

# IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts  
für Europäische Rechtsgeschichte  
Frankfurt am Main

I

Herausgegeben von  
HELMUT COING  
Direktor des Instituts



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1967

## KLAUS LUIG

### Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht

#### I.

Das in Deutschland seit der Rezeption geltende Privatrecht war ein Mischrecht, das zum Teil auf dem *Corpus Iuris* Justinians, zum andern Teil auf einheimischen Quellen beruhte. Die in der Regel nach der Ordnung der römischen Quellen aufgebauten, aber doch — wie es eigentlich selbstverständlich ist — am Stoff orientierten Lehrbücher verknüpften in der Darstellung unter Weglassung des nicht mehr Gebräuchlichen die Rechtssätze beider Quellenkreise miteinander<sup>1</sup>. Die deutsche Rechtswissenschaft war, wie der Titel eines der beliebtesten Lehrbücher dieser Zeit zeigt, eine *Iurisprudentia romano-germanica*<sup>2</sup>. Ein solches Buch entsprach der Quellenlehre Conrings<sup>3</sup> und den Anforderungen, die er — selbst ein Anhänger der Verbesserung des Rechtszustandes durch die Gesetzgebung<sup>4</sup> — an eine als Vorbereitung für die *iuris nostri emendatio* zu schreibende Darstellung des tatsächlich geltenden Rechts stellte<sup>5</sup>.

Conring Cap. 35:

Consultum postremo fuerit, quae utilia sunt ex consuetudine aut iure scripto sed usu recepta, seligere in exiguum libellum. Ita enim quam minima turbatio orietur ex correctione. Quoniam vero ius illud scriptum passim continetur in legibus etiam civilibus Romanis, et Pontificis decretis, et doctorum sententiis, hinc adeo ex omnibus hisce fontibus hauriendum fuerit id quod ex usu est, reliquis sepositis.

<sup>1</sup> STINTZING, R. und ERNST LANDSBERG: Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Zweite Abtheilung, München und Leipzig 1884, p. 11 et passim.

<sup>2</sup> STRUVE, GEORG ADAM: *Iurisprudentia Romano-Germanica Forensis*, Jenae 1670, 18. Aufl. Bambergae et Herbipolis 1767.

<sup>3</sup> STINTZING-LANDSBERG II, p. 175 und 176.

<sup>4</sup> STINTZING-LANDSBERG II, p. 177.

<sup>5</sup> CONRING, HERMANN: *De origine iuris Germanici liber unus*, Helmstadii 1643; abgedruckt in: *Hermanni Conringi Operum Tomus VI.*, Brunsvigae 1730, p. 89—188. Vgl. STINTZING-LANDSBERG II, p. 176.

Die Untersuchung setzt in dem Zeitpunkt ein, wo einzelne Autoren begannen, einen Fehler in der vermischten Darstellung des römischen und deutschen Rechts zu sehen, und anfangen, die auf deutschrechtlichen Quellen beruhenden Bestandteile des geltenden Privatrechts getrennt von den römischen Regeln in eigenen Systemen gesondert darzustellen. Die in diesen Systemen entwickelten Lehren wurden im Gegensatz zum *Ius romano-germanicum* als *Ius germanicum*, später als *deutsches Privatrecht* bezeichnet.

Zur Herstellung solcher Lehrgebäude führte das Zusammentreffen verschiedener Gedanken.

1. Der Vorrang des Statutarrechts vor dem römischen Recht war nie bezweifelt worden. Erst im 17. Jahrhundert beginnt aber eine selbständige wissenschaftliche Bearbeitung von Statutarrechten, wodurch diese ihren Anwendungsbereich in der Praxis vergrößern.

Exemplarische Bedeutung hat hier Mevius' Kommentar zum Stadtrecht von Lübeck<sup>6</sup>. Mevius spricht — soweit ersichtlich — als erster für ein deutsches Partikularrecht den Grundsatz aus, daß bei dessen Auslegung auf das gemeine Recht erst an letzter Stelle zurückgegriffen werden dürfe<sup>7</sup>. Er geht davon aus, daß man wegen der Verschiedenheit der staatlichen Verhältnisse nicht ohne weiteres das römische Recht in Lübeck anwenden dürfe:

Quaestio prima praeliminaris Nr. 57

Ut non leviozem errorem illos errare existimem, qui ex iuris civilis rationibus statutorum aequitatem examinant, quam qui ad eandem formam cui libet aetati, sexui, et corpori crepidas calceosve conficiunt.

Auf dieser Grundlage entwickelt er die Lehre von der Anwendung des Statutarrechts.

In erster Linie müsse das lübische Recht aus sich selbst heraus ausgelegt werden, nämlich aus dem Wortlaut des Statutes<sup>8</sup>, nach *observantia* und

<sup>6</sup> MEVIUS, DAVID: Commentarius in ius Lubecense I—IV, Lipsiae 1642—1643; hier wurde die vierte Aufl. benutzt, die erschien als Commentarii in ius lubecense libri quinque, editio quarta Francofurti et Lipsiae 1700. Ältere Literatur zu einzelnen Stadt- oder Landrechten ist verzeichnet bei Pütter, Johann Stephan: Neuer Versuch einer juristischen Encyclopaedie und Methodologie, Göttingen 1767, p. 203 sqq.

<sup>7</sup> Quaestio decima praeliminaris Nr. 32. Vgl. STINTZING-LANDSBERG II, p. 126. Zu der konservativen Ansicht von CARPZOV vgl. HEINE, Zur Methode in Benedikt Carpzovs Werken, SZRom 82 (1965) 266, 267. Aber auch für das sächsische Recht findet sich schon bei BERLICH eine Äußerung, die mehr in die Richtung der Ansicht von MEVIUS geht; BERLICH, Matthias: Decisiones aureae . . . nunc tertium editae, Lipsiae 1656, Dec. 115 Nr. 11: Statutum potis ex alio statuto quam ex iure communi debet declarari et suppleri . . .

<sup>8</sup> Quaestio decima Nr. 1—3.

*consuetudo*<sup>9</sup>, aus dem Vorwort des Statutes und den einzelnen Titelrubriken<sup>10</sup> oder schließlich einem in demselben *Codex* enthaltenen Statut<sup>11</sup>. Mevius kann sich für seine Theorie<sup>13</sup> auf Äußerungen von Roland a Valle<sup>14</sup>, Dominicus Tuscus<sup>15</sup>, der seinerseits an der angezogenen Stelle Baldus zitiert, sowie weiter von Everhardus<sup>16</sup> und dann auch schon von Cothmann<sup>17</sup> berufen. Bei allen diesen Autoren erscheinen die von Mevius verwendeten Bemerkungen aber nur als Ausnahmen der Regel *statutum debet interpretari secundum ius commune*. Mevius gibt diese Regel ohne besondere Auseinandersetzung auf und formt aus den seit Bartolus und Baldus anerkannten Ausnahmen davon eine eigene Theorie der Anwendung des lübischen Rechts.

Damit hat er den statutenfeindlichen Satz der im römischen Recht erzogenen Juristen *statuta sunt stricte interpretanda*<sup>12</sup> überwunden und als erster ein Partikularrecht als in sich geschlossenes geistiges System verstanden, das nicht vor dem Hintergrund des römischen Rechts gesehen werden darf.

Mevius hat mit seinen Bemühungen, das lübische Recht vom römischen Recht zu lösen, im Ergebnis keinen vollen Erfolg gehabt. „Da es an einer deutschrechtlichen Theorie fehlte, . . . , war es unvermeidlich, daß Mevius die für die juristische Beurteilung leitenden Gesichtspunkte dem römischen System entnahm . . .“<sup>18</sup>.

Die theoretischen Überlegungen von Mevius haben aber in der Literatur zu anderen Partikularrechten weiter gewirkt. Für das Herzogtum Preußen untersucht Zacharias Hess die von der herrschenden Meinung

<sup>9</sup> Quaestio decima Nr. 4—6.

<sup>10</sup> Ibid. Nr. 22—25.

<sup>11</sup> Nr. 26.

<sup>12</sup> Vgl. WIEACKER, FRANZ: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1952, p. 69; MITTEIS, HEINRICH: *Deutsches Privatrecht*, neubearbeitet von HEINZ LIEBERICH, 4. Aufl. München und Berlin 1963, p. 10.

<sup>13</sup> Für Italien vgl. KOSCHAKER, PAUL: *Europa und das römische Recht*, 4. unveränderte Auflage, München und Berlin 1966, p. 89.

<sup>14</sup> Quaestio decima Nr. 26. VALLE, ROLANDUS a: *Consilia sive Respona*, Francofurti ad Maenum 1584, Vol. 3, Cons. 62, Nr. 30. VALLE zitiert u. a. BARTOLUS.

<sup>15</sup> Quaestio decima Nr. 26. TUSCUS, DOMINICUS: *Practicarum conclusionum iuris Tomus septimus*, editio quarta, Lugduni 1661, Conclusio 573 Nr. 63 sqq.

<sup>16</sup> Quaestio decima Nr. 28.

<sup>17</sup> Quaestio decima Nr. 26. COTHMANN, ERNST: *Responsorum iuris et consultationum Volumen VI.*, Francofurti 1662, Responsum 20, Nr. 21: *At certum est parte statuti una alteram explicandam interpretandam . . . COTHMANN hält aber grundsätzlich am Gebot der strikten Interpretation fest (ebenda Nr. 7). Die Respona waren vorher 1597 zu Frankfurt erschienen.*

<sup>18</sup> STINTZING-LANDSBERG II, p. 138.

verteidigte Regel *Iura statutaria ita interpretanda ut quam minime recedant a iure communi sive Romano* und verneint unter Berufung auf Mevius deren Geltung<sup>19</sup>. Ich zitiere diese Schrift, weil sie höchstwahrscheinlich die Meinung des für die hier behandelte Materie bedeutenden Christian Thomasius wiedergibt, unter dessen Vorsitz Hess im Jahre 1694 in Halle mit einer Dissertation *De usu iuris paterni Romanorum secundum mores Germaniae et Ius Borussicum revisum* promoviert hatte<sup>20</sup>. In einer späteren Dissertation bezeichnet es Hess schon als herrschende Meinung, daß alles partikulare Recht nicht mit Hilfe des römischen, sondern aus eigenen Quellen und Umständen zu erklären sei. Jetzt beruft sich Hess hierfür auf Grotius, Pufendorf und Thomasius<sup>21</sup>. Darüber hinaus wird der Satz, daß man die Partikularrechte nicht aus dem römischen Recht interpretieren dürfe, zu einer festen Regel, die fast alle Dissertationen und Monographien über partikularrechtliche Materien zitieren<sup>22</sup>. Es ist auch Bestandteil der Quellenlehre von Samuel Stryk, der nicht einem bestimmten Partikularrecht verpflichtet ist. Stryk formuliert dabei folgende Regel:

Discursus praeliminaris § 33

Et inde si Statuta dubia, nec ex ratione colligi evidenter possit, quorum collineet intentio statuentium, nec similia Statuta in eadem provincia adsint, unde argumentum sumi possit, arg. L. 12. ff. de LL. tunc omnino verum est, Statuta ex iure communi interpretanda . . . <sup>23</sup>

2. Ein zweiter, für das deutsche Privatrecht noch wichtigerer Gedanke findet sich ebenfalls bei Mevius in der *Quaestio praeliminaris decima* seines

<sup>19</sup> HESS, ZACHARIAS: *De usu et auctoritate iuris Romani in foris Prussiae ducalis*, Regiomonti 1698, § 9 und § 13. Von Mevius zitiert Hess allerdings nur die *Quaestio praeliminaris prima* Nr. 57.

<sup>20</sup> LIEBERWIRTH, ROLF: *Christian Thomasius — Sein wissenschaftliches Lebenswerk*, Weimar 1955, Nr. 95. Lieberwirth erwähnt, daß Hess später Professor in Königsberg wurde. Demnach handelt es sich bei der hier zitierten Arbeit wohl um seine Königsberger Antrittsdisputation, deren vollständiger Titel lautet: *De usu et auctoritate iuris Romani in foris Prussiae ducalis, Ex decreto inclytae Facultatis iuridicae, pro receptione*, in *Academia Albertina disputavit Zacharias Hess, J.U.L. et Prof. Design. respondente Conrado Stein*, Rostoch.

<sup>21</sup> HESS, ZACHARIAS: *Diss. de immissione ex causa iudicati in actione personali*. Ad Lib. I. Tit. 47. Art. 2. *Iuris Prutenici*, Regiomonti 1705.

<sup>22</sup> z. B. LUDEWIG, JOHANN PETER: *Diss. Differentias iuris feudalis communis atque Porussici . . . respondebit . . .*, Halae Venedorum 1716, Diff. IV, p. 11. Weitere Titel bei Pütter in der oben Note 6 zitierten Schrift.

<sup>23</sup> STRYK, SAMUEL: *Specimen usus moderni pandectarum*. Hier wurde benutzt: *Editio VIII.*, Halae Magdeburgicae 1738. Der *Discursus praeliminaris* trägt den Titel: *De usu et auctoritate iuris Romani in foris Germaniae*. Zu der im Text zitierten Stelle vgl. STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 67.

Kommentars zum Stadtrecht von Lübeck. Während sich Stryk auf die *Statuta in eadem provincia* beschränkt, will Mevius bei der Auslegung des Statutarrechts noch vor der Anwendung des römischen Rechts das Recht und die Gewohnheiten benachbarter Territorien heranziehen.

Quaestio decima Nr. 30

Decimo, statuta ex vicinorum locorum iure et consuetudine interpretanda sunt . . . Consuetudines de loco ad locum contiguum, non habentem dissimilia iura, recte porriguntur . . .

In dieser Forderung steckt im Keim der Gedanke, aus dem Vergleich verschiedener deutschrechtlicher Quellen mit partikulärer Geltung könnten allgemeine Grundsätze des deutschen Rechts gewonnen werden. Mevius selbst hat diesen Gedanken aber noch nicht ganz klar ausgesprochen und noch keine vergleichenden Arbeiten unternommen<sup>24</sup>.

Für seine Auslegungsregel stützt sich Mevius in erster Linie auf eine Stelle aus dem *Corpus Juris*, nämlich D.1.3.32 pr. Diese Stelle kann Mevius' Ansicht nicht befestigen. Es bleibt aber erwähnenswert, daß sich Mevius auch dort des römischen Rechts zur Argumentation bedient, wo es ihm darum geht, seinen Anwendungsbereich zu verkleinern. Die wichtigste Quelle für die Lehre von Mevius ist Paulus de Castro, den Mevius allerdings nicht unmittelbar benützt, sondern nach den Consilien von Aymon Cravetta zitiert<sup>25</sup>. Cravetta setzt sich nämlich an der angezogenen Stelle mit mehreren Zitaten von Paulus de Castro auseinander, die nicht alle den gleichen Inhalt haben. Eines davon scheint Mevius von Cravetta übernommen zu haben; denn Mevius nennt de Castro mit einer Stelle, die nicht einschlägig ist, von Cravetta aber auch zitiert wird. Ein anderes Consilium von de Castro<sup>26</sup> wird jedoch nicht nur von Cravetta, sondern auch von Antonius Gabriel<sup>27</sup> im angegebenen Sinne verwendet. Letzteren übernimmt wiederum Mevius fast wörtlich. Schließlich führt Mevius noch den sächsischen Juristen Rauchbar für seine Auslegungsregel an.

<sup>24</sup> STINTZING-LANDSBERG II, p. 137 und 138.

<sup>25</sup> CRAVETTA, AYMON: Consiliorum sive Responsorum . . . Primus et Secundus Tomus, Venetiis 1548, Cons. 118 Nr. 3: „Rursus si talis observantia constare non possit in patria ipsa, recurrendum est ad patris vicinorum, . . .“ Nr. 4: „In qua re considerandum est, quod ista consuetudo potius recipit declarationem aut interpretationem ab una alia consuetudine quam a iure scripto, prout dicitur de statuto . . .“

<sup>26</sup> CASTRENSIS, PAULUS: Consiliorum sive Responsorum . . . vol. primum, Augustae Taurinorum 1580, Cons. 372, Summarium Nr. 2: „Consuetudo vicinorum locorum servatur.“

<sup>27</sup> GABRIEL, ANTONIUS: Communes conclusiones, Venetiis 1574, Buch V, Conclusio 2 (Mevius zitiert irrtümlich 7) Nr. 15.

Auch hier gibt es demnach eine Tradition von Lehrmeinungen, die Mevius für seine Bearbeitung des lübischen Partikularrechts nutzbar machen kann. In der Folgezeit entsteht eine Reihe von Arbeiten, in denen Rechte einzelner Territorien miteinander verglichen werden<sup>28</sup>.

3. In Deutschland war die Überzeugung nie abhandengekommen, daß außer dem Statutarrecht auch ungeschriebenes, hergebrachtes Gewohnheitsrecht, *consuetudo*, als geltendes Recht angewendet werden könne. Conring stellte das als ganz unstreitig hin.

De origine iuris Germanici, Cap. 34:

Nec est quem lateat, quanta hodieque consuetudinum sive ubivis sive hic alibi receptorum sit auctoritas<sup>29</sup>.

Hierbei wird zwischen in ganz Deutschland geltenden *consuetudines* und besonderen Gewohnheiten eines engeren Rechtskreises unterschieden, wofür sich die Bezeichnungen *consuetudo particularis* und *consuetudo universalis* oder *generalis* einbürgern<sup>30</sup>. Für die Wissenschaft vom deutschen Privatrecht werden die *consuetudines universales* bedeutsam. Beispiele dafür werden bereits im 17. Jahrhundert in der Literatur des *Usus modernus* angeführt, z. B. in den *Consilia* von Klock, in den *Decisiones* von Gylmann<sup>31</sup> und schließlich auch bei Schilter<sup>32</sup>. Daß für den Nachweis der Existenz solcher *consuetudines generales* eine vollständige Übereinstimmung der Übung aller Territorien nicht notwendig ist, hat als erster Kulpis festgestellt, für den der Grundsatz galt:

Ea etiam pro universali est habenda (sc. consuetudo) quae in essentialibus et levioribus circumstantiis differat<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> z. B. HENNINGS, ERICH: *Collatio processus iudicii provincialis Holsatici, cum processu iuris communis et Saxonici*, Halae 1689; ENGELBRECHT, GEORG: *Collatio iuris communis et Brunsvico-Luneburgici*, Helmstadii 1703 (worin auch auf die Rechte anderer Territorien Bezug genommen wird); KLEIN, JOHANNES: *Disputatio iuridica exhibens convenientias Iuris Culmensis et Gedanensis, cum iure communi, Saxonico, Prutenico et Lubecensi*, Rostochii 1717.

<sup>29</sup> Vgl. STINTZING-LANDSBERG II, p. 176; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* p. 69.

<sup>30</sup> STRYK, *Disc. praelim. ad Us. Mod.* § 33.

<sup>31</sup> Beide zitiert nach: HOFFMANN, CHRISTIAN GOTTFRIED: *Diss. de Iurisprudentiae Germanicae principiis et fontibus*, § 17 (abgedruckt vor Beyer's *Delineatio Iuris Germanici* in der von Hoffmann bes. Ausgabe; vgl. unten bei Note 72).

<sup>32</sup> SCHILTER, *Exerc. ad Pand. VIII* § 40.

<sup>33</sup> KULPIS, JOHANN GEORG: *Dissertatio de observantia imperiali*. Hier zitiert nach der oben Note 31 genannten *Diss.* von Hoffmann, § 17.

Hoffmann hat daraus die Erkenntnis gezogen, daß die *Iurisprudentia germanica universalis* auf der Übereinstimmung der verschiedenen Partikularrechte beruht und nur durch deren Vergleich herausgearbeitet werden kann:

§ 25 . . . et saepius non nisi ex collatione iurium particularium eruuntur . . . Magnus igitur consensus diversarum provinciarum ac ditionum in unam alteramve consuetudinem signum est, eam esse universalem<sup>34</sup>.

Er bezieht diesen Gedanken nicht nur auf die ungeschriebenen Gewohnheiten, sondern auch auf die partikularen Gesetze<sup>35</sup>. Damit trifft diese Ansicht mit der oben (unter Nr. 2) geschilderten Theorie zusammen. Wie die Vorgeschichte zeigt, handelt es sich entgegen der Meinung von Landsberg<sup>36</sup> nicht um einen „Geistesblitz“, auf den Hoffmann „merkwürdiger Weise“ gekommen ist, sondern um das Ergebnis einer Reihe von Überlegungen über die Natur des deutschen Rechts. Hoffmann stellt sogar die Forderung auf, das zerstreute deutsch-rechtliche Material in einem Buch zusammenzufassen:

§ 17 Utilissimus quoque labor esset, si quis ex ingentibus Consiliorum, Responsorum et Decisionum voluminibus, imprimis Doctorum Camerae scriptis, dispersam de germanicis consuetudinibus notitiam colligeret.

4. Ein weiterer Anstoß für die Wissenschaft vom deutschen Privatrecht kann von Frankreich kommen. Die Juristen des *ancien droit* haben aus dem Vergleich der einzelnen *coutumes*, allerdings unter Führung der *coutume* von Paris, ein praktisch geltendes gemeinsames französisches Zivilrecht, das *droit français* geschaffen<sup>37</sup>. Inwieweit hier nicht nur eine Parallelität, sondern eine Beeinflussung vorliegt, bedarf noch näherer Prüfung. In dem im vorliegenden Aufsatz untersuchten Schriften findet sich an entscheidender Stelle kein Zitat von Loisel oder einem anderen französischen Juristen dieser Richtung.

Dagegen läßt sich die Wirksamkeit eines niederländischen Vorbildes auf einer späteren Stufe der Entwicklung des deutschen Privatrechts, bei

<sup>34</sup> HOFFMANN in der oben Note 31 zitierten Diss. § 25.

<sup>35</sup> So STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 172, 173 und Noten p. 115, 116, wo auch eine andere Schrift angeführt ist, in der Hoffmann diese Gedanken äußert.

<sup>36</sup> STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 172, 173.

<sup>37</sup> KOSCHAKER, Europa und das römische Recht, p. 100, 121, 242; COING, HELMUT: Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet, in diesem Heft oben S. 20.

Heineccius, nachweisen. Der Niederländer Zypaeus wird von Heineccius zu den Autoren gezählt, die das germanische Recht besonders berücksichtigt haben<sup>38</sup>, und öfter mit seinem Werke *Notitia iuris Belgici* zitiert<sup>39</sup>. Zypaeus versteht unter *ius Belgicum* das Recht, das die Niederländer *sibi habent a Principibus constitutum, aut observatione domestica introductum*<sup>40</sup>. Demgemäß hat sich Zypaeus folgende Aufgabe gestellt:

Tit. de legibus pp., § 11, p. 18

Quapropter hoc in Opere, Constitutiones, Edicta, Ordinationes, Placita, Decreta, Rescripta Principum summam indicabimus: nihil de singularium territoriorum consuetudinibus discemus; sed de moribus quasi generatim Belgicis dumtaxat, ubi se per opportunitatem ingerent. cum ea tamen praemonitione, ut saepius dum mores citamus, videri nolimus tales asserere, qui nullibi per Belgium non obtineant; sed magis vulgariter quidem, tametsi loca quaedam aut alios servent, aut Ius (sc. ius romanum) retineant.

Auf diese Weise gelangt Zypaeus zu einem vom römischen Recht unabhängigen System des *ius Belgicum*, das auf den gemeinsamen Gewohnheiten aller Territorien beruht. Doch folgt er im Aufbau in etwa der Ordnung des *Codex*, was ihm angemessen erschienen sein mag, weil er sein Werk im wesentlichen aus Statuten zusammensetzt.

## II.

1. Die Geschichte der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht läßt Landsberg<sup>41</sup> mit Johann Schilter beginnen. Er stützt sein Urteil darauf, daß Schilter zwischen die Darstellung des römischen Rechts und der deutschen Praxis eine historische Entwicklung der behandelten Materie stelle, wobei er mit den *leges Barbarorum* beginne, Sachsenspiegel und Schwabenspiegel verwerte und schließlich eine große Anzahl partikulärer Rechtsquellen aus verschiedenen Gegenden Deutschlands heranziehe. „Erst im Anschluß an diese Reihe, möglichst als Abschluß derselben, erscheinen dann die vom

<sup>38</sup> Im Vorwort seiner *Elementa iuris Germanici*; dazu weiter unten p. 214 sqq.

<sup>39</sup> ZYPAEUS, FRANCISCUS: *Notitia iuris Belgici*, Antwerpen 1635 (so DEKKERS, *Bibliotheca Belgica Juridica*, Nr. 4); hier zitiert nach dem Abdruck in den *Opera omnia* Bd. 2, Antverpiae 1675 (Dekkers *ibid.* nennt diese Ausgabe nicht, sondern nur unter Nr. 8 eine Ausgabe der *Opera omnia*, Antwerpen 1765).

<sup>40</sup> *Introductio* Nr. 1.

<sup>41</sup> STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 55.

Römischen Recht abweichenden Gestaltungen des gegenwärtigen Rechtszustandes<sup>42</sup>.“

Damit hat aber Schilter ein eigenes Lehrgebäude des deutschen Privatrechts noch nicht errichtet. Das römische Recht bleibt das Rückgrat der Darstellung. Man kann Schilter zudem vom Standpunkt des späteren deutschen Privatrechts vorwerfen, daß seine historischen Ableitungen nicht stets unmittelbar in den *usus fori* führen, und daß er die Universalität der für das gemeine deutsche Recht beanspruchten Sätze nicht immer genügend mit Beispielen aus der Rechtsprechung oder aus zeitgenössischen Statutarrechten belegt<sup>43</sup>. Daher lobt Thomasius in seinem Vorwort zur 3. Auflage von Schilters *Praxis iuris Romani* bei Schilter nur erst den Vergleich der *praxis hodierna* der verschiedenen Titel der Pandekten mit den römischen und deutschen Antiquitäten und den Nachweis des geringen Gebrauchs des römischen Rechts.

2. Christian Thomasius bringt in dieser Lehre etwas Neues. Der entscheidende Gedanke findet sich in „Summarischer Entwurff Derer Grundlehren, Die einem Studioso Juris zu wissen und auff Universitäten zu lernen nöthig, nach welchen D. Christian Thomasius... Lectiones privatissimas... anzustellen gesonnen ist“<sup>44</sup>. Hierin kündigt Thomasius eine „neue Methode“ an, „bei der Rechtsgelehrtheit die deutschen allgemeinen Gewohnheiten zum Grunde zu legen und die Römischen Rechte darnach zu conferieren“<sup>45</sup>. Nach diesem Entwurf sollte also zum ersten Male das deutsche Recht zur Grundlage der Vorlesung genommen und das römische Recht nur noch zum Vergleiche herangezogen werden. Dieser Plan ist in den Jahren 1699 bis 1701 tatsächlich ausgeführt worden.

<sup>42</sup> STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 57.

<sup>43</sup> SCHILTER, JOHANNES: *Exercitationes ad 50 libros Pandectarum*, Jena 1675—1683. Hier wurde die dritte Aufl. benutzt mit dem Titel: *Praxis iuris Romani in foro Germanico*, Editio tertia, I—II Francofurti et Lipsiae 1713. Beispiele für die Behauptung im Text bei der Zessionslehre in *Exerc. 30 §§ 63, 64* (vgl. LUIG, KLAUS: *Zur Geschichte der Zessionslehre*, Köln 1966, S. 31); *Exerc. 3 § 5* Note d, wo Schilter die verschiedenen Regelungen des Wildfangrechts in Deutschland nicht schildert; besser *Exerc. 8 § 40*, wo allerdings nur sächsische Praktiker zitiert werden.

<sup>44</sup> Halle 1699. Zitiert nach LIEBERWIRTH (oben Note 20) Nr. 141.

<sup>45</sup> S. 173 Zitiert nach FLEISCHMANN, MAX: *Christian Thomasius — Leben und Lebenswerk — Abhandlungen und Aufsätze von Max Fleischmann u. a., hg. von Max Fleischmann*, Bd. 2 der Beiträge zur Gesch. der Universität Halle-Wittenberg, Halle 1931, p. 93. Dieselbe Forderung erhob Thomasius in *Juristische Händel*, II. 5 § 13 (so WOLF, ERIK: *Grosse Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl., Tübingen 1963, p. 413 bei Note 135).

Bei der Wiederholung des Kurses ab Herbst 1701 hat sich die Sache noch zu Gunsten des deutschen Rechts verschoben, das nun unter dem Namen *Institutiones iuris Germanici* eine in sich geschlossene Vorlesung wurde<sup>46</sup>. Dies alles hat sich in den Privatvorlesungen abgespielt. In den öffentlichen Vorlesungen ist die Entwicklung langsamer verlaufen, wie sich aus der amtlichen Veröffentlichung der Vorlesungsankündigungen der Universität Halle ergibt<sup>47</sup>. Für das Wintersemester 1703 kündigt Thomasius an: *Christianus Thomasius . . . continuabit in lectionibus publicis collationem Juris Romani cum jure Germanico et usu moderno, perrecturus post materiam tutelarum mox expediendam ad jura rerum*<sup>48</sup>. Die Aufzählung der zu behandelnden Materien zeigt, daß Thomasius der Institutionenordnung gefolgt ist. Grundlage für den Vergleich ist also noch das römische Recht. Aus der Zusammenstellung von *ius Germanicum* und *usus modernus* ergibt sich zudem, daß Thomasius mit der ersten Bezeichnung das mittelalterliche deutsche Recht belegt. Das wird mit dem *ius Romanum* verglichen. Beides zusammen bildet dann die Grundlage des *usus modernus*, der hier demnach noch Mischrecht ist. Im Laufe des Wintersemesters hat Thomasius dieses Programm geändert. Die Ankündigung für das Sommersemester 1704 lautet: *Christianus Thomasius publice, modo inceptas Institutiones Iuris Germanici continuabit*<sup>49</sup>. In diesem Semester hielt also Thomasius die erste öffentliche Vorlesung unter dem Namen *Institutiones Iuris Germanici*. Es ist durch einen der Hörer bezeugt, daß diese Vorlesung ausgearbeitet war und den Studenten diktiert wurde<sup>50</sup>. Sie wurde im Winter 1704 fortgesetzt, nachdem Thomasius angekündigt hatte: *. . . postquam in lectione publica incepit tradere institutiones juris Germanici, et hactenus rerum differentias, naturam Dominii et possessionis, item modos acquirendi et amittendi dominii, ac in specie occupationem exposuit, perget in tradenda doctrina de praescriptione, divisione, traditione, accessione, servitutibus et reliquis capitibus ad effectus dominii pertinentibus*<sup>51</sup>. An dieser Ankündigung fällt auf, daß die angeführten

<sup>46</sup> Das Vorstehende nach STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 90.

<sup>47</sup> Abgedruckt in: Christian Thomasius, Leben und Lebenswerk, herausgegeben von MAX FLEISCHMANN, p. 195 ss.

<sup>48</sup> FLEISCHMANN, p. 204. Die Vorlesung hatte demnach schon im Sommer begonnen. Die Ankündigung dafür ist nicht erhalten (FLEISCHMANN, p. 204 Fußnote 1).

<sup>49</sup> FLEISCHMANN, p. 204.

<sup>50</sup> STINTZING-Landsberg III, 1 p. 90. Ein Manuskript davon scheint nicht erhalten zu sein.

<sup>51</sup> FLEISCHMANN, p. 204.

Materien nicht zu denen gehören, die in besonderem Maße auf rein deutschrechtlichen Quellen beruhen. Vielmehr handelt es sich um Gebiete, auf denen die Auseinandersetzung zwischen römischem Recht und auf deutschrechtlicher Grundlage beruhenden Bildungen oder Neubildungen des *Usus modernus* besonders heftig war, oder auf denen sogar das römische Recht besonders wirksam war<sup>52</sup>. Thomasius ging es darum, gerade für diese Lehren zu zeigen, wie wenig Geltung das *Corpus Iuris* erlangt habe. Dagegen hatte er nicht das Ziel, alle eindeutig und unbestritten nicht dem römischen Recht zuzuweisenden Materien zu sammeln und darzustellen. Das ergibt sich auch aus der Schrift, in der seine Bemühungen um das deutsche Privatrecht in geschlossener Form ihren Niederschlag gefunden haben. Es handelt sich um

Christian Thomasius

Notae ad singulos Institutionum et Pandectarum titulos varias iuris Romani antiquitates imprimis usum eorum hodiernum in foris Germaniae ostendentes in usum auditorii Thomasi, Halae Magdeburgicae 1713<sup>53</sup>.

Thomasius geht in diesem Buch fast jeden Titel von Institutionen und Pandekten durch. Die römischen Institute werden dabei in der Regel als bekannt vorausgesetzt und nur kurz behandelt. Sein Hauptzweck ist zu erläutern, ob und in welcher Form die in den einzelnen Titeln enthaltenen Regeln in Deutschland angewendet werden. Trotzdem handelt es sich nicht um *Usus modernus iuris Romani*, wie der Titel — *iuris Romani antiquitates . . . usum eorum hodiernum* — anzudeuten scheint. Vielmehr geht Thomasius vom römischen Recht nur aus um nachzuweisen, daß es im deutschen Recht für fast alle entsprechenden Probleme eigene Lösungen gibt<sup>54</sup>. Indem er die römischen Rechtsbücher Titel für Titel behandelt, kann er eindrucksvoll zeigen, einen wie weiten Rahmen auch das deutsche Recht umspannt: hier würde jede Lücke sofort auffallen, eher, als wenn er das deutsche Recht in einem eigenen System dargestellt hätte. Daß er auf diese Weise vielleicht nicht alle auf deutschrechtlicher Grundlage beruhenden Materien erfaßt, nämlich die nicht, die keine Entsprechung in den Institutionen und Pandekten haben, ist aus dieser Sicht kein Nachteil.

<sup>52</sup> Vgl. WESENBERG, GERHARD: Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, Lahr (Baden) 1954, p. 116—120; WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, p. 124 s.

<sup>53</sup> STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 99 und Noten p. 60; LIEBERWIRTH Nr. 252.

<sup>54</sup> Das zeigt sich bes. klar bei der Behandlung von Inst. 1. 3, p. 14 und D. 18. 3, p. 201.

Deutsches Recht, demgegenüber das römische Recht nur subsidiäre Geltung hat, sind für Thomasius die *consuetudines Germaniae* und die *leges Imperii*<sup>55</sup>. Die *leges Imperii* gelten für das ganze Reich, sind also *ius Germanicum*. Ob aber auch die *consuetudines* für ganz Deutschland gelten und damit ebenfalls diesen Namen verdienen, weist Thomasius in der Regel nicht besonders nach. Wenn er hervorhebt, es handele sich bei der besprochenen Regelung um ein *commune principium iuris Germanici*, dann gibt er doch dafür meist nur Sachsenspiegel und Schwabenspiegel als Beleg an<sup>56</sup>, die für ihn als ursprüngliche Rechtsquellen weitergelten<sup>57</sup>. Es kommt aber auch vor, daß die Studenten auf die Territorialrechte verwiesen werden, weil es in dem betreffenden Punkt kein einheitliches Recht für ganz Deutschland gebe<sup>58</sup>.

Was das Naturrecht anbelangt, neigt Thomasius zu der Meinung, alle seine Regeln hätten schon von jeher bei den Deutschen Geltung gehabt<sup>59</sup>. Seine Bedeutung ist so groß, daß Thomasius in aller Regel vom römischen Recht nur das gelten läßt, was mit dem Naturrecht übereinstimmt:

Notae ad Inst. 1. 9., p. 35:

In reliquis patriae potestatis effectibus, quos iura Romana docent, pauci quidem, qui ex natura rei et negotiorum proveniunt, ac iuris gentium sunt, apud Germanos hodie sunt in usu, qui vero peculiare sunt Romanis, eorum nec umbra quidem apud Germanos apparet . . .<sup>60</sup>

Das gleiche gilt auch für das kanonische Recht, dessen Rezeption und subsidiäre Geltung ebenfalls anerkannt wird<sup>61</sup>.

Bei der Prüfung der Quellen, die Thomasius verwertet und zitiert muß man berücksichtigen, daß es sich um ein Lehrbuch handelt, geschrieben *in usum auditorii*. Das bedingt, daß das Buch in großem Umfang vorher gewonnene Forschungsergebnisse übernimmt. Es gestattet deswegen kaum

<sup>55</sup> Notae ad D. 1.2, p. 5: Quoad receptionem iuris Romani apud Germanos observandum (1) ius civile, qua Justiniani est, Germanos non stringere, B. Stryk, disc. praelim. ad us. modern. § 16. (2) Receptionem iuris Romani non esse exclusivam iuris Germanici. Id. ibid. § 27. (3) Et obtinere adeo ius Romanum in foris Germaniae tanquam ius subsidiarium; nam deficientibus demum consuetudinibus Germaniae, aut legibus imperii statur iuri Justiniano, id. ibid. § 28.

<sup>56</sup> z. B. Notae ad Inst. 2.1, p. 142.

<sup>57</sup> So WOLF, Rechtsdenker (oben Note 45), p. 413.

<sup>58</sup> z. B. Notae ad D. 20.4, p. 218.

<sup>59</sup> Notae ad Inst. 1.12, p. 65; ad Pand. 2.14, p. 61.

<sup>60</sup> Ebenso noch Notae ad Inst. 1.21, p. 95; ad D. 2.14, p. 61.

<sup>61</sup> Notae ad Inst. 1.2, p. 11 und ad Inst. 2.10, p. 181.

einen Einblick in die Methode der Gewinnung der Lehrsätze des deutschen Rechts aus seinen Quellen.

Weil Thomasius immer vom römischen Recht ausgeht, ist das *Corpus Iuris* durchgehend zitiert. Deutschrechtliche Quellen sind weniger häufig angezogen. Auf den Seiten 11 bis 110 der *Notae ad Institutiones* werden der Sachsenspiegel, z. T. mit der Glosse zum Sachsenspiegel und dem sächsischen Weichbild, 12mal und der Schwabenspiegel 8mal verwendet. Daneben findet sich auf diesen 100 Seiten nur je ein Zitat eines Reichsabschiedes, der *Constitutio Criminalis Carolina*, sowie einer weiteren kaiserlichen Constitution. Bei dem Institutionentitel *De tutelis* wird auch die *Ordinatio politica* von 1548 und 1577 genannt, die insgesamt fünfmal erscheint. Je zweimal beruft er sich auf die Kursächsischen Konstitutionen und auf Kapitularien, je einmal auf die *Lex Burgundionum*, *lex Salica* und *Lex Ripuaria*, sowie die *Formulae Marculfi*. Ein Stadtrecht wird auf den ausgezählten Seiten nicht zitiert.

Obwohl die *Notae ad Pandectas* im ganzen ausführlicher sind als der Abschnitt über die Institutionen, verschiebt sich das Bild des zitierten Materials hier kaum.

Auf den 100 genannten Seiten der *Notae ad Institutiones* sind nur vier Urteile oder Gutachten ausgewertet. In den *Notae ad Pandectas* wird auf den ersten 100 Seiten kein Urteil zitiert. Thomasius scheut sich nicht, sich auch ohne Beleg auf eine *praxis communis* zu berufen<sup>62</sup>.

Einen großen Teil der Zitate von gelehrtem Schrifttum bilden Hinweise auf Thomasius' eigene Dissertationen zu den erörterten Fragen<sup>63</sup>. In den *Notae ad Institutiones* ist Joachim Hoppe<sup>64</sup> der wichtigste Gewährsmann für Regeln des deutschen Rechts. In den Notae zu den Pandekten tritt Stryk mit seinem *Usus modernus* an dessen Stelle. Daneben sind Schilters *Exercitationes ad Pandectas* durchweg verwertet. Den nächsten Platz nimmt Georg Beyer ein mit seinen *Delineationes ad Institutiones* und *ad Pandectas*<sup>65</sup>. Thomasius nimmt diese Autoren als Beweis dafür, daß bestimmte Regeln deutschen Rechts sind. Damit erspart er sich selbst, den praktischen Gebrauch dieser Sätze nachzuweisen. Das gibt ihm mehr

<sup>62</sup> *Notae ad D.* 4.8, p. 91.

<sup>63</sup> Die bedeutendsten davon nennt LANDSBERG (STINTZING-LANDSBERG III, 1 Noten p. 60). Gesamtverzeichnis der Diss. von Thomasius bei LIEBERWIRTH, Anhang I, p. 147.

<sup>64</sup> THOMASIUS zitiert etwa: „Dn. Hoppe § 1 hic“. Danach und nach dem Zusammenhang der Zitate ist folgende Schrift von HOPPE benutzt: *Commentatio succincta ad Institutiones Justinianaeas*, Gedani 1693 (vgl. STINTZING-LANDSBERG II, p. 103 Fußnote 1).

<sup>65</sup> Dazu STINTZING-LANDSBERG III, 1 Noten p. 82.

Freiheit zu Argumentationen und Schlußfolgerungen. Darüber hinaus zitiert er eine große Anzahl anderer Autoren. Die Seiten 11 bis 110 der Noten zu den Institutionen enthalten etwa 70 Namen. Davon sind folgende Autoren, nach der Häufigkeit der Zitate geordnet: die wichtigsten: Hoppe, Schilter, Huber, Beyer, Paul Voet, Tacitus, Jacobus Oiselius, Noricus, Hertius.

Zu Recht sah Landsberg<sup>66</sup> in den Vorlesungen von Thomasius über das *ius Germanicum* den Beginn der Spezialwissenschaft des deutschen Privatrechts. Wegen der Anknüpfung beim römischen Recht, der Gliederung nach den Titeln von Institutionen und Pandekten, sowie der Aussparung aller Gebiete, die nicht einer der im *Corpus Iuris* behandelten Materien entsprechen, kann man aber Zweifel haben, ob man das besprochene Buch als Gesamtdarstellung des deutschen Privatrechts bezeichnen soll. Dafür hat sich Landsberg ausgesprochen<sup>67</sup>. Die frühere Literatur hatte diesen Ruf dem Thomasiusschüler Georg Beyer zuerkannt<sup>68</sup>, dessen Werk nunmehr zu behandeln ist.

### 3. Im Jahre 1718 erschien

Beyer, Georg  
Specimen iuris Germanici  
post fata auctoris editum curante Mich. Henrico Gribnero  
Halae Magdeburgicae 1718

Die Grundlage für dieses Werk bilden Vorlesungen Beyers, die er seit Sommer 1707 unter der Bezeichnung *Lectiones publicae ad capita iuris hodierni privati in explicacione iuris Romani praetermitti solita* in Wittenberg gehalten hat<sup>69</sup>. Gribner<sup>70</sup> hat diese Vorlesung nebst der Ankündigung dazu aus dem Manuskript von Beyer herausgegeben. Zu-

<sup>66</sup> STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 90.

<sup>67</sup> STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 99 und 110.

<sup>68</sup> GERBER, CARL FRIEDRICH: Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts, Jena 1846, p. 25—29; RUNDE, JUSTUS FRIEDRICH: Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 7. Aufl. Göttingen 1824, § 99; SELCHOW, JOHANN HEINRICH CHRISTIAN VON: Elementa iuris Germanici privati hodierni, ed. sept. Goettingae 1787, p. IV, V.

<sup>69</sup> Vgl. STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 137. Diese sind vor Landsberg als die ersten Vorlesungen über das deutsche Privatrecht bezeichnet worden, vgl. die Zitate in Note 68. So auch SCHMALZ, Lehrbuch des teutschen Privatrechts, Berlin 1818, p. 27. Schmalz erwähnt, daß neben BEYER auch HEINRICH SCHULZ in Königsberg deutsches Recht las. Letzteren habe ich noch nicht identifizieren können.

<sup>70</sup> Zu GRIBNER s. STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 156.

sätze, die Beyer an den Rand des Manuskripts geschrieben hatte, sind hier als Fußnoten abgedruckt. Es ist anzunehmen, daß Beyer sein Manuskript zum Druck bestimmt hatte. Beyer faßte nämlich wie Thomasius seine Vorlesungen in kurzen Schlagsätzen, propositiones, zusammen, die er — bis auf diese Ausnahme — drucken ließ, um sich das Diktieren zu ersparen<sup>71</sup>.

Das Werk enthält in zwei Büchern Personenrecht und Teile des Sachenrechts. Den Rest des Manuskriptes von Beyer, insbesondere einen Abschnitt über Kontrakte, hielt Gribner nach seiner Erklärung im Vorwort für nicht reif zur Veröffentlichung.

In zweiter Auflage erschien das Werk als

D. Georgii Beyeri

*Delineatio iuris Germanici opus posthumum,*

*Editio secunda, cui ex manuscriptis schedis accesserunt nonnulla libri secundi capita, nec non liber tertius.*

Lipsiae 1723

Diese Ausgabe hat Christian Gottfried Hoffmann besorgt. Er übernahm die erste Auflage (Buch 1 und Buch 2, Kap. 1—13) unverändert und vermehrte sie um die Kapitel 14 bis 22 des 2. Buches und das gesamte 3. Buch, die er aus dem Manuskript Beyers erarbeitet hatte. Mitabgedruckt sind die bereits zitierte Dissertation von Hoffmann<sup>72</sup>, die schon in der ersten Auflage enthaltene Vorlesungsankündigung von Beyer<sup>73</sup> und eine *Disquisitio de usu iuris Romani in causis ius personarum in Germania concernentibus* von Beyer. Die dritte und vierte Auflage erschienen 1729 und 1740<sup>74</sup>.

Schon nach dem Titel der Vorlesung handelt es sich nicht um eine Übernahme der Vorlesung über die *Institutiones iuris Germanici*, die Thomasius in Halle gehalten hatte<sup>75</sup>. Aus der mit abgedruckten Vorlesungsankündigungen ergibt sich zudem, daß Beyer seinen Studenten *ea Iuris*

<sup>71</sup> STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 137 und 138. Auf diese Drucke seiner früheren Vorlesungen verweist Hoffmann ausdrücklich in der Ankündigung zu der Vorlesung über das deutsche Recht.

<sup>72</sup> Oben Note 31.

<sup>73</sup> Die Ankündigung trägt hier den Titel: *De utilitate lectionum academicarum in iuris Germanici capita.*

<sup>74</sup> STINTZING-LANDSBERG III, 1 Noten p. 82.

<sup>75</sup> So scheint LANDSBERG III, 1 p. 110 zu vermuten. Vgl. oben bei Note 49.

*Germanici capita, quae, quod non adeo Iuri Romano affinia sint, in Academiis vix docentur* vortragen wollte. Seine Vorlesung sollte also nicht das gesamte deutsche Recht umfassen, nicht einmal alles, was bei Gericht in Gebrauch war, sondern nur das, was in den üblichen Pandektenvorlesungen keinen Platz hatte, *quae in explicatione Pandectarum ut plurimum praetermittuntur*. Dieses Vorhaben erklärte Beyer mit dem Umstand, daß im Sommer 1707 bereits ein anderer Professor über die Pandekten las. Damit kam Beyer von einem anderen Ausgangspunkt her als Thomasius. Letzterer hatte erläutert, ob und in welcher Form die in den Institutionen und Digesten behandelten Lehren in Deutschland Anwendung fanden. Beyer macht sich dagegen von den römischen Quellen frei. Er will die Rechtsgebiete behandeln, die keine Entsprechung im römischen Recht haben. Einen besonderen Begriff des *ius Germanicum* erläutert er dabei nicht<sup>76</sup>. Auch enthält das Werk keine Rechtsquellenlehre des deutschen Rechts. Selbst Hoffmann hat in den von ihm bearbeiteten Abschnitten die in der *Dissertatio de iurisprudentialia Germanicae principii et fontibus* betonte Unterscheidung zwischen der *iurisprudentialia universalis sive communis* und der *iurisprudentialia provincialis et statutaria*<sup>77</sup> und das Prinzip der Erkenntnis von *consuetudines universales* noch nicht zum Auswahlkriterium der vorzutragenden Lehren gemacht<sup>78</sup>. Die in dem Buch behandelten Materien sind im wesentlichen folgende *Status nobilium, ius urbium, ius burgiarum, ius municipum seu burgensium, ius mercatorum, ius opificum, Braurecht, Recht der Gastwirte, Kran- und Stapelrecht, investitura, Detraksrecht, Burgfrieden, homines proprii, laudemium, matrimonium ad morganaticam, unio proelium, ius patrium, cura foeminarum, ius postarum, ius venandi, ius foreste, ius metallifodinarum, ius salinarum, Strandrecht, Mühlenrecht, Wegerecht, das Prinzip „Hand muß Hand wahren“, ususfructus, Erbvertrag, ius albinagii, Kürrecht, gerada, morgengaba, Mußteil, Leibgedinge, guarentigium, Versicherungsvertrag, Retraksrecht, contractus socidae, allgemeines Vertragsrecht, Verlobung, Ehe, Adoption, Emanzipation, manumissio, obstagium, admodatio (arenda), Primogenitur, Majorat, Fideikommiß, ganerbinatus, confraternitates principum, appanagium und paragium, societas, feudum, emphyteusis und superficies, census, donatio.*

<sup>76</sup> GERBER (vgl. oben Note 68), p. 27.

<sup>77</sup> § 5 der oben Note 31 zitierten Dissertation.

<sup>78</sup> Vgl. oben Note 34.

Die vorstehende Aufzählung folgt der Anordnung des Stoffes, der nur lose im gewohnten<sup>79</sup> Institutionensystem gegliedert ist. Davon erscheinen lediglich die Teile *personae* (Buch 1) und *res* (Buch 2 und 3). Die Herausgeber hatten offensichtlich nicht die Absicht, den Stoff zu systematisieren. Überleitende Bemerkungen von Buch zu Buch oder von Kapitel zu Kapitel, die die Nahtstellen eines Systems verdeutlichen könnten, fehlen ganz<sup>80</sup>.

Die Methode der Darstellung hängt vom Zweck des Buches ab: es ist für das Studium bestimmt und enthält daher nur in kurzen Schlagsätzen die *fundamenta* und *principia* der einzelnen Lehren. Die Kapitel sind in kurze Sätze, *propositiones*, aufgelöst, deren jeder eine Regel enthält, die oft, aber nicht immer, mit Zitaten belegt wird. Die einzelnen, fortlaufend nummerierten Regeln stehen aber nicht beziehungslos nebeneinander, sondern im logischen Zusammenhang der entwickelten Lehre. Auf diese Weise kann die erste *positio* die Grundregel oder Definition enthalten, die nachfolgenden, jeweils mit *unde* eingeleiteten Sätze, die sich daraus ergebenden Folgerungen. Das Buch bietet somit ein Beispiel für die von Thomasius entwickelte axiomatische Methode<sup>81</sup>. Trotz der Kürze fehlen historische Ableitungen und Behandlung von Kontroversen nicht ganz.

Über die von Beyer benutzten Quellen gibt der Autorenindex Auskunft, der auch die Gesetze und Rechtsprechungsammlungen umfaßt. Dieser Index ist allerdings nicht ganz vollständig und manchmal ungenau. Danach sind von gesetzgeberischen Werken im weitesten Sinne folgende am häufigsten zitiert<sup>82</sup>: Sachsenspiegel (92), Schwabenspiegel (39), Kur-sächsische Konstitutionen (25), Sachsenspiegelglosse (16), Weichbild (14), Reichsgesetze und Konstitutionen des Reiches (16), *Ordinatio Electoralis Saxonica processus* (11), *Ordinatio Electoralis Saxonica provincialis* (8), *Codex legum antiquarum* von Lindenbrog (6), *Ius Hamburgense* (5), *Ius Lubecense* (4). Sachsenspiegel und Schwabenspiegel spielen demnach eine überragende Rolle. Daneben sind nur weitere sächsische Quellen noch in erwähnenswertem Umfange zitiert.

Rechtsprechung hat Beyer aus allen gängigen Spruchsammlungen herangezogen. In der Vorlesungsankündigung hatte er in Aussicht gestellt, daß

<sup>79</sup> So ausdrücklich die Vorlesungsankündigung.

<sup>80</sup> Daher ist die Kritik Gerbers (s. oben Note 68), p. 28, unzutreffend.

<sup>81</sup> Vgl. zu dieser Methode die Bemerkungen von STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 108, 109,

110.

<sup>82</sup> In Klammern die Zahl der Zitate.

er besonders das vortragen werde, *quae in foro nostro frequentantur*, wobei er dessen Gebrauch *ex rerum iudicatarum monumentis* beweisen wolle. Gemessen an diesem Plan und an der oben (I, 3) zitierten Forderung Hoffmanns ist die Verwertung von Rechtsprechung jedoch nicht sehr umfangreich. Der Zahl der Zitate nach geordnet hat Beyer folgende Bearbeiter von Spruchmaterial am meisten verwertet: Berlich (28), Carpzov (27), Colerus (20), Richter (15), Pistoris (14)<sup>83</sup>, Dattius (12), Finkelthusius (8), Gail (8), Mevius (7) und Rauchbar (7). Auch hier überwiegt das sächsische Element bei weitem.

Die Zahl der in dem Werk genannten Autoren beträgt fast 300. Darunter sind etwa 75 Ausländer, die aber nur vereinzelt zitiert werden. Von ihnen hat keiner für Beyer eine besondere Bedeutung. Nur rund 20 Autoren werden öfter als 10mal angezogen. Im Folgenden führe ich die am meisten benutzten Autoren in der Reihenfolge ihrer Bedeutung auf. Diese richtet sich nach der Anzahl der benutzten Werke und der Häufigkeit der Zitate. Es handelt sich um Carpzov, Stryk, Georg Beyer, Adrian Beier, Schilter, Berger, Tabor, Hertius, Thomasius, Ziegler, Besold, Fritschius, Georg Adam Struve, Henricus Cocceji, Horn, Mencken, Mevius und Peter Müller. Von dieser Aufstellung werden allerdings mehrere sonst weniger fruchtbare Autoren von einzelnen Monographien nicht erfaßt, die Beyer zu einem bestimmten Thema ausgeschrieben hat. Ein besonderes Verzeichnis dieser im 18. Jahrhundert immer wieder verwendeten Monographien über Gegenstände des deutschen Rechts könnte weithin eine bessere Kenntnis von der Gewinnung der Lehrsätze des deutschen Privatrechts geben als es die oft aus zweiter Hand schöpfenden Lehrbücher tun.

Das Quellenregister zeigt, daß die in der Vorlesungsankündigung von Beyer geäußerte Meinung, die zu behandelnde Materie sei wegen Fehlens von literarischen Zeugnissen dunkel, übertrieben war. Das Material war vorhanden, zerstreut in Rechtsprechungssammlungen, Monographien und Darstellungen des *Usus modernus*. Es bedurfte der Sichtung, Zusammenfassung und Ordnung. Das hat Beyer zum guten Teil geleistet.

Insgesamt ergibt sich aus den benutzten Quellen, daß es sich bei dem dargestellten Stoff mehr um sächsisches Recht handelt als um wirklich universale deutsche Gewohnheiten. Zumindest spielt das Sachsenrecht die erste Rolle bei der Aufrichtung eines Gebäudes des deutschen Rechts. Von den

<sup>83</sup> Es handelt sich wohl um HARTMANN PISTORIS, so nämlich Buch 2, Kap. 10, Pos. 21. Sonst ist er im Text ohne Nennung des Vornamens zitiert. Der Index nennt „Hermann“ als Vornamen. Ein Hermann Pistoris ist nicht bekannt.

Bearbeitern der anderen Partikularrechte wird eigentlich nur Mevius berücksichtigt, obwohl es hier nicht an Bearbeitungen — sei es auch nur in *Differentiae*-Dissertationen — fehlt. Dabei war das Sachsenrecht, das — auf dem Sachsenspiegel beruhend<sup>84</sup>, aber in Verbindung mit dem römischen Recht erarbeitet<sup>85</sup> und mit dessen Denkformen ausgerüstet<sup>86</sup> — als *ius commune Saxonicum* das gemeine Recht ohne weiteres ausschloß<sup>87</sup>, im Grunde zu dieser Führungsrolle ungeeignet. Denn es ging ja um die Herstellung eines deutschen Privatrechts unter Verwendung eigener Methoden und Denkformen<sup>88</sup> und bei Anerkennung der Subsidiarität des römischen Rechts<sup>89</sup>. Daß das sächsische Recht trotzdem in so hervorragendem Umfang verwendet wurde, ist vielleicht ein Zeichen dafür, daß der Aufbau eines deutschen Privatrechts nicht gelingen konnte ohne Benutzung eines bereits mit Hilfe der romanistischen Doktrin durchgearbeiteten Partikularrechtes.

4. Hoffmanns Gedanke, daß man die Partikularrechte vergleichen und Gemeinsamkeiten feststellen müsse, hat auch in den von ihm bearbeiteten Teilen von Beyers *Delineatio* noch keine Früchte getragen<sup>90</sup>.

Durch Hoffmann angeregt wendet Johann Friedrich Polack dieses Verfahren auf die alten germanischen Rechtsquellen an. Daraus entsteht:

Joh. Friderici Polac

Systema Iurisprudentiae civilis Germanicae antiquae,

ex ipsis fontibus legum antiquissimarum, quotquot earum supersunt, depromptum, ac methodo commoda ad genuina iuris principia revocatum  
Lipsiae 1733

Der entscheidende Programmsatz aus dem Vorwort, in dem Polack sich auf Rat und Hilfe Hoffmanns beruft, ist: . . . *omnia, quantum fieri potuit, ad sua principia revocavi, et, quoties tot diversorum populorum Leges cohaerere, et ad unum commode reduci posse principium non videbantur, . . ., iura cuiusve nationis separatim, suo tamen loco et ordine, proposui.* Da dieses Buch nur die alten Germanenrechte behandelt und vor der Zeit der Spiegel haltmacht, kann es hier übergangen werden.

<sup>84</sup> CONRAD, HERMANN: Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 2. Aufl., Karlsruhe 1962, p. 352.

<sup>85</sup> STINTZING-LANDSBERG II, p. 67, 127 et passim.

<sup>86</sup> KOSCHAKER (s. oben Note 13), p. 233.

<sup>87</sup> KOSCHAKER, p. 234; anderer Meinung wohl STINTZING-LANDSBERG II, p. 67.

<sup>88</sup> Vgl. den Text oben bei Noten 12, 22 und 54.

<sup>89</sup> S. oben Note 55.

<sup>90</sup> S. oben Note 78.

5. Die erste Gesamtdarstellung des deutschen Privatrechts als wissenschaftliches System stammt von Heineccius<sup>91</sup>:

Heineccius, Johann Gottlieb

Elementa iuris Germanici tum veteris, tum hodierni

ex genuinis principiis eruit et commoda auditoribus methodo adornavit Io.

Gottl. Heineccius

Tomus I, Halae 1735

Editio nova, auctior et emendatior, Halae 1736

Tomus II, Halae 1737<sup>92</sup>

Nach dem Titel handelt es sich um ein Studienbuch. Wegen seines Umfangs und des Reichtums an Material ist das Werk aber eher als Handbuch zu qualifizieren. Heineccius selbst bezeichnete es als sein Hauptwerk, welches ihm am meisten Mühe verursacht habe<sup>93</sup>.

Gegenstand des Buches ist die zusammenhängende Darstellung der deutschrechtlichen Bestandteile des *Usus modernus*, also das *Ius Germanicum*. Das besteht für Heineccius aus den gemeinsamen Prinzipien der alten und mittelalterlichen Rechte der Germanen und der neueren deutschen partikulären Rechtsquellen<sup>94</sup>. Dieses will er in einem vollständigen System dem römischen Recht gegenüberstellen, dessen subsidiäre Geltung und Wert für die deutsche Rechtswissenschaft er nicht leugnet<sup>95</sup>.

Im Gegensatz zu Beyer bearbeitet Heineccius nicht nur Materien, die keine Entsprechung im römischen Recht haben. Er bemüht sich vielmehr, aus deutschrechtlichen Sätzen ein System herzustellen, in dem alle Materien, die auch die Institutionen Justinians behandeln, und darüber hinaus alle speziellen Einrichtungen des deutschen Rechts vertreten sind. Wie ein Vergleich der von Heineccius behandelten Materien mit der Übersicht Wieackers<sup>96</sup> zeigt, hat Heineccius dabei den stofflichen Umfang der Rezeption im wesentlichen richtig eingeschätzt.

<sup>91</sup> WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 196; STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 189; GERBER, *Das wissenschaftliche Princip*, p. 29—31.

<sup>92</sup> Diese und weitere Ausgaben bei STINTZING-LANDSBERG III, 1 Noten p. 129, wo allerdings irrtümlich das Erscheinen des 2. Bandes im Jahre 1736 angenommen wird. Ich benutze hier den Abdruck in Bd. IV der *Opera omnia* I—XI, Neapoli 1770.

<sup>93</sup> Vorwort p. XXVIII.

<sup>94</sup> Prooemium § 1, § 13.

<sup>95</sup> Vorwort p. IV, XXV.

<sup>96</sup> WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 120—127.

Der gewohnten Gliederung der Institutionen Justinians folgend<sup>97</sup> behandelt das erste Buch das Personenrecht, das zweite in zwei Teilen das *ius rerum*, nämlich Sachenrecht, Erbrecht und Schuldrecht nebst Deliktsrecht, das dritte den Prozeß. Der erste Teil des zweiten Buches entspricht dabei dem 2. und 3. Buch der Institutionen; der zweite Teil von Buch 2 und das ganze Buch 3 enthalten die Materien des 4. Buches der Institutionen. Über dieses Schema *personae — res — actiones* hinaus liegen dem Aufbau aber Überlegungen zugrunde, die nicht mit den systematischen Verknüpfungen in den Institutionen Justinians übereinstimmen.

Heineccius hat zunächst seine Quellenlehre aus dem ersten Buch herausgenommen und in ein besonderes *Prooemium* gestellt. Das Personenrecht ist nach dem Vorbild der Institutionen in *divisiones* gegliedert, wovon Heineccius jedoch statt drei bei Tribonian vier bildet: die Teilung in *homines servilis conditionis* und *liberi* (Buch 1. Titel 1), in *homines sui iuris* und *alterius iuri subiecti* (Buch 1. Titel 6), sowie abweichend von den Institutionen die Teilung in *homines integri* und *infames* (1.17) und in *cives originarii*, *adventitii* und *peregrini* (1.18). Die nachfolgenden *divisiones* enthalten dabei nicht Untergliederungen unter die früheren, sondern führen neue Gliederungsgesichtspunkte ein.

Das zweite Buch behandelt das *ius rerum*. Unter *res* versteht Heineccius alles, was existiert, mit Ausnahme der Personen. Dazu gehören als *res incorporales* auch die *actiones*, soweit sie Teile des Vermögens sind; als Mittel der Rechtsverfolgung dagegen bilden sie das dritte Rechtsobjekt (2.1 § 1).

Zu Beginn des zweiten Buches erörtert Heineccius die verschiedenen Arten von körperlichen Sachen, wie sie nach deutschem Recht bestehen (2.1.). Ausgehend von dem den Institutionen Justinians fremden Unterschied zwischen *ius in re* und *ius ad rem vel in personam* beginnt dann Heineccius den ersten Hauptteil des Sachenrechts mit der Darstellung der *iura in re*, wozu er *dominium*, *servitus*, *ius hereditarium* und *pignus* rechnet (2.2). Beim Eigentum müssen die Erwerbsarten nach *ius naturale* (2.3) und *ius civile* (2.4) dargestellt werden. Die ersteren teilt Heineccius, ohne hier ein ausdrückliches Vorbild bei Justinian zu haben unter Berufung auf Grotius und Pufendorf in originäre und derivative Erwerbsarten, nämlich in *occupatio* und *accessio* einerseits und *traditio* andererseits (2.3 § 50). Beim Übergang zu den *modi acquirendi iuris civilis* begründet Heineccius

<sup>97</sup> So ausdrücklich *Prooemium* § 18.

zum ersten Male seine Abweichung vom Institutionensystem mit den Besonderheiten des deutschen Rechts: die Trennung nach Singular- und Universalsukzession<sup>98</sup> verwirft er, weil es nach deutschem Recht als Universalsukzession nur die Erbschaft gebe (2.4 § 98), die *donatio*<sup>99</sup> mehr *titulus* als *causa proxima adquirendi*<sup>100</sup> sei und Legat nebst Fideikommiß — nach dem Beispiel Tribonians in Inst. 2.20 und Inst. 2.23 — bei den letztwilligen Verfügungen zu behandeln seien (2.4 § 99). So verbleiben ihm von den zivilrechtlichen Erwerbsgründen der Sondernachfolge nur *usucapio* oder *praescriptio* und als besondere deutschrechtliche Erwerbsart *investitura* zu besprechen (2.4 § 99)<sup>101</sup>.

Danach folgen die restlichen *iura in re: servitus* (2.5), *hereditas* (2.6—2.10) und *pignus* (2.11).

Das *ius ad rem* bildet den zweiten Hauptteil des Sachenrechts (2.12 ss.). Dieser Teil entspricht dem Abschnitt über die Obligationen in den Institutionen Justinians, ist aber in sich wegen der Eigentümlichkeiten des deutschen Rechts anders gegliedert<sup>102</sup>. Heineccius unterscheidet *obligationes ex conventione* und *ex delicto*. Er beginnt mit einem allgemeinen Titel über die *conventiones* (2.12). Dann folgen die *conventiones principales* und davon zunächst die *beneficae* (2.13), wozu *donatio*, *commodatum*, *mutuum*, *precarium* und *mandatum* gehören. Den zweiten Teil der *conventiones principales* bilden die *conventiones onerosae*, wobei man wiederum die eine *certa praestatio* enthaltenden von den *aleam continentes* trennen muß (2.14). Unter die erste Gruppe fallen: *permutatio*, *emptio venditio*, *locatio conductio*, *contractus emphyteuticus*, *societas* und die Innominatverträge (2.13 § 353; 2.14 § 389). *Conventiones aleam continentes* sind Spiel, Wette, Bodmerei, *spei emptio* und Versicherungsvertrag (2.15).

<sup>98</sup> Vgl. Inst. Just. 2.9.6.

<sup>99</sup> Vgl. Inst. Just. 2.7.

<sup>100</sup> Diese Unterscheidung verwendet HEINECCIUS sonst nicht als Mittel der Gliederung.

<sup>101</sup> HEINECCIUS gliedert hier straffer als TRIBONIAN, der keinen seiner systembildenden Gedanken streng durchführt. TRIBONIAN führt nach Behandlung der naturrechtlichen Erwerbsgründe (Inst. 2.1.11 ss.) den Gliederungspunkt *res incorporales* ein (Inst. 2.2), behandelt diese jedoch nicht zu Ende, sondern geht zu den zivilrechtlichen Erwerbsarten (Inst. 2.5.6) und vor deren Beendigung zu der Gliederung nach Singular- und Universalsukzession über (Inst. 2.9.6). Dabei greift er mit der *hereditas* zugleich wieder auf die Reihe der *res incorporales* zurück.

<sup>102</sup> So 2.13 § 352. In der Note zu § 353 beruft er sich dafür auf THOMASIIUS, Notae ad Inst. 2.14, p. 211.

Zur Verstärkung der *conventiones principales* dienen die *conventiones accessoriae*, nämlich *pignus*, *fideiussio* sowie die rein deutschrechtlichen *obligationes ad obstagium* und *ad patiendam depraedationem* (2.16). Am Schluß der vertraglichen Schuldverhältnisse stehen die Beendigungsgründe (2.17). Für das nun folgende Deliktsrecht, womit das Strafrecht verbunden ist, bildet Heineccius einen besonderen zweiten Teil des zweiten Buches (2.18 ss.). Dort behandelt er neben den auch in den Institutionen erscheinenden Delikten weitere deutschrechtliche Delikte und Verbrechen. Das abschließende dritte Buch ist dem Zivilprozeß und dem Strafprozeß gewidmet. Hier finden sich anders als bei Justinian in dem Abschnitt über die *actiones* keine Regeln des materiellen Rechts.

Der geschilderte Aufbau lehnt sich war in der Teilung *personae* — *res* — *actiones* an das Institutionensystem an, enthält aber in den einzelnen Abschnitten vom Beispiel der Institutionen abweichende systembildende Merkmale, insbesondere a) die Unterscheidung von *ius ad rem* und *ius in re* mit b) den vier Arten der *iura in re* und c) der Lehre vom Eigentumserwerb, sowie d) eine besondere Gliederung der Verträge. Heineccius hatte jedoch im Prooemium (§ 18) angekündigt, er wolle dem Institutionensystem folgen. Er hat also abgesehen von einzelnen Punkten<sup>103</sup> nicht versucht, für seine Darstellung des deutschen Privatrechts ein besonderes System zu schaffen. Die Abweichungen von den Institutionen erklären sich vielmehr auf folgende Weise:

zu a) Die Trennung von *ius in re* und *ius ad rem* als Mittel der Gliederung des Vermögensrechts war schon Baldus bekannt und lange vor Heineccius in den Institutionenlehrbüchern des *Usus modernus* üblich. An Lehrbüchern, die diese Unterscheidung verwenden, waren Heineccius jedenfalls Grotius' Einleitung in die holländische Rechtswissenschaft<sup>104</sup>, die *Jurisprudencia* von Struve<sup>105</sup> und Bergers *Oeconomia iuris*<sup>106</sup> bekannt. Diese Gliederung war so geläufig, daß sie von Leibniz ohne weiters als Bestandteil des Institutionensystems bezeichnet wurde<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> Vgl. oben die dritte und vierte *divisio hominum*, die Gliederung der Erwerbsgründe und Wegfall der *obligationes quasi ex contractu* (2.17 § 471).

<sup>104</sup> DE GROOT, HUGO: *Inleidinge tot de hollandsche rechts-geleerdheid*, herausgegeben von F. DOVRING, H. F. W. D. FISCHER, E. M. MEIJERS, 2. Ausgabe, Leiden 1965, Buch 2 Teil 48 § 45 und Buch 3 Teil 1 § 1. Zur Tradition dieser Gegenüberstellung vgl. STINTZING I, p. 294; LANDSBERG II, p. 14.

<sup>105</sup> Dazu oben Note 2, s. bes. Buch 3 Tit. 1 § 1.

<sup>106</sup> BERGER, JOHANN HEINRICH: *Oeconomia iuris*, Lipsiae 1712, Buch 2 Tit. 2 § 1.

<sup>107</sup> LEIBNIZ, *Nova Methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae*, § 8.

zu b) Das gleiche gilt für die Teilung der *iura in re* in *dominium, servitus, hereditas* und *pignus*. Doch umfaßte der Katalog der *iura in re* üblicherweise auch die *possessio*<sup>108</sup>.

Die beiden anderen grundlegenden systematischen Gedanken sind dem Naturrecht entlehnt.

zu c) Die Unterscheidung von derivativem und originärem Eigentums-erwerb ist bei Justinian nur im Ansatz vorhanden. Sie ist erst von Grotius<sup>109</sup> und Pufendorf<sup>110</sup> herausgearbeitet worden, von denen sie Heineccius ausdrücklich übernommen hat<sup>111</sup>. Sie hatte aber schon vor Heineccius durch Struve Eingang in die Literatur zum positiven Recht gefunden<sup>112</sup>.

zu d) Die von Heineccius verwendete Gliederung des Vertragsrechts, die er mit den Besonderheiten des deutschen Rechts begründet<sup>113</sup>, war von Pufendorf ohne Anknüpfung beim römischen Recht in seinem Naturrechtssystem entwickelt worden<sup>114</sup>. Diese Systematisierung bezeichnete Thomasius in seinen *Notae ad Institutiones*<sup>115</sup> als dem deutschen Recht angemessen. Von da hat Heineccius sie übernommen. Sie ist später auch im Naturrechtssystem von Wolff enthalten<sup>116</sup>.

Heineccius verwendet also im wesentlichen das Institutionensystem, das durch die Einkreuzung von schon in der mittelalterlichen Jurisprudenz, im *Usus modernus* und im Naturrecht entwickelten systematischen Überlegungen modifiziert und rationalisiert worden ist. Damit sind die *Elementa iuris Germanici* von Heineccius nicht nur für das deutsche Privatrecht bedeutend, sondern bilden auch ein typisches Beispiel der systematischen Lehrbuchliteratur seiner Zeit überhaupt.

Bei der Entwicklung seiner einzelnen Lehren geht Heineccius davon aus,

<sup>108</sup> WESENBERG (s. oben Note 52), p. 118. An alter Literatur vgl. BERGER, *Oeconomia iuris*, Buch 2 Tit. 2 § 2.

<sup>109</sup> GROTIUS, *De iure belli et pacis*, Buch 2 Tit. 3 § 1. Für das Privatrecht verwirft GROTIUS in der Inleidinge, Buch 2 Teil 3 § 14, die römischrechtliche Unterscheidung der Erwerbsarten nach *ius civile* und *ius naturale*.

<sup>110</sup> PUFENDORF, *de officio hominis et civis libri duo*, Buch 1 Kap. 12 § 5; *de iure naturae et gentium libri octo*, Buch 4, Kap. 6 § 1.

<sup>111</sup> Buch 2 Tit. 3 § 50.

<sup>112</sup> *Jurisprudentia romano-germanica*, Buch 2, Tit. 1 § 19.

<sup>113</sup> Oben Note 102.

<sup>114</sup> *De officio hominis et civis*, Buch 1 Kap. 15.

<sup>115</sup> *Notae ad Inst.* 2.14, p. 211 (s. oben Note 53).

<sup>116</sup> WOLFF, CHRISTIAN: *Jus naturae methodo scientifica pertractum I—VIII*, *Francofurti et Lipsiae 1740—1748, Pars Quarta, Kapitel I—IV*.

daß die Materien, für die in Deutschland vom römischen Recht abweichende Regeln gelten, fast in ganz Deutschland dieselben sind<sup>117</sup>. Diese Materien haben schon die Autoren des *Usus modernus* in ihren Lehrbüchern berücksichtigt. Heineccius vergleicht nun die hier geltenden Regeln mit den alten Gewohnheiten der Germanen. Wo er dabei Übereinstimmungen mit den *consuetudines* seiner Zeit feststellt, glaubt er reines deutsches Recht vor sich zu haben. Deshalb fragt er auch nicht, ob die alten Rechtsaufzeichnungen jemals geltendes Recht waren. Sie bilden nur das Material für seine induktiven Schlüsse. Ihm kommt es darauf an, daß in den Hauptpunkten dieser Rechte eine große Übereinstimmung besteht, so daß man nicht zweifeln könne, daß das, worin alle oder doch die meisten übereinstimmten, wahrhaft deutsches Gewohnheitsrecht sei, das auch dort gelte, wo die Rechtsaufzeichnungen selbst wenig oder keine Geltung erlangt hätten:

Vorwort p. XXVIII

Nam inter illas, quod ad praecipua capita attinet, insignis concordia est, ut dubitari non possit, quin id, in quo vel omnibus, vel plerisque convenit, consuetudo sit vere Germanica, ac proinde ubique vigerit, ubi etiam ipsae leges istae vel nihil, vel parum consequutae sunt auctoritatis.

Das ist das schon von Gerber<sup>118</sup> untersuchte *wissenschaftliche Princip* von Heineccius. Daraus ergibt sich seine Methode. Zuerst beschreibt er die Rechte germanischen Ursprungs mit Hilfe von alten und neueren Aufzeichnungen, Urkunden und Werken von Geschichtsschreibern. Ihre Musterung ergibt allgemeine Prinzipien oder Axiome, aus denen er nach der auch in seinen anderen Büchern angewendeten axiomatischen Methode<sup>119</sup> unter Verwendung von Formeln wie *ex hoc est consequens ut . . .* Folgesätze (*conclusiones*) schließt, die das geltende deutsche Recht bilden. Indem er diese Methode bei allen Lehren durchführt, zeigt er als erster der Autoren des deutschen Privatrechts, auf welche Weise er seine deutschrechtlichen Lehrsätze gewinnt.

Einen Überblick über das dabei verwertete Material bietet der Index der Autoren und Gesetze, der fast 800 Nummern umfaßt. Davon ist jedoch nicht alles wichtig. Um in etwa die Bedeutung der einzelnen Quellen feststellen zu können, sind hier die Zitate auf 66 von insgesamt 666 Seiten der

<sup>117</sup> Vorwort p. XXVI, XXVII.

<sup>118</sup> In dem oben Note 68 zitierten Werk, p. 31 und Note 13.

<sup>119</sup> STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 189 und 194.

benutzten Ausgabe ausgezählt worden<sup>120</sup>. Dabei ergab sich folgendes Bild: Heineccius zitiert auf diesen Seiten Codex Theodosianus, Institutionen, Digesten, Codex, Novellen und Liber Extra insgesamt 24mal. An erster Stelle der antiken Autoren steht Tacitus mit 10 Zitaten. Caesar wird zweimal genannt, Aristoteles, Cassiodor, Gellius, Herodian, Horaz, Ovid, Plinius, Julius Pollux, Melax und Sidonius je einmal.

In der Regel bilden die germanischen Volksrechte den Ausgangspunkt für die Besprechung eines Institutes. Heineccius zitiert die Lex Alamannorum (4 Zitate), Lex Baiuvariorum (3), Lex Burgundionum (7), Lex Langobardorum (9), Lex Ripuaria (3), Lex Salica (3), Lex Visigothorum (7) und das Edictum Theoderici (1), außerdem Barulus zur Lex Langobardorum, Baluzius zur Lex Ripuaria und Eccard zur Lex Salica. Für die fränkische Zeit sind die Kapitularien (11 Zitate) und verschiedene Formelsammlungen (15 Zitate) durchgehend berücksichtigt. Dazu treten mit 9 Zitaten einige Urkundensammlungen. Für das hohe Mittelalter ist das Material vorwiegend dem Sachsenspiegel (30 Zitate) und dem Schwabenspiegel (14 Zitate) entnommen. Unter den Stadtrechten haben eine besondere Bedeutung als Quelle nur das Stadtrecht von Hamburg (7 Zitate) und das von Lübeck (6). Langenbecks Anmerkungen über das Hamburgische Schiff- und Seerecht sind im Quellenregister angeführt, erscheinen aber auf den ausgezählten Seiten nicht. Der Kommentar von Mevius zum lübeckischen Stadtrecht wird 6mal genannt. Sodann benützt Heineccius vereinzelt eine große Anzahl jüngerer partikulärer Rechtsordnungen. Das Schwergewicht liegt aber eindeutig auf den alten Quellen.

Rechtsprechungssammlungen hat Heineccius nicht in größerem Umfange ausgewertet. Der untersuchte Abschnitt enthält insgesamt nur 18 Zitate aus solchen Sammlungen, darunter je eins von Gail und Mynsinger. Nur die *Decisiones* von Christianaeus und Johannes a Sande werden zweimal angezogen.

Ein großer Teil der Belege ist der Literatur entnommen. Mit 36 Zitaten bilden die Werke von Geschichtsschreibern hier eine wichtige Gruppe. Von diesen Zitaten stammen 9 von Gregor von Tours, 3 von Leibniz<sup>121</sup> und 3 von Schannat. Sonst ist kein Autor öfter als zweimal genannt. Die häufige Heranziehung von Gregor von Tours zeigt auch hier wieder Heineccius' Vorliebe für die ältere Zeit.

<sup>120</sup> Ab Buch 2 Tit. 2 de dominio pp., p. 186, bis Buch 2 Tit. 8 de exhereditate pp., § 213, p. 251.

<sup>121</sup> Zitiert wird sein Werk: *Scriptores rerum Brunsvicensium*.

Unter den juristischen Autoren nimmt Stryk mit 23 Zitaten aus acht Werken<sup>122</sup> den ersten Rang ein. Ihm folgen Schilter (19 Zitate), Thomasius (17), Beyer (16), Carpzov (12) und Ludewig (9). Daneben sind alle Autoritäten des *Usus modernus* berücksichtigt. Insbesondere verwertet Heineccius wie schon Thomasius und Beyer die zu deutschrechtlichen Themen erschienene monographische Literatur. Davon sind auf den untersuchten Seiten 33 Schriften angeführt. Polack<sup>123</sup> ist im Autorenindex erwähnt, jedoch auf den durchgesehenen Seiten nicht zitiert.

Das Naturrecht hat außer dem erwähnten Einfluß auf den Aufbau keine große Bedeutung in diesem Werk. Thomasius ist im Index mit keiner seiner philosophischen Schriften vertreten. Von Grotius erscheint *De iure belli et pacis* nur einmal auf den Seiten 186—251, dagegen wird seine *Inleidinge* neunmal zitiert. Auch Pufendorf wird lediglich einmal genannt. Unter den ausländischen Autoren sind die Niederländer mit 45 Zitaten auf 66 Seiten die meistbenützten. Diese haben schon vor den deutschen Juristen die Fortgeltung einheimischer Gewohnheiten betont und ihnen besondere Werke gewidmet. Beispiele dafür sind die Bücher von Gudelinus, Groenewegen und Zypaeus. Heineccius zitiert Simon van Leeuwen (12), Grotius (9), Gudelinus (6), Zypaeus (5), Huber (4) und Groenewegen (2). Entgegen der Ankündigung im Prooemium<sup>124</sup> werden die Autoren anderer benachbarter Länder nur in ganz geringem Umfang zum Beweis der Erhaltung germanischer Rechtssätze angeführt. Auf den durchgesehenen Seiten befinden sich 2 Zitate von Chassanaeus, je eins von Boer, Imbert, Loccenius und Faber. Abgesehen von Faber erscheinen die Werke der großen französischen und englischen Juristen nicht im Index.

Man kann Heineccius eine Vorliebe für die alten Rechtsquellen nicht absprechen. Bevor man diese verurteilt, muß man aber berücksichtigen, daß auch die Verfasser der romanistischen Privatrechtslehrbücher seiner Zeit gerne bis auf die klassische römische Jurisprudenz zurückgehen. Angesichts der Tatsache, daß ein Viertel aller Urteile nicht auf römischem Recht beruhte<sup>125</sup>, ist in diesem Buch die Rechtsprechung zu wenig eingearbeitet. Die Vorherrschaft des sächsischen Rechts bei der Herstellung

<sup>122</sup> Diese Werke sind nicht alle im Index aufgeführt.

<sup>123</sup> Dazu s. oben Abschnitt II. 4.

<sup>124</sup> § 10.

<sup>125</sup> So THIEME, HANS: Die Zeit des späten Naturrechts, in SZGerm 56 (1936) 248 und Note 1 *ibid.*

des deutschen Privatrechts ist jedoch gebrochen<sup>126</sup> wie besonders die starke Anlehnung an Stryk zeigt<sup>127</sup>.

Mit Heineccius hat die Wissenschaft vom deutschen Privatrecht ihren ersten Höhepunkt erreicht<sup>128</sup> und Züge erhalten, die sie nicht mehr verlieren sollte. Was bei Heineccius die *insignis concordia* der verschiedenen Rechte deutschen Ursprungs ist<sup>129</sup>, wird für Pütter<sup>130</sup> und nach dessen Vorbild für Selchow<sup>131</sup> der *mirus concentus* der Partikularrechte, und endlich klingt der gleiche Gedanke noch in der Formulierung von Otto v. Gierke<sup>132</sup> an, daß das deutsche Privatrecht im Verhältnis zu den Partikularrechten „in der Mannichfaltigkeit die Einheit“ aufzeigen müsse.

<sup>126</sup> Anders GERBER in dem oben Note 68 zitierten Werk, p. 30.

<sup>127</sup> Zu dessen Stellung s. STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 67.

<sup>128</sup> Zur Periodisierung dieses Zweiges der Rechtswissenschaft vgl. im übrigen STINTZING-LANDSBERG III, 1 p. 348 und 349.

<sup>129</sup> Vorwort p. XXVIII, s. oben im Text vor Note 118.

<sup>130</sup> PÜTTER, JOHANN STEPHAN: *Elementa iuris Germanici privati hodierni*, Goettingae 1748, § 69, p. 20.

<sup>131</sup> SELCHOW, JOHANN HEINRICH CHRISTIAN VON: *Institutiones iurisprudentiae Germanicae*, Hannoverae 1751, § 11, p. 8.

<sup>132</sup> GIERKE, OTTO: *Deutsches Privatrecht I*, Leipzig 1895, § 6, p. 53.