

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.

Erscheint ein derartiges besonderes Recht als ein in sich zusammenhängender Inbegriff von Rechtssätzen, so sprechen wir von einem „Sonderrecht“ oder „Spezialrecht“. Ihm steht dann das zu allgemeiner Geltung berufene Recht als „gemeines Recht“ (gemeines bürgerliches Recht, gemeines Civilrecht, gemeines Privatrecht), im Sprachgebrauch des Mittelalters und heute noch des Lehnrechts als „Landrecht“, im Sprachgebrauch neuerer Gesetze (z. B. des Handelsgesetzbuches, der Wechselordnung, mancher Bergordnungen) auch schlechthin als „bürgerliches Recht“ oder „Civilrecht“ gegenüber.

Das germanische Recht neigte von je zur Ausscheidung von Sonderrechten. Im Mittelalter drohten die Sonderrechte das gemeine Recht völlig aufzuzehren. Heute überwiegt das gemeine Recht. Allein auch das moderne Recht hat mit dem germanischen Gedanken, daß besondere Lebensverhältnisse ein besonderes Recht fordern, nicht gebrochen. Nur stehen heute die Sonderrechte dem gemeinen Recht nicht mehr wie ehemals als durchaus selbständige Rechtsgebäude gegenüber, sondern verhalten sich zu ihm wie Nebengebäude, die mit dem Hauptgebäude ein Ganzes bilden. Das gemeine Recht legt auch für sie den Grund und gewährt ihnen festen Halt. Aber sie sind in sich einheitlich gefügt und durch eigenartige Struktur und Färbung ihrer Bestandtheile innerlich zusammengeschlossen.

Dem römischen Recht ist die Unterscheidung von gemeinem und besonderem Recht nicht völlig fremd. Allein es hat nicht blos stets nur einzelne besondere Rechtssätze, niemals ganze Sonderrechte geschaffen, sondern auch das vom „*jus commune*“ abweichende Recht als „*jus singulare*“ in die Stellung einer anomalen Bildung, eines gegen die *ratio juris* aus Zweckmäßigkeitserwägungen eingeführten Ausnahmerechts gedrängt². Der Begriff des singulären Rechts ist auf unser Sonderrecht schlechthin unübertragbar. Unser Sonderrecht ist so gut wie das gemeine Recht Ausfluß der Rechtsidee, der nicht durch

² Dernburg, Pand. § 33, will auch im römischen Recht Sonderrecht und anomales Recht unterscheiden und die Aussprüche des Paulus in l. 14 u. 16 D. de leg. 1, 3 nur als einseitige Verallgemeinerungen deuten, bei denen von wirklichen Rechtssingularitäten, wie sie als „Rudimente der Vergangenheit“ oder durch „Zufälligkeiten“ der Rechtsbildung vorkommen, ausgegangen sei. Indefs kann Paulus unmöglich an solche Fälle gedacht haben, da er von Rechtssätzen spricht, die schon bei ihrer Einführung gegen die *ratio juris* verstößen und durch irgend eine „*utilitas*“ hervorgetrieben sind. Daß aber die Auffassung des Paulus dem Geiste des römischen Rechts entspricht, zeigt doch dessen tatsächliche Gestaltung, zumal bei einem Vergleich mit germanischem und modernem Recht. — Vgl. über das römische *jus singulare* Regelsberger in der Festgabe der Göttinger Jur.-Fak. f. Jhering (1892) S. 45 ff., Pand. I § 31.

gleichförmige Durchführung eines logischen Schemas, sondern durch gerechte Ordnung aller Lebensverhältnisse nach Maßgabe ihrer Eigenart Genüge geschieht. Darum sind auf dasselbe namentlich die römischen Sätze über einschränkende Auslegung des *jus singulare* durchaus unanwendbar.

2. **Gemeinsames und eigenthümliches Recht** (*jus universale* und *proprium*). Die Rechtsquellen mehrerer getrennter Rechtsgebiete können inhaltlich übereinstimmen oder auseinandergehen. In bedeutendem Umfange giebt es heute neben dem eigenthümlichen Recht jedes Gebietes ein mehreren Gebieten gemeinsames („allgemeines“ oder „materiell gemeines“) Recht, das sich in mannichfacher Abstufung bis zum europäischen Recht oder sogar zum Weltrecht erhebt³. So giebt es auch ein mehreren oder vielen deutschen Rechtsgebieten gemeinsames Recht bis hinauf zu allgemeinem deutschem Rechte. Immer aber bleibt solche Uebereinstimmung bloß thatsächlicher Art; sie ist, weil sie nicht auf Einheit der Rechtsquelle beruht, zwar nicht für die geschichtliche, wohl aber für die juristische Betrachtung etwas Zufälliges. Dies gilt auch dann, wenn genau dasselbe Gesetz in mehreren Staaten kraft Vereinbarung oder Entlehnung erlassen ist⁴.

3. **Gemeines und partikuläres Recht** (*jus commune* und *particulare*). Mehrere Rechtsgebiete können in einander geschoben sein, indem ein Rechtsgebiet zugleich Theil eines größeren Rechtsgebietes ist oder auch verschiedene Rechtsgebiete einander durchkreuzen. Dann beherrschen denselben räumlichen Bezirk Rechtsquellen verschiedener Erstreckung, die eine als einen Theil ihres Rechtsgebiets, die andere als ihr besonderes Rechtsgebiet oder auch als einen Theil ihres anders begrenzten Rechtsgebiets. Hieraus entsteht der Gegensatz zwischen „gemeinem“ Recht im technischen Sinne („formell gemeinem Recht“) und partikulärem Recht. Gemeines Recht ist das Recht, welches kraft der Beschaffenheit seiner Rechtsquelle das zusammengesetzte Rechtsgebiet als einheitliches Ganze, partikuläres Recht das Recht, welches kraft der Beschaffenheit seiner Rechtsquelle nur einen

³ Diese Unterscheidung machten auch die Römer, indem sie dem „*jus proprium*“, das sich jede *civitas* setzt und das für den *populus Romanus* im „*jus civile*“ besteht, das „*jus gentium*“ als ein „*commune omnium hominum jus*“ gegenüber stellten; Inst. I, 2 § 1; l. 9 D. de just. et jure 1, 1.

⁴ So sind Wechselordnung und Handelsgesetzbuch noch heute ein dem Deutschen Reich und Oesterreich (und waren früher ein fast allen deutschen Staaten) gemeinsames, nicht aber ein für sie gemeines Recht. Ebenso ist das preussische Bergrecht und Grundbuchrecht ein dem preussischen Staat und anderen Staaten, die es entlehnt haben, gemeinsames, aber kein für sie gemeines Recht.

Theil dieses Gebietes ergreift⁵. Der Gegensatz ist mannichfacher Abstufungen fähig, auch kann er, wo Rechtsgebiete einander durchkreuzen, sich je nach dem Standpunkte der Betrachtung verschieben⁶.

Das Ineinandergreifen von Rechtsgebieten kann die Folge verschiedenartiger Umstände sein. Hierbei bestehen folgende Möglichkeiten, die in Deutschland sämtlich zugleich Wirklichkeiten sind:

a. Rechtsgebiet ist nothwendig jedes Staatsgebiet. Denn jeder Staat hat gesetzgebende Gewalt. Wo daher ein aus Staaten zusammengesetzter Staat (wie das Deutsche Reich) besteht, giebt es auch gleichzeitig ein Gesamtrechtsgebiet und ihm eingefügte Einzelrechtsgebiete und folgeweise gemeinsames Recht (Reichsrecht) und Partikularrechte (Landesrecht).

b. Rechtsgebiet kann auch ein ehemaliges Staatsgebiet sein. Denn mit dem Untergange eines Staates erlischt nicht zugleich das von ihm gesetzte Recht⁷. Darum kann einerseits bei der Auflösung eines Staates in mehrere Staaten das ehemalige Gesamtstaatsgebiet ein Rechtsgebiet und somit sein Recht in mehreren Staaten gemeinsames Recht bleiben, wie dies beim Zerfalle des alten deutschen Reichs geschah⁸. Andererseits kann bei der Vereinigung eines Staats mit einem anderen Staat das ehemalige Sonderstaatsgebiet als Rechtsgebiet und somit sein Recht als Partikularrecht fortbestehen, wie dies in Deutschland noch heute für zahlreiche einstige landesherrliche Territorien und reichsstädtische Gebiete und ebenso in Preußen für die 1866 einverleibten Staatsgebiete zutrifft. Auch kann im Falle der Veränderung der staatlichen Zugehörigkeit einzelner Gebietstheile ein ehemaliges Staatsgebiet als ein Rechtsgebiet anerkannt bleiben, das nun mehrere Staatsgebiete durchkreuzt⁹.

⁵ Im römischen Reich fehlte es thatsächlich keineswegs an Partikularrecht neben dem Reichsrecht; vgl. Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht in den östlichen Provinzen des röm. Kaiserreichs, Leipzig 1891. Allein die Jurisprudenz ignorirte es. Darum ist der begriffliche Gegensatz im Corpus juris nicht formulirt. Er ist erst von der mittelalterlichen Jurisprudenz entwickelt worden, die sich hierbei an durchaus unpassende Quellenstellen (besonders die oben Anm. 3 citirten) anlehnte.

⁶ So ist z. B. vom Standpunkte des gemeinpreussischen Rechts das gemeine Recht im älteren Sinne, vom Standpunkte des letzteren umgekehrt das gemeinpreussische Recht bloßes Partikularrecht.

⁷ Anerkannt vom R.Ger. 24. Sept. 1886 XVI Nr. 60 S. 265.

⁸ Dies bestreitet Wächter, Gemeines Recht S. 169 ff. — Ein anderes Beispiel bietet der Fortbestand des kursächsischen Rechts (insbes. der Konst. v. 1572) in verschiedenen sächsischen Staaten.

⁹ Dies trifft z. B. für das Gebiet des preussischen Landrechts zu, da es auch Theile von Bayern umfaßt. Ebenso für das Gebiet des Code civil, des öster-

c. Rechtsgebiet ist das Geltungsgebiet einer Satzungsgewalt¹⁰. Mithin kann dem gemeinen Recht eines Staates das gewillkürte Recht eines engeren Verbandes (einer Provinz, Gemeinde, Körperschaft) als partikuläres Recht gegenüberreten. Auch kann umgekehrt das Satzungsrecht eines umfassenderen Verbandes (z. B. der katholischen Kirche) in mehreren Staatsgebieten gelten. Und wiederum kann das aus einer ehemaligen Satzungsgewalt erflossene Satzungsrecht (z. B. das Statutarrecht einer Landstadt) in Kraft bleiben, obwohl seine Quelle versiegt ist.

d. Rechtsgebiet ist das Geltungsgebiet eines Gewohnheitsrechts. Das Gebiet einer Gewohnheitsrechtsbildung kann sich mit einem Gesetzgebungs- oder Satzungsgebiet decken. Es kann aber auch unabhängig von einem solchen Gebiete bestehen. In mannichfacher Abstufung kann Gewohnheitsrecht entweder gemeinem Rechte als partikuläres Recht oder partikulärem Rechte als gemeines Recht (insbesondere auch als gemeines deutsches Recht) gegenüberreten.

e. Rechtsgebiet ist endlich jeder Gebietstheil, für den eine an sich ein größeres Gebiet beherrschende Rechtsquelle, indem sie sich selbst beschränkt, ein besonderes Recht setzt. Somit kann namentlich das Gesetz nicht bloß gemeines Recht des Staatsgebiets, sondern auch Partikularrecht erzeugen.

Wie übereinstimmendes Recht mehrerer Rechtsgebiete zwar allgemeines, aber nicht gemeines Recht ist, so braucht das gemeine Recht in seinem Gebiete nicht allgemeines Recht zu sein. Vielmehr ist das für ein Gebiet als Ganzes geltende Recht gemeines Recht, wenngleich es in einzelnen Gebietstheilen kraft eines abweichenden Partikularrechts nicht gilt. Wäre freilich das Ganze nichts als die Summe der Theile, so könnte es gemeines Recht in diesem Sinne nicht geben. Wie aber alles Leben auf der Kraft beruht, vermöge deren die Einheit des Ganzen der Vielheit der Theile wirkend gegenübertritt, so ist auch die in der Rechtsgeschichte von je mächtige Vorstellung eines durch partikularrechtliche Einbrüche nicht zerstörten gemeinen Rechts vollauf berechtigt¹¹. Ja, begrifflich bleibt das gemeine Recht auch

reichischen Gesetzbuchs, aber auch des Solmser Landrechts, des Mainzer Landrechts u. s. w.

¹⁰ Allerdings ist nicht jede Satzungsgewalt territorial bedingt und bestimmt. So erzeugt die Autonomie des hochadligen Hauses Rechtsnormen mit personalem Geltungsbereich. Allein vom Standpunkte des Privatrechts eines bestimmten Gebiets erscheint alles Satzungsrecht als ein innerhalb dieses Gebietes geltendes oder nicht geltendes Recht.

¹¹ Vgl. Windscheid, Pand. § 1 Anm. 1.

dann noch gemeines Recht, wenn es thatsächlich auf einen geringfügigen Theil seines Gebietes zurückgedrängt ist und nun freilich bei so schattenhaftem Dasein im wirklichen Leben seine Aufgabe nicht mehr zu lösen vermag¹².

II. Rechtszustand im Deutschen Reich. Da im Deutschen Reich alle erwähnten Gegensätze eine Rolle spielen, ist der Zustand des in ihm geltenden Privatrechts verwickelt und bunt. Es giebt gemeines bürgerliches Recht und zahlreiche Sonderrechte, mehr oder minder allgemeines und landschaftlich eigenthümliches Recht und vor Allem in mehrfacher Abstufung und Durchkreuzung gemeines und partikuläres Recht. In letztgedachter Hinsicht ist zu unterscheiden.

1. Reichsprivatrecht. Formell gemeines Recht für das ganze Gebiet des Deutschen Reichs fließt aus neuen Reichsgesetzen und aus Reichsgewohnheitsrecht¹³. Das Reichsgesetzesrecht schließt, soweit seine Normen sich erstrecken, im Zweifel alles Partikularrecht aus. Es kann aber sich selbst eine eingeschränktere Geltung beilegen. In der That gilt manches Reichsgesetzesrecht nur subsidiär, so daß ihm abweichende Partikularrechte vorgehen¹⁴. Andres Reichsgesetzesrecht nimmt von vornherein einzelne Theile des Reichsgebietes von seiner Herrschaft aus¹⁵.

2. Gemeines deutsches Privatrecht im älteren Sinne. Das aus alten Reichsgesetzen und gemeiner deutscher Gewohnheit erflossene ehemalige gemeine Recht Deutschlands besteht als formell gemeines Recht in demjenigen Theile des einstigen Reichsgebietes fort, in dem es nicht außer Kraft gesetzt ist. Außer Kraft gesetzt ist es in den Geltungsgebieten des preussischen, österreichischen, französischen und sächsischen Gesetzbuchs. Die übrigen deutschen Landschaften bilden also als „Länder des gemeinen Rechts“ ein einheitliches

¹² Die von Bruns bei Ersch u. Gruber, Encyklopädie LVII 208 ff., geäußerte Ansicht, daß der Begriff des gemeinen Rechts wegfallen, wenn die Ausnahmen sich vermehren, beruht auf einer Verkennung des Verhältnisses zwischen Begrifflichem und Thatsächlichem.

¹³ Unrichtig sagt Franken, D.P.R. S. 6: „alles Reichsrecht ist jus scriptum“. Man denke aber an gemeindeutsches Handelsgewohnheitsrecht oder an gemeindeutschen Gerichtsgebrauch, dessen Bildung im Bereiche der einheitlichen Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts schon stattgefunden hat.

¹⁴ Vgl. z. B. H.G.B. Art. 308; E.G. zur C.P.O. Art. 11. Andere Beispiele bei Hänel, Deutsches Staatsrecht I 257—259.

¹⁵ So gelten besonders mehrere Reichsgesetze nicht in Bayern und andere nicht in Elsaß-Lothringen. Zum Theil ist die Reichsgesetzgebung durch die Reservatrechte zu einem derartigen Verfahren verpflichtet.

Rechtsgebiet. Dieses gemeine Recht ist auch einer gewohnheitsrechtlichen Fortbildung fähig. Es gilt aber nur subsidiär, so daß ihm Partikularrechte verschiedenster Rangstufe vorgehen.

Die Ansicht, daß das ganze gemeine Recht im älteren Sinne heute nur noch gemeinsames Landesrecht sei, ist in der Theorie stets vereinzelt geblieben¹⁶. Auf die Praxis hat sie keinerlei Einfluß gewonnen.

3. Gemeines Privatrecht mehrerer deutscher Länder. Kraft der Fortgeltung von älterem Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht giebt es formell gemeines Recht für ein aus mehreren deutschen Staatsgebieten oder Staatsgebietstheilen zusammengesetztes engeres Rechtsgebiet innerhalb des gemeindeutschen Rechtsgebiets. Auch kann derartiges Recht sich neu bilden. Die wichtigste hierher gehörige Erscheinung im Bereiche des Privatrechts ist das „gemeine Sachsenrecht“, welches noch in den sächsisch-thüringischen Staaten (nicht mehr im Königreich Sachsen) als subsidiäres Recht gilt¹⁷. Es geht dem gemeinen deutschen Recht älterer Art vor¹⁸, wird aber durch Partikularrecht gebrochen.

4. Landesprivatrecht. In jedem deutschen Einzelstaat giebt es ein aus Gesetz oder Gewohnheit fließendes gemeines Landesprivatrecht, dem die nur einen Theil des Staatsgebietes ergreifenden Rechtsätze als Partikularrechte gegenüberstehen. In mehreren deutschen Einzelstaaten aber zerfällt für die Hauptmasse des Privatrechts das Staatsgebiet in völlig getrennte Rechtsgebiete, in deren jedem dann wieder ein gemeines Recht über Partikularrechten herrscht. In manchen dieser Rechtsgebiete kehrt der Gegensatz von gemeinem und partikulärem Recht in noch engeren Kreisen (z. B. im Verhältniß von Provinzialrecht zu Landschaftsrecht und von Landschaftsrecht zu Ortsrecht) wieder¹⁹.

¹⁶ Vertheidigt haben sie namentlich Wächter, *Gem. Recht* S. 169 ff. u. Rückert a. a. O. S. 42 ff. u. 107 ff.

¹⁷ Vgl. Roth, *D.P.R.* I § 126. Weiter noch reicht das Geltungsgebiet des *Sachsenspiegels*. Vgl. unten S. 62.

¹⁸ O.A.G. Dresden 26. Januar 1863 b. Seuff. XVII Nr. 7.

¹⁹ In den meisten preussischen Provinzen z. B. stehen einem gemeinen Provinzialrecht, das theils aus älteren Quellen theils aus staatlichen Provinzialgesetzen theils auch aus Provinzialstatuten fließt, zahlreiche Partikularrechte einzelner Landschaften und Städte gegenüber. Innerhalb dieser Partikularrechte giebt es zum Theil wieder zusammengesetzte Rechtsgebiete, in denen das gemeine Recht eines ehemaligen Territoriums und die Rechte engerer Bezirke konkurriren; so z. B. in Hannover das gemeine Recht der Herzogthümer Bremen und Verden mit mehreren Landrechten (Osterstade, Altenland, Wursten, Kehdingen), Stadtrechten

So gilt in Preußen für Privatrechtsverhältnisse, die nicht das natürlich auch hier alle Landesgesetze brechende Reichsprivatrecht ordnet, zunächst das in Gesetzen für den ganzen Umfang der Monarchie enthaltene gemeinpreussische Privatrecht (z. B. Vormundschaftsrecht)²⁰. Im Uebrigen aber bestehen drei getrennte Rechtsgebiete²¹. Erstens das Gebiet des gemeinen Rechts, in dem gemeines Recht im älteren Sinne als subsidiäres gemeines Recht gilt, als prinzipales Recht aber zahlreiche Partikularrechte in mehrfacher Stufenfolge zur Anwendung kommen. Zweitens das Gebiet des preussischen Landrechts, in dem das preussische Landrecht als gemeines Recht gilt, diesem aber gleichfalls Provinzial- und Statutarrechte vorgehen. Drittens das Gebiet des französischen Rechts, in dem das Recht des Code in seiner rheinischen Aus- und Fortbildung nicht nur als gemeines, sondern grundsätzlich als prinzipales Recht gilt und nur in einzelnen Punkten ausnahmsweise partikuläre Rechtsnormen Platz greifen.

Aehnlich liegt die Sache in Bayern, wo jedoch zu den Rechtsgebieten des hier besonders stark durch partikuläre Land- und Stadtrechte zerklüfteten gemeinen Rechts, des preussischen Landrechts und des französischen Rechts noch ein kleines Rechtsgebiet des österreichischen Gesetzbuches hinzutritt.

Auch in Hessen zerfällt das Staatsgebiet in ein gemeinrechtliches und ein französischrechtliches Gebiet, von denen das erstere wieder zahlreiche Partikularrechtsgebiete umschließt.

(Stade, Buxtehude, Verden) und dem Bremischen Ritterrecht und in ähnlicher Weise andere Territorialrechte mit Land- und Stadtrechten; so in Schleswig das Jütische Low in seinem Gebiet mit einer Anzahl von Statutarrechten; so in Hessen-Nassau das gemeinkurhessische und gemeinnassauische Recht mit verschiedenen engeren Partikularrechten; vgl. Roth, D.P.R. I § 12—14. Andererseits schiebt sich zwischen Provinzialrecht und gemeinpreussisches Recht noch ein für eine Gruppe von Provinzen gemeines Recht ein (z. B. in den für die östlichen Provinzen der Monarchie oder für die neuen Landestheile erlassenen Gesetzen). — In mehreren Provinzen durchkreuzt übrigens das Provinzialrecht die großen Rechtsgebiete: in Pommern und Hannover gemeines und preussisches, in der Rheinprovinz gemeines, preussisches und französisches Civilrecht.

²⁰ Zum Theil tritt auch das Privatrecht einer Provinz oder einer Gruppe von Provinzen vor die Spaltung der Rechtsgebiete; vgl. die vorige Anm. a. E.

²¹ Streng genommen fünf, da in einzelnen Theilen Schleswigs friesisches (Nordstrander), in anderen dänisches Recht ohne Subsidiarrecht gilt; Roth a. a. O. I 84. Dagegen gehört das Rechtsgebiet des Jütischen Low dem Gebiet des gemeinen Rechts an. Nach der Ansicht Mancher ist es ein selbständiges Rechtsgebiet, weil hier eine konstante Praxis das römische Recht nur anwendet, soweit seine Rezeption erweislich ist; so Roth a. a. O. I 1 u. 80 ff. Wenn aber die Rezeption in complexu überhaupt verworfen wird, handelt es sich nur um quantitative Unterschiede. Vgl. auch R.Ger. b. Seuff. XLVIII Nr. 72.

In den übrigen deutschen Ländern bildet das Staatsgebiet für die Hauptmasse des Privatrechts ein einheitliches Rechtsgebiet. Wo jedoch das gemeine Recht herrscht, wird dasselbe nicht nur durch Landesprivatrecht im ganzen Umfange des Staatsgebietes, sondern auch durch oft (z. B. in Mecklenburg, Oldenburg, Braunschweig) sehr zahlreiche und eingreifende Partikularrechte in einzelnen Gebietstheilen gebrochen. Nur in Sachsen kommen gegenüber dem sächsischen Gesetzbuch, in Baden gegenüber dem badischen Landrecht, in Elsaß-Lothringen gegenüber dem französischen Recht Partikularrechte nur ausnahmsweise zur Anwendung.

III. Aufgabe des deutschen Privatrechts. Wie stellt sich nun zu diesem Rechtszustande die Aufgabe des deutschen Privatrechts?

1. In das deutsche Privatrecht fallen gemeines bürgerliches Recht und Sonderrechte; jenes nur zum Theil, diese wegen ihrer germanischen Herkunft in ihrer ganzen Ausdehnung. Wenn das Handelsrecht, das Wechselrecht, das Seerecht und etwa noch andere Sonderrechte als selbständige Disziplinen ausgeschieden werden, so geschieht dies lediglich aus äußeren Gründen.

2. Das deutsche Privatrecht umfaßt nicht bloß gemeinsames deutsches Recht, sondern auch eigenthümliches Recht einzelner deutscher Stämme, Landschaften und Ortschaften. Die Ausprägung eines gemeinsamen nationalen Rechtsgedankens in stark auseinanderlaufenden, eigenthümlichen Rechtsbildungen ist gerade ein Hauptzug unserer Rechtsgeschichte. Wollte das deutsche Privatrecht vom eigenthümlichen Rechte absehen, so müßte es beispielsweise auf jede Erwähnung des ehelichen Güterrechts verzichten.

3. Was schließlich den Gegensatz von gemeinem und partikulärem Recht betrifft, so hat das deutsche Privatrecht eine dreifache Aufgabe zu lösen.

a. Darstellung des Reichsprivatrechts, soweit nicht etwa in den privatrechtlichen Bestimmungen eines neueren Reichsgesetzes lediglich römisches Recht (z. B. das Militärtestament oder die *actio Paulliana*) fortgebildet wird. Hierbei bedeutet das deutsche Privatrecht eine für das ganze deutsche Reichsgebiet unmittelbar praktische Lehre.

b. Darstellung des gemeinen deutschen Privatrechts, d. h. derjenigen Bestandtheile des gemeinen Rechts im älteren Sinne, die deutscher Herkunft sind. Insoweit bedeutet das deutsche Privatrecht gleich dem Pandektenrechte eine für einen Theil Deutschlands unmittelbar praktische Lehre. Denn es stellt positive Rechtssätze dar,

die in den Ländern des gemeinen Rechts von den Gerichten anzuwenden sind, wenn es an einem partikulärerem Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht gebricht. Solche gemeinrechtlichen Sätze gelten auch für Rechtsinstitute, die einzelnen deutschen Landschaften eigenthümlich sind (z. B. eheliche Gütergemeinschaft, Einkindschaft, Meierrecht). Dann setzt aber ihre Anwendung voraus, daß die Anerkennung des fraglichen Rechtsinstituts in dem Gebiet, um das es sich handelt, feststeht („bedingt gemeines Recht“).

In älterer wie in neuerer Zeit ist behauptet worden, daß zwar das geschriebene fremde Recht nebst den alten Reichsgesetzen formell gemeines Recht sei, dagegen das „sogenannte gemeine deutsche Privatrecht“ überhaupt keine unmittelbar anwendbaren Rechtsnormen enthalte. Vielmehr sei es nur ein freilich unentbehrliches Hülfsmittel für das Verständniß der Landesrechte und habe daher für den Richter lediglich eine nicht bindende wissenschaftliche Autorität²².

Auf die Widerlegung dieser Behauptung haben die meisten Germanisten seit dem vorigen Jahrhundert manche Mühe verwandt²³. Sie steht und fällt mit der Annahme, daß es kein gemeines deutsches Gewohnheitsrecht geben könne. Gäbe es kein solches, so brähe auch die gemeinrechtliche Geltung des römischen Rechts zusammen. Ist aber das römische Recht formell gemeines Recht, so kommt dem gemeinen deutschen Privatrecht genau derselbe Grad von Positivität zu. Im Grunde indefs bedarf das Dasein des gemeinen deutschen Privat-

²² So im Ergebniss bereits Tafinger, Ueber die Bestimmung des Begriffs der Analogie des deutschen Privatrechts und die Grundsätze, dasselbe zu bearbeiten, Th. I Ulm 1877, mit dem Danz, D.P.R. I 175 ff. übereinstimmend: bloßes „analogisches Recht“. In schroffer Form Hufeland, Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswiss., St. I, Jena 1792, S. 53 ff.; Einleitung in die Wissenschaft des heutigen deutschen Privatrechts, Jena 1796: Das römische Recht gemeines Recht, das deutsche Partikularrecht. Ferner Feuerbach, Civilistische Versuche, Gießen 1803; Falck, Handbuch des Schlesw.-Holst. Privatrechts I § 5 S. 8 ff.; Gerber, Das wissenschaftliche Prinzip S. 272 ff.; Stobbe, D.P.R. § 7 ff.; Roth, D.P.R. I 4.

²³ Vgl. Estor, Bürgerl. Rechtsg. § 1 ff.: „von der Wirklichkeit des deutschen Rechts“. Mylius, De genuino conceptu juris Germanici universalis hodierni privati civilis, Lips. 1752. Auch Pütter, El. j. G. p. § 39 ff. u. Beiträge zu dem teut. Staats- u. Fürstenrecht II Nr. 21–22 u. 27–31 (zwar „theoretisches“, aber doch unmittelbar anwendbares gemeines Recht); ähnlich v. Selchow, Elem. j. G. § 6, u. Rudloff, Comm. de jure Germanico justa methodo tractando, Göttingen 1767. Ferner Runde, D.P.R. § 10 u. 79 ff.; Eichhorn, Z. f. gesch. R.W. I 124 ff., D.P.R. § 1 u. 39–40; Mittermaier, D.P.R. I § 37; Reyscher, Z. f. D.R. I 11 ff., IX 337 ff., X 153 ff.; Beseler, Volksr. u. Juristenr. S. 91 ff., D.P.R. § 1 ff.; Renaud, D.P.R. § 5; Walter, D.P.R. § 8–9; Gengler, D.P.R. § 5; Franken, D.P.R. I 11–13.

rechts keines Beweises, da es sich täglich in Lebensäußerungen bethätigt. Denn nach altem Gerichtsgebrauch wenden die deutschen Gerichte beständig Sätze des gemeinen deutschen Privatrechts nach Art selbständiger und unmittelbar bindender Rechtsnormen an. Das Reichsgericht aber hat in der Durchführung der gleichen Auffassung noch nicht einen Augenblick geschwankt²⁴.

c. Darstellung des deutschen Rechtsgedankens in den Partikularrechten. Das deutsche Privatrecht besteht nicht aus der Summe der deutschen Partikularrechte. Es hat daher die deutschen Partikularrechte als solche weder ganz noch auch nur in ihren deutschrechtlichen Bestandtheilen darzustellen. Allein es ist die innere Einheit eines organischen Ganzen, dem die Partikularrechte als Glieder angehören. Darum hat es den in deutschen Rechtsgedanken wurzelnden Zusammenhang der deutschen Partikularrechte zur Anschauung zu bringen. Es muß die vielgestaltigen Gebilde aller dieser weiteren und engeren Quellen als Verästelungen desselben Grundstammes begreifen und so in der Mannichfaltigkeit die Einheit aufzeigen. Ein solches Verfahren ist möglich, weil zuletzt in der That die Partikularrechte nur Brechungen Eines deutschen Rechtsgedankens sind, aus Einem Volksgeiste in Einem geschichtlichen Prozeß hervorgebracht. Ein solches Verfahren ist aber auch nothwendig, weil weder ohne den Hinblick auf die partikulären Ausgestaltungen die Kraft und Fülle des deutschen Rechtsgedankens, noch ohne den Rückblick auf die zu Grunde liegende geistige Einheit das Wesen der Partikularrechte begriffen werden kann.

Insoweit das deutsche Privatrecht diese Aufgabe löst, kann es eine unmittelbar praktische Bedeutung überhaupt nicht in Anspruch nehmen. Dagegen hat es gerade als Darstellung der idealen Einheit der Partikularrechte eine mittelbar praktische Bedeutung für ganz Deutschland. Denn es bildet ein wissenschaftliches Hilfsmittel für das Verständniß aller Landesrechte, nicht bloß der Partikularrechte im Gebiet des gemeinen Rechts, sondern auch der das gemeine Recht ausschließenden kodifizierten Rechte, des preussischen, französischen, österreichischen und sächsischen Rechts.

²⁴ R.G. 10. Dez. 1880 III Nr. 57 S. 205: „Normen des gemeinen Rechts können der Revision zu Grunde gelegt werden, mögen sie dem römischen oder dem gemeinen deutschen Recht entstammen, auf Gesetz oder deutschem Gewohnheitsrecht beruhen“. Vgl. auch beispielsweise XI Nr. 39 S. 194 (gemeines Recht vor dem H.G.B. betreffs der Rhederei), Nr. 47 (gemeines Lehnsgewohnheitsrecht), XII Nr. 52 u. XXIV Nr. 36 (gemeines deutsches Meierrecht), XXIX Nr. 33 (gemeinrechtliche Sätze über allgemeine Gütergemeinschaft).