

dem Privatrecht auch dann vollständig auszuschließen, wenn in nebensächlicher Weise Privatrecht aus ihnen entspringt. Daher ist z. B., obschon der richtigen Meinung nach die vermögensrechtliche Seite des Beamtenverhältnisses privatrechtliche Natur hat¹⁴, doch die Verweisung auch dieses Stückes des Beamtenrechts in das Staatsrecht angemessen.

§ 5. Deutsches und fremdes Recht.

I. Begriffliches. Deutsches Privatrecht im technischen Wortsinne ist nicht alles in Deutschland geltende Privatrecht, sondern nur das in Deutschland geltende Privatrecht deutscher Herkunft. Ihm steht gegenüber das in Deutschland aufgenommene fremde Privatrecht.

Dabei handelt es sich indess heute in der Hauptsache nur um den Gegensatz zwischen deutschem und römischem Recht.

Das kanonische Recht greift in das Privatrecht nur noch an einzelnen Punkten ein. Da es in diesen Bestimmungen keine selbstständigen Rechtsinstitute, sondern Abwandlungen römischer oder deutscher Rechtsinstitute darbietet, so ist davon theils im römischen Recht (z. B. bei der Verjährung), theils im deutschen Recht (z. B. bei den Reallasten) zu sprechen. Eine Ausnahme bildet das persönliche Eherecht, das zwar heute auch im gemeinen Rechte nur noch zum Theil unmittelbar vom kanonischen Recht beherrscht wird, jedoch in seinem ganzen Umfange auf der vom kanonischen Recht geschaffenen Grundlage ruht und sich dem tieferen Verständniß nicht ohne stetes Zurückgehen auf die kirchlichen Quellen erschließt. Darum wird, soweit die Scheidung des geltenden Privatrechts nach seiner Herkunft durchgeführt wird, das „Eherecht“ trotz seiner vollkommenen Verweltlichung noch immer im Kirchenrecht oder doch als ein an das Kirchenrecht angelehntes besonderes Rechtsgebiet behandelt.

Das langobardische Recht, dessen einst so große praktische Bedeutung mit der fortschreitenden Auflösung des Lehnverbandes stetig abgenommen hat, ist zusammen mit den Trümmern des Lehnrechts dem deutschen Privatrecht einverleibt worden. Lange Zeit hindurch wahrte freilich das Lehnrecht die Selbständigkeit, die ihm nach der Rezeption gerade in Folge der Erhebung der libri feudorum zur gemein-

¹⁴ Erk. des R.Ger. XI Nr. 66 S. 295, XII Nr. 16 S. 72, XVIII Nr. 36, XIX Nr. 67 S. 349. Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 195 Anm. 1.

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

rechtlichen Quelle neben dem römischen Recht erhalten geblieben war, auch gegenüber dem wiedererstandenen deutschen Privatrecht. Seit Eichhorns Vorgang aber wird allgemein das Lehnrecht als Bestandtheil des deutschen Privatrechts betrachtet¹. Mithin ist auch die Frage nach dem Verhältniß zwischen langobardischem und deutschem Recht für das deutsche Privatrecht nicht mehr eine äußere, sondern eine innere Grenzfrage.

Dagegen steht das römische Recht innerhalb des geltenden Privatrechts dem einheimischen Recht als ein gewaltiger Bau geschlossen gegenüber. Somit ist die Abgrenzung gegen das heutige römische Privatrecht, das den Inhalt der „Pandekten“ bildet, für die Begriffsbestimmung des deutschen Privatrechts von entscheidender Bedeutung. Diese Abgrenzung wird dadurch erschwert, daß einheimisches und fremdes Recht vielfach innig verschmolzen sind. Im Allgemeinen sind dabei folgende Gesichtspunkte maßgebend:

1. Dem deutschen Privatrecht gehören alle dem römischen Recht ganz unbekannten Rechtsinstitute an, die aus germanischen Rechtskeimen in Deutschland erwachsen sind.

a. Sie gehören ihm an, mögen sie nun (wie Reallasten, eheliche Gütergemeinschaft, Bergrecht) aus dem Mittelalter stammen oder (wie Urheberrecht, Erfinderrecht, Verlagsvertrag) erst nach der Rezeption geboren sein.

b. Sie gehören ihm an, mögen sie nun (wie Einkindschaft, Sonderrechte des hohen Adels, Interimswirtschaft) ausschließlich in Deutschland ausgebildet oder (wie ihre weit überwiegende Masse) als europäisches Gemeingut zugleich in anderen Ländern entwickelt sein. Im zweiten Falle nicht nur dann, wenn (wie im Immobiliarsachenrecht, Familiengüterrecht, Genossenschaftsrecht) die Rechtsbildung in Deutschland sich im Wesentlichen selbständig vollzogen hat, sondern auch dann, wenn (wie im internationalen Privatrecht, dem Verschollenheitsrecht, dem Recht der Werthpapiere) das verwandte ausländische Recht von Italien oder Frankreich her einen starken oder überwiegenden Einfluß auf die moderne deutsche Rechtsgestaltung ausgeübt hat. Hierin liegt auch die Rechtfertigung für die schon erwähnte Wiedereinfügung des Lehnrechts in das deutsche Privatrecht.

¹ Eichhorn begründet schon in der Vorrede seiner „Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluss des Lehnrechts“ (Göttingen 1823) diese Einverleibung. Von den späteren Bearbeitern des deutschen Privatrechts haben nur Mittermaier, Maurenbrecher, Bluntschli und Walter das Lehnrecht ausgeschlossen. Vergeblich widersprach Dieck, Z. f. D.R. III 160—162 der „Verbindung des Lehnrechts mit dem deutschen Privatrecht zu einem systematischen Ganzen“.

Vor Allem aber folgt hieraus, daß an sich Handelsrecht, Seerecht und Wechselrecht Bestandtheile des deutschen Privatrechts sind². Denn wie hoch man auch auf diesen Gebieten die Einwirkung des Rechtes der romanischen Völker auf das deutsche Recht veranschlagen mag, so sind doch eben auch bei diesen Völkern die treibenden Gedanken, denen die Ausprägung neuer und eigenartiger Gebilde verdankt wird, aus germanischer Wurzel entsprossen³.

c. Sie gehören ihm an, mögen sie nun (wie eigenmächtige Pfändung, Jagdrecht, Gewerkschaft) im Wesentlichen vom römischen Recht nicht berührt oder (wie ihre überwiegende Mehrzahl) vom römischen Recht umgebildet sein. Im zweiten Falle nicht nur dann, wenn (wie bei Nöherrechten, Verträgen zu Gunsten Dritter, Anerbenrecht) einzelne römischrechtliche Elemente eingedrungen sind, sondern auch dann, wenn (wie bei Erbverträgen, Familienfideikommissen, moderner Hypothek) das einheimische Institut durchaus in ein römisches Rechtsgewand gekleidet ist. Doch liegt auch dem Pandektenrechte

² Als solche sind sie auch von den Bearbeitern des deutschen Privatrechts stets behandelt worden. Nur aus äußeren Gründen werden sie neuerdings öfter ausgeschieden. So auch in der vorliegenden Arbeit; vgl. unten § 13.

³ Die Geschichte des Handelsrechts bei den romanischen Völkern hat eine vortreffliche zusammenfassende Behandlung gefunden in dem großen Werke von Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, I. Lief., Stuttgart 1891 (3. Aufl. des Handbuchs des Handelsrechts I. 1, 1). Goldschmidt sucht freilich fast überall römischrechtliche Anknüpfungspunkte zu ermitteln. Auch abgesehen davon aber, daß er vielfach nur sehr unsichere Spuren nachzuweisen vermag, überschätzt er die Bedeutung solcher dünnen Verbindungsfäden. Meist handelt es sich nur um Bruchstücke des zertrümmerten Alterthums, die das Mittelalter einem von ihm in eigenem Geiste errichteten Neubau eingefügt hat, wie antike Säulenfragmente seinen Domen. Ein Blick auf unser heutiges deutsches Handelsrecht zeigt, daß gerade sein eigenster Besitz, den es vor dem Civilrecht voraus hat, überwiegend aus germanischer Quelle geschöpft ist. So das Prinzip des berufsständischen Sonderrechtes überhaupt und der Art seiner Fortbildung und Handhabung. So das Personenrecht der Kaufleute; die Firma; die Marke; die Handelsregister; die Handelsbücher; das Recht der Handlungsgehilfen; die Prokura. So das gesammte Handelsgesellschaftsrecht. So die objektive Einheit des Geschäftsvermögens; die Werthpapiere; die Beschränkungen der Fahrlässklage; das kaufmännische Pfandrecht. So aber auch im Handelsobligationenrecht, das dem römischen Recht am meisten verdankt, eine Fülle besonderer Grundsätze und eine Anzahl neuer Vertragsarten, insbesondere das ganze Versicherungsrecht. Nicht anders liegt die Sache im Seerecht. Und schließlich bestand ja fast durchweg die Einwirkung des romanischen Handelsrechts nur in der Umbildung von Instituten, die auch in Deutschland bereits aus einheimischen Keimen in ähnlicher Form entwickelt worden waren.

ein Hinweis auf derartige Erstreckungen der römischen Gedankenwelt nahe.

2. In das deutsche Privatrecht gehören ferner grundsätzliche Abwandlungen römischer Rechtsinstitute durch erhaltene oder wiederbelebte germanische Rechtsgedanken. Solche Abwandlungen begegnen vor Allem bei zahlreichen Rechtsinstituten, welche auch dem älteren deutschen Recht bekannt waren, nach der Rezeption jedoch auf römischrechtliche Grundlage gestellt wurden (z. B. bei dem Eigenthum, den meisten Verträgen, der Altersvormundschaft). Sie begegnen aber auch bei solchen römischen Rechtsinstituten, welche ein heimisches Rechtsinstitut der Form nach ganz verdrängt, inhaltlich jedoch in sich aufgenommen haben (wie der Besitz die Gewere, die Servitut manches eigenartige dingliche Recht, die väterliche Gewalt die väterliche Munt). Und sie begegnen endlich sogar bei manchen dem nationalen Rechte völlig unbekannten römischen Rechtsinstituten, die sich bei uns nur in wesentlich veränderter Gestalt eingebürgert haben (z. B. Testament, Adoption, Dotalrecht). Daß alle diese modernen Abwandlungen des römischen Rechtes auch das Pandektenrecht nicht unbeachtet lassen kann, liegt auf der Hand.

3. In das deutsche Privatrecht gehören nicht die römischen Rechtsinstitute als solche, mögen sie nun im Wesentlichen unverändert rezipirt sein (wie superficies, operis novi nuntiatio, restitutio in integrum) oder, wie dies bei den meisten der Fall ist, grundsätzliche Abwandlungen erfahren haben. In das deutsche Privatrecht gehören aber auch nicht diejenigen Abwandlungen des reinen römischen Rechtes, welche entweder unwesentlicher Art sind oder auf der Fortbildung römischer Rechtsgedanken ohne ersichtlichen Einfluß eigenenthümlicher germanischer Rechtsgedanken beruhen. Darum fällt namentlich der größte Theil der allgemeinen Normen über Erwerb, Verlust und Schutz der Rechte und die Hauptmasse des Obligationenrechts trotz aller Fortbildung, die das Justinianische Recht erfahren hat, ausschließlich dem Pandektenrechte anheim.

Vorstehende Regeln ergeben nicht nur keine haarscharfe begriffliche Grenzlinie, sondern lassen auch bei ihrer Anwendung dem Gutdünken einen weiten Spielraum. In Folge hiervon werden viele Gegenstände sowohl im Pandektenrecht wie im deutschen Privatrecht behandelt⁴.

⁴ Hier, wie unter Behörden, ist der positive Kompetenzkonflikt häufiger als der negative. Das Pandektenrecht ist dabei in der günstigeren Lage, weil es einerseits von den Zeiten des usus modernus her den älteren Besitzstand für sich hat

II. Unmittelbare Geltung des römischen Rechts. Wird so der Begriff des deutschen Privatrechts durch den Gegensatz zu dem in Deutschland geltenden römischen Rechte bestimmt, so hängt seine praktische Bedeutung wesentlich von dem Umfange ab, in welchem römisches Recht in Deutschland unmittelbar oder mittelbar anzuwenden ist.

Das römische Recht hat unbestritten eine unmittelbare Geltung in denjenigen deutschen Ländern, in denen diese seine Geltung nicht gesetzlich wieder abgeschafft ist. Doch hat seine praktische Anwendbarkeit drei Schranken⁵.

1. Das römische Recht gilt nur, insoweit es rezipirt ist. Seiner Rezeption liegt die gesetzliche Fassung zu Grunde, die es im Corpus juris civilis empfangen hat. Allein abgesehen davon, daß von vornherein alle nicht glossirten Stellen desselben von der Anwendung bei uns ausgeschlossen sind⁶, hat die Sammlung Justinians auch im Uebrigen in Deutschland keineswegs die Kraft eines Gesetzbuchs. Vielmehr beruht die Geltung des Corpus juris als gemeines Recht auf deutschem Gewohnheitsrecht und erstreckt sich daher nur auf diejenigen Bestandtheile, die auf Grund der Ueberzeugung von ihrer Anwendbarkeit in die deutsche Uebung Eingang gefunden haben. Mithin ist vor jeder Anwendung eines Satzes des Corpus juris die Vorfrage zu stellen, ob er rezipirt ist. Die Antwort ergiebt sich meist aus der Notorietät. In Zweifelfällen aber muß sie durch Forschung gefunden werden. Eine Vermuthung für die Rezeption und gegen den Fortbestand des einheimischen Rechts besteht nicht.

In früherer Zeit herrschte fast allgemein die entgegengesetzte Ansicht, daß das Corpus juris im Ganzen (in complexu) rezipirt sei,

andererseits bei der Besitzergreifung an neu gebildetem Recht früher auf dem Platz ist. Um so entschiedener muß das deutsche Privatrecht, wenn es seine Ebenbürtigkeit wahren will, das ihm gebührende Feld behaupten. Man denke nur an die zu Gunsten des Pandektenrechts der Zukunft bereits mehrfach laut gewordenen Annexionsgelüste, wie sie z. B. E. I. Bekker, System und Sprache des Entw. eines bürgerl. Gesetzbuchs f. das Deutsche Reich, Berlin u. Leipzig 1888 (Beiträge H. 2) S. 6 ausspricht! Sehr weit in der Annexion geht auch Regelsberger, Pand. § 2 und in der Ausführung.

⁵ Von selbst versteht es sich überdies, daß römisches Recht niemals auf Rechtsverhältnisse angewandt werden kann, die vor der Rezeption entstanden sind; R.Ger. bei Seuff. XXXVIII Nr. 362 (Nichtanwendbarkeit auf Eigenthumserwerb an Vorstrand und Meer seitens der Stadt Stralsund durch Verträge v. 1314 u. 1321).

⁶ Landsberg, Ueber die Entstehung der Regel *quicquid non agnoscit glossa nec agnoscit forum*, Bonn 1880; Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft II 19 ff.

und dafs deshalb die Geltung der in ihm enthaltenen Sätze die Regel und die Nichtgeltung eines Satzes die der Feststellung bedürftige Ausnahme bilde. Diese Ansicht wird, obwohl in verschiedener Schärfe, noch heute von der Theorie überwiegend vertheidigt⁷. Auch die Praxis hat sich von ihr nicht losgesagt⁸. Doch ist sie seit der Wiedergeburt des deutschen Rechts von germanistischer Seite bekämpft worden⁹ und zählt heute auch unter den Romanisten Gegner¹⁰. In der That ist sie mit dem Wesen der Gewohnheitsrechtsbildung unvereinbar, da sich eine solche nur auf einzelne im Leben angewandte Normen, nicht auf den unübersehbaren Inhalt eines ganzen fremden Gesetzbuches richten kann. Sie selbst aber ist keine Rechtsnorm, die durch Uebung hätte bindend werden können, sondern lediglich eine wissenschaftliche Theorie, die hinfällig wird, sobald sie als irrig erkannt ist. Auch dafs sie in Reichs- oder Landesgesetzen stillschweigend oder ausdrücklich anerkannt ist, verschafft ihr, da sie niemals durch

⁷ So von den meisten Pandektisten; vgl. z. B. v. Vangerow I § 5; Wächter, *Gemeines Recht Deutschlands* S. 186 ff. u. *Pand.* I § 11; Windscheid I § 2; Bekker I § 3; Regelsberger I 12 ff. Aber auch von Germanisten; z. B. Gerber, *Prinzip des gem. D.P.R.* S. 154 ff. u. *Syst.* § 2; Stobbe, *D.P.R.* § 4 I 1.

⁸ O.L.G. Lübeck b. Seuff. XXXIV Nr. 80. Auch das Erk. des R.Ger. b. Seuff. XXXVI Nr. 107 behandelt Justinian als deutschen Gesetzgeber und behauptet, dafs aus bisheriger Nichtanwendung eines Satzes des *Corpus juris* noch nicht dessen Unanwendbarkeit folge. Das O.L.G. Darmstadt b. Seuff. XLV Nr. 159 verwerthet sogar die Lehre Windscheids, um die Annahme zu begründen, dafs auch das Katzenelnbogener Landrecht, falls es nicht publizirt sei, durch Gewohnheitsrecht „in complexu“ rezipirt sein könne!

⁹ Ueber die Geschichte dieses Kampfes vgl. Reyscher, *Z. f. D.R.* IX 345 ff. Nach dem Vorgange von Besold (oben § 3 Anm. 2), Conring, *De orig. jur.* c. 33, Schilter, *Praxis juris Rom. in foro germ. exerc.* I § 11 u. II § 12 begründete zuerst Kulpis in der Schrift *Conr. Sincerus, De Germanicarum legum veterum ac Romani juris in Republica nostra origine auctoritateque praesenti*, Lips. 1682, ausführlich die Ansicht, dafs das *Corpus juris* nicht als Gesetzbuch gelte und daher dessen einzelne Sätze nicht anwendbar seien, „nisi doceantur receptae“. Ihm stimmten Thomasius, Kestner, G. Beyer und Spätere (vgl. die bei Runde, *D.P.R.* § 83 Anm. a citirten Schriften) bei. Doch wurde die Herrschaft der gegentheiligen Lehre, die z. B. Joh. U. de Cramer, *De praesumptione pro jure Romano contra mores antiquos Germanorum* (Opuscula, 1742, I op. 1) und Struben, *Nebenstunden* V (1755) Nr. 32 § 5, gegen jene Angriffe vertheidigten, nicht ernstlich erschüttert. In neuerer Zeit haben besonders Eichhorn, *D.P.R.* § 40 Anm. e, Beseler, *Volksr. u. Juristenr.* S. 99 ff. u. *D.P.R.* § 8, Reyscher a. a. O. S. 373 ff. u. Württ. *P.R.* I § 71, Bluntschli, *D.P.R.* § 3, die Rezeption in complexu bestritten.

¹⁰ So Leist, *Civilistische Studien* I 12 ff. u. *Bonorum possessio* II, 2 S. 350 ff., bes. aber Dernburg, *Pand.* I § 4.

Verkündigung des Corpus juris als Reichs- oder Landesgesetzbuch in eine Rechtsnorm umgesetzt ist, keine höhere Autorität¹¹. Nur muß freilich, weil auch das aus Irrthum hervorgegangene Gewohnheits- oder Gesetzesrecht gilt, die durch die verwerfliche Theorie zum Schaden des deutschen Rechts thatsächlich erwirkte nachträgliche Rezeption zahlreicher einzelner römischer Sätze geachtet werden.

Wenn im Zusammenhange mit der Ansicht von der Rezeption in complexu früher gelehrt wurde, daß auch im Verhältniß der Parteien für die Geltung jedes angerufenen römischen Rechtssatzes eine der Entkräftung durch Gegenbeweis bedürftige Vermuthung gelte¹², so ist diese Theorie der sogenannten „fundata intentio“ heute allgemein aufgegeben¹³. Der Richter hat das Recht von Amts wegen zu erforschen.

2. Das römische Recht gilt nur mit den in Deutschland eingeführten Abwandlungen¹⁴. Steht die Rezeption fest, so kommt doch zunächst dem Wortlaute des Corpus juris gegenüber in Frage, inwieweit wirklich das reine römische Recht oder vielmehr schon umgebildetes römisches Recht in Deutschland aufgenommen ist. Weiter fragt es sich, inwiefern etwa später in Deutschland das rezipierte Recht durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht umgestaltet oder wieder abgestoßen ist. Doch muß andererseits eine nachträgliche Rezeption von römischem Recht wie es geschrieben steht insoweit anerkannt werden, als das an sich unzulässige Verfahren, den usus modernus durch besseres Quellenverständniß zu korrigiren, zur Bildung eines wirklichen Gewohnheitsrechtes geführt hat.

3. Das römische Recht gilt nur subsidiär. Es kommt als gemeines Recht erst zur Anwendung, wenn und soweit ein partikuläres Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht fehlt. Ob ein Partikularrecht

¹¹ Hiermit wird der von Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen II 114 u. 125 ff. besonders betonte Hinweis auf die partikularrechtlichen Vorschriften über die Anwendung des römischen Rechts entkräftet.

¹² Ueber die Entstehung dieser Regel vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft II 19 u. 183 ff. Bestimmt formulirt ist sie zuerst von Lauterbach, Conclus. for. Exerc. 1 (1662). Ihr stellte Kulpis (oben Anm. 9) die nicht minder unhaltbare umgekehrte Regel entgegen, daß die Partei, welche sich auf altes deutsches Recht berufe, fundatam intentionem für sich habe, während Jeder, der sich auf römisches Recht stütze, dessen Rezeption beweisen müsse.

¹³ Auch von den Anhängern der Rezeption in complexu; vgl. Windscheid § 2 Anm. 2; Stobbe, D.P.R. I 26; Wächter, Pand. § 11 S. 58.

¹⁴ Theoretisch besteht hierüber kaum ein Streit. Praktisch wird seit Savigny unaufhörlich gegen die richtigen Grundsätze verstossen. Vgl. darüber namentlich J. Biermann, Traditio ficta, Stuttgart 1891, S. 1–8.

gilt, hat der Richter von Amts wegen festzustellen; gerade in dieser Richtung ist der Bruch mit den Irrlehren, die das römische Recht durch Vermuthungen begünstigten, besonders wichtig¹⁵. Gilt ein Partikularrecht, so hat es der Richter mit denselben Mitteln wie das gemeine Recht und lediglich aus ihm selbst auszulegen; die zum Schaden des deutschen Rechts lange gehandhabte Regel, daß die Partikularrechte „strikt“ und somit in möglichstem Einklang mit dem römischen Recht zu interpretiren seien¹⁶, wird heute allgemein verworfen.

III. Mittelbare Geltung des römischen Rechts. Die Bedeutung des römischen Rechts für das heutige Privatrecht Deutschlands erschöpft sich nicht in seiner unmittelbaren Geltung, sondern reicht in zwiefacher Hinsicht weit darüber hinaus.

1. Wegen der römischrechtlichen Bestandtheile neuerer Gesetzbücher und Gesetze. Alle seit der Rezeption auf dem Boden des gemeinen Rechts erlassenen Partikularrechte enthalten Sätze römischer Herkunft, für deren Verständniß das römische Recht ein unentbehrliches wissenschaftliches Hilfsmittel ist. Gleiches gilt für die Gesetzbücher derjenigen Länder, in denen die unmittelbare Geltung des römischen Rechtes völlig beseitigt ist¹⁷. Aber auch die neuere Reichsgesetzgebung schöpft vielfach aus dem römischen Recht und fordert somit zu ihrem vollen Verständniß dessen Beihülfe.

2. Wegen des Einflusses des römischen Rechts auf die wissenschaftliche Behandlung alles Rechts und somit auch des Privatrechts deutscher Herkunft. Denn in der Schule des römischen Rechts hat seit der Glossatorenzeit die moderne Rechtswissenschaft sich aus- und fortgebildet und das juristische Denken erzogen.

¹⁵ Die Lehre von der *fundata intentio* (oben Anm. 12) kehrte ihre Spitze vornehmlich gegen die Partikularrechte.

¹⁶ Diese schon im Mittelalter auftauchende Regel (vgl. Gierke, Genossenschaftsrecht III 388 Anm. 143 a. E.) wird bereits seit dem 16. Jahrhundert auf die deutschen Partikularrechte angewandt; vgl. Gaill, *Pract. Obs. lib. II obs. 33*, Mynsinger, *Responsa XIV § 26*, und die Citate bei Reyscher, *Z. f. D.R. IX 342 Anm. 4*, Stobbe, *Rechtsquellen II 121 Anm. 26 u. D.P.R. § 4 Anm. 9*, Moddermann, *Rezeption S. 9 u. 89*. Man sagte sprüchwörtlich: „*statuta sunt stricte intelligenda contra jus commune*“ oder „*stricte*“ oder gar „*strictissime interpretanda*“. Zuletzt hat sie wohl Maurenbrecher, *D.P.R. I § 4* verfochten. Als „absurd“ verwirft sie unter Berufung auf Thomasius (*Vernunftlehre S. 213*) bereits Kreittmayr, *Anm. zu Bayr. Landrecht I c. 3 § 13 Nr. 6*.

¹⁷ Nur darf hier niemals das römische Recht direkt zur Ausfüllung einer Lücke verwendet werden. Vgl. hinsichtlich des preuß. Landr. *R.Ger. II Nr. 83*. Auch *Bad. Landr. Art. 4b*.

Auch bei dem wissenschaftlichen Aufbau des deutschen Privatrechts haben wir daher die romanistischen Geisteserrungenschaften zu verwerthen. Wir haben die am Vorbilde der großen römischen Juristen entwickelte juristische Methode anzuwenden¹⁸. Wir können uns dem auf römischrechtlicher Grundlage erwachsenen Systeme des Privatrechts nicht entziehen¹⁹. Wir müssen endlich eine Reihe begrifflicher Kategorien, die aus dem römischen Recht in das moderne Bewußtsein übergegangen sind, als gemeingültig aufnehmen²⁰.

Allein ihren inneren Gedankengehalt darf die Wissenschaft des deutschen Privatrechts trotz aller römischrechtlichen Schulung nur aus dem Geiste des deutschen Rechts schöpfen. Sie darf in ihren Stoff nicht römische Gedanken hineintragen, sondern muß ihm die in ihm lebendigen deutschen Gedanken entlocken. Die Rechtsbegriffe sind nicht rein logische, sondern geschichtliche Gebilde. So ist auch die Welt der römischen Rechtsbegriffe weder ewig noch allumfassend. Eigenartige Begriffe, die mit den verwandten römischen Begriffen sich keineswegs decken und zum Theil überhaupt jedes römischen Ebenbildes entbehren, weben und wirken in unserm Recht. Sie gilt es zu entdecken und zu formen. Denn die Jurisprudenz wird das Leben wahrhaft nur beherrschen, wenn sie die Wirklichkeit nicht meistert, sondern begreift.

Andere Wege schlug nach der Rezeption die deutsche Rechtswissenschaft ein. In dem Glauben an ein von der Logik unbedingt vorgezeichnetes System der Rechtsbegriffe, das im Corpus juris unabänderlich und erschöpfend offenbart sei, ordnete sie auch den ererbten oder neu erworbenen heimischen Rechtsstoff dem römischen Begriffsschema ein. Mochte auch das deutsche Institut durch das fremdartige Gedankengewand wie durch eine Zwangsjacke vergewaltigt und verkrüppelt werden: was bedeutete die Zerstörung vaterländischer Geistesgebilde, wenn das Dogma gerettet war? Seitdem eine selbständige Wissenschaft des deutschen Privatrechts aufgeblüht war, fehlte es niemals an Widerspruch gegen die „romanisirende“ Behandlung des deutschen Rechts²¹. Doch wurden zunächst nur vereinzelt schüchterne

¹⁸ Vgl. unten § 14.

¹⁹ Vgl. unten § 13.

²⁰ So z. B. die Unterscheidung dinglicher und persönlicher Rechte, von Universal- und Singularsuccession, von Geschäften unter Lebenden und von Todeswegen.

²¹ Vgl. z. B. Estor, Bürgerl. Rechtsgelehrsamkeit § 731; Westphal, D.P.R. II 19; bes. aber Pütter, El. j. Germ. § 45 (alle erhaltenen heimischen Rechtsinstitute „firmissime servanda ex mente juris istius, nulla peregrini juris ratione habita“) u. § 63—66, sowie Runde § 84.

und oft sehr unbeholfene Versuche gemacht, den römischen Rechtsbegriffen eigne deutsche Rechtsbegriffe entgegenzustellen. Im Uebrigen blieben auch die Germanisten, von dem Reichthum ihres Stoffes überwältigt, im überlieferten Gedankensystem befangen, das freilich unter Beihülfe des Naturrechts mehr und mehr eine germanistische Färbung annahm. Erst allmählich wurde bewußt der positive Gedankengehalt des germanischen Rechts ausgeschöpft und in noch heute längst nicht vollendeter dogmatischer Arbeit begrifflich geprägt. Bis heute indess ist nicht bloß in der romanistischen, sondern auch in der germanistischen Jurisprudenz die „romanisirende“ Richtung nicht ausgestorben. Immer noch macht sich die Anschauung geltend, daß im römischen Recht das zur juristischen Formung des gesamten modernen Rechtsstoffes befähigte und berufene logische Schema zu finden sei²². Oder es wird doch der Rath gegeben und befolgt, bei der Konstruktion der deutschen Rechtsinstitute erst dann mit selbständigen Begriffen zu operiren, wenn die Konstruktion mit römischen Begriffen nicht möglich ist²³. Dieser Maxime, die gewissermaßen eine Prämie auf juristische Kunststücke setzt, huldigt offensichtlich auch der erste Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches²⁴. Als wenn es bei der Prägung der juristischen Denkformen darauf ankäme, was allenfalls möglich, und nicht allein darauf, was angemessen ist! Angemessen aber ist jedem Rechtsinstitut nur eine aus seinem eignen Geist geborne begriffliche Fassung.

Die romanisirende Behandlung des deutschen Rechts ist auf Schritt und Tritt zu bekämpfen. Nur muß wieder ihr positivrechtlicher Niederschlag im Gesetzes- und Gewohnheitsrecht geachtet werden. Um so ernster sollte, bevor es zu spät ist, die Wissenschaft des deutschen Rechts dahin wirken, daß die ohnehin vielfach in das

²² Ausdrücklich wird freilich diese Meinung nur selten noch ausgesprochen (Beispiele bei Stobbe, D.P.R. I 40 Anm. 7 u. Gierke, Entwurf S. 21 Anm. 5). Allein sie liegt nicht nur zahlreichen Konstruktionen der Romanisten zu Grunde, sondern bestimmt auch das gesamte wissenschaftliche Verfahren mancher Germanisten, als deren geistiger Führer Gerber erscheint.

²³ Trotz ihrer maßvollen Form laufen hierauf im praktischen Erfolge, wie das Verhalten ihres Urhebers selber zeigt, die Anweisungen Stobbes, D.P.R. I § 4 S. 23 u. § 6 S. 39 ff., hinaus. Auch Franken, D.P.R. S. 2, geht in der Empfehlung des Anschlusses an die romanistischen Begriffe zu weit.

²⁴ Vgl. Gierke, Entw. S. 3, 20 ff., 280 ff., 393 ff. Am bezeichnendsten sind diejenigen Sätze des E.G. zum Entw., die gar keinen andern Zweck haben, als landesrechtlich zugelassene deutsche Rechtsinstitute in eine romanistische Konstruktion zu zwingen; solche Sätze begegnen z. B. in Art. 73 (Geschofseigenthum) u. Art. 83—87 (Anerbenrecht).

Gebiet der Doktrin übergreifenden Konstruktionen, durch welche der Entwurf deutsche Rechtsinstitute romanisiren will, nicht in unser künftiges Gesetzbuch übergehen.

§ 6. Gemeines und nicht gemeines Recht¹.

I. Begriffliches. Zur Begriffsbestimmung des deutschen Privatrechts gehört endlich, da „das“ deutsche Privatrecht von der Summe der in Deutschland geltenden Privatrechte zu unterscheiden ist, die Feststellung seines Verhältnisses zum Begriff des gemeinen Rechts. Dieser Begriff aber ist nicht eindeutig, empfängt vielmehr eine feste Bedeutung erst durch seinen Gegensatz.

Immer liegt dabei der Begriff des Rechtsgebiets zu Grunde. Rechtsgebiet ist der räumliche Herrschaftsbereich einer Rechtsquelle, d. h. einer in einheitlicher Weise für einen Inbegriff von Lebensverhältnissen Normen setzenden Macht. Nach dem heute anerkannten Territorialitätsprinzip erscheint jede Rechtsquelle als zunächst und an sich berufen, innerhalb bestimmter räumlicher Grenzen Recht zu schaffen. Je nach dem Umfange aber, in dem diese Aufgabe in demselben Rechtsgebiet oder in mehreren getrennten Rechtsgebieten oder in mehreren in einander geschobenen Rechtsgebieten gelöst wird, ergibt sich ein dreifacher Gegensatz zwischen Gemeinschaft und Sonderung der Rechtsbildung.

1. Gemeines und besonderes Recht (*jus generale* und *speciale*). In demselben Rechtsgebiet kann eine Rechtsquelle entweder allgemeine Geltung in Anspruch nehmen oder nur für eine besondere Lebenssphäre Recht setzen. Die besondere Lebenssphäre, für welche besonderes Recht gilt, kann in verschiedener Weise abgegrenzt sein: als ein Personenkreis (wie beim Sonderrecht des hohen Adels), ein Sachenkreis (wie beim Lehnrecht), ein Kreis von Handlungen (wie beim Wechselrecht) oder ein unter Verbindung mehrerer Gesichtspunkte ausgeschiedener Kreis von Lebensverhältnissen (wie beim Handelsrecht).

¹ Reyscher, Z. f. D.R. I (1839) 12 ff., X 153 ff. Beseler, Volksrecht u. Juristenrecht, Greifswald 1843, S. 91 ff.; D.P.R. § 1—4. Wächter, Gemeines Recht Deutschlands, Leipzig 1884; Pand. I § 17—18. Thöl, Volksrecht, Juristenrecht u. s. w., Rostock u. Schwerin 1846, S. 1 ff.; Einl. in das D.P.R. § 46—48. Gerber, Das wissenschaftliche Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts, Jena 1846; D.P.R. § 5—7. Rückert, Der Begriff des gemeinen deutschen Privatrechts, Erlangen 1857. Bekker, Jahrb. des gemeinen deutschen Rechts I (1857) 2 ff. Windscheid, Pand. § 1. Regelsberger, Pand. § 29. Stobbe, D.P.R. § 7—10. Roth, D.P.R. § 1. Franken, D.P.R. § 2.