

Grundzüge der deutschen Privatrechtsgeschichte

Stud. iur. Christoph Ruholl*

I. Einleitung	11
II. Zu Beginn ein Exkurs: Das römische Recht.....	12
III. Die Rezeption des römischen Rechts	16
1. Die scholastische Rechtswissenschaft in Italien (mos italicus)	17
2. Die humanistische Rechtswissenschaft in Frankreich (mos gallicus)	18
3. Die Rezeption in Deutschland	19
4. Der usus modernus pandectarum	21
5. Das Natur- bzw. Vernunftrecht.....	22
6. Savignys Historische Schule und die Pandektenwissenschaft	22
IV. Das kanonische Recht	23
V. Das partikuläre Recht.....	25
VI. Der Weg zur Kodifikation	26
1. Die Zeit der Vernunftrechtskodifikationen	26
2. Die Kodifikation in Deutschland	27

Die Geschichte des Privatrechts gehört aufgrund ihrer tiefen Verwurzelung bis in die Antike und kontinentaleuropäischen Dimension zur grundlegenden „juristischen Allgemeinbildung“ und kann deshalb, auch wenn sie im Studium oftmals vernachlässigt wird¹, in der mündlichen Examensprüfung abgefragt werden.² Dieser Beitrag vermittelt Rechtsstudierenden sowie Examenskandidatinnen und -kandidaten einen kompakten Gesamtüberblick bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts und legt auch sein Augenmerk auf den europäischen Kontext. Angemerkt sei noch, dass mit dem Oberbegriff der Privatrechtsgeschichte nachfolgend vor allem die Geschichte des deutschen bürgerlichen Rechts, des BGB, gemeint ist.

I. Einleitung

Man darf sich die Rechtsgeschichte – wie *Karsten Schmidt* formulierte – nicht so vorstellen, dass zunächst Dunkelheit in der Welt herrschte und eines Tages plötzlich das Licht anging und das Recht

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Stud. Hilfskraft bei Prof. Dr. Dres. h.c. Holger Fleischer am Hamburger Max-Planck-Institut und Chefredakteur des Bucerius Law Journals.

¹ Vgl. etwa Möllers, AnwBl. 2016, 713; Wieacker, Die Bedeutung des Römischen Rechts für die Rechtsausbildung in der Gegenwart, Separata de Romanitas, 1971, S. 201.

² Die Prüfungsordnungen der Bundesländer machen geschichtliche Grundlagen ausdrücklich zum Gegenstand der ersten Prüfung (vgl. etwa § 12 Abs. 2 des hamburgischen HmbJAG oder § 18 Abs. 1 der bayerischen JAPO).

geschaffen war.³ Stattdessen ist das Recht das Produkt einer historischen Evolution. Wie ein lebender Organismus wuchs und veränderte es sich mit der Zeit.⁴

Für die Entwicklung des deutschen Privatrechts bedeutsam sind dabei das römische Recht und dessen „Rezeption“ (in einfachen Worten: wissenschaftliche Durchdringung und Übernahme) in Kontinentaleuropa ab dem 11. Jahrhundert, zudem aber auch das „kanonische“ Recht (das Recht der römisch-katholischen Kirche) und das „partikuläre“ Recht (das örtliche Recht). Diese Stränge werden im Folgenden zunächst einzeln dargestellt (II. bis V.). Sodann wird abschließend aufgezeigt, inwieweit sie Eingang in unser modernes Privatrecht, unser BGB, gefunden haben (VI.).

II. Zu Beginn ein Exkurs: Das römische Recht

Gewissermaßen den Grundstein der deutschen wie kontinentaleuropäischen Privatrechtsentwicklung legt das römische Recht.⁵ Deshalb wird hier für das bessere Verständnis ein Exkurs zu diesem und dessen Geschichte vorangestellt.⁶

Das römische Recht ist der Oberbegriff für die Rechtsentfaltung eines ganzen Jahrtausends (bis zum 6. Jahrhundert n. Chr.).⁷ In diesem hat sich Rom von einem kleinen landwirtschaftlichen Adels- und Bauernstaat durch Eroberung und Ausbeutung zahlreicher Kolonien zu einer vom Handel geprägten Großmacht entwickelt. Parallel dazu veränderte sich auch dessen Recht grundlegend zu einem abstrakten, auf beliebige andere Gesellschaften und Wirtschaften übertragbaren Gebilde.⁸ Dabei wurde das ältere Recht jedoch grundsätzlich nicht durch das neuere ersetzt, sondern existierte meist neben dem neuen Recht weiter. Es entstand somit – gerade im Vergleich zu unserem heutigen BGB – ein nicht unbedingt systematisches Nebeneinander verschiedener rechtlicher Ebenen.⁹

Der Aufzählung dieses Nebeneinanders in den Institutionen des *Gaius* (einem damaligen Anfängerlehrbuch) folgend¹⁰, gab es da zunächst die Gesetze des römischen Volkes. In der Zeit um 450 v. Chr., in der Rom noch ein bäuerlicher Gemeindestaat war, waren dies vor allem die *Zwölftafelgesetze*. Sie waren so bedeutsam, dass Schuljungen sie auswendig zu lernen hatten.¹¹ Der Name rührte daher, dass die Gesetze auf insgesamt zwölf bronzenen Tafeln öffentlich auf dem Forum ausgestellt wurden. Sie stellten kein geschlossenes Rechtssystem auf, sondern waren nur eine Zusammenstellung verschiedenster Regeln.¹² Ihnen lagen insbesondere die Bedürfnisse einer einfachen Bauerngesellschaft und der tiefe Glaube an eine göttliche Ordnung zugrunde, weshalb die Vorschriften immer wieder starre rituelle Akte verlangten.¹³ So konnten weniger wertvolle Gegenstände (z.B. Kleinvieh)

³ Für Näheres siehe das Kurzinterview mit *Karsten Schmidt* „Wann begann das Recht und woher kommt es?“, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=ozr4-0B5EJg> (30.1.2023).

⁴ Diesen romantischen Vergleich des Rechts mit einem lebenden Organismus, einem Baum, hat bereits *Friedrich Carl von Savigny* angestellt in seinem *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, 1840, IX–X.

⁵ Für Interessierte vertiefend *Coing*, *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft*, Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Bd. 6, 1967, S. 149–166; *Zimmermann*, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990.

⁶ Einen guten, lesbaren Überblick bietet *Manthe*, *Geschichte des römischen Rechts*, 6. Aufl. 2019; generell für rechtsgeschichtlich Interessierte zu empfehlen ist *Wesel*, *Geschichte des Rechts*, 5. Aufl. 2022.

⁷ Eine detaillierte Zeittafel findet sich bei *Wesel*, *Geschichte des Rechts*, 4. Aufl. 2014, S. 157.

⁸ Näher hierzu *Manthe*, *Geschichte des römischen Rechts*, 6. Aufl. 2019, S. 8 ff.

⁹ Vgl. *Boosfeld*, *JuS* 2017, 490 (491); *Wesel*, *Geschichte des Rechts*, 4. Aufl. 2014, S. 195.

¹⁰ Diese findet sich unter anderem bei *Manthe*, *Gaius Institutionen*, 2004, S. 37.

¹¹ Vgl. *Zimmermann*, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, S. 605.

¹² Vgl. *Kaser/Knüther/Lohsse*, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl. 2021, Rn. 1.9, 2.4.

¹³ Eingehend zum gesellschaftlichen Denken dieser Zeit *Bürge*, *Römisches Privatrecht*, 1999, S. 63 ff.

zwar durch einfache Übergabe übereignet werden (sog. *traditio*). Jedoch war für wertvolle Gegenstände (z.B. Grundstücke, Sklaven, Großvieh) ein besonderer Ritus erforderlich (die sog. *mancipatio*-Übereignung): Man brauchte mindestens fünf Zeugen, eine Person, die eine Waage hielt, und ein Stück Kupfer. Der Erwerber musste dann den zu übereignenden Gegenstand berühren, eine fest vorgegebene Spruchformel aufsagen, mit dem Stück Kupfer an die Waage schlagen und es dem Veräußerer übergeben. Der Veräußerer hatte dagegen zu schweigen.¹⁴

Ein Großteil der Zwölftafelgesetze regelte den ebenfalls streng ritualisierten Zivilprozess. Hierbei ist anzumerken, dass es im römischen anders als in unserem modernen Recht keine Trennung zwischen materiellem (BGB) und prozessuellem Recht (ZPO) gab: Das Privatrecht wurde stets prozessrechtlich betrachtet und die Frage nach Bestehen des Anspruchs und dessen Durchsetzung vor Gericht waren eins.¹⁵ Als Zivilprozess regelten die Zwölf Tafeln das sog. Legisaktionenverfahren. Der Kläger musste das römische Bürgerrecht innehaben (sog. *ius civile*). Ihm standen nur für fünf vorgegebene Forderungsarten Klagen zur Verfügung (*legis actiones*). Bei diesen musste der Kläger stets bestimmte Sprüche exakt und in ritueller Weise aufsagen. Ein kleiner Versprecher bedeutete oft schon die Klageablehnung.¹⁶ Kennzeichnend für dieses Zivilverfahren war zudem seine Zweiteilung: Der höchste Justizbeamte in Rom, der Prätor, prüfte in einem ersten Schritt die korrekte Verfahrensort. Darauf verwies er den Kläger an den Richter mit der Nennung der Rechtsfolge für den Fall der Stattgabe der Klage. Der Richter prüfte sodann im zweiten Schritt nur noch die streitigen Tatsachen des Falls und war an die vorgegebenen Rechtsfolgen des Prätors gebunden.¹⁷

Im Zuge der teilweisen Emanzipation¹⁸ der römischen Unterschicht, der Plebejer, ab der Zeit der späten Republik (3. Jahrhundert v. Chr.) kam auch den Volksentscheiden insbesondere des *consilium plebis* große Bedeutung und gesetzegleicher Charakter zu.¹⁹ Das erste Plebiszit des *consilium* war die *lex Aquilia* (286 v. Chr.). Diese traf wichtige Regelungen für das Delikts- und Schadensersatzrecht und gilt als Vorläufer unseres heutigen Schadensrechts (§ 823 BGB).²⁰

Zu dieser Zeit wurde auch deutlich, dass das starr-rituelle (umständliche), nur für wenige Forderungsarten eröffnete (unflexible) und nur unter römischen Bürgern anwendbare (begrenzte) Legisaktionenverfahren den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen nicht mehr gerecht wurde: Rom wurde zunehmend zum Großreich, in dem überregionaler Handel und das Zusammenleben rechtliche Anpassungen verlangten.²¹ Dem kamen die Prätores nach, wie erwähnt die höchsten Justizbeamten. Ihr Amtsrecht bildete zunehmend einen zentralen Pfeiler und Motor der römi-

¹⁴ Die Originalbeschreibung der *Mancipatio* findet sich in den Institutionen des *Gaius*, I.119, bei *Manthe*, *Gaius Institutionen*, 2004, S. 79. Eingehend zur *traditio* und *mancipatio* *Manthe*, *Geschichte des römischen Rechts*, 6. Aufl. 2019, S. 20 ff., 43 ff.

¹⁵ Vgl. *Bürge*, *Römisches Privatrecht*, 1999, S. 1 ff.

¹⁶ Ein Beispiel hierzu bei *Manthe*, *Geschichte des römischen Rechts*, 6. Aufl. 2019, S. 59.

¹⁷ Zum römischen Zivilprozess näher *Bürge*, *Römisches Privatrecht*, 1999, S. 63 ff.; *Manthe*, *Geschichte des römischen Rechts*, 6. Aufl. 2019, S. 61 ff.

¹⁸ Dieses heute oft im Sinne von Befreiung, Selbstständigkeit und Gleichstellung benutzte Wort hat seinen Ursprung passenderweise auch im römischen Recht: Es leitet sich von *emancipatio* („Entlassung des Sohnes aus der väterlichen Gewalt“) ab und spielt auf die römisch-rechtliche Möglichkeit an, den Sohn durch dreimalige Übereignung an einen Dritten aus der einschneidenden väterlichen Hausgewalt (*der patria potestas*) zu entlassen, also zu *e-mancipieren* (deutliche Parallele zur bereits erwähnten *mancipatio*; Näheres bei *Manthe*, *Geschichte des römischen Rechts*, 6. Aufl. 2019, S. 49).

¹⁹ Zur Geschichte des *consilium plebis* und den Ständekämpfen *Kunkel/Schermaier*, *Römische Rechtsgeschichte*, 13. Aufl. 2001, S. 27 ff.

²⁰ Zur *lex Aquilia* ausführlich bei *Kaser/Knüther/Lohsse*, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl. 2021, S. 366 ff.; *Wesel*, *Geschichte des Rechts*, 4. Aufl. 2014, S. 182 ff.

²¹ Vertiefend zu den Hintergründen dieses zivilprozessrechtlichen Wandels *Kunkel/Schermaier*, *Römische Rechtsgeschichte*, 13. Aufl. 2001, S. 110 ff.

schen Rechtsfortbildung (sog. *ius honorarium*). Die Prätores entwickelten nämlich neue Klagearten und ergänzten das nur für römische Bürger geltende *ius civile* um Klagearten auch für und gegen Nicht-Römer (sog. *ius gentium*).²² Damit wurde ein umfassenderer Rechtsschutz gewährt und ein zeitgemäßeres, flexibleres Recht geschaffen. Ihre Klageschöpfungen pflegten die Prätores zu Beginn ihres Amtsjahres als sog. Edikte zu veröffentlichen, wobei sie die von ihren Vorgängern entwickelten Klagearten meist übernahmen. Die Liste der Klagearten wuchs hierdurch immer weiter bis sie schließlich um 130 n. Chr. unter Kaiser *Hadrian* als *edictum perpetuum* („ewiges Edikt“) endgültig festgeschrieben wurde.²³ Im Zuge dieser Ausdehnung der Klagemöglichkeiten durch die Prätores entwickelte sich um 300 v. Chr. auch ein anderer Zivilprozess, das sog. Formularverfahren²⁴, welches das Legisaktionenverfahren allmählich verdrängte. Es war ebenfalls zweigeteilt, jedoch weniger ritualisiert, flexibler und präziser als das vorhergehende Legisaktionenverfahren.²⁵

Zu Zeiten der Republik (ab dem 6. Jahrhundert v. Chr.) kam auch den Beschlüssen des Senats eine Bedeutung zu. Sie hatten zwar keine bindende Rechtswirkung, aufgrund der Autorität des Senats wurden sie aber meist befolgt.²⁶ Grundlegende Veränderung brachte jedoch das von *Caesars* Adoptivsohn *Octavian* alias *Augustus* („dem Erhabenen“) herbeigeführte Ende der Republik. *Augustus* verwandelte das römische Reich ab 27 v. Chr. in ein als Republik getarntes Kaiser-Imperium.²⁷ Die künftigen römischen Kaiser nannten sich nur *princeps* („erste Bürger“). Sie ließen den Senat formell bestehen, nahmen ihm aber die eigenständige politische Macht und degradierten ihn zu einer bloßen Marionette.²⁸ Auch die Volksversammlung wurde faktisch entmachtet. Die Entscheidungen des Kaisers traten nun mit gesetzesgleicher Wirkung als weitere Rechtsschicht hinzu.²⁹ Aus diesem Kaiserrecht ging etwa ein neuer Zivilprozess hervor, das Kognitionsverfahren. Dieses trat zunächst neben das den Anforderungen der Zeit mittlerweile nicht mehr genügende Formularverfahren und löste es schließlich ab.³⁰ Das Kognitionsverfahren war nicht mehr zweiteilig, bedurfte also nicht in einem ersten Schritt der Gewährung einer konkreten Klageart durch den Prätor. Stattdessen konnte der Kaiser nach Belieben neue Klagen zulassen, wodurch das Recht flexibler wurde.³¹

Der Kaiser gestaltete das Recht aber keineswegs allein: Große Juristen standen ihm zur Seite. Sie werden oft als die mächtigsten Akteure im römischen Recht gesehen³² und ihre Werke bilden eine bedeutende weitere Rechtsschicht: das Juristenrecht. Bereits zur Zeit der Republik wurde angesehenen Juristen eine hohe Autorität beigemessen und man folgte ihren Rechtsansichten in Gerichtsverfahren und Gesetzesberatungen grundsätzlich.³³ In der Kaiserzeit hatten die Juristen schließlich ihre Blütezeit. Sie wurden (neben dem Kaiser) als oberste Hüter der Freiheit und des Staates betrach-

²² Vgl. *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1988, S. 429 ff.

²³ Vgl. zur Entstehung und Entwicklung des *ius honorarium* *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 67 f.

²⁴ Dieses sah etwa die *vindicatio* als Eigentumsherausgabeklage und Vorläufer des heutigen § 985 BGB oder die *actio Publiciana* als Herausgabeklage des berechtigten Besitzers und Vorläufer des heutigen § 1007 BGB vor.

²⁵ Vgl. *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (492); *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1988, S. 447 ff.

²⁶ Vgl. *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (493).

²⁷ Eine anschauliche Darstellung des Aufstiegs von *Augustus* und Niedergangs der Republik bei *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 97 ff.; kompakt bei *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 86.

²⁸ *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, 10. Aufl. 2005, S. 154 ff.

²⁹ Ausführlich zum Kaiserrecht *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 102 ff.

³⁰ *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (493).

³¹ Näher *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 299.

³² Vgl. *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, 13. Aufl. 2001, S. 163.

³³ Vgl. *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1988, S. 519 ff.

tet³⁴ und mit hohen Ämtern zunehmend in den kaiserlichen Staatsapparat eingebunden. Die Rechtswissenschaft produzierte in dieser Zeit eine Vielzahl an Literatur, wobei es ihr jedoch weniger um Systematisierung als um die Lösung von Einzelfällen ging.³⁵ Schließlich wurde den Rechtsgutachten einiger hervorragender Juristen von den Kaisern Gesetzeskraft zugesprochen (sog. *ius respondendi*)³⁶. Später wurden die Ansichten der fünf „Zitierjuristen“ *Gaius, Papinian, Ulpian, Paulus* und *Modestinus* sogar als alleinverbindlich für alle Gerichte erklärt.³⁷ Um Mitte des 3. Jahrhunderts n. Chr. setzte jedoch das sog. *Dominat* ein. Der Kaiser nannte sich nun *Dominus* („Herrscher“) und ließ sein Machtmonopol offener zutage treten. Die Zeit der großen rechtswissenschaftlichen Schaffenskraft fand hier ihr Ende. Die enge Verbindung mit den Kaisern wurde den Juristen nun zum Verhängnis, da ihnen weniger rechtlicher Gestaltungsspielraum gelassen wurde.³⁸ Es trat eine Vulgarisierung, also übermäßige Vereinfachung des Rechts ein: Die Tätigkeit der Juristen beschränkte sich meist nur noch darauf, die alten Werke ihrer großen Vorgänger zu erfassen und zu vereinfachen. Kaum ein Jurist wagte noch die eigene schöpferische Tätigkeit.³⁹

Bei alledem darf schließlich nicht vergessen werden, dass das ältere Recht grundsätzlich neben dem neuen weitergalt.⁴⁰ Wie *Gaius*⁴¹ es aufzählt, setzte sich das römische Recht somit im Wesentlichen aus einem Nebeneinander folgender Schichten zusammen, die sich – wie aufgezeigt – über die Zeit entwickelt haben: Gesetze, Volksentscheide, Edikte der Prätores, Senatsbeschlüsse, kaiserliche Entscheidungen und Rechtsgutachten der großen Juristen.

Im Jahr 395 n. Chr. wurde das *Imperium Romanum* in eine westliche Hälfte und eine östliche Hälfte geteilt.⁴² Während das sog. Westrom rechtswissenschaftlich verfiel, konnte Ostrom das juristische Niveau einigermaßen halten.⁴³ Erst der oströmische Kaiser *Justinian* konnte das Reich im 6. Jahrhundert n. Chr. ein letztes Mal (teilweise) einen. In diesem Zuge stieß er eine groß angelegte Rechtsreform und Kodifikation des Sammelsuriums des römischen Rechts an. Das Ergebnis dieser umfangreichen Arbeiten war eine vierteilige Zusammenstellung und teilweise Anpassung des römischen Rechts, die erst rund tausend Jahre später den Namen⁴⁴ erhielt, für den sie heute berühmt ist: das *Corpus iuris civilis*⁴⁵ (im Folgenden meist nur *Corpus* genannt). Der erste Teil sind die Institutionen, welche im Kern das damals gängige Anfängerlehrbuch des *Gaius* wiedergeben. Der zweite Teil die *Digesten*, griechisch auch *Pandekten*. Sie stellen gewissermaßen das Herzstück des *Corpus* dar, in dem wesentliche Teile der Werke und Weisheiten der großen römischen Juristen konserviert sind. Teil drei und vier bilden schließlich der *Codex* und die *Novellen*, jeweils Sammlungen kaiserlicher Entscheidungen.⁴⁶

³⁴ Anschaulich hierzu *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 105 ff.

³⁵ Vgl. *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (494).

³⁶ Näher *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 89 ff.

³⁷ Vertiefend zum sog. Zitiergesetz *Liebs*, Römisches Recht, 6. Aufl. 2004, S. 88 ff.

³⁸ Eingehend *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, 10. Aufl. 2005, S. 209 f., 230 ff.

³⁹ Vgl. *Kaser/Knüther/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, S. 7 f.

⁴⁰ Vgl. *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (491); *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 195.

⁴¹ Vgl. *Manthe*, *Gaius Institutionen*, 2004, S. 37.

⁴² Eine hilfreiche Karte hierzu findet sich bei *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, 10. Aufl. 2005, letzte Seite.

⁴³ Vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 34.

⁴⁴ Der Name wurde *Justinians* Gesetzen erstmals im 16. Jahrhundert gegeben und hat sich seitdem allgemein durchgesetzt.

⁴⁵ Zum Inhalt und der Entstehungsgeschichte des *Corpus iuris civilis* *Liebs*, Römisches Recht, 6. Aufl. 2004, S. 96 ff.

⁴⁶ Vgl. *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, Rn. 129.

Justinian war naturgemäß stolz auf seine Sammlung und Reform des alten Rechts – so stolz, dass er dem *Corpus* nicht nur Gesetzeskraft beimaß, sondern aus Angst vor Änderungen zukünftig auch jegliche Vergleiche mit den Originaltexten, Verkürzungen und sogar Kommentierungen verbot.⁴⁷ Das *Corpus* sollte das geltende Recht in handlicher Form vorgeben, widerspruchsfrei und ohne überflüssige Zusätze.⁴⁸ Dass dies aber wohl mitnichten der Fall war und es eher einen ungeordneten „Erfahrungsschatz juristischen Könnens“⁴⁹ darstellte, sollte sich einige Jahrhunderte später während der „Rezeption“ des römischen Rechts zeigen (dazu sogleich). Nichtsdestotrotz leistete das *Corpus* der kontinentaleuropäischen Rechtsentwicklung einen erheblichen Dienst und ist bis heute die wichtigste Quelle des nach Schätzungen nur zu rund 10 % (und davon größtenteils im *Corpus*) überlieferten römischen Rechts.⁵⁰ Ein Recht, das sich auszeichnet durch seine hohe Präzision, Abstraktion, Praxiserprobung und weitgehende Freiheit von zeitlich bedingten Anschauungen (letztes natürlich mit Einschränkungen). Wie sich zeigen wird, ist es daher weit über die zeitlichen Grenzen des römischen Reichs hinaus von Interesse.⁵¹

III. Die Rezeption des römischen Rechts

Während *Justinians* *Corpus* im oströmischen Reich bis zum Fall Konstantinopels galt (1453)⁵², verfiel es im Westen mit dem Niedergang des Westreichs und der Eroberung Italiens durch die Langobarden (568) in einen weitgehenden Dornröschenschlaf.⁵³ Insbesondere die *Digesten* waren bald verschollen. Das römische Recht lebte allenfalls als Gewohnheit weiter, vulgarisiert und seiner „Reinheit“ beraubt.⁵⁴ Erst ein halbes Jahrtausend später (zwischenzeitlich verlief das gesamte Frühmittelalter) geschah – wie so oft durch einen Zufall – die magische Wende⁵⁵: In Pisa fand man um 1060 den „größten Thesaurus spezifisch zivilrechtlicher Erfahrung, den die Weltgeschichte des Rechts kennt“⁵⁶, eine bis dahin unbeachtete Abschrift der *Digesten*, die sog. *littera Florentina*⁵⁷. Sogleich erwachte Westeuropa, das die ungeheure Bedeutung des Fundes erkannte, und schon zehn Jahre später gelangte eine Abschrift der *Florentina* an die richtige Adresse: nach Bologna. Es wurde eine Rechtsschule gegründet und damit auch die älteste Universität Europas, vielleicht der Welt.⁵⁸ Von hier aus⁵⁹ beginnt nun

⁴⁷ Dazu und Originalzitate von *Justinian* bei Zimmermann, JZ 2007, 1 (7).

⁴⁸ Vgl. Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 360.

⁴⁹ Liebs, Römisches Recht, 6. Aufl. 2004, S. 99.

⁵⁰ Siehe etwa Wesenberg/Wesener, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 22.

⁵¹ Vertiefend Wieacker, Die Bedeutung des Römischen Rechts für die Rechtsausbildung in der Gegenwart, Separata de Romanitas, 1971, S. 201, 213 ff.

⁵² Vgl. Kaser/Knüther/Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, S. 12.

⁵³ Differenzierend Wesenberg/Wesener, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 22 f.; vertiefend Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 27, 33 ff.

⁵⁴ Vgl. Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 363; Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, S. 32.

⁵⁵ Dazu Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, S. 35.

⁵⁶ Wieacker, Die Bedeutung des Römischen Rechts für die Rechtsausbildung in der Gegenwart, Separata de Romanitas, 1971, S. 201, 216.

⁵⁷ Das *Corpus* in Form der *littera Florentina* ist neben dem sog. Codex Hammurabi aus dem alten Babylon (18. Jahrhundert v. Chr.), dessen Besichtigung im Louvre-Museum in Paris sich übrigens für jede Juristin und jeden Juristen lohnt, die wohl bekannteste bis heute erhaltene historische Rechtsquelle.

⁵⁸ Zur nicht ganz exakt datierbaren Gründung der Universität siehe Rüegg, Geschichte der Universität in Europa, Bd. 1, 1993.

⁵⁹ Wieso Bologna? Dazu Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. 3, 2. Aufl. 1834, S. 84; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 47 ff.

die sich allmählich in Kontinentaleuropa ausbreitende „Rezeption“⁶⁰ des römischen Rechts und Geschichte des modernen Privatrechts. Wir verstehen hierunter die wissenschaftliche Durchdringung der bereits vorhandenen Gewohnheits- und Partikularrechte (dazu später V.) durch das römische Recht (und kanonische, aber auch das wird noch zurückgestellt bis IV.). Im Folgenden wird skizziert, wie diese Rezeption bis zur Zeit der modernen Kodifikationen (VI.) verlief:

1. Die scholastische Rechtswissenschaft in Italien (*mos italicus*)

Der Lehre und Erforschung des Corpus in Bologna nahm sich Anfang des 12. Jahrhunderts mit großem Erfolg der vormalige Rhetorik- und Lateinlehrer *Irnerius* an. Er galt bereits seinerzeit als „Leuchte des Rechts“⁶¹ und brachte die Bologneser Rechtsschule zusammen mit vier seiner Schüler (den sog. *quattor doctores*) zu europäischer Berühmtheit.⁶² Um das umfangreiche und wegen seiner fehlenden Systematisierung nur schwer verständliche Corpus lern- und lehrbar zu machen, schrieben diese Rechtsgelehrten Anmerkungen und Erläuterungen an die Ränder der Abschriften. Diese wurden „Glossen“ (Erklärungen) genannt, weshalb *Irnerius* und seine Nachfolger heute als „Glossatoren“ bekannt sind.⁶³ Als weitere prägende Glossatoren folgten im 12. und 13. Jahrhundert *Azo*⁶⁴ und sein Schüler *Accursius*, der schließlich den äußerlichen Abschluss dieser immensen, 150-jährigen Aufarbeitung durch seine rund 96.940 Glossen umfassende *Glossa ordinaria*⁶⁵ (die Glosse schlechthin) vollzog. Diese erläuterte das gesamte Corpus, sammelte die wesentlichen Teile der Werke seiner Vorgänger und galt nunmehr in ganz Europa als das Standardwerk, das sich bis in das 18. Jahrhundert einer fast heiligen Autorität in der Rechtspraxis erfreute.⁶⁶

Neben der Sinnerfassung des Corpus ist die wichtigste Errungenschaft dieser „Väter der europäischen Jurisprudenz“⁶⁷ aber ihre logisch-vergleichende Methode, die sog. Scholastik⁶⁸. Diese prägt auch unseren heutigen Umgang mit Rechtsquellen entscheidend.⁶⁹ Mit einem seit der Zeit der großen römischen Juristen unbekanntem Scharfsinn verglichen die Glossatoren die verschiedenen Stellen innerhalb des Gesamtwerks, um so die Zusammenhänge und den Gesamtsinn des *justinianischen* Rechts zu durchdringen.⁷⁰ Was die Glossatoren jedoch nicht taten, war, die vorgefundenen Texte zu hinterfragen. Das Corpus wurde als *ratio scripta* (geschriebene Vernunft) angesehen, als reine und konsistente Rechtswahrheit einer unbedingten Autorität. Das griechische Wort „Pandekten“ hatte bisher die Bibel gemeint.⁷¹ Wurden sich widersprechende Textstellen entdeckt, von denen es natürlich zahlreiche gab, so wurden diese weggedeutet. Es galt der Grundsatz *concordantia discordan-*

⁶⁰ Umfassend hierzu *Kiefner*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Sp. 970 ff.

⁶¹ So nannte ihn *Odofredus*, zitiert bei *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 824.

⁶² Näher zu *Irnerius* *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, S. 39.

⁶³ Zu den Glossatoren insgesamt *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 24 ff.

⁶⁴ Noch im 15. und 16. Jahrhundert galt unter Studenten der Spruch: *Chi non ha Azzo non vada in palazzo*. Auf deutsch: „Wer den Azo nicht hat (seine Werke), hat im Palast bzw. vor Gericht nichts zu suchen.“

⁶⁵ Zur Entstehung und Bedeutung der *Glossa ordinaria* *Dilcher*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1971, Sp. 1710 f.

⁶⁶ Vgl. *Kiefner*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Sp. 972.

⁶⁷ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 69.

⁶⁸ Zu dem Begriff und seinem bereits vorherigen Bestehen *Becker*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Sp. 1478 ff.

⁶⁹ Dazu *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 68 ff.

⁷⁰ Anschaulich zur scholastischen Methode *Liebs*, Römisches Recht, 6. Aufl. 2004, S. 108 f.

⁷¹ Vgl. *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 839 f.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 56 ff.

tium⁷²: Nicht Übereinstimmendes in Übereinstimmung bringen. In einer ratio scripta konnte es keine Widersprüche geben, man hatte sie schlichtweg noch nicht ganz verstanden.⁷³

Mit der Glossa ordinaria schien eine grundlegende Durchdringung des Corpus erreicht. Eine neue Generation Rechtsgelehrter (Ende 13. bis Anfang 16. Jahrhundert) ging daher nun von den bisherigen Randbemerkungen (Glossen) dazu über, umfangreiche und der mit zunehmend neuen Rechtsproblemen konfrontierten Welt dienlichere Kommentare zu erstellen. Sie werden demnach heute „Kommentatoren“⁷⁴ oder auch „Konsiliatoren“ genannt. Anders als ihre theoretischeren Vorgänger⁷⁵ stellten sie auch die Rechtsanwendung in den Vordergrund. Sie unterzogen das Corpus einer freieren, die Rechtsgewohnheiten und Nöte ihrer Zeit berücksichtigenden Auslegung. Zudem verfassten sie zahlreiche Rechtsgutachten für Gerichte und lösten in ihren Vorlesungen (fiktive) Rechtsfälle. Das römische Recht wurde von ihnen bewusst den zeitgenössischen Rechtsbedürfnissen untergeordnet, weshalb sie von Savigny später abschätzend zu bloßen „Postglossatoren“ herabgewürdigt wurden.⁷⁶ Freilich gaben aber auch sie nicht ihre Textautoritätsgläubigkeit auf. Das Corpus wurde weiterhin als ratio scripta angesehen.⁷⁷ Die zwei prominentesten Vertreter der Kommentatorenschule, die die italienische Rechtswissenschaft zum Höhepunkt ihrer Berühmtheit brachten, waren der „erste Jurist seiner Zeit“⁷⁸ Bartolus (1313–1357) und sein Schüler Baldus (1327–1400). Bartolus war in der Tat so berühmt, dass die scholastische Methode auch „Bartolismus“ heißt.

Die Werke der herrschenden Glossatoren (allen voran die Glossa ordinaria⁷⁹) und Kommentatoren wurden von den europäischen Juristen einige Jahrhunderte lang vergleichbar dem Corpus als eine fast gesetzesähnliche Autorität angesehen⁸⁰. Sie prägten die moderne Rechtsentwicklung.⁸¹ Der durch sie weitergegebene – scholastische und autoritative – Umgang mit dem Corpus ist es, der in die Rechte vieler europäischer Länder rezipiert wurde.⁸² Wir bezeichnen diesen besonderen Umgang heute auch als mos italicus (italienischen Brauch).

2. Die humanistische Rechtswissenschaft in Frankreich (mos gallicus)

Die Gegenbewegung zum mos italicus bildete der im Frankreich des 16. Jahrhunderts seine Blüte erfahrende humanistisch geprägte Umgang mit dem Corpus, der mos gallicus⁸³ (französischer Brauch). Diese Strömung forderte eine Rückkehr des Corpus zu seiner Urform und seinen antiken

⁷² Näher Zimmermann, JZ 2007, 1 (8).

⁷³ Vgl. auch Kunkel/Schermaier, Römische Rechtsgeschichte, 13. Aufl. 2001, S. 231.

⁷⁴ Instruktiv Dolezalek, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 3, 1984, Sp. 1842 f.; Wesenberg/Wesener, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 28 ff.

⁷⁵ Dazu differenzierend Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 80 f.

⁷⁶ Vgl. Kaser, Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1993, S. 277.

⁷⁷ Vgl. Kiefner, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Sp. 973.

⁷⁸ Peter, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1971, Sp. 319.

⁷⁹ Eingängig hierzu der Spruch: Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia. Auf deutsch: „Was die Glossa (ordinaria) nicht anerkennt, erkennt auch das Gericht nicht an.“

⁸⁰ Vgl. Dilcher, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1971, Sp. 1711.

⁸¹ Vgl. Kaser, Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1993, S. 277; Wesenberg/Wesener, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 40 ff.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 82, 85, 93 f.

⁸² Dazu Kiefner, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Sp. 973.

⁸³ Kompakt hierzu Wesenberg/Wesener, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 62 f.

Vorbildern⁸⁴: ad fontes – zurück zu den Quellen – war das Motto.⁸⁵ Dies lief den Scholastikern des mos italicus heftig zuwider. Ihnen war doch der Text des Corpus selbst die zeitlose Wahrheit. Eine Untersuchung seiner geschichtlichen Grundlagen kam für sie daher nicht in Betracht.⁸⁶ Der mos gallicus, zu dessen wichtigsten Vertretern die Franzosen *Jacques Cujas* (1522–1590) und *Hugo Donellus* (1527–1591) zählten, tastete mithin also die Autorität des Corpus und der Werke der Glossatoren und Kommentatoren an. Er versuchte aufzuzeigen, dass *Justinians* Kompilation Widersprüche in sich barg und daher auch kritisch betrachtet und hinterfragt werden konnte.⁸⁷ Insgesamt war er jedoch auf ein der damaligen Rechtspraxis wenig nützlich sammelndes des römischen Originalstoffs beschränkt⁸⁸ und hatte nur einen überschaubaren Einfluss auf die deutsche Rechtsentwicklung, auch wenn seine historisch-kritische Betrachtungsweise gewisse Parallelen zum hiesigen usus modernus pandectarum aufwies (dazu 4.).⁸⁹ Man war hierzulande zu sehr mit der praktischen Aufgabe der Rezeption nach italienischem Vorbild beschäftigt, um dieser Entwicklung im Nachbarland nachhaltige Beachtung zu schenken.⁹⁰

3. Die Rezeption in Deutschland

Die berühmte Rechtsschule von Bologna lockte Studenten (damals waren es allesamt Männer) aus ganz Europa an: Bereits um 1200 gab es dort rund eintausend Jurastudenten, davon die Hälfte Nichtitaliener und 200 Deutsche.⁹¹ Es folgten bald weitere Universitäten in Oberitalien und ganz Europa, so etwa in Oxford, Cambridge und Paris (13. Jahrhundert), Prag, Wien, Heidelberg und Köln (14. Jahrhundert).⁹² Die Studenten erlernten dort überall das römische (und kanonische, IV.) Recht nach dem Vorbild des mos italicus und kehrten sodann meist wieder in ihre Heimatländer zurück. In Deutschland wurden sie dabei zunehmend sehnsüchtig von Kaiser und Territorialherren als rational geschulte und vielseitig einsetzbare Beamte erwartet, um (mit guten Gehaltsaussichten gelockt⁹³) in die territorialen Staatsapparate eingebunden zu werden. Insbesondere hohe Ämter der Verwaltung und vor allem der Rechtspflege wurden mit ihnen besetzt.⁹⁴ Dort wendeten diese Rechtsgelehrten naturgemäß das an, was sie so gründlich in Italien und anderswo gelernt hatten.⁹⁵ So verbreiteten die Universitäten und ihre Studenten als „Träger der Rezeption“⁹⁶ das römische Recht allmählich in

⁸⁴ Vgl. *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 1178 ff.; *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, 13. Aufl. 2001, S. 237 ff.

⁸⁵ So *Schildt*, Jura 2003, 450 (453).

⁸⁶ Eindringlich dazu *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 840.

⁸⁷ Vgl. *Meder*, Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 2008, S. 191 ff.

⁸⁸ So *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 118.

⁸⁹ Zusammenfassend siehe *Zimmermann*, JZ 2007, 1 (8).

⁹⁰ So *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, 13. Aufl. 2001, S. 238.

⁹¹ Vgl. *Coing*, Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft, Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Bd. 6, 1967, S. 153; *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 307.

⁹² Eine Auflistung findet sich bei *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 856; ein Überblick bei *Zimmermann*, JZ 2007, 1 (8).

⁹³ Dazu *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 829 ff., 832 ff.

⁹⁴ *Schildt*, Jura 2003, 450 (451) geht von einer Einbindung von rund 90 % der Juristen des 12. und 13. Jahrhunderts in den deutschen Staatsdienst aus.

⁹⁵ Vgl. *Coing*, Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft, Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Bd. 6, 1967, S. 155.

⁹⁶ *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 82 f.

Deutschland und weiten Teilen Europas.⁹⁷ In gewisser Hinsicht begünstigt wurde dies in Deutschland sicherlich auch durch die Vorstellung, das Heilige Römische Reich der deutschen Kaiser sei die kontinuierliche Fortsetzung des Imperiums ihrer römischen Vorgänger⁹⁸ (der Idee vom *translatio imperii*).⁹⁹

Das römische Recht war somit im Deutschland des 13. bis 15. Jahrhundert zwar grundsätzlich noch kein geltendes Recht, es war jedoch den Juristen ein Begriff und wurde bereits als Lückenfüller des geltenden regionalen (Partikular-)Rechts genutzt. Der nächste bedeutende Schritt¹⁰⁰ wurde sodann mit der Reformation einiger Gerichtsordnungen gemacht, allen voran der Reichskammergerichtsordnung (RKGÖ) von 1495 mit ihrem neu gegründeten Reichskammergericht¹⁰¹. Dieses bildete fortan das höchste Gericht des Reichs. Nach der RKGÖ galt das römische (und kanonische) Recht scheinbar nur subsidiär hinter den territorialen Partikularrechten und Rechtsgewohnheiten. Die Rechtswirklichkeit war jedoch aufgrund einiger entscheidender Feinheiten eine andere, was auch auf viele der obersten Territorialgerichte zutraf¹⁰²: Wollte eine der Parteien die Anwendung partikulärer Rechtsgewohnheiten erreichen, so musste sie sich ausdrücklich auf diese berufen und deren Geltung beweisen. Dies was angesichts oft mangelnder Schriftlichkeit solchen Rechts und zunehmend hoher Beweisanforderungen schwierig. Anderes galt beim römischen (und kanonischen) Recht. Gemäß dem auch heute bestehenden Grundsatz *curia novit iura* („das Gericht kennt das Recht“) mussten sich die Parteien auf dieses nicht berufen, damit es Anwendung fand. Des Weiteren mussten die Richter von der Vernünftigkeit lokaler Gewohnheiten überzeugt werden. Demgegenüber wurde die Vernünftigkeit des römischen Rechts als *ratio scripta* unterstellt. Als ob das noch nicht genug gewesen wäre, galt außerdem der Rechtsgrundsatz *statuta sunt stricte interpretanda*: Die (bewiesenen und vernünftigen) partikulären Rechtssätze waren eng auszulegen.¹⁰³

Ohnehin waren die Richter und prozessierenden Anwälte oft römisch-rechtlich geschult¹⁰⁴ und die Gerichte sandten bei komplexen Verfahren gerne den Juristenfakultäten die Prozessakten zu, um deren – römisch-rechtliche – Gutachten sodann ohne Weiteres als Urteil zu verwenden (sog. Aktenprozesse¹⁰⁵). Dies alles führte im Ergebnis dazu, dass dem eigentlich subsidiär geltenden römischen Recht tatsächlich eine beachtliche Bedeutung zukam. Das Reichskammergericht und die hohen Landesgerichte setzten es „von oben nach unten“¹⁰⁶ durch. Als Faustregel¹⁰⁷ kann hierbei gelten: Die Rezeption schritt dort in Deutschland besonders voran, wo es an einem nachweisbaren und sachgerechten (vernünftigen) Partikularrecht fehlte.¹⁰⁸ Wo immer das römische Recht ein derart „schwa-

⁹⁷ Vertiefend *Coing*, Das Eindringen des Römischen Rechts in das Recht des Hochmittelalters in Deutschland, Referate zum IV. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Paris 1954, 1954, S. 3.

⁹⁸ Hierzu differenzierend *Schildt*, *Jura* 2003, 450 (451).

⁹⁹ Früher ging man nach der „Lotharischen Legende“ davon aus, die Rezeption in Deutschland sei maßgeblich darauf zurückzuführen, dass Kaiser *Lothar III.* im 12. Jahrhundert bei einem Feldzug eine Digestenabschrift gefunden und zum Reichsgesetz erklärt habe. Dem wurde jedoch von *Hermann Conring* (1606–1681), dem ersten deutschen Rechtshistoriker, der Boden entzogen (*Conring*, *de origine iuris germanici*, 1643; *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 143 ff.).

¹⁰⁰ Vgl. *Kiefner*, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 4, 1990, Sp. 979 ff.

¹⁰¹ Vertiefend *Laufs*, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 4, 1990, Sp. 655 ff.

¹⁰² Vgl. *Kiefner*, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 4, 1990, Sp. 979 f.

¹⁰³ Zu alldem *Gmür/Roth*, *Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte*, 15. Aufl. 2018, Rn. 296 ff.; *Schildt*, *Jura* 2003, 450 (451); *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 175 ff.

¹⁰⁴ Mindestens die Hälfte der Richter musste (römisch-kanonisch) rechtsgelehrt sein.

¹⁰⁵ Dazu *Buchda*, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 1, 1971, Sp. 84 ff.

¹⁰⁶ *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 176.

¹⁰⁷ Vgl. *Schildt*, *Jura* 2003, 450 (452); *Wesenberg/Wesener*, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 4. Aufl. 1985, S. 85.

¹⁰⁸ Zu den einzelnen Bundesländern bzw. Territorien siehe *Wesenberg/Wesener*, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 4. Aufl. 1985, S. 91 ff.

ches“ regionales Recht vorfand, gewann es einen „einfachen Triumph“¹⁰⁹. Die Rezeption nahm so ihren allmählichen Fortgang bis in das 19. und 20. Jahrhundert – nach anfänglichen Protesten des juristisch ungebildeten Volks, das sein Privatrecht nicht mehr verstand.¹¹⁰

4. Der usus modernus pandectarum

Ab Mitte des 16. Jahrhunderts war man insbesondere in Deutschland bemüht um einen anderen Umgang mit den römischen Regeln. Es setzte die Erkenntnis ein, dass das römische Recht nie durch einen Gesetzgebungsakt legitimiert wurde, sondern vielmehr die Juristen selbst es schrittweise zu einem Gewohnheitsrecht erhoben haben.¹¹¹ Gemäß dem Titel einer Schrift des „damals berühmtesten deutschen Juristen“¹¹² Samuel Stryk (1640–1710) hat diese Strömung den Namen usus modernus pandectarum erhalten.¹¹³ Man kann dies etwas missverständlich übersetzen als „modernen Gebrauch der Pandekten (= Digesten)“, wobei usus auch darauf anspielt, dass die Geltung der römischen Regeln eben bloß auf ihrer fortwährenden Anwendung durch Lehre und Praxis beruhte, bis daraus (Gewohnheits-)Recht entstand.¹¹⁴

Wenn nun das römische Recht ebenso wie das örtliche Partikularrecht nichts anderes als Gewohnheitsrecht war, so der neue Gedanke des usus modernus, dann konnte in jedem Einzelfall geprüft werden, welches der beiden Rechte sich in der Vergangenheit stärker gewohnheitsmäßig durchgesetzt hatte. Das römische Recht modifizierte also nicht nur das heimische Recht, sondern das heimische Recht konnte auch das römische modifizieren. Es büßte damit in Abkehr vom mos italicus seinen Status als ratio scripta ein und trat mit dem Partikularrecht in Konkurrenz. Man begab sich auf eine Suche nach der jeweils „richtigen“, sinnvollen und daher anzuwendenden Rechtsquelle. Es galt, das Recht in seinen römischen und germanischen Bestandteilen zu ergründen.¹¹⁵ Erstmals wendete sich die Rechtswissenschaft auch den heimischen Partikularrechten zu und betrachtete alle Rechtsmaterien, wie wir es noch heute tun.¹¹⁶ Jedoch ist anzumerken, dass die Juristen des usus modernus grundsätzlich am römischen Recht festhielten, auch wenn sie seine Modifikation zuließen.¹¹⁷

Ergebnisse dieser neuen wissenschaftlichen Denkweise waren etwa die Legitimation der Stellvertretung, des Vertrags zugunsten Dritter, der Forderungsabtretung und der allgemeinen Vertragsfreiheit – allesamt Institute, die nach dem bisherigen römischen Recht des mos italicus unzulässig gewesen waren.¹¹⁸ Der usus modernus erreichte im 18. Jahrhundert seine Blüte und lebte bis in das 19. Jahrhundert fort, hinein in die Zeit des Natur- bzw. Vernunftrechts (dazu nun) und Savignys Historischer Schule (6.).

¹⁰⁹ Maitland/Montague, A Sketch of English Legal History, 1915, S. 40.

¹¹⁰ Vgl. Gmür/Roth, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 300.

¹¹¹ Siehe Gmür/Roth, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 306; ferner bereits Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 176.

¹¹² Wesel, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 358.

¹¹³ Eine schöne Gesamtdarstellung bietet Heger, ZJS 2010, 29.

¹¹⁴ Gut erklärt wird die Wortschöpfung bei Wesel, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 358.

¹¹⁵ Vgl. Heger, ZJS 2010, 29 (30 f.); Wesel, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 358 f.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 214.

¹¹⁶ Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 214 f.

¹¹⁷ Klarstellend Hattenhauer, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Aufl. 1996, Rn. 28: „Der usus modernus hat das römische Recht nicht beseitigt.“

¹¹⁸ Eine Darstellung im Einzelnen bei Heger, ZJS 2010, 29 (33 f.).

5. Das Natur- bzw. Vernunftrecht

Im 17. und 18. Jahrhundert verlief eine weitere, sich zeitlich mit dem *usus modernus* überschneidende Strömung: Die Lehre vom Natur- oder auch Vernunftrecht¹¹⁹ (im Folgenden wird meist letztere Bezeichnung gebraucht). Als die Begründer dieses „Zeitalters des Vernunftrechts“¹²⁰ werden klassischerweise *Hugo Grotius* (1583–1645) und *Samuel Pufendorf* (1632–1694) angesehen. Der bereits uralte Begriff wurde verstanden als ein von Zeit, Ort und gesellschaftlicher Legitimation wie Entwicklung unabhängiges und damit auch unhistorisches Recht, das allein der menschlichen Vernunft und der Natur entspringt. Man wandte sich weg von der „historischen Autorität“ hin zu einer „Autorität der Vernunft“¹²¹. Prägend waren dabei die einsetzende Aufklärung sowie große Denker bis in die Antike hinein (von *Aristoteles* über *Thomas von Aquin* bis zu *Isaac Newton* und *Leibniz*). Als privatrechtliche Beispiele können hier die Vertragstreue (zu *pacta sunt servanda* aber später noch bei IV.), die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung oder auch die Unverletzlichkeit des Eigentums genannt werden.¹²² Diese Institute waren natürlich auch dem geltenden Recht nicht ganz fremd, weshalb viele der Vernunftrechtslehren mit diesem im Einklang standen und es gar rechtfertigten.¹²³ Kritisch beäugt wurde aber der große Einfluss des rezipierten römischen Rechts. Dieses sollte – so etwa die Forderung des deutschen Professors *Christian Thomasius* (1655–1728), der das *Corpus* ein „einfältig Büchlein“¹²⁴ nannte – zugunsten von Vernunft- und heimischem Partikularrecht zurückgedrängt werden.¹²⁵

Das vernunftrechtliche Gedankengut hatte bedeutenden Einfluss auf die weiteren Rechtentwicklungen und fand Eingang in zahlreiche der bald folgenden Kodifikationen-

6. Savignys Historische Schule und die Pandektenwissenschaft

Die Lehre vom Vernunftrecht, diese herumphilosophierende und nur „Luftgebäude“ schaffende „bare Träumerei“¹²⁶, hatte freilich nicht nur Anhänger. Der bis heute „Säulenheilige der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jh.“¹²⁷, *Friedrich Carl von Savigny* (1779–1861), sah in ihnen eine ernste Gefahr für das Reich und sein Recht – das römische. Als Gegenreaktion begründete er daher zu Beginn des 19. Jahrhunderts mit seinem Berliner Kollegen *Karl Friedrich Eichhorn* (1781–1854) im Zuge der allgemeinen Hinwendung zum geschichtlichen Denken die „Historische Schule“.¹²⁸

Diese betrachtete die Gegenwart als Ergebnis und notwendige Konsequenz der Vergangenheit. Wer die Gegenwart und das gegenwärtige Recht erfassen wollte, der musste daher allein die Vergangenheit gründlich studieren. Nach *Savigny* war das (Gewohnheits-)Recht als „natürliches Recht“ (nicht Naturrecht!) im Volk entstanden und entwickelt worden, es entsprang dem Volksgeist. Sodann traten die Juristen hinzu, denen es „als besondere Wissenschaft in die Hände“ gegeben wurde und

¹¹⁹ Zur Methodengeschichte und dem Gegensatz zur Historischen Schule *Pöggeler*, JA 1997, 339.

¹²⁰ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 249.

¹²¹ *Coing*, Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft, Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Bd. 6, 1967, S. 158.

¹²² Näher *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 145 ff.

¹²³ Vgl. *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 309.

¹²⁴ Siehe *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 310.

¹²⁵ Zu alledem *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 2019, Rn. 273 ff.

¹²⁶ Mit den Worten v. *Rottecks*, Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften, Bd. 1, 2. Aufl. 1840, VIII f.

¹²⁷ *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 442.

¹²⁸ Zu dieser anschaulich *Pöggeler*, JA 1997, 339 (340 ff.); *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, S. 144 ff.

deren Aufgabe es nun war, die Entwicklungen dieses dem Volksgeist entspringenden Rechts zu durchschauen und „frisch zu halten“¹²⁹. Der Jurist musste die historischen Fakten dabei frei von seinen eigenen Vorstellungen nehmen und durfte sich keine „moralisch-politische Beispielsammlung“ herauspicken.¹³⁰ Tat er dies, so brachte er „nicht mehr bloße Belege für im Voraus gewusste Wahrheiten“¹³¹ hervor, sondern das tatsächliche gegenwärtige Recht, „die Wahrheit selbst“. Es wird deutlich, dass diese strenge geschichtliche Schule einen scharfen Kontrast zu der völlig „ungeschichtlichen“¹³² Schule des Vernunftrechts bildete. Sie lieferte der Rechtswissenschaft nicht nur gründliche und systematische¹³³ (bis heute wertvolle) Darstellungen der Entwicklungen und Ursprünge des rezipierten römischen Rechts, sondern auch des deutschen Partikularrechts.¹³⁴ Zudem radierte sie die gegenseitigen Ergänzungen beider Rechte unter dem *usus modernus* wieder aus, weshalb dieser „im Schatten“ der Historischen Schule heute gemeinhin ein eher „kärgliches Dasein fristet“¹³⁵.

Savignys Schüler und Nachfolger¹³⁶ – zu nennen sind etwa *Gustav Hugo* (1764–1844), *G.F. Puchta* (1798–1846), *Bernhard Windscheid* (1817–1892) oder *Rudolf von Jhering* (1818–1892) – führten sein Werk fort. Sie systematisierten ihr „reines“ römisches Recht streng in allgemeine Rechtsbegriffe (wie Rechtsverhältnis, Rechtssubjekt, Rechtsgeschäft, subjektives Recht) und konzipierten ein Privatrechtssystem mit unserer heutigen Gliederung in allgemeinen Teil, Schuldrecht, Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht. Da dieses System im Grunde auf jedes Land der Welt übertragbar war, erlangten sie mit ihrer „Pandektenwissenschaft“ weltweites Ansehen.¹³⁷

IV. Das kanonische Recht

Bevor die Darstellung sich nun der Zeit der großen Kodifikationen – gewissermaßen dem krönenden Abschluss – zuwendet, muss noch ein weiterer Strang der Rechtsgeschichte beleuchtet werden. Das römische Recht war nämlich nicht das einzige, das ab dem 12. Jahrhundert in weiten Teilen Europas rezipiert wurde. Es hatte noch einen Zwilling: das kanonische Recht, also im Kern das Recht der römisch-katholischen Kirche. Dessen Rezeption verlief in vielerlei Hinsicht parallel¹³⁸ und es bildete

¹²⁹ Vgl. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 1840, IX–X, Erstes Kapitel, insbesondere S. 12 ff.

¹³⁰ Vgl. *Savigny*, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 1, 1815, S. 3.

¹³¹ *Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958, S. 17 ff.

¹³² *Savigny*, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 1, 1815, S. 2.

¹³³ *Savignys* Hauptwerk, „System des heutigen Römischen Rechts“ (1840–1849), enthält viele Rechtsinstitute, die ein unmittelbares Vorbild unserer heutigen Zivilrechtsdogmatik sind. Insbesondere die Selbstständigkeit des Erfüllungsgeschäfts, unser (international sehr einmaliges) Abstraktionsprinzip, verdanken wir ihm. Kaum beachtet ist dabei, dass *Savigny* hier womöglich ein Interpretationsfehler unterlaufen ist, wie etwa *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 447 meint. Das Abstraktionsprinzip war dem römischen Recht nämlich bis dato fremd (vgl. auch *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 98 f.). Vertiefend zu *Savignys* „Entdeckung“ *Prange*, in: Zivilrechtliche Entdecker, 2001, S. 73 ff.

¹³⁴ Zu seiner Methode sagt *Savigny*, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 1, 1815 auf S. 376 selbst: „Sie dringt auf genaue Erkundung des römischen Rechts, weil dieses durch unsere Geschichte ein Stück unsres Rechts geworden ist, aber sie fordert nicht weniger gründliches Studium des ursprünglichen Germanischen Rechts, ja auch der Modificationen, welche Römisches und Germanisches Recht durch Uebung und wissenschaftliche Behandlung vieler Jahrhunderte unter uns erfahren haben.“

¹³⁵ So *Heger*, ZJS 2010, 29 (29).

¹³⁶ Jedoch spalteten sich von *Savignys* „Romanisten“ auch einige als „Germanisten“ in eine germanistisch-historische Richtung ab (etwa *Eichhorn*, *Beseler* oder *Gierke*), vgl. *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 2019, Rn. 702 ff.

¹³⁷ Zu alldem *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 2019, Rn. 706 ff.; *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 405 ff.

¹³⁸ Vgl. *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 16 ff.

zusammen mit dem römischen Recht das (fast ganz Europa) gemeine Recht, das sog. *ius commune*.¹³⁹

Seit dem Aufstieg des Christentums und der „geistlichen“ Macht neben der „weltlichen“ etwa ab dem 4. Jahrhundert n. Chr. wurde das europäische Recht „in eineinhalb Jahrtausend staatskirchlicher Erziehungsarbeit bis in seine letzten Winkel christianisiert“¹⁴⁰. Das christliche, kanonische Recht trat als „zweite juristische Disziplin“¹⁴¹ neben das weltliche (= römische und partikuläre). Es setzte sich insbesondere aus dem gottgegebenen, durch die Bibel überlieferten und dem menschlichen, von den Päpsten und Bischöfen erlassenen Recht zusammen. Bis zum Ende des 11. Jahrhunderts war es eine zerstreute, aus unzähligen Einzelregeln bestehende Rechtsmasse. Veränderung ging erst um 1140 von der uns bereits bekannten „Wiege der Rechtserneuerung“¹⁴² aus: Bologna. Der Mönch *Gratian*, beeinflusst von der gerade erwachenden römischen Rechtswissenschaft durch seinen Zeitgenossen *Irnerius* (siehe oben), brachte dort (eigentlich in einer Privatarbeit) die erste große Zusammenstellung des kanonischen Rechts hervor, das sog. *Decretum Gratiani*. Dies war genau das, was die nach dem gewonnenen „Investiturstreit“¹⁴³ nun auf dem Höhepunkt ihrer Macht stehende Kirche brauchte. Ein rationales System, das die Religion beherrschbar machte. Die Kirche nahm das Werk *Gratians* daher dankbar an. Auch wenn es – wie das *Corpus iuris civilis* – nie eigentliche Gesetzeskraft erlangte, bildete es fortan zusammen mit den päpstlichen Gesetzessammlungen *Liber extra*, *Liber sextus* und den *Clementinae* (13./14. Jahrhundert) die wichtigsten Quellen des kanonischen Rechts. Diese wurden – die Parallele zum *Corpus iuris civilis* wird nun überdeutlich – als das *Corpus iuris canonici* bekannt. Das kanonische Recht nach dem *Corpus iuris canonici* wurde in den folgenden Jahrhunderten wie das römische in großen Teilen Europas rezipiert. Beide Rechte beeinflussten sich wechselseitig.¹⁴⁴ Auch der methodische Umgang deckte sich weitgehend, etwa das Glossieren und Kommentieren.¹⁴⁵ Und ebenfalls waren die Universitäten die Verbreiter. Die Juristen studierten oft beides, römisches und kanonisches Recht. Sie waren „Doktoren beider Rechte“. Doch wurde durch die bereits allorts bestehenden und einflussreichen kirchlichen Gerichte das kanonische Recht deutlich früher in Europa rezipiert.¹⁴⁶ Die gelehrten Juristen, die in die kirchlichen Gerichte ihrer Heimatländer einzogen, konnten das kanonische Recht dort gleich zur Anwendung bringen. Da das kanonische auch vom römischen Recht geprägt war, war es hierdurch dessen Rezeptionsvorläufer. Es bildete gewissermaßen die „Brücke, über welche das römische Recht bequem in Deutschland einziehen konnte.“¹⁴⁷ Eine große Neuordnung erfuhr das kanonische Recht erst 1917 und 1983 mit dem *Codex iuris canonici*.¹⁴⁸ Dieser ist das noch heute innerhalb der katholischen Kirche geltende Gesetz-

¹³⁹ Die getrennte Darstellung von römischem und kanonischem Recht erfolgt hier, um das „Geflecht der Geschichte“ etwas zu entknoten und so das Verständnis zu erleichtern.

¹⁴⁰ *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 375.

¹⁴¹ *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 12. Aufl. 2005, S. 234.

¹⁴² *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 16.

¹⁴³ Dazu anschaulich *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 670 ff.

¹⁴⁴ Vgl. *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, S. 102 ff.

¹⁴⁵ Zu alldem *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 2019, Rn. 196 ff.; *Meder*, Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 2008, S. 135 ff.; *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, S. 22 ff.; *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 309 f.; *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 16 f.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 74 ff.

¹⁴⁶ Sog. Frührezeption, vgl. *Coing*, Das Eindringen des Römischen Rechts in das Recht des Hochmittelalters in Deutschland, Referate zum IV. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Paris 1954, 1954, S. 10 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 114 ff.

¹⁴⁷ *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 330.

¹⁴⁸ Einen kompakten Gesamtüberblick bietet *Plöchl*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 2, 1978, Sp. 771 ff.

buch.¹⁴⁹

Zahlreiche unserer heutigen privatrechtlichen Institute sind maßgeblich auf das kanonische Recht zurückzuführen.¹⁵⁰ Während das römische Recht vor allem das Schuld- und Sachenrecht beeinflusste, war es beim kanonischen bereits aufgrund ihrer „rein geistlichen Natur“¹⁵¹ (*causae mere spirituales*) die Ehe. So hat die Kirche etwa zur Gleichberechtigung der Ehefrau und zur Treuepflicht als eine gegenseitige Pflicht beigetragen.¹⁵² Dies überrascht weniger, wenn man sich vergegenwärtigt, dass nach altem römischem Recht die Ehefrau ihrem *pater familias* („Hausherr“) mit seiner *patria potestas* („Hausgewalt“) und *vitae necisque potestas* („Macht über Leib und Leben“) noch völlig unterworfen war.¹⁵³ Daneben haben die geistlichen Gerichte aber auch aufgrund eines sachlichen Zusammenhangs mit geistlichen Inhalten (*causae spiritualibus annexae*) über etliche weitere privatrechtliche Fragen entschieden, lange bevor weltliche Gerichte es taten. So wurde die christliche Prägung in alle Ecken des Privatrechts getragen. Im „Kampf gegen die Sünde“¹⁵⁴ wurde etwa gerichtet, dass man für eine Ersitzung den gesamten Ersitzungszeitraum über gutgläubig (*bona fides*) sein muss (§ 937 Abs. 2 BGB) oder man sich grundsätzlich an seine Versprechen zu halten hat („ein Mann, ein Wort“, was zu unserem heutigen *pacta sunt servanda* führte¹⁵⁵). Zudem stellte die Kirche ein Wucherverbot sowie ein Zinsverbot auf, weshalb die Juden lange Zeit das Kreditgeschäft dominierten. Allgemein setzte sie sich für mehr Billigkeit und Gerechtigkeitserwägungen im Privatrecht ein und tat so Vorarbeit für §§ 242, 138 und 826 BGB.¹⁵⁶

V. Das partikuläre Recht

Bekannt ist nun das gemeine (römisch-kanonische) Recht, das allgemein in Deutschland und Kontinentaleuropa Anwendung fand. Demgegenüber darf die Regelungsvielfalt des partikulären Rechts nicht übersehen werden. Dieses Recht galt – wie bereits angedeutet – nur in Teilgebieten, Regionen, Städten und Orten als geschriebenes Recht oder bloße Gewohnheit. Das Partikularrecht wurde durch die Rezeption des gemeinen Rechts, insbesondere durch die Rechtsprechung des Reichskammergerichts (siehe oben), zwar etwas zurückgedrängt, doch darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass ihm stets eine beträchtliche Bedeutung zukam.¹⁵⁷ In Prozessen beriefen sich die Parteien auch vor dem Reichskammergericht sowohl auf gemeine als auch partikuläre Rechtssätze oder gar auf ein

¹⁴⁹ Das kanonische Recht kann in besonderen Studiengängen auch heute noch studiert und vor speziellen kirchlichen Gerichten angewandt werden.

¹⁵⁰ Beispielsammlungen finden sich etwa bei *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte, 2013, S. 47 f.; *Meder*, Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 2008, S. 139 ff.; *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 17 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 76 ff.

¹⁵¹ *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 17.

¹⁵² Dazu etwa folgender Auszug aus dem 1. Korintherbrief 7, 4: „Die Frau ist ihres Leibes nicht mächtig, sondern der Mann. Desgleichen ist der Mann seines Leibes nicht mächtig, sondern die Frau.“

¹⁵³ Für Interessierte: *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 29 ff., 100 f.

¹⁵⁴ *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 20.

¹⁵⁵ Vgl. zu diesem „Eckpfeiler“ unseres BGB *Dolezalek*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 3, 1984, Sp. 1400 ff.; *Zimmermann*, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990, S. 542 ff.

¹⁵⁶ Vgl. *Becker*, Spuren des kanonischen Rechts im Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Zimmermann/Knütel/Meincke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 165.

¹⁵⁷ Als Faustregel kann gelten: Das Partikularrecht wurde dort eher romanisiert, wo es zersplitterter und weniger entwickelt und aufgezeichnet war, was insbesondere in den Territorien und weniger in den großen Städten der Fall war (vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 195 sowie die Schaubilder auf S. 199).

„Mischrecht“¹⁵⁸. Es herrschte ein Neben- und auch Ineinander der beiden Rechte, ein „kaum vorstellbarer Rechtspluralismus“¹⁵⁹. Ab dem 15. Jahrhundert nahm die partikuläre Rechtsmasse sogar noch zu, bedingt durch zahlreiche Stadt- und Landrechtsreformationen, „tausendfach“ erlassene Polizeiordnungen¹⁶⁰ (die auch Privatrechtliches regelten¹⁶¹) sowie die zunehmende Verschriftlichung und wissenschaftliche Aufarbeitung der altdeutschen Rechte.¹⁶² Denn wie gesehen wandte sich die Rechtswissenschaft dem Partikularrecht verstärkt zu. Zunächst im *usus modernus pandectarum* (insb. durch *Hermann Conring*), sodann in den Vernunftrechtslehren (insb. durch *Christian Thomasius*) und schließlich im germanistischen Zweig der Historischen Schule (insb. durch *Eichhorn*, *Beseler* und *Gierke*).¹⁶³

Es existierten in Deutschland natürlich viele verschiedene Partikularrechte und es bestand keine wirkliche Einheit.¹⁶⁴ Doch gab es manche Rechtswerke, die weite Verbreitung fanden, allen voran der *Sachsenspiegel*.¹⁶⁵ Er wurde von dem ansonsten wenig bekannten *Eike von Repgow* bereits um 1220 geschrieben und fasste vor allem das bisherige Recht des Reichs und der Sachsen zusammen. Diese eigentliche Privatarbeit wurde bald von den sächsischen Gerichten wie geltendes Recht angewandt (eine gewisse Parallele zum Werk *Gratians* wird erkennbar) und war ein Vorbild¹⁶⁶ für viele Rechtsbücher anderer Territorien, etwa den *Schwabenspiegel*.¹⁶⁷

VI. Der Weg zur Kodifikation

Nachdem die Stränge des historischen Rechts (römisches, kanonisches und partikuläres) und ihre wichtigsten rechtswissenschaftlichen Strömungen dargestellt wurden, soll nun abschließend aufgezeigt werden, wie es zu den heutigen bürgerlichen Gesetzesbüchern kam und wovon diese geprägt wurden.

1. Die Zeit der Vernunftrechtskodifikationen

Den Begriff der „Kodifikation“ als eine abschließende, lückenlose Gesetzgebung prägte der Engländer *Jeremy Bentham*. „Whatever is not in the code of laws, ought not to be law.“¹⁶⁸ Genau dies war bereits die Vision der Vernunftrechtslehren (siehe oben). Die revolutionäre Idee einer Kodifikation der gesamten Rechtsordnung in rein rationalen Rechtssätzen als „Vorentwurf einer besseren Zukunft“¹⁶⁹. Das passte auch in das Konzept der sich aus dem Reichsverband lösenden, aufgeklärten

¹⁵⁸ Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 2019, S. 122 f.

¹⁵⁹ Oestmann, Rechtsvielfalt vor Gericht: Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich, 2002, S. 681.

¹⁶⁰ Umfassend Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 189 ff.

¹⁶¹ Vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 198 ff.

¹⁶² Vgl. zu der Zitierung und insgesamt Oestmann, Rechtsvielfalt vor Gericht: Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich, 2002, S. 681 ff.

¹⁶³ Vgl. hierzu bereits III. 4.–6. sowie Becker, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 3, 1984, Sp. 1524.

¹⁶⁴ Vgl. Wesel, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, Rn. 223.

¹⁶⁵ Eine verständliche Darstellung am Beispiel des Erbrechts bietet Armbrüster, JuS 2006, 1113.

¹⁶⁶ Ein Schaubild zu den Nachahmungen des Sachsenspiegels zeigt Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 199.

¹⁶⁷ Näher Gmür/Roth, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 196 ff.; Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 868 ff.; Wesel, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, Rn. 220 ff.

¹⁶⁸ Bentham, General View of a Complete Code of Laws, 1802, in: The Works of Jeremy Bentham, Bd. 3, 1843, S. 205.

¹⁶⁹ Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 324.

Fürsten und Landesherren, die sich als „allein der Vernunft und dem Gemeinwohl verpflichtet“¹⁷⁰ sahen oder dies zumindest suggerieren wollten. Ihnen diente die vernunftrechtliche Kodifikation als ein Mittel des Umbaus der Gesellschaft und der Sicherung ihrer Macht.¹⁷¹

Den ersten Anlauf nahm der bayerische Kurfürst *Maximilian III. Joseph* mit seinem *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* von 1756. Dieser Codex folgte jedoch noch mehr dem römischen Recht als dem Vernunftgedanken.¹⁷² Deutlich aufgeklärter, wenngleich absolutistisch geprägt, war das über 20.000 Paragraphen umfassende preußische Allgemeine Landrecht von 1794. Dieses stellte eine „bewundernswürdige Synthese“¹⁷³ von Vernunftrecht, gemeinem und partikulärem Recht dar, die sich wegen ihrer leichten Verständlichkeit großer Beliebtheit im Volk erfreute.¹⁷⁴ Einen mit nur 1502 Paragraphen deutlich kompakteren und abstrakteren vernunftrechtlichen „Gleichlauf“¹⁷⁵ bildete das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch Österreichs von 1812.¹⁷⁶

Ein weiteres Aufklärungswerk, diesmal aber revolutionären Ursprungs, war der von *Napoleon* selbst mitgestaltete französische *Code civil* von 1804. Dieser bildete wiederum eine Synthese von Vernunft-, Gemein- und Partikularrecht, in seinem Zentrum stand jedoch nun die Freiheit und Gleichheit aller Bürger. Dieses „erfolgreichste Gesetzbuch des Jahrhunderts“¹⁷⁷ war allen vorgenannten Werken an „Präzision, Klarheit und Schärfe überlegen“¹⁷⁸ und fand im Zuge der napoleonischen Kriege Verbreitung in Europa und auch Teilen Deutschlands.¹⁷⁹

2. Die Kodifikation in Deutschland¹⁸⁰

Im Lichte dieser Geschehnisse verfasste der Rechtsgelehrte *Anton F.J. Thibaut* 1814 eine berühmte Schrift, in der er dafür plädierte, auch für Gesamtdeutschland sei die Zeit reif für eine einheitliche Kodifikation des Privatrechts. Man sollte an die „höchst lehrreichen Vorarbeiten“ in Preußen, Österreich und Frankreich anknüpfen.¹⁸¹ Dem widersprach *Savigny* in seiner nicht minder bekannten *Gegenschrift* noch im selben Jahr scharf. Eine Kodifikation auf der Grundlage des Vernunftrechts war ihm eine „völlig hohle Ansicht“¹⁸². Der Rechtsstoff musste im Sinne der Historischen Schule zunächst vollständig durchdrungen werden, was noch nicht geschehen war. Bis dahin war eine Kodifikation untauglich und bloßes Ergebnis gesetzgeberischer Willkür, die der historischen Rechtsentwicklung nur geschadet hätte.

In dieser Kontroverse der beiden „führenden Köpfe des deutschen Zivilrechts“¹⁸³ sollte *Savigny* sich vorerst durchsetzen. Deutschland war spätestens seit der Niederlegung der Kaiserkrone durch *Franz II.* und der Gründung des Rheinbundes (beides 1806) zersplittert, der bekannte deutsche

¹⁷⁰ *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, S. 111.

¹⁷¹ Vgl. zu alldem *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, S. 111 f.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 322 ff.

¹⁷² Vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 326 f.

¹⁷³ *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 315.

¹⁷⁴ Vertiefend *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 327 ff.

¹⁷⁵ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 335.

¹⁷⁶ Näher *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 163 ff.

¹⁷⁷ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 344.

¹⁷⁸ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 342.

¹⁷⁹ Kompakt zu Entstehung, Inhalt und Verbreitung des *Code civil* *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 161 ff.

¹⁸⁰ Ausführlich zu dieser insgesamt *Fortunato*, ZJS 2009, 327.

¹⁸¹ *Thibaut*, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814, S. 34 ff.

¹⁸² *Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, 2. Aufl. 1828, S. 18.

¹⁸³ *Hattenhauer*, Thibaut und Savigny: Ihre programmatischen Schriften, 1973, S. 9.

„Flickenteppich“ aus vielen Territorien. Eine überterritoriale Rechtsvereinheitlichung, die die deutschen Fürsten nur geschwächt hätte, war noch eine Utopie.

Dies sollte sich bis zur Reichsgründung 1871 nicht grundlegend ändern.¹⁸⁴ Nachdem 1873 aber die Reichsgesetzgebungskompetenz für das bürgerliche Recht geschaffen wurde, machte man sich gleich an die Arbeit. Eine erste Kommission und ihre Vorkommission aus Fachleuten sichtet ab 1874 das geltende territoriale (partikuläre) und gemeine Recht. 1887 wurde ein erster Gesetzesentwurf vorgelegt. Aus vielen Ecken kam aber Kritik. Man stellte fest, dass sich fast allein der römisch-rechtliche Zweig der Historischen Schule, die Pandektistik, durchgesetzt hatte und ein übergenaues, doktrinäres Werk geschaffen wurde. Zudem wurde von *Otto von Gierke* das Fehlen des berühmten „Tropfens sozialistischen Öles“ bemängelt.¹⁸⁵ Es wurde daher 1890 eine zweite Kommission beauftragt, diesmal auch mit Nichtjuristen. Verändert wurde an dem romanistisch-akribischen, unsozialen Gesamtcharakter des Entwurfs dennoch nur wenig, sodass der zweite Entwurf, der 1895 dem Bundesrat zur Beratung vorgelegt wurde, dem ersten weitgehend entsprach. Nach Zustimmung des Bundesrats wurde der Gesetzesentwurf Anfang 1896 dem Reichstag vorgelegt, der ihn nach weiteren nur kleinen Änderungen im Juli mit großer Mehrheit (aber gegen die Stimmen der Sozialisten) annahm. Im August 1896 wurde das Gesetz von Kaiser *Wilhelm II.* ausgefertigt und im Reichsgesetzblatt verkündet. In Kraft trat das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich“ bekanntlich am 1. Januar 1900.¹⁸⁶

Wer dem Beitrag bis hierhin in seinen Grundzügen folgen konnte, dürfte einen passablen Eindruck unserer Privatrechtsgeschichte bis in das 20. Jahrhundert gewonnen haben, gegen so manche Prüfungsfragen gewappnet sein und hat im besten Falle sogar ein rechtsgeschichtliches Interesse in sich entdeckt. Es sollte sich auch offenbart haben, dass die Privatrechte der kontinentaleuropäischen Länder auf demselben Ursprung und einer fast einheitlichen Entwicklung fußen und der heutige überwiegend nationale Blick auf das Recht als ein Ergebnis der Kodifikationen im 19. Jahrhundert „überraschend jung ist.“¹⁸⁷ Die Geschichte endet natürlich nicht hier, doch wird der Fortgang des Privatrechts und des BGB bis in unsere Gegenwart von anderen hervorragend dargestellt.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Jedoch konnten nach Gründung des deutschen Zollvereins bereits eine Wechselordnung (1848) und ein Handelsrecht (1861) geschaffen werden.

¹⁸⁵ *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 10.

¹⁸⁶ Zu alldem und dem „Geist“ des BGB *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 208 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 468 ff.

¹⁸⁷ *Coing*, Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft, Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Bd. 6, 1967, S. 149.

¹⁸⁸ So etwa von *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 181 ff., 229 ff.; *Laufs*, JuS 2000, 1; *Taupitz/Wille*, JA 2005, 385; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 27, 30; *Wesel*, Geschichte des Rechts, 5. Aufl. 2022, Rn. 285, 294, 304, 306, 320, 322, 342, 344; *Wesel*, Rechtsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, 2019.