehaltenen Schriften mit den deutschen Rechtsbüchern in Wettbewerb traten³. Als dann auch in Deutschland Universitäten aufblühten, wurde auf ihnen gleichfalls römisches Recht gelehrt, zunächst meist von Fremden und als dürftige Einleitung in das Studium des geistlichen Rechts, mehr und mehr auch von Deutschen und als selbständiger Wissenszweig, bis gegen das Ende des fünfzehnten Jahrhunderts die deutsche Civilistik in U. Zasius bereits einen den Italienern und Franzosen ebenbürtigen Vertreter hervorbringen konnte⁴. Dagegen war von irgend einer Pflege des heimischen Rechtes auf den deutschen Universitäten nicht die Rede.

Machtvoll wirkte zu Gunsten des römischen Rechts die auf allen Lebensgebieten vordringende Strömung, die durch Wiederbelebung der Antike das Mittelalter zur modernen Welt umzugestalten trieb. Die Rezeption ist zuletzt nur ein Theilvorgang jener Bewegung, die in der Kunstgeschichte Renaissance, in der Kulturgeschichte Humanismus heißt. Schon als ein Stück des Alterthums hatte das römische Recht Anspruch auf bewundernde Hingabe und glühende Verehrung, wie sie allem Antiken gezollt wurde. Oft steigerte sich diese Werthschätzung bis zu der noch heute nicht ganz ausgestorbenen Anschauung, daß im Corpus juris die ratio scripta, die für alle Zeiten und Völker bindende Offenbarung der Rechtsvernunft selbst überliefert sei. Zum Mindesten aber zweifelte man nicht, daß das römische Recht dem Naturrechte näher stehe, als die Satzungen der eignen Vorfahren, auf die man bald als „barbarische“ Gebräuche des „finsternen“ Mittelalters bildungsstolz herabsah.

Die romanistische Denkweise gewann in demselben Maße Einfluß auf das wirkliche Leben, in dem die von ihr beherrschten gelehrten und halbgelernten Juristen Einfluß auf die öffentlichen Angelegenheiten des Reiches und der Territorien gewannen. In angesehenen Beamtenstellungen, als kaiserliche und landesherrliche Räte und städtische Syndiken hatten sie mannichfache Gelegenheit, ihren Gedanken Eingang in die Gesetzgebung, in die Verwaltung und endlich auch in die Rechtsprechung zu verschaffen. Vielfach wurden sie

³ Stintzing, Geschichte der populären Litteratur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland, Leipzig 1867.

⁴ Stintzing, Ulrich Zasius, Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation, Basel 1857.

um Rechtsgutachten angegangen, denen sie dann das ihnen allein bekannte Recht zu Grunde legten. Oft wurden sie auch unmittelbar zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten berufen, indem in zahlreichen Fällen kraft ständiger Vereinbarungen oder besonderer Schiedsverträge anstatt der ordentlichen Gerichte Schiedsgerichte thätig wurden, die mehr und mehr nach dem Rath von Rechtsverständigen urtheilten oder gelehrte Beisitzer empfingen. Diese Entwicklung wurde durch das Herabsinken der Schöffengerichte von ihrer einstigen Höhe und durch das erstarrende Formenwesen des Rechtsganges wesentlich gefördert.

Den Schlufsstein bildete die Umgestaltung der ordentlichen Gerichte aus Volksgerichten in Gelehrtengerichte. Sie vollzog sich von oben nach unten. Entscheidend war vor Allem die Einrichtung des im Jahre 1495 begründeten Reichskammergerichts, das mindestens zur Hälfte mit Doktoren der Rechte besetzt sein sollte⁵ und unter des Reiches „gemeinem“ Rechte, nach dem es zu urtheilen berufen war, stets in erster Linie das römische Recht verstand. Nach seinem Vorbilde wurden bald auch die fürstlichen Hofgerichte, in welche zum Theil schon früher gelehrte Beisitzer eingedrungen waren, und einzelne städtische Obergerichte umgebildet, während erst um Vieles später bei den unteren Gerichten die alte Verfassung beseitigt wurde. Soweit aber Lücken bestanden, füllte sie die Spruchpraxis der Juristenfakultäten aus, die sich mit Ausbildung der Aktenversendung als regelrechtes Glied in das Gerichtswesen einschob und die alten Schöffenstühle und ihre Rechtsbelehrungen bei Seite drängte.

4. Innere Gründe. Alle diese äußeren Umstände machen den Verlauf der Rezeption, wie er sichtbar sich zugetragen hat, uns Nachlebenden erklärlich. Sie geben aber keine Antwort auf die Frage, warum, was geschah, geschehen mußte. Und doch wird jedes tiefere Verständniß eines so gewaltigen Ereignisses davon abhängen, inwieweit es gelingt, einen Zipfel des Schleiers zu lüpfen, der unserem Auge die innere geschichtliche Nothwendigkeit verhüllt.

Die Rezeption fällt zeitlich mit dem Eintritte des deutschen Volkes in ein neues Weltalter zusammen. Kraft ihrer geistigen und wirthschaftlichen Entwicklung den bisherigen Daseinsformen entwachsen, schickte die Nation sich an, alle jene Wandlungen zu vollziehen, die

⁵ R.K.G.O. von 1495 § 1. Die andere Hälfte der Urtheiler soll mindestens von ritterlicher Geburt sein. Schon nach der R.K.G.O. von 1521 aber sollen die adligen Beisitzer womöglich „auch der Recht gelehrt“ sein, „sofern man die haben kann, vor anderen“.

wir als Grenzzeichen zwischen Mittelalter und Neuzeit zu betrachten pflegen. Hierdurch war nothwendig auch eine grundsätzliche Aenderung ihres Rechtes bedingt. Statt der örtlichen und ständischen Sonderrechte bedurfte sie eines gemeinen und gleichen Rechts, statt des mittelalterlich gebundenen Rechts eines modernen und freien Rechts, statt des bloßen Volksrechts eines wissenschaftlichen Rechts.

Nun aber hinderte der oben besprochene Zustand des nationalen Rechtes dessen Umbildung in der geforderten Art. Keineswegs freilich entbehrte das deutsche Recht der Kraft und Geschmeidigkeit, um aus sich selbst heraus jeden wünschenswerthen Fortschritt in moderner Richtung zu vollziehen. Ein Blick in die Geschichte mancher Stadtrechte, etwa des lübischen Rechts, genügt zur Widerlegung einer derartigen Auffassung. Allein es fehlte die Möglichkeit, in einheitlicher und gleichmäßiger Weise das deutsche Recht umzugestalten.

Dagegen bot sich im römischen Recht ungesucht und unbemüht ein Recht dar, das allen Anforderungen des erwachenden neuen Geistes entsprach. Es war ein gemeines und gleiches Recht, das so, wie es in den Quellen vorlag, die enge Beschränktheit des ursprünglichen *jus civile* abgestreift und in hohem Mafse das Gepräge der Universalität angenommen hatte. Allen Sonderrechtsbildungen stand es ablehnend gegenüber, und von einer ständischen Gliederung wufste es nichts. Es war aber auch ein modernes und freies Recht, das den Standpunkt einer reifen, ja überreifen Kultur zum Ausdruck gebracht hatte. Strebte das Individuum nach Befreiung aus der mittelalterlichen Gebundenheit, so überflügelte der Individualismus des römischen Privatrechts noch sein kühnstes Sehnen. Umgekehrt fand der moderne Staat im römischen Rechte alles Rüstzeug vor, dessen er irgend bedurfte, um seine Souveränität zu erkämpfen. Und wenn der Uebergang von der Naturalwirthschaft zur Geldwirthschaft vollendet, der Vorrang des Grundeigenthums gebrochen, die allgemeine Verkehrsfreiheit durchgeführt werden sollte, so war im *Corpus juris civilis* durchweg schon das letzte Ziel erreicht. Das römische Recht war endlich auch ein wissenschaftlich durchgebildetes Recht, mit dem zugleich eine bereits hochentwickelte und in der Beherrschung des Lebens erfahrene Rechtswissenschaft in Deutschland einzog.

Trotzdem wäre es völlig undenkbar gewesen, das römische Recht, wie es in den Quellen geschrieben stand, den Deutschen des fünfzehnten oder sechszehnten Jahrhunderts aufzuerlegen. Das Recht eines durchaus fremden Volkes, das Recht einer greisenhaften Kultur, das Recht einer erstarrten Technik! Dieses Recht war für immer todt

und liefs sich am wenigsten im Sturm und Drang jener Tage zu neuem Leben erwecken. Allein was in Deutschland aufgenommen wurde, war eben nicht das römische Recht, wie es geschrieben stand, war nicht das Recht Justinians und noch weniger das Recht der klassischen Juristen. Es war vielmehr das römische Recht italienischer Prägung, das römische Recht, wie es im Laufe der Jahrhunderte in der Werkstatt der Glossatoren und Postglossatoren zubereitet worden war. Das lebende italienische Recht wanderte über die Alpen⁶. Dieses Recht aber war nur halb römisch und antik, halb war es germanisch und mittelalterlich. In breiter Fülle hatte es germanische und mittelalterliche Gedanken, die ihm aus dem langobardischen Recht, den italienischen Statuten, dem kanonischen Recht und der Gesamttanschauung der Zeit zuströmten, sich einverleibt. Meist freilich in der Form von Umdeutungen der Quellen. Aber das waren nicht zufällige Mißverständnisse, sondern geschichtlich bedingte Irrthümer, die auf der inneren Nothwendigkeit der Anpassung beruhten. Ohne sie wäre das Gesetzbuch Justinians niemals zu neuem Leben erstanden. Auch als daher die elegante Jurisprudenz ein besseres Quellenverständniß lehrte, hielt die Praxis sich fort und fort an die Glosse und mehr noch an Bartolus und Baldus.

5. Kampf und Entscheidung. Nicht ganz ohne Kampf errang das fremde Recht den Sieg. In der die Tiefen der Volksseele erregenden Bewegung des Reformationszeitalters erhob sich ein volksthümlicher Widerstand gegen die Herrschaft der Rechtsgelehrten, gegen das Schreiberwesen und gegen die Mißachtung der heimischen Gebräuche. In der Pfalz, in Bayern und Württemberg setzten sich die Landstände zur Wehr. Die Ritterschaft und zum Theil auch die Städte waren der Veränderung abgeneigt. Ulrich von Hutten griff die Juristen mit beißendem Spotte an. Am heftigsten wandten sich die aufständischen Bauern gegen die Neuerung. Allein die Fürsten, die Gelehrten und die Staatsmänner schirmten das römische Recht. Als daher die volksthümliche Bewegung auf allen Punkten zurückgeschlagen und die Zukunft des nationalen Lebens in die Hand der Landesherrn und der Beamten gelegt war, da war auch der Sieg des römischen Rechts endgültig entschieden. Das Jahr 1525 drückte das Siegel auf die Entscheidung.

II. Die Aufnahme des kanonischen Rechtes. Das kanonische Recht galt seit seiner Bildung so gut in Deutschland,

⁶ Vgl. Sohm, Z. f. R.G. XIV 73 ff. u. Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. I 258. — A. M. Regelsberger I 11.

wie in den anderen Gebieten der abendländischen Kirche. Allein es galt nur als geistliches Recht und konnte in das Landrecht nicht eingreifen⁷. Als geistliches Recht behauptete es sich auch trotz des anfänglichen Widerspruches der Reformatoren in der evangelischen Kirche.

Mit der Aufnahme des römischen Rechtes aber wurde das kanonische Recht zugleich als weltliches Recht in Deutschland rezipiert. Denn nunmehr wurde das *Corpus juris canonis* neben dem *Corpus juris civilis* als Quelle des gemeinen Rechtes anerkannt. Und zwar wurde ihm hierbei als jüngerer Rechtsquelle im Falle des Widerspruches der Vorrang zugetheilt.

Sachlich lag darin eine Ermäßigung der Rezeption. Denn wo das kanonische Recht in seinen privatrechtlichen Sätzen vom römischen Recht abweicht, beruht es fast durchweg auf germanischer Rechtsanschauung.

III. Die Aufnahme des langobardischen Lehnrechts. Endlich wurde auch das langobardische Lehnrecht zum gemeinen Lehnrecht Deutschlands erhoben. Dem Umstande, daß selbst der Deutungskunst der italienischen Juristen die Herleitung des gesamten Lehnrechts aus den römischen Quellen zu schwer fallen mußte, hatte es das unter dem Namen *consuetudines* oder *liber feudorum* verbreitete Lehnrechtsbuch zu verdanken gehabt, daß es auch nach dem Untergange der langobardischen Rechtswissenschaft an italienischen Universitäten dem Studium zu Grunde gelegt und sogar als eine den Novellen angehängte *Collatio decima* mit dem *Corpus juris civilis* verbunden worden war. So kam dieses Werk der langobardischen Rechtsschule zusammen mit dem Gesetzbuch Justinians nach Deutschland und theilte dessen Schicksale. Inhaltlich war es germanisches Recht, jedoch in seiner zweiten Hälfte vom römischen Rechte berührt und überall bereits von einer romanistisch geschulten Wissenschaft umspunnen.

§ 3. Die neuere Zeit.

I. Die nächsten Jahrhunderte nach der Rezeption.

1. Fortschritt der fremden Rechte. Die Rezeption war mit dem Augenblick, in dem sie theoretisch vollendet war, praktisch keineswegs abgeschlossen¹. Nach der Theorie blieb freilich, da die

⁷ Sachsenspiegel I Art. 3 § 3.

¹ Ueber den Gegensatz der „theoretischen“ und „praktischen“ Rezeption vgl. Brunner in v. Holtzendorffs Encykl. der Rechtswissensch. (5. Aufl.) S. 291 ff.

Rezeption in complexu behauptet wurde, nichts mehr zu thun übrig. In Wirklichkeit aber war zunächst nur die Einführung eines geringen Theiles der fremden Rechtssätze ins deutsche Leben gelungen. Der Juristenstand strebte daher nach steter Erweiterung der Rezeption. Immer ausschließlicher bemächtigte er sich unter Verdrängung der „Laien“ durch Beamtenthum, Fakultäten und Gerichte der Herrschaft über das Rechtsleben; immer massenhafter setzte er römischen Rechtsstoff in thatsächliche Wirksamkeit; immer schonungsloser pfeifte er auch den einheimischen Rechtsstoff in die blind verehrte römisch-rechtliche Schablone. So schritt in der That die Rezeption längere Zeit unaufhaltsam fort. Und zwar nahm sie hierbei ihren Weg von Süden nach Norden und von den Städten auf das platte Land.

Doch beschränkte dieser Fortschritt der Entnationalisirung sich auf das Gebiet des Privatrechts. Im öffentlichen Recht wurde umgekehrt, obwohl auf die theoretische Rezeption nicht verzichtet wurde, der Versuch einer praktischen Einführung des römischen Rechtes wiederum aufgegeben². Und auch im Privatrecht fehlte es keines-

² Die allgemeinen Gedanken des römischen Staatsrechts übten freilich, wie sie die Rezeption selbst in erster Linie mitveranlaßt hatten, auf die Ausbildung des modernen deutschen Staatsrechts fort und fort einen bestimmenden Einfluß aus. Allein gegen die im 16. Jahrhundert übliche unmittelbare Anwendung der Sätze des Corpus juris auf die einheimischen staatlichen Verhältnisse erklärten sich schon Scipio Gentilis (1563–1616), *De jurisdictione* P. III c. 21 (Opera, Neap. 1763–1769, III 290–291) und H. Vultejus, *Comm. ad titulos Codicis de jurisdictione et foro comp.*, Francof. 1599, *epist. dedicatoria*. Lebhafter noch Ch. Besold (1577–1638), *De jurisdictione imperii Romani Discursus, ad praesentem reip. Germ. faciem accommodatus*, Francof. 1616, *Prooem.*, c. 1, c. 10, *Diss. de statu Reip. mixtae* c. 2 § 3, *Diss. de praemiis, poenis et legibus* c. 8–9 und sonst in seinem „Opus politicum“ (er meint sogar, das Gesetzbuch Justinians sei „nuncquam receptum instar legis, sed loco artis juris“). Vgl. ferner die Donauwörthische Information von 1611 S. 121 und Lehmann, *Chronicon Spirense* (1612) VI c. 31 (bei Stintzing, *Gesch. der deutsch. Rechtsw.* II 179). Sodann besonders Joh. Limnaeus, *Jus publicum imperii Rom.-Germ.*, ed. II Arg. 1641, Tom. I *epist. dedic. d. a.* 1628 und lib. I c. 3 und c. 11 n. 10, sowie Joh. Wurmser, *Exercitationes academicae ex jure publico depromptae*, Tub. 1631, ex. IX q. 1. Die entscheidenden Schläge endlich gegen die Herleitung des geltenden jus publicum aus dem Corpus juris führten einerseits auf historischer Grundlage H. Conring (in der Praef. zu Tacitus, *De moribus Germanorum*, Helmst. 1635, der Schrift *De origine juris Germanici*, Helmst. 1643 und späteren Arbeiten, vgl. die Hauptstellen bei H. Schulze, *Einl. in das deutsche Staatsr.* S. 60 ff. und Stintzing a. a. O. S. 180 ff.), andererseits vom politischen Gesichtspunkt aus Hippolithus a Lapide, *De ratione status in imperio nostro Romano-Germanico*, 1640 (bes. *Proleg.* s. 1, 2, 5 u. 6, P. I c. 18 u. P. III concl.). — Ueber die seitdem zur Herrschaft gelangte Auffassung vgl. Pütter, *Inst. jur. publ. Germ.* § 22 (*jus Romanorum in privatis*

wegs an Gegenständen, bei welchen denn doch theils wegen des Zusammenhangs mit dem öffentlichen Recht theils wegen der völligen Unvereinbarkeit mit den deutschen Sitten das anfängliche Bemühen, das römische Recht lebendig zu machen, als hoffnungslos eingestellt werden mußte³.

2. Fortbestand des deutschen Privatrechts. Trotz aller Siege des fremden Rechts gieng das besiegte vaterländische Recht nicht unter. Vielmehr lebte es in dreierlei Gestalt kräftig fort und trieb sogar in der Zeit seiner tiefsten Erniedrigung frische Sprosse.

a. Zunächst entbehrte das gemeine Recht nicht der deutschrechtlichen Bestandtheile. Dem Corpus juris civilis giengen die deutschen Reichsgesetze vor, die immerhin in einigen Punkten nationales Privatrecht festhielten oder schufen. Ihm giengen aber unbestritten auch gemeindeutsche Gewohnheiten vor, die stets in weitem Umfange anerkannt wurden. Anfangs setzte man freilich auch in Deutschland das naive Verfahren der älteren Legisten fort, das für die eignen Bedürfnisse und Anschauungen Unentbehrliche in die Quellen hineinzulesen. Je besser aber das Quellenverständniß wurde, desto mehr brachte man sich die Abweichungen des geltenden gemeinen Rechts vom Justinianischen Recht zum Bewußtsein und stellte sie unter den technischen Begriff des *usus modernus pandectarum* oder „*usus modernus juris Romani in foro Germanico*“. Dabei waltete nun freilich die sonderbare Vorstellung, als sei das so anerkannte heimische Recht, das in Wirklichkeit zum großen Theil uralter Herkunft war, erst kraft der Abschaffung des ursprünglich geltenden römischen Rechts durch jüngere Gewohnheit in Deutschland eingeführt worden. Gleich als hätte entweder schon in den Wäldern Germaniens das Corpus juris oder bis zur Erleuchtung der deutschen Köpfe durch die Juristen überhaupt kein Recht in Deutschland gegolten! Allein der *usus modernus* schützte doch deutschrechtliche Institute, bog die aufgenommenen römischrechtlichen Institute in deutschrechtlichem Sinne um und gewährte für die Entfaltung nationaler Rechtskeime zu Neubildungen Raum.

b. Stärker noch war der deutschrechtliche Gehalt der Partikularrechte, die in jedem Theile des Reiches fortbestanden. Sie hatten, da nach einem unbestrittenen Satze der Theorie das gemeine

quidem rebus auctoritate legum tum imperii tum territorialium in vim juris subsidiarii firmatum, in publico autem jure post agnitum errorem nunc merito derelictum), Litteratur des deut. Staatsr. I § 15–20, Beiträge II 30 ff.

³ So z. B. das römische Sklavenrecht, die *Pekulien*, die *Stipulation*.

Binding, Handbuch. II. 3. I: Gierke, Deutsches Privatrecht. I.

Recht nur subsidiär galt, an sich einen unbedingten Vorrang vor dem römischen Rechte. Hätte die Praxis der Theorie entsprochen, so hätte das römische Recht den größten Theil seiner Zerstörungsarbeit am deutschen Rechte überhaupt nicht vollbringen können. Allein man wußte in der Praxis die Regel in die Ausnahme zu verkehren. Da nur das gemeine Recht als ein des wissenschaftlichen Studiums würdiger Gegenstand erschien, blieben die Partikularrechte den gelehrten Richtern meist unbekannt und fremdartig. Man bildete daher ein System von Vermuthungen aus, die das Gericht von der Pflicht amtlicher Erforschung der Partikularrechte entbanden und der Partei, die sich auf einen vom gemeinen Rechte abweichenden Rechtssatz berief, den Beweis seines Daseins auferlegten⁴. War aber auch ein solcher Beweis geführt, so war die Anwendung des deutschen Land- oder Stadtrechts noch keineswegs gesichert. Denn wenn es Gewohnheitsrecht war, so konnte es als vernunftwidrig abgewiesen werden⁵. Wenn es aber geschriebenes Recht war, so liefs es sich kraft der mehr und mehr anerkannten Regel, dafs „Statute“ streng und in möglichstem Einklang mit dem gemeinen Recht auszulegen seien, ganz oder theilweise wegdeuten⁶. Vor Allem tritt diese Mißgunst gegen die Partikularrechte in der Praxis des Reichskammergerichtes zu Tage, dessen Urtheiler zwar geschworen hatten, „nach des Reychs und gemainen Rechten, auch nach redlichen, erbaren und leydlichen Ordnungen, Statuten und Gewonhayten der Fürstenthumb, Herrschaften und Gericht, die für sie bracht werden“, zu richten, aber schon in dieser Eidesformel einen Anhalt für eine durchaus nebensächliche Behandlung der Partikularrechte fanden.

Um so wichtiger war es, dafs wenigstens in Einem Gebiete dem Partikularrecht dadurch eine gewisse Ebenbürtigkeit mit dem Reichsrecht erkämpft wurde, dafs hier über den einzelnen Land- und Stadtrechten das althergebrachte Stammesrecht als geschlossene Einheit anerkannt blieb und wissenschaftlicher Pflege und Fortbildung gewürdigt wurde. Dies geschah in den Ländern sächsischen Rechtes, in denen auf Grundlage des Sachsenspiegels und seiner Glosse unter den Händen der gelehrten Juristen das „gemeine Sachsenrecht“ (*jus commune Saxonium*) erwuchs und den Vorrang vor dem gemeinen römischen Rechte behauptete. Mußte sich hierbei auch das echte Sachsenrecht so manche romanistische Entstellung gefallen lassen, so war doch

⁴ Vgl. unten § 5 Anm. 12.

⁵ Vgl. unten § 20 Anm. 40—41.

⁶ Vgl. unten § 5 Anm. 16.

die Leistung der sächsischen Jurisprudenz für die Erhaltung des vaterländischen Rechtes überhaupt von unermesslichem Werth. Eine Zeit lang fielen sogar für die Juristen die Gegensätze „deutsches und römisches“ und „sächsisches und gemeines“ Recht fast zusammen⁷.

c. Unverfälscht endlich erhielt sich deutsches Recht in den volksthümlichen Satzungen und Gebräuchen, nach denen sich fort und fort das Leben in den engsten Verbänden richtete. In Genossenschaften aller Art, in Gilden und Zünften wurde die alte Überlieferung fortgepflanzt. Am zähesten hielt das Landvolk am Hergebrachten fest, so daß in den ländlichen Weisthümern noch Jahrhunderte lang stets von Neuem uraltes Germanenrecht verkündet wird, gleich als sei über diesen Boden niemals der Sturm der großen deutschen Rechtsumwälzung dahingebraust. Die Juristen freilich erkannten dieses Volksrecht überhaupt kaum als Recht an und blickten namentlich auf die „Possen“ der Handwerker und Bauern mit vornehmem Spott herab⁸. Und allmählich mußte bei solcher Mifsachtung auch das lebensvollste Recht sich entweder zur bloßen Sitte verflüchtigen oder ins Enge und Formelhafte entarten. Allein gleichwohl erfüllten diese oft unscheinbaren Reste des Volksrechtes den Beruf, manchen deutschen Rechtsgedanken in geschütztem Bezirke treulich zu hegen, bis die Zeit für seine freiere Wiederentfaltung gekommen war.

3. Verhältniß zwischen fremdem und deutschem Recht. Nachdem der Juristenstand die Herrschaft über das Rechtsleben erobert hatte, waltete zwischen dem thronenden römischen Recht und dem geduldeten heimischen Recht an der Oberfläche ungestörter Friede. In der Tiefe ruhte niemals der stille Kampf, in dem das nationale Recht Kräfte zur Wiedererhebung sammelte.

Außerlich bähnte sich die Verschmelzung beider Rechte an. Im gemeinen Recht arbeiteten Doktrin und Praxis, in den Partikular-

⁷ Man denke z. B. an die Bezeichnung der deutschrechtlichen Beendigung der väterlichen Gewalt durch abgesonderten Haushalt als „*emancipatio Saxonica*“. Insbesondere wurden auch im Lehnrecht langobardisches und deutsches Recht als *jus commune* und *jus Saxonicum* einander gegenübergestellt.

⁸ Vgl. hinsichtlich der Weistümer des Landvolks Gierke, Der Humor im deut. Recht (2. Aufl. Berlin 1886) S. 79–80, hinsichtlich des Handwerkerrechts Gierke, Das deut. Genossenschaftsr. I 942–943. Auch in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts fehlt im vorigen Jahrhundert selten eine spöttische Bemerkung über die Zunftgebräuche; Selchow, El. jur. Germ. priv. hod. § 331–334, behandelt sie nur kurz, weil sie „*nimis sunt puerilia absurdaque, quam quae hoc loco proferri mereantur*“; Pütter, El. jur. Germ. priv. § 201, schliefst sie ganz aus, weil der Rechtsgelehrte sich mit würdigeren Dingen zu beschäftigen habe und es genüge, wenn sich daran die Weisheit der Handwerker selbst ergötze.

rechten auch die Gesetzgebung an diesem Werke. Ueberall wurden Sätze römischer und deutscher Herkunft mit einander verbunden und hierbei so weit einander angeglichen, daß sie sich nothdürftig zum Ganzen zusammenfügten.

Innerlich blieb der Zwiespalt unversöhnt, ja er verschärfte sich noch seit dem dreißigjährigen Kriege. Denn trotz seiner deutschrechtlichen Bestandtheile blieb dieses ganze offizielle Juristenrecht, wie es in lateinischer Sprache aus Lehrvorträgen und Büchern herüberscholl und durch ein vielgliedriges Schreibewesen in Gerichts- und Kanzleistuben sich in das tägliche Brot der Gerechtigkeit umsetzte, dem Volke ein fremdes Recht. Fremd seinem Verständniß, fremd seiner Gedankenwelt, fremd seinem Rechtsgefühl! Das Recht dagegen, das der gemeine Mann als wirkliches Recht, als sein Recht kannte und empfand, — dieses in Form und Geist nationale Volksrecht, das unaustilgbar an der deutschen Erde haftete, — es war für den gelehrten Richter nicht in der Welt.

II. Die Wiedererstehung des deutschen Rechtes im achtzehnten Jahrhundert. Langsam vorbereitet, entfaltete sich und wuchs im 18. Jahrhundert eine Bewegung, die als Renaissance des deutschen Rechtes bezeichnet werden kann. Vornehmlich waren es drei neue Mächte, die in dieser Richtung eingriffen.

1. Die germanistische Rechtswissenschaft. Vor Allem besann sich die deutsche Jurisprudenz auf ihre Zugehörigkeit zum deutschen Volk. Nachdem Hermann Conring die deutsche Rechtsgeschichte begründet und für immer die Fabeln über die Rezeption zerstört hatte, rückte plötzlich auch der Zustand des geltenden Rechtes in ein ganz anderes Licht. Auf allen Gebieten suchte man nun mit jugendlichem Eifer die vom römischen Recht verschonten Stücke des nationalen Rechtes zu sammeln und zu ordnen. Eine selbständige Wissenschaft des deutschen Privatrechts entstand. Sie bereicherte in außerordentlichem Mafse den in den Kreis wissenschaftlicher Pflege gezogenen Rechtsstoff, sie wandte sich den lange vernachlässigten Partikularrechten und Sonderrechten zu, sie würdigte von Neuem die volkstümlichen Anschauungen und Gebräuche der Beachtung. Hier und da wagte sie sogar, obschon nur schüchtern, dem romanistischen Dogma eigne nationale Rechtsbegriffe entgegenzustellen. Lebhaft kämpfte sie für die volle Ebenbürtigkeit des deutschen Privatrechts mit dem römischen Recht. Der Versuch freilich, die herrschende Lehre von der Rezeption in complexu zu entthronen und umgekehrt eine Vermuthung für den Fortbestand des deutschen Rechts bis zum Beweise seiner Verdrängung durch römisches Recht einzuführen, hatte keinen dauern-

den Erfolg⁹. Allein allgemein drang doch die Anschauung durch, daß das geltende Recht seine Wurzeln nicht bloß in Rom, sondern auch im vaterländischen Boden habe. Auch die romanistische Rechtswissenschaft verhielt sich gegen die jüngere Schwester nur zum Theil ablehnend. Meist nahm sie den neuen Stoff willig auf, ja mehr und mehr wurde sie selbst von einem stark germanistischen Zuge ergriffen.

2. Das Naturrecht. Einen starken Bundesgenossen gewann wenigstens zeitweise das deutsche Recht im Naturrecht¹⁰, das zwar schon im 17. Jahrhundert sein System vollendet hatte, aber nun erst sich anschickte, auch im Privatrecht das positive Recht zu überfluthen. Das Naturrecht wandte sich freilich gegen manches vom Mittelalter ererbte heimische Recht, gieng jedoch noch heftiger dem römischen Recht zu Leibe. Bei seinem eignen Vernunftrechtsbau bevorzugte es oft mit Bewußtsein die „einfacheren“ und „billigeren“ Sätze des ursprünglichen deutschen Rechts vor den römischen „Subtilitäten“¹¹. Vor Allem aber brachte es unbewußt germanische Rechtsgedanken, die ihm das Volks- und Zeitbewußtsein als Offenbarungen der reinen Vernunft vortäuschte, in verjüngter Gestalt zur Herrschaft¹². Auch wirkte es für die Wiedererhebung der Volkssprache zur Rechtssprache.

3. Die großen Gesetzbücher. Die nationale und die naturrechtliche Strömung vereinigten sich in dem Drange nach Kodifikation. Man verlangte ein in deutscher Sprache verfaßtes, für Jedermann verständliches, alle Zweifel und Streitfragen abschneidendes Gesetzbuch, das der Herrschaft des Corpus juris und der Unsicherheit

⁹ Vgl. unten § 5 Anm. 9.

¹⁰ Gierke, Naturrecht und deutsches Recht, Frankfurt 1882.

¹¹ Am entschiedensten Thomasius, *Fundamenta juris naturae et gentium*, Hal. et Lips. 1705, III c. 10 § 9–11, Anmerk. zu Osses Testament und in zahlreichen Dissertationen, z. B. *De jurid. et magistr. differ. sec. mor. Germ.* (1703) § 5 ff., *De origine successionis testam.* (1705), *De usu practico tituli inst. de patr. pot.* (1712), *An legum juris Just. sit frequens an exiguus usus practicus in foris Germ.* (1715). Aehnlichen Anschauungen geben J. H. Böhrmer, Heineccius u. A. Ausdruck.

¹² Estor, *Bürgerl. Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen*, Marburg 1757 ff., III § 1 u. 3, hält sogar zum Nachweis der Existenz des deutschen Privatrechts die Widerlegung einer Ansicht für nöthig, nach der „das teutsche bürgerliche Recht nichts anderes wäre als das bloße Natur- oder Vernunftrecht“. Und oft wird von germanistischer Seite betont, daß das deutsche Recht mit dem Naturrecht mehr übereinstimme als das römische Recht; vgl. z. B. Pütter, *El. jur. Germ.* § 189, 190, 192, 193.

des gemeinen Rechts ein Ende machen sollte¹³. An ein allgemeines deutsches Gesetzbuch liefs sich im Ernst nicht denken. So giengen die gröfseren Einzelstaaten ans Werk. Nach langen Bemühungen kamen in Preussen und Oesterreich Gesetzbücher zu Stande, die das gemeine Recht abschafften und an dessen Stelle ein neues Recht setzten, in dem fremdes und einheimisches Recht unter naturrechtlichen Einflüssen zu einem Ganzen verschmolzen war. Dazu trat in Folge der politischen Ereignisse für einen Theil Deutschlands das in vieler Hinsicht an germanischen Bestandtheilen noch reichere französische Gesetzbuch.

Freilich gieng damit die wichtigste Errungenschaft der Rezeption, die deutsche Rechtseinheit, wiederum verloren. Hatte schon vorher die Kräftigung der Partikularrechte das einigende Band des gemeinen Rechts vielfach gelockert, so zerfiel nunmehr Deutschland in mehrere vollkommen getrennte Rechtsgebiete. Mit dem Untergange des alten Reiches und der Verwandlung der überlebenden Territorien in souveräne Staaten war die Gefahr der dauernden Zerreiſung gesteigert.

III. Die Entwicklung des neunzehnten Jahrhunderts. Der Aufschwung des deutschen Geistes in den Freiheitskriegen gab auch dem nationalen Rechtsleben neue Impulse. Zwei hohen Zielen strebte seitdem die Nation im Recht wie im Staat unablässig zu: Einheit und Deutschthum.

1. Der Ruf nach Rechtseinheit erscholl gleich nach der Vertreibung der Fremden. Mit beredten Worten erhob vor Allem Thibaut die Forderung eines bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland. Ihm schleuderte Savigny jene berühmte Schrift entgegen, die das Programm der historischen Rechtsschule wurde¹⁴. Durch die Widerlegung der Grundirrhümer des Naturrechts und die Begründung der geschichtlichen Rechtsansicht hat diese Schrift für die Wissenschaft Unvergängliches geleistet. Aber auch für das Leben hat sie ewig beherzigenswerthe Winke gegeben, indem sie die Schattenseiten jeder Kodifikation aufdeckte und gegenüber rationalistischer Gesetzes-

¹³ Vgl. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen II 426 ff.; Baron, Franz Hotmanns Antitribonian, ein Beitrag zu den Kodifikationsbestrebungen vom XVI. bis zum XVIII. Jahrhundert, Bern 1888 (bes. S. XXVI sq. über die Vorschläge von Conring, Leibnitz, Burchard u. E. J. Westphal); Behrend in v. Holtzendorffs Encykl. I 390 ff.

¹⁴ Thibaut, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814. v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814. — Vgl. E. I. Bekker, Ueber den Streit der historischen und der philosophischen Rechtsschule, Heidelberg 1888.

macherei den unvergleichlichen Werth des geschichtlich gewordenen Rechts beleuchtete. Nur schoß sie weit über das Ziel. Sie verkannte die geschichtliche Bedeutung der That und muthete gewissermaßen dem lebenden Geschlechte einen Verzicht auf die Befugniss zu, gleich allen früheren Geschlechtern Geschichte zu machen. Wenn daher auch zunächst im Zusammenhange mit der Entwicklung der politischen Zustände der Widerstand gegen ein deutsches Gesetzbuch Erfolg hatte, so liefs sich doch weder unsere Zeit den Beruf zur Gesetzgebung noch unser Volk das Begehren nach Rechtseinheit wegdisputiren. In den einzelnen deutschen Staaten wurde massenhaftes Gesetzesrecht hervorgebracht und auch eine Kodifikation des ganzen Privatrechts mehrfach angestrebt und in Einem Staate (Königreich Sachsen) schliesslich erreicht. Immer aber blieb der Drang nach einem einheitlichen deutschen Recht so mächtig, daß schon vor der Neubegründung des deutschen Staates eine gemeinschaftliche Wechselordnung und ein gemeinschaftliches Handelsgesetzbuch zu Stande kamen. Als dann das große Interregnum beendet war, schufen der Norddeutsche Bund und das Deutsche Reich alsbald auf zahlreichen Gebieten ein einheitliches Recht und in erheblichem Umfange auch ein einheitliches Privatrecht. Das Deutsche Reich aber nahm sofort nach der im Jahre 1873 erfolgten Erweiterung seiner Zuständigkeit die in allen Jahrhunderten deutscher Geschichte noch niemals gelöste Aufgabe in die Hand, ein deutsches bürgerliches Gesetzbuch herzustellen. Ehe das Jahrhundert zur Neige geht, wird nach menschlichem Dafürhalten das Werk vollbracht und damit auch im Privatrecht, so mancherlei Gegenstände auch dem Landesrecht vorbehalten bleiben sollen, in der Hauptsache die Einheit verwirklicht sein.

2. Das andere Ziel aber, das unser Volk seit der Wiederbesinnung auf sein Volksthum auch im Recht sich stecken mußte, war Deutschthum. Und in der That hat der nationale Gedanke im Laufe des Jahrhunderts auf das Privatrecht wie auf alles Recht umgestaltend eingewirkt.

Mit der Zurückverlegung des Staates in das Volk und der Wiederbetheiligung von Laien am Rechtsleben in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung wurde die Alleinherrschaft des Juristenrechts erschüttert. Das Recht mußte wiederum eine volksthümliche Grundlage suchen, die es nur finden konnte, wenn es sich in Form und Inhalt dem heimischen Wesen näherte. Noch freilich hat sich der klaffende Spalt zwischen unserem am fremden Recht geschulten juristischen Denken und dem führerlosen Rechtsbewußtsein des Volkes nicht geschlossen. Dennoch lehrt ein vergleichender Rückblick, daß Manches

gebessert, daß den Organen des Rechtes die innere Empfindung der Volksseele und dem Volke das geltende Recht wieder vertrauter geworden ist.

In großem Umfange hat die Gesetzgebung modernes Recht gestaltet, das seine beste Kraft aus wiedergeborenen vaterländischen Rechtsgedanken schöpft. Oft freilich ist sie zögernd und unsicher tastend vorgegangen, oft hat sie sogar den heimischen Trieb durch Einpressung in fremdartige Formen verkrüppelt. Wo sie aber muthig und frei den germanischen Rechtsgedanken entfaltet hat, erblüht das neue Recht in jugendlicher Lebensfülle.

Tief griff die Rechtswissenschaft seit ihrer Erneuerung durch die geschichtliche Weltansicht in die Bewegung ein. Indem sie den Zusammenhang des Rechtes mit allen anderen Seiten des Volkslebens aufdeckte, wies sie die Nation darauf hin, in ihrem eignen inneren und äußeren Sein das Richtmaß ihrer Rechtsbildung zu suchen. Allein gerade im Privatrecht wurde die Jurisprudenz durch die Vertiefung der historischen Forschung in Bahnen gedrängt, auf denen sie in seltsamer Verkehrung ihrer Grundlehren zunächst sich weiter als je vom Ziele des nationalen Rechts entfernte. Ihre Spaltung in romanistische und germanistische Wissenschaft bestand fort und hat sich ja bis heute als unvermeidlich bewährt. Der Gegensatz aber zwischen beiden Zweigen der Privatrechtslehre gewann mit der Versenkung in die geschichtliche Eigenart der beiden Weltrechte nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch an Schärfe. Die von Savigny geführte romanistische Schule stellte das reine römische Recht, das sie unter dem Schutt der Jahrhunderte hervorgrub, von Neuem in den Mittelpunkt des Rechtslebens der Gegenwart. Gleich als habe Alles, was sie über den Volksgeist als Schöpfer des Rechts zu predigen fortfuhr, für jedes Volk mit Ausnahme des eignen Volkes Geltung, erstrebte sie die Beseitigung des *usus modernus* und forderte die Anwendung des römischen Rechtes, wie es geschrieben stand. Die Praxis gab vielfach nach und vollzog so in unseren Tagen eine neue Rezeption. Von germanistischer Seite wurde das echte deutsche Recht mehr und mehr enthüllt und im Kampfe gegen den Romanismus auf den Schild gehoben. Doch verwechselten auch die Germanisten oft die mittelalterliche Erscheinungsform des deutschen Rechts mit dessen unvergänglichem Gehalt, verkannten die geschichtliche Berechtigung der vom römischen Recht geförderten Wandlungen und versäumten insbesondere über der rechtshistorischen Forschung die dogmatische Arbeit, deren es bedurft hätte, um dem Geiste des deutschen Privatrechts eine dem Einfluß des Pandektenrechts gewachsene Macht über das juristische

Denken zu erringen. Erst allmählich hat sich eine Verständigung angebahnt. In der Theorie herrscht heute Einigkeit, daß das Ziel ein in sich geschlossenes nationales Recht sein muß, in dem das ursprünglich Fremde nur soweit, als es uns ganz zu eigen geworden ist, das ursprünglich Deutsche nur soweit, als es noch lebensfähig ist, Raum hat. Aber solange Romanisten und Germanisten getrennt marschieren, wird naturgemäß bei allem Streben nach Unbefangenheit ihr Werthurtheil im Einzelnen ungleich ausfallen. Noch heute vermag oft, wo der Romanist eine von den Römern entdeckte ewige Rechtswahrheit zu besitzen glaubt, der Germanist nur eine einseitige Formulierung des individualistisch-kapitalistischen Standpunktes zu erkennen. Und wo der Germanist von einem unverlierbaren deutschen Rechtsgedanken redet, der nicht erstickt werden könne, so lange die deutsche Zunge klingt, wittert mancher Romanist nur eine unklare Mischung von romantischer Vorliebe für mittelalterliche Gebundenheit und schwärmerischer Begeisterung für ein noch ungebornes sociales Zukunftsrecht.

In dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich ist das nationale Recht nicht zu der ihm gebührenden Geltung gelangt. Wäre er so, wie er zuerst veröffentlicht worden war, zum Gesetzbuche erhoben worden, — ein mehr römisch als deutsch gedachtes, nach Form und Inhalt unvolksthümliches und doktrinäres Werk, das fast nur ein in Paragraphen gegossenes Pandektenkompendium darstellte, — so hätte in der schicksalsvollen Geschichte des deutschen Privatrechts der Tag der endlich errungenen Einheit eine nationale Niederlage bedeutet, die schwerer zu verwinden gewesen wäre, als selbst die Rezeption. Die zweite Lesung hat, soweit sie gediehen ist, manche Verbesserung gebracht. Allein der Entwurf wird eine weit gründlichere Umgestaltung erfahren müssen, wenn er wirklich unserem Volke ein Recht bieten soll, das nicht bloß einheitlich, sondern deutsch ist!