

IUS COMMUNE

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

III

Herausgegeben von
HELMUT COING
Direktor des Instituts



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1970

Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts
im 17. und 18. Jahrhundert*

1. „... das deutsche Privatrecht (zählt) zu den ‚Lieblingswissenschaften‘ der Zeit“. — Mit diesen Worten hat Thieme einem Ausspruch von Selchow folgend die „Zeit des späten Naturrechts“ charakterisiert¹. Es soll gezeigt werden, daß dieses Urteil entsprechend auch für die anderen europäischen Länder gilt². Dadurch wird die These von der bis ins 19. Jahrhundert bestehenden Einheit der europäischen Rechtswissenschaft auf der Grundlage des römisch-kanonischen *ius commune*³ in gewisser Weise geschmälert. Dieser These gegenüber wird hier die Erkenntnis hervorgehoben, daß der *Usus modernus* am Ende des 18. Jahrhunderts in Deutschland und — wie zu zeigen ist — entsprechend auch in den anderen Ländern Westeuropas „an der Stelle des in Quellen, Literatur und Lehrsätzen einfach übernommenen *jus commune* Europas . . . eine positive Rechtsdogmatik des gesamten in Deutschland geltenden Rechts“⁴ geschaffen hatte.

Es geht hier also nicht mehr um die Ausbreitung des römischen Rechts *in orbem terrarum*⁵, sondern um die nationale Differenzierung des europäischen Gemeinrechts und um die Etablierung abgeschlossener nationaler Rechtswissenschaften in den einzelnen europäischen Staaten des Ancien Régime, deren typische Literaturform allerdings in allen Staaten einheitlich

* Abdruck eines Referates, das am 28. 11. 1969 vor dem auswärtigen wissenschaftlichen Beirat des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte vorgetragen worden ist.

¹ HANS THIEME, Die Zeit des späten Naturrechts, in: SZGerm 56 (1936) 202—261, hier 245.

² Das *droit français* ist schon von Olivier Martin mit dem deutschen Privatrecht in Parallele gesetzt worden (nach COING, *Ius Commune* 1 [1967] 20 Note 33).

³ FRANZ WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967) p. 18 Note 18 und p. 206, 207; HELMUT COING, Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet, in: *Ius Commune* 1 (1967) 1—33; 17, 20.

⁴ WIEACKER 214.

⁵ Nach Arthur Duck (cf. FRANCESCO CALASSO, „*In orbem terrarum*“, in: *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, p. 303).

das Institutionenlehrbuch war. Das römische Recht spielte bei dieser Entwicklung materiell und methodisch eine große Rolle.

Die Differenzierung des gemeinen Rechts in Europa beruhte zunächst auf einer Wandlung der Auffassung über die Bedeutung des römischen Rechts⁶, nämlich der Überwindung der theoretischen Rezeption in Deutschland⁷ und Italien⁸, der Wandlung des Begriffs *ius commune* in Deutschland, Frankreich und Spanien⁹ und im Zusammenhang damit der Überwindung der Statutenlehre von der *interpretatio stricta*¹⁰. In Folge davon fand das lokale Recht mittelalterlicher Herkunft stärkere Berücksichtigung¹¹. Weiter trugen zur Differenzierung bei die Zunahme der Gesetzgebung des Fürstenstaates, die Bildung nationaler Gerichtshöfe, die ihre eigene Praxis entwickelten, und endlich die Gründung von Lehrstühlen für die Rechte der absoluten Staaten an zum Teil neu gegründeten Landesuniversitäten¹².

Diese Bewegung ist erst durch die naturrechtlichen Kodifikationen am Ende der Aufklärungszeit abgeschlossen worden¹³. Die Grundlagen dafür sind aber in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts und hauptsächlich im 18. Jahrhundert gelegt worden. Dabei hat nicht nur die erwähnte Übereinstimmung der tieferen Ursachen, sondern auch eine solche Gemeinsamkeit in den grundlegenden Ideen und den Methoden und damit der zu dieser nationalen Bewegung gehörenden juristischen Literatur bestanden, daß die auseinanderstrebende „Parallelentwicklung“¹⁴ zum Gegenstand einer vergleichenden Betrachtung gemacht werden kann¹⁵.

Die als Ergebnis dieses Prozesses auf der Grundlage von Normen römischer, germanischer, kanonischer und wohl auch naturrechtlicher Herkunft entstandene „geschlossene Doktrin“¹⁶ wird hier ohne Rücksicht auf die mate-

⁶ Insgesamt zu dieser Differenzierung: COING, *Ius Commune* 1 (1967) 18 ss., WIEACKER 207.

⁷ WIEACKER 206, 207.

⁸ ARRIGO SOLMI, *Storia del diritto italiano*, ³Milano 1930, p. 655; FRANCESCO SCHUPFER, *Manuale di storia del diritto italiano*, ⁴1908, p. 740, 741.

⁹ Dazu cf. unten p. 74, 79, 85.

¹⁰ Dazu cf. unten p. 74, 79, 85.

¹¹ WIEACKER 207.

¹² WIEACKER 207; COING 19.

¹³ WIEACKER p. 18 Note 18.

¹⁴ COING 26.

¹⁵ Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind allerdings noch nicht die Kanäle der gegenseitigen Beeinflussung mit gleichen Ideen zwischen den einzelnen Ländern. Angesichts des von der geschilderten Literatur verfolgten Prinzips, nur einheimische Autoren zu zitieren, sind solche Zusammenhänge sehr schwer aufzuspüren.

¹⁶ WIEACKER 228.

rielle Herkunft der einzelnen Sätze als nationales Recht bezeichnet, weil sie das innerhalb der einzelnen ein Selbstbewußtsein als Nation entwickelnden Fürstenstaaten positiv geltende Recht darstellte. Es handelte sich um einheitliches, der Theorie nach vom früheren europäischen *ius commune* unabhängiges Recht, das Ausdruck der staatlichen Unabhängigkeit und Geschlossenheit der absoluten Staaten des Ancien Régime war¹⁷.

2. Die Bildung von einheitlichen, nationalen Rechtsordnungen aus Normen verschiedener Herkunft hat sich in der wissenschaftlichen Literatur vereinfachend betrachtet in vier Stufen vollzogen.

Auf der ersten Stufe war in erster Linie das römische Recht Gegenstand der wissenschaftlichen Bearbeitung und des Rechtsstudiums. Die rechtswissenschaftliche Literatur bestand hauptsächlich aus Erläuterungswerken zu den einzelnen Teilen des *Corpus Iuris*. Dies war die Epoche der wissenschaftlichen Aufbereitung des römischen Rechts durch die Glossatoren und Konsiliatoren¹⁸. Sie soll hier als Stufe des *ius romanum* bezeichnet werden.

Auf einer zweiten Stufe wurden die als Grundlage dargestellten Lehrsätze des römischen Rechts ergänzt um die Darstellung der Übereinstimmungen, Abweichungen und Abänderungen des römischen Rechts durch das spezielle Recht der einzelnen europäischen Länder und Territorien¹⁹. Dieses ging dem römischen Recht zwar im Geltungsrang vor, war jedoch als Sonderrecht eines engeren Rechtskreises strikt im Geiste des *ius commune*, des gelehrten römischen Rechts, zu interpretieren²⁰. Über die Vergleichung hinaus wurde auf dieser Stufe das Material des einheimischen Rechts und des modernen Gesetzesrechts in System und Begriffswelt des römischen Rechts eingefügt²¹. Die in diesem Geist geschriebene Literatur ist die für den älteren

¹⁷ Der Begriff „national“ soll hier vorläufig und mangels eines besseren Terminus verwendet werden. Im gleichen Sinne wie hier ist er im 18. Jahrhundert von dem Spanier FERNÁNDEZ DE MESA verwendet worden [nach FRANCISCO PUY MUNOZ, *Las ideas jurídicas en la España del siglo XVIII* (1700—1760), Granada 1962, p. 159], in der modernen Literatur cf. JEAN BART, *Coutume et droit romain dans la doctrine bourguignonne du XVIIIe siècle*, in: *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands* 28 (1967) 141—171, hier bes. p. 163 unten.

¹⁸ cf. WIEACKER 214 und 80, 81 (wo gezeigt ist, daß die hier der klaren Grenzziehung wegen aufgestellte Behauptung schon für die Kommentatoren übertrieben ist).

¹⁹ Für den Unterricht cf. die Straßburger Statuten von 1634 (WIEACKER 209) und die Vorschriften für die spanischen Universitäten von 1741 (ALFONSO GARCIA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español I—II*, ³Madrid 1967, hier Vol. II Nr. 217); für die Literatur ist typisch die Gliederung des Materials bei: JOHANNES SCHILTER, *Praxis iuris Romani in foro Germanico*, Ed. tertia I—II, Francofurti et Lipsiae 1713.

²⁰ WIEACKER 83, 138, 208; COING (Note 2) 12.

²¹ WIEACKER 81.

Usus modernus des 16. und 17. Jahrhunderts typische Literatur. Es ist die Zeit des *ius romano-germanicum*²², des *ius romano-hispanum*²³, des *Rooms Hollands Regt*²⁴, des *ius romano-neapolitanum*²⁵, des *ius Sveco-Romanum*²⁶, der Darstellung des Rechts in dänisch-römischer Ordnung²⁷, der *Syntagma iuris civilis Romani et Genevensis*²⁸ und der *Remarques du droit françois sur les institutes de l'Empereur Justinien*²⁹. Bezeichnend für die Arbeitsweise dieses Usus modernus des römischen Rechts ist eine Bemerkung von Charles Loyseau (1566—1627), die sich in fast wörtlicher Übereinstimmung bei mehreren Juristen dieser Epoche in verschiedenen Ländern wiederfindet; ich meine den Satz: „Il faut donc marier le droict avec la pratique, l'usage avec la raison, bref il faut conioindre le Droict Romain avec le nostre“³⁰. Im gleichen Sinne erklärte der Neapolitaner Niccolo Valletta zum Ziele seines Lehrbuches des römischen Rechts, er werde „germanae Jurisprudentiae sacra cum fori nostri praxi copulare“³¹. Und ebenso sagte ein schottischer Jurist des national selbstbewußten 18. Jahrhunderts über einen seiner Vorgänger aus der Epoche des Usus modernus, daß jener bei seiner Arbeit „was engaged in marrying Civil law with Scots law“³².

²² GEORG ADAM STRUVE, *Iurisprudentia Romano-Germanica Forensis*, 1670. Coing (p. 20) bezeichnet das Recht dieser Stufe als: „nationales“ gemeines Recht.

²³ JUAN SALA, *Institutiones Romano-Hispanae*, Editio secunda, I—II Valentiae 1795.

²⁴ SIMON VAN LEEUWEN, *Paratitla juris novissimi*. Dat is: een Kort begrip van het Rooms Hollands Regt, Leiden 1652, 1656, 1664 (DEKKERS, *Bibliotheca Belgica Juridica*, s. v. Leeuwen Nr. 2).

²⁵ GIUSEPPE BASTA, *Institutiones iuris Romano-Neapolitani*, Neapoli 1780 (GIUSTINIANI, *Memorie istoriche degli scrittori legali del Regno di Napoli I—III*, Napoli 1787—1788, hier I p. 107).

²⁶ MICHAEL WEXIONIUS, *Brevis eisagoge ad studium iuris civilis Sveco-Romani*, 1650 (OTTO BRUSIIN, *Rechtsvergleichen in Finnland im 17. Jahrhundert*, in: *Ius Privatum Gentium*, Festschrift für Rheinwein, Tübingen 1969, I p. 235—245, hier p. 239 bei Note 11).

²⁷ So ENGELBRECHT HESSELBERG über sein: *Juristisches Compendium*, 1755 (FRANTZ DAHL, *Geschichte der dänischen Rechtswissenschaft in ihren Grundzügen*, übersetzt von K. Haff und H. Henningsen, Leipzig 1940, p. 22).

²⁸ So der Titel des Manuskriptes der Zivilrechtsvorlesung von Johannes Cramer in Genf aus dem Jahre 1735 (ANTOINE FLAMMER, *Usages ou Jurisprudence Coutumière du Canton de Genève*, Genève 1866, p. 15 Note 1).

²⁹ JEROSME MERCIER, *Remarques* . . ., Paris 1655, 1688.

³⁰ Zitiert nach HANS ERICH TROJE, *Rez. von Vincenzo PIANO MORTARI, Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano 1962, in: *TGR* 35 (1966) 292—296, hier p. 295. Das Zitat wird auch angeführt von VINCENZO GUIZZI, *Il diritto comune in Francia nel XVII secolo*, in: *TRG* 37 (1969) 1—45, hier p. 9 bei Note 17.

³¹ NICCOLO VALLETTA, *Iuris Romani Institutiones*, Tomus I Napoli 1792, Vorwort.

³² PETER STEIN, *The Influence of Roman Law on the Law of Scotland*, in: *Juridical Review* 1963, p. 205—245, hier p. 217 bei Note 41.

Zwischen die eben geschilderte Stufe und die nächste Stufe schob sich die Phase der Kommentierung und selbständigen Darstellung partikularer Rechtsordnungen wie etwa Mevius' Kommentar zum lübischen Recht und die Kommentierungen der französischen Coutumes³³.

Darüber erhob sich schließlich als letzte Stufe am Ende der als *Usus modernus* bezeichneten Epoche die Stufe der selbständigen wissenschaftlichen Bearbeitungen der nationalen Rechtsordnungen der europäischen Fürstenstaaten. Das römische Recht war jetzt nicht mehr der zentrale Gegenstand der europäischen Rechtswissenschaft. In Anlehnung an die einheimischen Rechtsquellen bildete sich vielmehr ein neuer Zweig der Rechtswissenschaft aus, bezeichnet als *ius novissimum*^{34,35}, *ius modernum*, *ius patrium*³⁶ oder *derecho nacional*³⁷. An die Stelle des *ius romano-germanicum* trat jetzt das *ius germanicum*³⁸; an die Stelle des *ius romano-hispanum* trat das *derecho español*³⁹; es erschienen das *droit français*⁴⁰, das *gius veneto*⁴¹, das *ius neapolitanum*⁴², das *ius civile Helveticum*⁴³, die *Swenska iurisprudentia civilis*⁴⁴ usw. Prototyp dieses neuen Faches in der Rechtswissenschaft war das *droit français*.

Die verschiedenen Typen juristischer Literatur, die für die vier geschilderten Stufen der Aufnahme und Assimilation des römischen Rechts und der Ausbildung nationaler Rechtsordnungen kennzeichnend waren, erschienen aber in der Geschichte nicht ausschließlich in zeitlicher Staffelung. Sie traten vielmehr bis zum Ende des 18. Jahrhunderts zum großen Teil noch nebeneinander auf. Dieses Nebeneinanderfortbestehen der verschiedenen Literaturgattungen läßt sich durch die Eigenart der Ausbildung der Juristen an den Universitäten erklären, da der größte Teil der juristischen Literatur Ausbil-

³³ COING (Note 2) p. 19, 20.

³⁴ MARIO GUARANI, *Jus Regni Neapolitani Novissimum I—II*, Neapoli 1774.

³⁵ Unter *ius novissimum* wurde jedoch in erster Linie das Recht der Novellen verstanden; so bei Gudelinus.

³⁶ WIEACKER 210; GARCIA-GALLO (Note 19) II Nr. 217.

³⁷ FERNÁNDEZ DE MESA (nach Puy Muñoz — oben Note 17 — p. 159).

³⁸ JOHANN GOTTLIEB HEINECCIUS, *Elementa iuris Germanici*, I—II Halae 1735—1737.

³⁹ GARCIA-GALLO (Note 19) I Nr. 222 finis.

⁴⁰ ALFRED DE CURZON, *L'enseignement du droit français dans les Universités de France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, in: RHD 43 (1919) 209—269, 305—364; dasselbe separat Paris 1920.

⁴¹ COING p. 19 bei Note 31.

⁴² VINCENZO LUPOLI, *Juris Neapolitani praelectiones I—II*, Neapoli 1781 (Giustiniani II p. 200 Nr. 2).

⁴³ HANS JACOB LEU, *Eydgenössisches Stadt- und Land-Recht I—IV*, Zürich 1727—1746. Der Ausdruck *Jus Civile Helveticum* wird im Vorwort verwendet.

⁴⁴ DAVID NEHRMAN, *Inledning til then Swenska Iurisprudentiam civilem*, Lund 1729.

dungszwecken gewidmet war. Die Juristen hatten zunächst an den wenigen zentralen Universitäten als wissenschaftliche Grundlage allen positiven Rechts das römische Recht studiert. Der *Usus modernus* fügte das territoriale Sonderrecht in die Darstellungen des römischen Rechts als Abweichungen oder Abänderungen ein, während nun die Humanisten das reine römische Recht bearbeiteten. Als schließlich das Bedürfnis entstand, in vollem Umfange die partikularen Rechte und dann die Gesetze des entstehenden Fürstentums auch wissenschaftlich zu bearbeiten, wurden neben den bestehenden Lehrstühlen des römischen Rechts neue, zusätzliche Lehrstühle eingerichtet und dementsprechend auch neue Literaturgattungen geschaffen. Die Pflege des römischen Rechts blieb daneben erhalten, und zwar in den von den meisten europäischen Staaten rezipierten schuldrechtlichen Materien im Stile des *Usus modernus*, und im übrigen als propädeutisches Fach. Das erstere war Gegenstand der Pandektenlehrbücher und Kommentare zu den Pandekten. Dagegen war römisches Recht als propädeutisches Fach Gegenstand der Institutionenlehrbücher. Dieses Fach blieb weiterhin international, wie insbesondere die große Verbreitung des Institutionenkompendiums von Heineccius zeigt.

Die Entwicklung läßt sich am besten am Beispiel Spaniens veranschaulichen. Im Jahre 1713 hatte der Consejo von Kastilien angeordnet, das bisher allein gelehrt römische Recht durch eine Ausbildung im nationalen Recht zu ersetzen, da auch in der Praxis ausschließlich letzteres angewendet werden dürfe⁴⁵. Die Durchführung dieser Maßnahme scheiterte am Wider-

⁴⁵ GARCIA-GALLO II Nr. 217, I Nr. 604; ROMAN RIAZA, *El Derecho romano y el Derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII*, in: *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 12 (Madrid 1929) 104—124, hier p. 106. Der entscheidende Satz aus der Anordnung von 1713 lautet in der Form, in der er in der Anordnung von 1741 wiederholt worden ist: „... assignando cátedras en que precisamente se uviesse de dictar el Derecho patrio, pues por él y no por el de los romanos deven substanciar y juzgarse los pleitos“ (García-Gallo II Nr. 217). Mit dieser Begründung war schon in einer Bestimmung der *Leges Tauri* (leg. 1, leg. 2), die auch in die *Nueva Recopilación* aufgenommen worden war (2.1.3 und 2.1.4) eine Ausbildung im kastilischen Recht gefordert worden. Dort hatte es geheißen: „Nuestra intencion, y voluntad es, que los Letrados en estos nuestros Reynos sean principalmente instruidos, è informados de las Leyes de nuestros Reynos, pues por ellas y no por otras han de juzgar“ (zitiert nach JUAN FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos Criticos sobre las Leyes y sus Interpretes I—III*, Madrid 1765—1770, hier Vol. I p. 94). Nach CASTRO (I p. 94) sollte daneben das römische Recht nur dazu dienen „à que los Españoles no ignorassen la sabiduría legal de los antiguos“. Zu weiteren früheren Versuchen cf. Rianza p. 106, 107.

stand der Fakultäten⁴⁶. Um zwischen der romanistischen Haltung der Fakultäten und dem nationalen Standpunkt der Regierung zu vermitteln, erließ der Consejo im Jahre 1741 eine neue Anordnung, in der es hieß⁴⁷: Nachdem verschiedentlich die Ersetzung des Unterrichts im römischen Recht durch die Lehre des *derecho patrio* angeordnet worden sei, wolle man nunmehr unter Berücksichtigung des großen Nutzens des römischen Rechts das *derecho real* zusätzlich zum römischen Recht in den Universitätsunterricht einführen, und zwar in der Weise, daß bei der Erklärung des römischen Rechts Titel für Titel auch die spanischen Gesetze erläutert würden, nämlich „tanto las concordantes como las contrarias, modificativas u derogatorias“⁴⁸. Damit war die für den *Usus modernus* typische vergleichende Behandlung vorgeschrieben⁴⁹. Das übliche Lehrbuch für diese Art des Unterrichts war der Institutionenkommentar von Vinnius⁵⁰. Die Besonderheiten des spanischen Rechts fügte der Dozent selbst in die Vorlesung ein. Spätere Bearbeitungen von Vinnius⁵¹ und selbständige Kommentierungen der Institutionen⁵² rückten das spanische Recht in besonderen Absätzen in den Text ein. Nach dem Scheitern des Reformversuches von 1713 und dem Kompromiß von 1741 war es klar, daß sich das römische Recht nicht aus den spanischen Universitäten verdrängen ließ. Es zeigte sich aber immer deutlicher die Notwendigkeit, das spanische Recht in vollem Umfange in den Universitätsunterricht einzubeziehen. Um diesem Bedürfnis Rechnung zu tragen, wurden nach 1771

⁴⁶ RIAZA (Note 45) p. 109, 110 zu Valladolid; PUY MUNOZ (Note 17) p. 158, 159 zitiert die Gründe, die nach Fernández de Mesa für den Widerstand der Professoren maßgebend waren.

⁴⁷ GARCIA-GALLO II Nr. 217, I Nr. 604.

⁴⁸ So die bei GARCIA-GALLO II Nr. 217 abgedruckte Anordnung (Autos acordados 2, 1, 3).

⁴⁹ Dazu cf. oben den Text bei Note 19; weiter zur „vergleichenden“ Lehrweise auch: FRANCISCO BERMUDEZ DE PEDRAZA, *Arte legal para estudiar la Jurisprudencia*, Salamanca 1612, cap. 22 Abs. 6 (im Auszug zitiert bei Garcia-Gallo II Nr. 216 Abs. 6).

⁵⁰ ARNOLDUS VINNIUS, *In IV libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, Amsterdam 1642, zahlreiche weitere Ausgaben in Frankreich, Spanien und Italien.

⁵¹ Beispiele dafür: JUAN SALA, *Vinnius castigatus atque ad usum tironum Hispanorum accommodatus: in quorum gratiam Hispanae leges opportunioribus locis traduntur* I—II Valentiae 1779—1780, 2. ed. 1786 (Palau y Dulcet Nr. 285741, 285742); J. BERNARDO DANVILA, *Los Comentarios de Arnolddo Vinnio concordantes con nuestro Derecho* (Menéndez Pelayo p. 119). Dazu: FRANCISCO XAVIER SOLER, *Observaciones sobre las ediciones de los Comentarios de Arnolddo Vinio* (zit. nach Riaza — oben Note 45 — p. 109 Note 1).

⁵² JUAN SALA, *Institutiones Romano-Hispanae* I—II, Valentiae 1788—1789 (zahlreiche weitere Editionen bei Palau y Dulcet).

zusätzliche Lehrstühle für das *derecho patrio* errichtet⁵³: zuerst 1776 in Granada und 1778 in Valencia⁵⁴. Die Mehrzahl der anderen Universitäten folgte erst nach 1802⁵⁵. Für das neue Fach des *derecho español* wurden auch neue Lehrbücher notwendig. Das wichtigste und seit 1802 allgemein vorgeschriebene Lehrbuch für das *derecho patrio* waren die *Instituciones de Castilla* von Asso und Manuel⁵⁶.

3. Die meistdiskutierte Frage in allen europäischen Ländern war die Frage nach dem Verhältnis der neuen Wissenschaft vom nationalen Recht zum römischen *ius commune*. Die von den Konsiliatoren mit Hilfe der Statuentheorie der *interpretatio stricta* gelöste Frage nach dem Verhältnis des römischen Rechts zu den lokalen und territorialen Sonderrechten⁵⁷ bedurfte nach der Entstehung der hier als national bezeichneten Rechtsordnungen einer neuen Antwort. Allen entstehenden nationalen Rechtswissenschaften war das Kennzeichen gemeinsam, daß sie die einheimische Gesetzgebung und die Sätze des Gewohnheitsrechts nicht mehr als Statuten im Sinne der alten Theorie verstanden⁵⁸. Darüber hinaus traten die Gesetze des Zentralstaates und die innerhalb der einzelnen Länder allen Territorien gemeinsamen Gewohnheiten als *consuetudines generales* in einigen Ländern als zweites *ius commune* neben das römische Recht⁵⁹.

Kein europäischer Staat, auch nicht das Reich und Italien, fühlte sich dem römischen Recht als positivem Gesetz verpflichtet. Trotz der in allen Ländern vorhandenen antiromanistischen Tendenzen, die sich zumindest gegen ein allzu großes Übergewicht des römischen Rechts richteten, wurde ihm aber im Ergebnis überall eine Geltung als *ratio scripta* zuerkannt, die es sich durch praktischen Gebrauch erworben hatte. Seine Autorität reichte auch nur so weit, wie es die *ratio* gestattete. Der Maßstab dafür war das Vernunftrecht⁶⁰.

⁵³ GARCIA-GALLO I Nr. 604.

⁵⁴ RIAZA (oben Note 45) p. 110.

⁵⁵ GARCIA-GALLO II Nr. 220 Abs. 2, 4. Das *Derecho Real* wurde auch in den *Reales Estudios de San Isidro* gelehrt (PUY MUNOZ — oben Note 17 — p. 164, 165).

⁵⁶ GARCIA-GALLO II Nr. 220 Abs. 2; für Valencia cf. RIAZA p. 110 und allgemein p. 117. Zu Asso unten bei Note 163.

⁵⁷ WIEACKER 83.

⁵⁸ Dazu für Deutschland: LUIG, *Ius Commune* 1 (1967) p. 195 ss.

⁵⁹ Dazu unten bei Noten 96, 110.

⁶⁰ COING (oben Note 2) p. 23; WIEACKER 220 Note 20; bes. deutlich in diesem Sinne: NORREGAARD, unten Text bei Note 183; ebenso *Autos acordados* (ed. 1777) 2,1,1 Abs. 3 (nach GARCIA-GALLO II Nr. 336).

Von dieser grundsätzlichen Übereinstimmung abgesehen war jedoch die Stellung der *ratio scripta* in den Lehrbüchern des nationalen Rechts in den einzelnen betrachteten Staaten verschieden. In einigen Ländern konnte man wenigstens der Theorie nach fast ganz auf das römische Recht verzichten und ein umfassendes System des nationalen Rechts unter ausschließlicher Verwendung einheimischer Rechtsquellen errichten. Allerdings waren dabei die materiell gesehen römisch-rechtlichen Sätze durch die Gesetzgebung naturalisiert worden. Das trifft etwa für Spanien,⁶¹ Dänemark und Schweden⁶² zu. In anderen Ländern ging es bei der Errichtung des Systems des nationalen Rechts darum, alle einheimischen Rechtssätze unter Hinzuziehung der rezipierten Regeln des römischen Rechts in einem Lehrgebäude zusammenzufassen. So war die Lage in Frankreich, Schottland, Venedig und Neapel. Allein in Deutschland verstand sich das *ius patrium* nur als der Teil der positiv geltenden Rechtsordnung, der ausschließlich auf einheimischen Quellen beruhte und selbständig neben den vom römischen Recht geregelten Gebieten stand. Diese getrennten Quellenkreise wurden auch methodisch verschieden behandelt. Daneben bestanden nur in Frankreich auch Unterschiede in der Behandlung der ursprünglich französischen Materien und den rezipierten Instituten⁶³.

Auch über die Frage der Trennung der Quellenkreise hinaus gab es eine Reihe von Unterschieden zwischen den einzelnen Ländern, da sich der Wissenschaft nicht in jedem Land dieselben Probleme stellten.

Hier standen zunächst Länder mit einer starken territorialen Zersplitterung des Rechts wie Frankreich, Deutschland, die Schweiz, die Niederlande, Spanien und — sogar ohne politische Einheit — Italien. In diesen Ländern ging die Errichtung partikularrechtlicher Systeme dem Aufbau eines nationalen Rechts voran. Beispiele dafür sind die Literatur zur Coutume von Paris, zum lübischen Recht und die Hollandsche Rechts-Geleertheyd. Die Wissenschaft dieser Partikularrechte hatte im 18. Jahrhundert im wesentlichen die

⁶¹ RIAZA 123, 124. Dafür, daß trotzdem die Verwendung des römischen Rechts noch erforderlich war, cf. die Stimmen bei RIAZA p. 110, GARCIA-GALLO I Nr. 225. Das wurde auch vom Gesetzgeber anerkannt: Autos acordados (ed. 1777) 2,1,1 Abs. 3 (abgedruckt bei GARCIA-GALLO II Nr. 336): „... las civiles no son en España leyes, ni deven llamarse assí, sino sentencias de sabios, que sólo pueden seguirse en defecto de ley y en quanto se ayudan por el Derecho natural y confirman el real, que propriamente es el Derecho común y no el de los romanos“.

⁶² BERNHARD REHFELDT, Rezeption in Schweden, in SZGerm 82 (1965) 316—326. Trotzdem mußte man auch hier noch weiterhin bei Lücken auf das römische Recht zurückgreifen (Rehfeldt p. 324).

⁶³ Dazu unten Text bei Noten 98, 99.

gleichen Züge wie die hier behandelte Literatur. Für das nationale Recht ergab sich dann in den genannten Ländern außerdem das Problem der Vereinheitlichung. Dieses Ziel ist in den einzelnen Ländern in unterschiedlicher Weise erreicht worden. In Italien und den Niederlanden ist es gar nicht in Angriff genommen worden. Für die niederländische Rechtswissenschaft scheint das allerdings angesichts der starken Vorrangstellung des Rechts der Provinz Holland keinen Nachteil bedeutet zu haben⁶⁴.

In kleineren und territorial nicht zersplitterten Ländern hat sich von Anbeginn der hier beobachteten Bewegung an eine nationale Rechtswissenschaft gebildet. Das gilt für Schottland, Dänemark, Schweden und auch die ebenfalls hierher zu zählenden italienischen Staaten Venedig und Neapel. Das Problem der Errichtung eines wissenschaftlichen Lehrgebäudes des positiv geltenden, rezipierten und gesetzten Rechts stellte sich hier in gleicher Weise wie in den Territorien der zersplitterten Staaten. Das zusätzliche Problem der Vereinheitlichung blieb diesen Staaten jedoch erspart. Deswegen ist ihre Rechtsliteratur der hier nicht behandelten Literatur zu den Territorialrechten der anderen Länder vergleichbar.

In einer weiteren, sich mit den zuvor genannten überschneidenden Einteilung stehen zuerst Länder, die bereits eine mehr oder weniger umfassende Kodifikation oder Kompilation hatten. Das trifft für Dänemark, ab 1734 auch für Schweden und mit einer gewissen Einschränkung für Spanien zu. In diesen Ländern ging es um die Herstellung einer wissenschaftlichen Rechtslehre auf der Grundlage des Materials der Kodifikation. Eine ähnliche Aufgabe, jedoch ungleich schwieriger zu erfüllen, hatten die Länder mit einer zwar umfangreichen Gesetzgebung, die jedoch nicht in einem Gesetzgebungswerk zusammengefaßt war. Dazu gehörten Venedig und Neapel. Weiter ist ein Land ohne bedeutende Gesetzgebung zu nennen, in dem die Wissenschaft ihr nationales Rechtssystem auf der Grundlage der Rechtsprechung aufbauen mußte, nämlich Schottland. Und endlich standen in den Ländern, bei denen das Problem der Vereinheitlichung zu bewältigen war, ebenfalls partikuläre Rechtsordnungen von unterschiedlicher Vollständigkeit und Geschlossenheit als Material der Vereinheitlichung zur Verfügung.

⁶⁴ Über die Unmöglichkeit, daß alle niederländischen Rechte „in harmoniam continentumque reducerentur“ und zum Gebrauch von Grotius' Inleidinge als „exemplum iusti legum Belgicarum compendii“ cf. DIONYSIUS GODEFRIDUS VAN DER KEESSEL, *Theses selectae juris Hollandici et Zelandici ad supplendam Hugonis Grotii Introductionem . . .*, Ed. nova, Amstelodami 1860 (1. Ed. Leiden 1800), p. IX—X. Ähnlich die Vorrangstellung des kastilischen Rechts in Spanien (dazu weiter unten).

4. Bei der Vorstellung der einzelnen Länder soll Frankreich an der Spitze stehen, weil die Literatur zum nationalen Recht hier zuerst ihre später auch in den anderen Staaten anzutreffenden typischen Züge entwickelt hat. Frankreich war eines der Länder mit stark zersplittertem Recht. Bei der Errichtung eines wissenschaftlichen Systems des positiven französischen Rechts spielte also die Notwendigkeit der Vereinheitlichung des Rechts die Hauptrolle. Der Streit um die Bedeutung, welche das römische Recht dabei haben sollte, ist als Diskussion um die Frage nach dem *droit commun de la France* geführt worden⁶⁵.

Die entscheidende Idee hat Charles Dumoulin (1500—1566) ausgesprochen, nämlich den Gedanken der Zurückführung aller Coutumes auf eine Übereinstimmung⁶⁶, die auf der vorgegebenen Einheit allen Gewohnheitsrechts französischen Ursprungs beruhen sollte⁶⁷. Diese *consuetudo generalis*⁶⁸, die nach den Erwartungen von Dumoulin in einem *absolutissimus libellus* aufzuzeichnen sei⁶⁹, sollte als gemeines Recht Frankreichs vor dem als *ratio scripta* zu verwendenden römischen Recht den Vorrang haben⁷⁰. Die „bartolistische“ Statuentheorie war damit zurückgewiesen⁷¹. Bei Dumoulin findet sich weiter auch schon die Vorstellung vom Vorrang der Coutume von Paris bei der Auslegung der anderen Coutumes als „caput omnium huius regni et totius etiam Galliae Belgicae consuetudinum“⁷².

Erst der Code Civil war die Erfüllung von Dumoulins Wunsch nach dem *brevissimus, candidissimus, expeditissimus et absolutissimus libellus*⁷³ des französischen Rechts. Die Anregungen Dumoulins sind zunächst von der Wissenschaft aufgenommen worden, die es unternommen hat, das französische Recht in systematischen Institutionenlehrbüchern darzustellen, die dem Ideal des *brevissimus libellus* Dumoulins nahekamen.

Es gab zwei charakteristische Formen der Darstellung des *droit français*: die Serien von *Traité*s, wie sie insbesondere Pothier auf der Grundlage seiner in Orléans gehaltenen Vorlesungen herausgegeben hat⁷⁴, und die Lehrbücher

⁶⁵ Dazu bes. PIANO MORTARI und GUIZZI (oben Note 30).

⁶⁶ CHARLES DUMOULIN, *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciae*, in: CAROLI MOLINAEI omnia quae extant opera, Vol. II Paris 1681, p. 690—692, p. 691.

⁶⁷ *Oratio* p. 691.

⁶⁸ *Oratio* p. 691.

⁶⁹ *Oratio* p. 691.

⁷⁰ PIANO MORTARI (oben Note 30) p. 65.

⁷¹ PIANO MORTARI p. 64.

⁷² Nach: PAUL VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, 3Paris 1905, p. 228.

⁷³ *Oratio* p. 691.

⁷⁴ FRANÇOIS OLIVIER-MARTIN, *Précis d'histoire du droit français*, 4Paris 1945, Nr. 742.

der *Institutes du droit français*, die die Gemeinsamkeiten der einzelnen Coutumes herauszuarbeiten und die Vielzahl der Rechtsregeln auf einfache Prinzipien zurückzuführen suchten und dann das erarbeitete Material in systematischer Ordnung, üblicherweise in Anlehnung an die Institutionen Justinians darstellten⁷⁵. Diese Institutionenlehrbücher bildeten den „europäischen“ Typ der Lehrbücher des nationalen Rechts. Ihre methodischen und systematischen Grundlagen teilten sie zum größten Teil mit den vom Vernunftrecht beeinflussten Lehrbüchern der Institutionen des römischen Rechts⁷⁶. Ihr Gegenstand jedoch war das die Materien des ursprünglich französischen Rechts und das rezipierte römische Recht umfassende nationale französische Recht — national also nicht wegen seines Ursprungs, sondern wegen seiner positiven Geltung im Bereich des sich als Nation verstehenden absoluten Fürstenstaates⁷⁷.

Erstes Beispiel eines solchen Institutionenlehrbuchs ist die *Institution au droit françois* von Guy Coquille (1523—1603)⁷⁸. Coquille beschränkte sich allerdings bei seiner Darstellung noch auf die von den Coutumes und der Gesetzgebung der Könige erfaßten Gebiete⁷⁹. Insbesondere die Coutumes waren für Coquille das *vray Droit Civil, et Commun* Frankreichs⁸⁰. Aus diesem Grunde lehnte er die Behandlung der Coutumes als *statuta* und ihre *interpretatio stricta* ab⁸¹. Doch konnte Coquille bei der Errichtung seines

⁷⁵ CURZON (oben Note 40) p. 258. JEROSME MERCIER, *Remarques du droit françois . . .*, Paris 1655, p. 2: „ . . . nous contentant de rapporter icy ce qui est de plus general dans ce Royaume, et principalement dans l'usage du Parlement de Paris; quoy qu'en effet nous fassions un abregé de la Jurisprudence Françoise . . . “

⁷⁶ So besonders deutlich: CLAUDE FLEURY, *Institution au droit françois*, MS aus dem Jahre 1665, ediert von E. Laboulaye und Rodolphe Dareste, I—II Paris 1858; *Institution du droit romain et du droit françois divisée en IV. livres*, par un auteur anonime (jedoch: Jean Boscager), avec des Remarques pour l'intelligence de l'Ouvrage, par FRANÇOIS DE LAUNAY, Paris 1686. Im übrigen war der Einfluß der Naturrechtsschule auf die Rechtswissenschaft in Frankreich im Vergleich zu den anderen Ländern gering (cf. das Stichwort „droit naturel“ in der Enzyklopädie von DIDEROT).

⁷⁷ So ähnlich schon CLAUDE DU PRÉ († 1614) (nach Troje — oben Note 30 — p. 294).

⁷⁸ Zuerst 1607, dann in: *Les Oeuvres de Maître GUY COQUILLE*, Tome II, Paris 1665, 2. Halbband mit eigener Paginierung.

⁷⁹ In dem nur drei Seiten langen Abschnitt „Des Contrats . . .“ (p. 146—149) wird das römische Recht gleichsam vorausgesetzt. C. behandelt demgegenüber nur die Abweichendes vorschreibenden besonderen Regeln des französischen Rechts. Ebenso: RUNDE, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, Göttingen 1824, § 184, p. 174: „Mit Übergehung dessen, was aus dem natürlichen und römischen Rechte in der Lehre von Verträgen als bekannt vorausgesetzt werden kann, kommt es hier nur auf die eigenthümlichen Bestimmungen der deutschen Rechte an . . .“

⁸⁰ COQUILLE p. 12.

⁸¹ COQUILLE p. 12.

Systems des droit français, verstanden als die Summe der Regeln des *droit coutumier*, nicht ganz auf die Hilfe der *ratio scripta* des römischen Rechts verzichten. In seinen Erläuterungen zur Coutume von Nevers hatte er die Rolle des römischen Rechts wie folgt umschrieben⁸²:

„Qui fait que les loix faites par les Romains nous doiuent semondre à nous en ayder, quand les Constitutions et Ordonnances de nos Roys, ou le Droit general François non escrit, ou nos Coustumes nous défailent.“

In der *Institute* findet sich eine solche ausdrückliche Stellungnahme nicht. Wie sich hier das römische Recht auswirkte, läßt sich jedoch an einigen Beispielen zeigen: Zu einer Frage aus dem Sachenrecht trafen mehrere Coutumes von einander abweichende Regelungen, andere enthielten keine Bestimmung. Eine Coutume générale, die für die Provinzen, in denen die Frage nicht geregelt war, vorbildlich hätte sein können, ließ sich also nicht ermitteln. Coquille schlug daher vor, in diesen Provinzen die entsprechende Bestimmung der Coutume von Orléans anzuwenden, denn diese stimme mit der Vernunft überein, wie sie sich dem römischen Recht entnehmen lasse — „est consonant à la raison, qui se peut tirer du droit des Romains, et à la raison du sens commun“⁸³.

Die bereits von Dumoulin betonte Vorrangstellung der Coutume von Paris als *caput omnium consuetudinum*⁸⁴ wurde jedoch später allgemein anerkannt und auch durch ein Arrêt des Parlements von Paris bestätigt, wodurch bei Lücken in den von den Coutumes erfaßten Materien der Rückgriff auf die Coutume von Paris vorgeschrieben wurde⁸⁵. Erst wenn auch die Coutume von Paris keine Lösung bot, galt die *ratio scripta* des römischen Rechts⁸⁶.

⁸² COQUILLE, Les Coustumes . . . de Nivernois . . . avec les annotations de Me. Guy Coquille, in: Oeuvres II, 1. Halbband, p. 2. Dazu Piano Mortari (oben Note 30) 155.

⁸³ *Institute* p. 13, weitere Belege p. 15, 20 etc. In der Regel wurden jedoch die für anwendbar angesehenen Sätze des römischen Rechts ohne nähere Begründung und ohne Übergang in den Text eingefügt, so daß Hinweise auf das römische Recht nicht anders erscheinen als Belege aus Coutumes oder Ordonnances.

⁸⁴ Nach VIOLLET p. 228.

⁸⁵ *Journal du Palais*, Tome I p. 203 (nach SERRES p. 4). Diese Meinung wurde aber auch nach wie vor ohne Nennung des auch heute in den Darstellungen der französischen Rechtsgeschichte nicht erwähnten Urteils (cf. FRANÇOIS OLIVIER-MARTIN, Histoire du droit français, 2^e Paris 1951, Nr. 321) vertreten. Die Beschränkung dieser Regel auf die Gegenstände des *pur droit français* wird deutlich bei BRODEAU (cf. Guizzi p. 24); für die dazu gehörenden *Institute* galt sie aber auch in den Ländern des *droit écrit* (Serres p. 138).

⁸⁶ CLAUDE SERRES, Les institutions du droit français, Paris 1753, p. 4, 5. BART (oben Note 17) p. 161. PHILIPPE JOBERT, L'interprétation des coutumes limitrophes des pays de

Das von Coquille dargestellte *droit français* umfaßte, wie erwähnt, nur die Materien des reinen französischen Rechts, des *droit pur François*⁸⁷. Die späteren Darstellungen des *droit français* bezogen jedoch in der Regel auch die rezipierten Materien des römischen Rechts, also insbesondere das Schuldrecht⁸⁸, mit in ihre Darstellung ein. Das taten sowohl die Praktiker⁸⁹ als auch die Professoren der 1679 eingerichteten Lehrstühle für das *droit français*⁹⁰, die oft aus den Reihen der Praktiker hervorgegangen waren und auch neben ihrer Lehrtätigkeit weiter praktizierten⁹¹. Auf diese Weise entstand ein einheitliches *droit français* mit in gewisser Weise zusammengesetztem Inhalt. Es bestand aus der königlichen Gesetzgebung und der *Coutume générale*, die unter der Führung der Coutume von Paris gebildet wurde, als dem eigentlichen *droit commun de la France* und den rezipierten Materien des römischen Rechts, dem ebenfalls von vielen Autoren der Charakter eines *droit commun* zuerkannt wurde⁹². Der bis zuletzt unentschiedene⁹³ Streit darum, was das *droit commun de la France* sei⁹⁴, wurde fast gegenstandslos, wenn man jedem Recht für seinen Bereich die Rolle eines *ius commune* beließ⁹⁵. Man kommt somit auch für Frankreich fast ebenso wie für Deutschland zu dem Ergebnis, daß zwei gemeine Rechte nebeneinander bestanden⁹⁶, die jedoch im Unterschied zu Deutschland in ihren Darstellungen nicht voneinander getrennt wurden⁹⁷. Für beide Teile des so verstandenen *droit français* war die *ratio scripta* des römischen Rechts von Bedeutung — aller-

droit écrit et le recours global au droit romain, in: *Mémoires* usw. (wie oben Note 17: Bart), p. 203—205, 205.

⁸⁷ Terminus von BRODEAU (nach Guizzi p. 24, Note 51).

⁸⁸ OLIVIER-MARTIN, *Histoire* Nr. 323.

⁸⁹ MERCIER (oben Note 75); GABRIEL ARGOU, *Institution au droit français* I—II, Paris 1692, ¹¹Paris 1787; FRANÇOIS BOURJON, *Le droit commun de la France* . . . I—II Paris 1747.

⁹⁰ Für die Länder des *droit écrit*: SERRES (oben Note 86), FRANÇOIS DE BOUTARIC, *Les Institutes de l'empereur Justinien conférées avec le droit français*, Toulouse 1738, 1740, 1754, 1757. Für Paris so das von CURZON (1920) p. 58 genannte MS von GERMAIN. Abschluß der romanistischen Materien jedoch bei: CLAUDE DE FERRIÈRE, *Nouvelle institution coutumière*, I—II Paris 1692, III Paris 1702.

⁹¹ Vergleiche die Liste der Professoren bei CURZON (1920).

⁹² Nachweise bei GUIZZI p. 26 ss.

⁹³ OLIVIER-MARTIN, *Histoire* Nr. 323 a. E.

⁹⁴ Gegenüberstellung der beiden Richtungen bei Guizzi p. 19 ss. und p. 26 ss. Nach Guizzi p. 26 überwiegen die vermittelnden Stellungnahmen. Guizzi hat m. E. die Verfasser der Lehrbücher des *droit français* nicht genügend berücksichtigt.

⁹⁵ Ebenso Guizzi p. 26 bes. unter Berufung auf FERRIÈRE. So auch Bart (oben Note 17) bes. p. 161.

⁹⁶ Dazu unten bei Note 110.

⁹⁷ Oben Noten 89, 90.

dings in unterschiedlicher Weise: für die rezipierten romanistischen Materien unmittelbar fast wie eine *Coutume générale*⁹⁸, für die Gegenstände des ursprünglich französischen Rechts erst in zweiter Linie nach den generellen Regeln des *droit coutumier*, wie sie besonders in der Coutume von Paris ihren Ausdruck fanden⁹⁹. Durch diese gesonderte Betrachtung der verschiedenen Materien wurde in der Wissenschaft des *droit français* der Unterschied zwischen den Provinzen des *droit coutumier* und des *droit écrit* fast aufgehoben. Die in ganz Frankreich rezipierten Materien des römischen Rechts wurden naturgemäß in beiden Gebieten gleich behandelt. Entsprechendes gilt aber auch für die Materien des *pur droit français*. Der Umstand, daß in den Ländern des *droit écrit* das römische Recht traditionell die Stellung einer Coutume einnahm¹⁰⁰, wurde nun von der Wissenschaft des *droit français* im 18. Jahrhundert konsequent so gehandhabt, daß bei Lücken des römischen Rechts im Bereiche sonst typisch französischer Materien auf die Coutume von Paris zurückgegriffen wurde¹⁰¹. Claude Serres verfuhr so im Falle der halbscheidigen Grenzmauern, für die das römische Recht keine Regelung kannte¹⁰². Aus diesen Gründen unterschieden sich die Darstellungen des *droit français* aus den beiden Rechtsgebieten nicht wesentlich voneinander¹⁰³ — allerdings nur, wenn man absieht davon, daß jede Darstellung des französischen Rechts die besonderen Züge der Provinz, für die sie geschrieben wurde, stärker betonte.

5. Die älteren Sätze des deutschen Rechts, die den Einbruch der Rezeption überstanden hatten, und das nach der Rezeption aufgezeichnete oder neu geschaffene Recht der deutschen Territorien blieben im wesentlichen bis zum Ende des 17. Jahrhunderts ohne wissenschaftliche Bearbeitung und wurden in den Kommentaren und Lehrbüchern nur als eng auszulegende Abweichungen vom römischen Recht behandelt¹⁰⁴. Die nun nach Überwindung der theoretischen Rezeption durch Conring¹⁰⁵ um die Wende vom 17. zum 18.

⁹⁸ Bart p. 160, 161 für Burgund; Guizzi p. 45, 46 für DOMAT; Olivier-Martin, Histoire Nr. 322; cf. jedoch auch BOUHIER bei Guizzi p. 32, Note 37.

⁹⁹ Oben Note 86.

¹⁰⁰ BART p. 160.

¹⁰¹ GUIZZI p. 24, Bart p. 161.

¹⁰² SERRES (oben Note 86) p. 138.

¹⁰³ Für die Länder des *droit écrit*: BOUTARIC (oben Note 90) und SERRES (oben Note 86); für das *droit coutumier*: MERCIER (oben Note 75), insbes. p. 2.

¹⁰⁴ THIEME („Deutsches Privatrecht“ in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, herausgegeben von A. ERLER und E. KAUFMANN) sagt, daß die Sätze des deutschen Rechts als „eingeschlichener Rechtsbrauch“ bezeichnet wurden.

¹⁰⁵ THIEME ibidem; WIEACKER p. 106, 207.

Jahrhundert neu entstehende Wissenschaft vom deutschen Privatrecht hat mit dem *droit français* die Überzeugungen gemeinsam, daß es — erstens — in den partikularen Gesetzes- und Gewohnheitsrechten überall geltende ursprünglich deutsche Grundsätze gebe¹⁰⁶, und daß diese — zweitens — nicht als spezielle, strikt zu interpretierende Abweichungen vom römischen Recht angesehen werden könnten, sondern als *ius germanicum commune* eine eigenständige Bedeutung in den vom römischen Recht nicht erfaßten Bereichen hätten¹⁰⁷.

Anders als in Frankreich kam es jedoch in Deutschland nicht zu einer gleichberechtigten Zusammenfassung der römischen und einheimischen Bestandteile des Rechts in einem einheitlichen Lehrgebäude des nationalen, weil in Deutschland geltenden Rechts. Die Geschichte des deutschen Privatrechts beginnt vielmehr da, wo man anfang, die auf deutschrechtlichen Quellen beruhenden Bestandteile des geltenden römisch-deutschen Rechts getrennt von den römischen Regeln in eigenen Systemen darzustellen¹⁰⁸. Diese Trennung der Rechtsregeln der verschiedenen Quellenkreise findet sich mit dieser starken Betonung in keinem der nationalen Rechtssysteme der hier untersuchten Länder¹⁰⁹.

Die Grundlage für die selbständigen Darstellungen der deutschrechtlichen Bestandteile des *Usus modernus* schuf Schilters Theorie von der Existenz zweier gemeiner Rechte in Deutschland, nämlich dem einheimischen deutschen und dem fremden römischen¹¹⁰. Diese Lehre ist von Heinrich Christian Senckenberg über Schilter hinaus dahingehend vollendet worden, daß beide gemeinen Rechte die *fundata intentio* für sich hätten, wobei im Zweifel sogar gegen das nur subsidiäre römische Recht zu entscheiden sei¹¹¹. Auf Grund der Theorie von Schilter forderte Thomasius, daß die vom *Usus mo-*

¹⁰⁶ Zur Unbegründetheit dieser Überzeugung cf. GUNTER GUDIAN, *Gemeindeutsches Recht im Mittelalter?*, in: *Ius Commune* 2 (1969) 33—42.

¹⁰⁷ Nach THIEME (oben Note 104) entwickelte es sich als „Komplement“ zum römischen Privatrecht (Sp. 706). LUIG, *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*, in: *Ius Commune* 1 (1967) 195 ss.

¹⁰⁸ LUIG 196.

¹⁰⁹ Ebenso in Frankreich jedoch COQUILLE (oben Note 78 und 79) und FERRIÈRE (oben Note 90).

¹¹⁰ STINTZING/LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* III 1, p. 58; CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte* II p. 379.

¹¹¹ Zu SCHILTER cf. Wieacker 208. Senckenberg entwickelte seine Theorie in: HENRICI CHRISTIANI SENCKENBERG, *Meditationum de universo iure et historia* Volumen, Giessae 1740, *Meditatio* XI „De praesumptione pro iure Romano“, p. 764—776, p. 776: „Praesumptio ergo non pro solo Romano Iure, sed pro omnibus . . .“ — „Judex ergo . . . in dubio pronuntiabit contra Iura subsidiaria“. Schilter hatte ausdrücklich gesagt, diese Konsequenz noch nicht ziehen zu wollen (Stintzing/Landsberg II 187).

dernus hergestellte Vermengung von römischem und deutschem Recht aufgelöst und beide Rechte für sich bearbeitet wurden¹¹². Bei Thomasius läßt sich dieser Gedanke noch mit seiner Vorliebe für das deutsche Recht erklären¹¹³. Bei seinen Nachfolgern zeigt sich aber dann, daß es nicht um die Vorherrschaft des einen oder des anderen Rechts ging, sondern darum, die Quellenlage des *Usus modernus* klarzustellen, das Verständnis für die Denkformen des germanischen und des deutschen Rechts zu wecken und schließlich auch neu entwickelte Institutionen ohne Anlehnung an die römischen Quellen für die Wissenschaft und Lehre zu erschließen¹¹⁴. Belege dafür finden sich bei Georg Beyer¹¹⁵, Christian Gottfried Hoffmann¹¹⁶, Pütter¹¹⁷ und Heineccius. Ganz deutlich ist das Beispiel von Heineccius, der als Romanist unter dem Einfluß der niederländischen Humanisten in seinem Lehrbuch zu den Institutionen Justinians¹¹⁸ das römische Recht fast ganz ohne Beimischungen des *Usus modernus* und in den *Elementa iuris Germanici*¹¹⁹ das reine deutsche Recht dargestellt hat.

Die streng durchgeführte Scheidung der Materien ermöglichte es den Autoren des deutschen Privatrechts, bei der Darstellung ihrer Lehren auf jede Benutzung des römischen Rechts zu verzichten. Während in Frankreich selbst bei den Gegenständen des *pur droit français* in zweiter Linie nach den generellen Prinzipien des *droit coutumier* auch die *ratio scripta* des römischen Rechts noch von Bedeutung war¹²⁰, schlossen die deutschen Autoren das römische Recht bei der Bearbeitung des einheimischen Rechts ganz aus. Als römischrechtlich galt bei der Abgrenzung eine Regel aus dem *Corpus iuris* auch dann, wenn sie durch Landrechte oder Stadtrechte übernommen und so positiv in einem deutschen Territorium in Geltung gesetzt worden war¹²¹.

¹¹² Dazu LUIG (Note 107) p. 203; THOMASIVS später ebenso in: D. Melchior von Osse Testament, Halle 1717, Vorrede p. 30.

¹¹³ cf. LUIG p. 205.

¹¹⁴ cf. WIEACKER 207. So das Zitat von GEORG BEYER bei LUIG p. 209, 210.

¹¹⁵ LUIG p. 209, 210.

¹¹⁶ Stintzing/Landsberg III 1, p. 172, 173.

¹¹⁷ Stintzing/Landsberg III 1, p. 335, 337, 349.

¹¹⁸ JOHANN GOTTLIEB HEINECCIUS, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, Amstelodami 1725 (weitere Ausgaben bei Stintzing/Landsberg III 1, Noten p. 126).

¹¹⁹ JOHANN GOTTLIEB HEINECCIUS, *Elementa iuris Germanici*, I Halae 1735, ed. nova 1736, II Halae 1737 (Luig — oben Note 107 — p. 214; Stintzing/Landsberg III 1 Noten p. 127).

¹²⁰ cf. oben Note 99.

¹²¹ RUNDE (oben Note 79) § 198, p. 190—191: „Jetzt folgen die Verträge, welche . . . zum Gegenstande haben. Aber bey weitem der größte Theil von dem, was deutsche Gesetze über diese Verträge enthalten, ist bloße Wiederholung römischer Grundsätze. Nur wenige Eigenheiten deutscher Rechte bey diesen Geschäften sind hier zu erwähnen.“

An Stelle der Verwendung des römischen Rechts entwickelte das deutsche Privatrecht ganz selbstständige Methoden zur Ausfüllung von Lücken und zur Herstellung einer geschlossenen Doktrin des deutschen Rechts. Diese Methoden waren zuerst die Analogie — der induktive Schluß aus der Regelung aller oder der meisten Territorialrechte auf eine Regel des deutschen Rechts schlechthin — und später die von Pütter und Runde entwickelte Rechtsfindung aus der Natur der Sache¹²². Damit nahmen die Lehren des Vernunftsrechts im deutschen Privatrecht den Platz ein, den im *droit français* das römische Recht behauptet hatte. Das gilt auch für das System. Nach Überwindung des Anfangsstadiums, in dem für die Gliederung des Stoffes das römische Institutionensystem verwendet worden war¹²³, bedienten sich die Autoren des deutschen Privatrechts naturrechtlicher Systementwürfe¹²⁴.

Das von dem in Deutschland geltenden römischen Recht getrennt dargestellte deutsche Privatrecht verstand sich selbst zunächst nur als Durchgangsstadium. Das Ergebnis der Rezeption, die Entstehung eines einheitlichen deutschen Rechts aus deutschen und römischen Bestandteilen¹²⁵, sollte nicht rückgängig gemacht werden. Vielmehr sollte durch eine getrennte Bearbeitung der beiden Rechte die Voraussetzung dafür geschaffen werden, daß sich ihre Synthese später auf einer höheren Stufe der wissenschaftlichen Durchdringung vollende. Das hat Pütter am deutlichsten ausgesprochen¹²⁶. Die von Hofacker und Dabelow unternommenen Versuche zur Herstellung dieser Synthese sind aber gescheitert. Das Ergebnis war, daß „im 19. Jahrhundert das deutsche Privatrecht dem Pandektenrecht als eine zweite geschlossene positive Rechtsordnung gegenüber“ stand¹²⁷. Der Wunsch nach einer Vereinigung der beiden Rechte zu einer neuen, auf beiden Fundamenten aufgebauten „Nationalität“¹²⁸ verstummte aber auch im 19. Jahrhundert nicht.

Nach Anfängen bei Schilter stellten zuerst Thomasius, Beyer und Hoffmann, sowie Heineccius das deutsche Privatrecht in seiner Gesamtheit dar.

¹²² HEINRICH MARX, Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei den Göttinger Germanisten Johann Stephan Pütter und Justus Friedrich Runde, Diss. iur. Göttingen 1967.

¹²³ LUIG (oben Note 106) p. 215 ss.

¹²⁴ HEINRICH CHRISTIAN SENCKENBERG, Anfangs-Gründe der alten, mittleren und neuen Teutschen gemeinen Rechtsgelahrtheit, Goettingen 1737. JOHANN STEPHAN PÜTTER, *Elementa iuris Germanici privati*, Goettingae 1748.

¹²⁵ WIEACKER 228.

¹²⁶ JOHANN STEPHAN PÜTTER, *Prodromus de methodo universae iurisprudentiae privatae, speciatim iuris Germanici*, vor: *Conspectus iuris Germanici privati hodierni novo systemate tradendi*, Goettingae 1754. Zum Ganzen: Thieme (oben Note 1) 254—257.

¹²⁷ Wieacker 405.

¹²⁸ FR. W. UNGER, *Römisches und nationales Recht*, Göttingen 1848, p. 15, 16.

In dieser ersten Periode war die neue Wissenschaft noch stark vom mittelalterlichen Recht beeinflusst, insbesondere vom Sachsenspiegel¹²⁹. Das darzustellende Material wurde von den Autoren, so weit wie möglich, im Institutionensystem angeordnet¹³⁰. Eine zweite Periode begann mit neuen Ansätzen von Senckenberg und Pütter bezüglich des Systems¹³¹ und wiederum von Pütter durch den Verzicht auf die Benutzung der mittelalterlichen Rechte. Diese Periode wurde von Selchow vollendet¹³². Den letzten Höhepunkt des deutschen Privatrechts im 18. Jahrhundert vor der Herrschaft der historischen Rechtsschule bildete das System von Runde¹³³.

Die Gesamtdarstellungen des deutschen Privatrechts waren in der Regel Kompendien, die in Stil und Aufbau den Darstellungen der Institutionen des römischen Rechts und später auch des Naturrechts ihrer Zeit glichen. Jedoch gewannen sie die dargestellten Rechtssätze nicht aus den römischen Quellen oder einem obersten Prinzip des menschlichen Zusammenlebens, sondern aus den gesetzlichen Quellen des deutschen Rechts und aus durch die Gerichtspraxis belegten Gewohnheitsrechten. Die Auswahl des Materials richtete sich nach dem, was der einzelne Autor als das *wissenschaftliche Prinzip* des deutschen Privatrechts insbesondere in seinem Verhältnis zu den Partikularrechten ansah¹³⁴. Mit den anderen Institutionenlehrbüchern dieser Zeit hatten die Lehrbücher des deutschen Privatrechts das Anliegen gemeinsam, aus der Sichtung der Quellen Prinzipien oder Axiome zu entwickeln, aus denen sich die einzelnen Folgesätze methodisch ableiten und so in systematischer Form darstellen ließen¹³⁵. Das Ideal der Zeit war das kurze, systematische Lehrbuch, das man im Gegensatz sah zu den großen Kommentaren des Mittelalters und des *Usus modernus* mit ihrer Anhäufung von Kontroversen und Kasuistik.

6. In der Schweiz gab es über den oft mehrere lokale Rechte umfassenden partikularen Rechten der einzelnen Kantone kein gemeinsames Privatrecht,

¹²⁹ GUDIAN (oben Note 106) p. 34.

¹³⁰ LUIG (oben Note 107) p. 211, Note 79, p. 215.

¹³¹ cf. die in Noten 124 und 126 angeführten Werke.

¹³² Stintzing/Landsberg III 1, p. 356. JOHANN HEINRICH CHRISTIAN VON SELCHOW, *Institutiones Iurisprudentiae Germanicae*, Hannoverae 1757, ⁸Goettingae 1795.

¹³³ RUNDE (oben Note 79). Zur Periodenbildung: Conrad II 379.

¹³⁴ CARL FRIEDRICH GERBER, *Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts*, Jena 1846. Zum hier nicht behandelten Verhältnis des deutschen Privatrechts zu den Partikularrechten cf. RUNDE (oben Note 79) p. IX—XIII.

¹³⁵ So besonders HEINECCIUS (oben Note 119), PÜTTER (oben Note 124) und SENCKENBERG (oben Note 124).

das dem *droit français* oder dem *ius germanicum* vergleichbar wäre¹³⁶. „Vaterländisches Recht“¹³⁷ war nur das Recht jedes einzelnen Standes. Allerdings war der Gedanke einer neu zu errichtenden Einheit des schweizerischen Privatrechts auch schon dem 18. Jahrhundert nicht ganz fremd; er fand aber seinen Niederschlag nur in Reden und Programmschriften¹³⁸. Als erster Versuch einer Darstellung des gesamten in der Schweiz geltenden Privatrechts mit einer vereinheitlichenden Tendenz kommt allenfalls ein Werk in Betracht: das „Eydgenössisches Stadt- und Land-Recht“ des Hans Jacob Leu^{139,140}.

Leu hat sein Werk im Vorwort als „Versuch eines *Juris Civilis Helvetici*“ bezeichnet¹⁴¹. Das ist der dem *droit français* und dem *ius germanicum* entsprechende Begriff. Wie Soliva gezeigt hat, ging Leu aber zum Unterschied zu diesen beiden Rechten nicht von einer ursprünglichen Einheit des schweizerischen Rechts aus¹⁴². Eidgenössisches Privatrecht war für Leu zunächst nur ein Sammelbegriff für das gesamte in den einzelnen Kantonen der Schweiz geltende Privatrecht einschließlich des römischen und kanonischen Rechts¹⁴³. Da aber Leu einmal von der schweizerischen Eidgenossenschaft als einem selbständigen Staatswesen ausging, und da er den gesamten darzustellenden Stoff in einem einheitlichen System behandelte, in dem die verschiedenen Regelungen nebeneinander gestellt wurden¹⁴⁴, steckte in diesem Werk zwangsläufig die auch in den anderen Ländern beobachtete Tendenz der Vereinheitlichung und der Errichtung eines Systems des nationalen Rechts¹⁴⁵. So ging es im Grunde auch hier um die beim deutschen Privatrecht beobachtete „Einheit in der Mannigfaltigkeit“¹⁴⁶. Bei Leu äußerte sich diese Tendenz aber nicht in konkret ausgearbeiteten Regeln, „sondern mehr in einer Art Grundstimmung der Darstellung, in welcher er mehr das Ver-

¹³⁶ LEU (oben Note 43) Teil 1, § 8, p. 9. FERDINAND ELSNER, Geschichtliche Grundlegung, in: Schweizerisches Privatrecht, herausgegeben von Max Gutzwiller u. a., Vol. I, p. 25—27. CLAUDIO SOLIVA, Das Eidgenössische Stadt- und Landrecht des Zürcher Bürgermeisters Johann Jakob Leu, Wiesbaden 1969, p. 21—22.

¹³⁷ So die Titel von Vorlesungen in Lausanne und Bern (Soliva p. 21, 22 und Note 66).

¹³⁸ Soliva p. 22, Note 68.

^{139, 140} Oben Note 43; dazu Soliva (Note 136).

¹⁴¹ Oben Note 43.

¹⁴² Soliva p. 93, p. 44, Note 9.

¹⁴³ Soliva p. 93.

¹⁴⁴ Soliva p. 97.

¹⁴⁵ Soliva p. 97—100, insbes. p. 99: „einheitlicher Untersuchungsgegenstand“.

¹⁴⁶ OTTO V. GIERKE, Deutsches Privatrecht, Vol. I, Leipzig 1895, § 6, p. 53.

bindende als das Trennende“ betonte¹⁴⁷. Allerdings beruhten nach der Ansicht von Leu anders als in Frankreich und Deutschland die Grundlagen für das Verbindende nicht auf einem ursprünglichen schweizerischen Recht, sondern auf dem allgemeinen natürlichen Privatrecht¹⁴⁸. Leus Bestreben war — der Absicht Stairs vergleichbar¹⁴⁹ —, die Übereinstimmung des in der Schweiz geltenden Rechts mit dem Naturrecht in möglichst großem Maße darzulegen¹⁵⁰.

7. Außer dem römischen Recht als *derecho común* gab es in Spanien bis zum 18. Jahrhundert kein für alle Territorien gemeinsames Recht. Soweit ersichtlich bestand auch nicht die Vorstellung von einer ideellen Einheit allen Rechts auf der iberischen Halbinsel wie in Frankreich oder Deutschland. Nach dem Erbfolgekrieg richtete sich jedoch die Politik des Hauses Bourbon in Spanien auf eine Zentralisierung der Staatsgewalt. Mittel dazu sollte auch die Rechtsvereinheitlichung sein. In vielen Programmschriften wurde dementsprechend eine Kodifikation für ganz Spanien gefordert, ein *cuerpo metódico de Derecho Español*¹⁵¹. Als jedoch die Universitäten den Auftrag erhielten, das spanische Recht in das Programm der Juristenausbildung aufzunehmen¹⁵², sah sich die Rechtswissenschaft vor die Aufgabe gestellt, auch ohne Kodifikation als Grundlage ein System des nationalen spanischen Rechts zu errichten. Die entscheidenden Ideen dazu wurden in Programmschriften entwickelt, deren Hauptanliegen die Erneuerung des Privatrechts auf der Grundlage des Ideals von *leyes ciertas y breves*¹⁵³ war. Am Ende der Erneuerung sollte eine Kodifikation stehen. Als Vorbereitung dazu wurde jedoch die Zusammenstellung von *Instituciones del Derecho Español* und die Ausbildung der Juristen auf der Grundlage dieses Institutionenlehrbuchs angesehen¹⁵⁴. Der Vorschlag zur Herstellung der Institutionen

¹⁴⁷ Soliva p. 22, Note 68.

¹⁴⁸ CLAUDIO SOLIVA, Ein Beispiel zürcherischer Rechtsgelehrsamkeit im 18. Jahrhundert, in: Zürcher Taschenbuch auf das Jahr 1968, NF 88 (Zürich 1967) 29—49, hier p. 41.

¹⁴⁹ Dazu unten bei Note 208.

¹⁵⁰ LEU, Theil 1, p. 11; Soliva, Taschenbuch (Note 148) p. 43.

¹⁵¹ So der Untertitel des oben (Note 45) zitierten Werkes von CASTRO: . . . , en que se demuestra la incertidumbre de éstos, y la necesidad de un nuevo, y metódico Cuerpo de Derecho, para la recta administracion de justicia; cf. Riaza (oben Note 45) p. 123; Puy Muñoz (oben Note 17) p. 145 et passim, insbes. p. 151 (zu MACANAZ).

¹⁵² Dazu oben bei Note 45 ss.

¹⁵³ Puy Muñoz p. 69 (zu BARBADINO-MAYMO), p. 143—145.

¹⁵⁴ FORNER (nach Riaza p. 121, 122); MEDINA Y FLORES (nach Riaza p. 106, 120); MAYANS Y SISCAR (nach Puy Muñoz p. 142); in der Sache ebenso: BARBADINO-MAYMO (nach Puy Muñoz p. 143—146); MORA Y JARABA (Riaza p. 119); Anónimo, Representación . . . al Marqués de la Ensenada (Puy Muñoz p. 152).

beruhte auf der naturrechtlichen Überzeugung, daß sich alle Rechtssätze auf wenige fundamentale Prinzipien zurückführen ließen, bei deren Kenntnis man alle auftretenden Fälle leicht lösen könne. Mit Hilfe der Institutionen ließen sich also nach dieser Überzeugung das Studium der Rechtswissenschaft und auch die Praxis der Gerichte erleichtern und rationalisieren¹⁵⁵. Damit präsentierte sich dieser Zweig der spanischen Rechtswissenschaft als Parallele zu der Schule der Institutionalisten der nationalen Rechte in Frankreich und Deutschland.

Das Problem der Vereinheitlichung des spanischen Rechts wurde in den theoretischen Schriften in der Weise gelöst, daß das Recht Kastiliens noch stärker als in Frankreich die Coutume von Paris zur herrschenden Rechtsordnung in Spanien erhoben wurde: es wurde zum *derecho nacional*¹⁵⁶ und zum *derecho español*¹⁵⁷ schlechthin. Diesem auch als *derecho patrio* oder *derecho real* bezeichneten Recht gegenüber erschienen die Privatrechtsordnungen der anderen Teile Spaniens nunmehr nur als *derechos forales* oder *derechos municipales*¹⁵⁸. Demgemäß wurde jetzt auch nicht mehr allein das römische Recht in Spanien als *derecho común* bezeichnet, sondern der Charakter eines gemeinen Rechts wurde zumindest außerdem auch dem nationalen Recht zuerkannt, für das nun nicht mehr die Statutentheorie galt¹⁵⁹. Mehr noch, obwohl die Bezeichnung *derecho común* dem römischen Recht nicht ausdrücklich vollständig aberkannt wurde¹⁶⁰, billigte man ihm im Ergebnis nur einen Nutzen zu für die allgemeine Rechtstheorie¹⁶¹, insbesondere für die juristische Terminologie, und für die Ausbildung in der Rechts-

¹⁵⁵ cf. die Zitate bei Puy Muñoz p. 29, 69 Note 7, 145, 151, 152; Riaza p. 119, 120.

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ DE MESA, *Arte historica* (zit. bei Puy Muñoz p. 159).

¹⁵⁷ Garcia-Gallo I Nr. 222; Riaza p. 106.

¹⁵⁸ Garcia-Gallo I Nr. 222.

¹⁵⁹ Für die Statutentheorie: COVARRUVIAS (nach Riaza p. 123, Note 1), GREGORIO LOPEZ (nach Riaza p. 123, Note 1) und ANTONIO GOMEZ (nach Riaza p. 124). Gegen diese Theorie nun: CASTRO I p. 98 (cf. Garcia-Gallo II Nr. 335 Abs. 8), FERNÁNDEZ DE MESA (nach Puy Muñoz p. 49, 51, Note 131 und p. 160) und FORNER (nach Riaza p. 122). Kastilisches Recht als *derecho común* bei: FERNÁNDEZ DE MESA (Puy Muñoz p. 159), VIZCAINO PÉREZ (Riaza p. 116, cf. unten Note 167), GREGORIO MAYANS (Riaza p. 116), Autos acordados (abgedruckt oben Note 61), Asso (unten Note 163), Vorwort ohne Paginierung doch p. 6.

¹⁶⁰ So FERNÁNDEZ DE MESA (Puy Muñoz p. 36, 156 Note 32). Gegen die Bezeichnung des römischen Rechts als *derecho común* jedoch ausdrücklich der oben (Note 61) abgedruckte Auto acordado von 1713.

¹⁶¹ Garcia-Gallo I Nr. 225, 605; FERNÁNDEZ DE MESA (nach Puy Muñoz p. 158).

geschichte¹⁶². Im Ergebnis war also jetzt auch Spanien wie Deutschland und Frankreich ein Land mit zwei gemeinen Rechten.

Ausführungen des geschilderten Programms gab es nur wenige. Das wichtigste und seit 1802 an den Universitäten allgemein vorgeschriebene Lehrbuch für das *derecho patrio* waren die *Instituciones* von Asso und Manuel¹⁶³. Vorläufer dieses Werkes waren die Institutionenlehrbücher von Bermúdez de Pedraza¹⁶⁴, Martínez Galindo¹⁶⁵, Berni y Catalá¹⁶⁶ und Vizcaino Pérez¹⁶⁷. Das Lehrbuch von Sala, *Ilustracion del Derecho Real de España* trat nach der Studienreform von 1824 an die Stelle des Buches von Asso und Manuel¹⁶⁸.

Erklärtes Ziel des Werkes von Asso und Manuel war die Darstellung der Prinzipien des *derecho español*, wie sie sich unmittelbar aus den Gesetzen ergäben ohne die von der Praxis eingeführten Mißbräuche¹⁶⁹. Ausschließliche Quellengrundlage waren demnach die *Siete Partidas*, die *Recopilacion* von 1567 und die *Fueros*. Das dargestellte Recht umfaßte wie das *droit français* das gesamte spanische Privatrecht. Anders als in Frankreich gab es jedoch keine Materien, in denen die Rechtssätze nur aus dem rezipierten römischen Recht hergeleitet werden konnten. Da nämlich durch die verwendeten Gesetze alle Materien, wenn auch nicht lückenlos, erfaßt worden waren, konnte das Verbot des Zitats von römischem Recht auch von der Wissenschaft ernst genommen werden¹⁷⁰. Daß die *Siete Partidas* der Sache nach römisches Recht enthielten, ist den Autoren sicher nicht entgangen¹⁷¹. Dieses römische Recht

¹⁶² CASTRO (oben Note 45) I p. 94, p. 99 jedoch für eine vollständige Beseitigung des römischen Rechts aus dem Unterricht; cf. auch die oben Note 154 zitierte *Representación* (nach Puy Muñoz p. 152).

¹⁶³ IGNACIO JORDAN DE ASSO Y DEL RIO und MIGUEL DE MANUEL Y RODRIGUEZ, *Instituciones del derecho civil de Castilla*, Madrid 1771, 1775, 1780, 1786, 1792, 1805, 1806 (Palau y Dulcet Nr. 18717—18724). Zur Vorschrift, dieses Werk den Vorlesungen zu Grunde zu legen: Garcia-Gallo II Nr. 220, Riaza p. 110, 117.

¹⁶⁴ FRANCISCO BERMUDEZ DE PEDRAZA: *Arte legal para estudiar la Jurisprudencia*. Con la Paratitla, y Exposicion a los titulos de los quatro libros de Instituciones de Justiniano, Salamanca 1612.

¹⁶⁵ TOMÁS MARTINEZ GALINDO, *Phoenix Jurisprudentiae Hispanicae, sive Instituta Hispana* . . ., Hispali 1715.

¹⁶⁶ JOSÉ BERNI Y CATALÁ, *Instituta civil y real*, Valencia 1745, 1760, 1775.

¹⁶⁷ VICENTE VIZCAINO PÉREZ, *Compendio del Derecho público y común de España* I—IV, Madrid 1784.

¹⁶⁸ Garcia-Gallo II Nr. 221, Art. 58.

¹⁶⁹ Vorwort ohne Paginierung doch p. 3, 4 (1. Aufl.).

¹⁷⁰ Vorwort p. 2. Subsidiarität des römischen Rechts jedoch weiter anerkannt von dem oben, Note 61, zitierten Auto acordado von 1713. Dazu auch Garcia-Gallo I Nr. 225.

¹⁷¹ Anders: Riaza p. 123?

war aber durch die spanische Gesetzgebung gleichsam naturalisiert worden. Die gleiche Erscheinung werden wir auch für Schweden und Dänemark feststellen können. Im Zusammenhang mit dieser Naturalisierung steht auch der Verzicht auf die Verwendung nichtspanischer Autoren¹⁷². Abgesehen davon steht das Werk aber vollständig in der Tradition der romanistischen Zivilrechtswissenschaft seiner Zeit: der ganze Begriffsapparat ist der des römischen Rechts, die Gliederung folgt den drei Objekten des Rechts nach Tribonian¹⁷³ und die Darstellungsweise wird als *método geometrico* bezeichnet¹⁷⁴. In der Ausführung der beiden letztgenannten Grundsätze gehen die Autoren so weit, daß das ganze Buch wie eine freie Übertragung des Institutionskompends von Heineccius anmutet¹⁷⁵. Der einzige, allerdings auch entscheidende Unterschied zu Heineccius ist, daß statt der Zitate aus dem römischen Recht, mit denen Heineccius die Richtigkeit seiner Deduktionen belegt hat, bei Asso und Manuel ausschließlich Zitate aus spanischen Rechtsquellen zu finden sind.

8. In die Reihe der Länder mit umfassenden Rechtsaufzeichnungen, die wenigstens in der Theorie das römische Recht ausschlossen, gehört neben dem eben erwähnten Spanien auch Dänemark mit Norwegen. Unabhängig von der Frage, wieviel materielles römisches Recht bereits durch die Gesetzgebung übernommen worden war, läßt sich auch hier, wie bei dem Spanier Asso zeigen, daß die Rechtswissenschaft bei der Aufgabe, ein System des nationalen Rechts zu errichten, nicht ohne das römische Recht auskommen konnte. Während aber diese Quelle von den Spaniern verschwiegen wurde, stützte man sich in Dänemark der Theorie nach auf das Naturrecht und gebrauchte in dessen Rahmen das römische Recht als Beispiel eines besonderen „historischen“ Naturrechts. — Das Problem der Rechtsvereinheitlichung spielt in den von hier ab zu behandelnden Ländern keine Rolle mehr. —

Wie an den anderen europäischen Universitäten war auch an der 1479 gegründeten Universität Kopenhagen zunächst nur römisches und kanonisches Recht gelehrt worden. Entscheidende Bedeutung für das Entstehen einer dänischen Rechtswissenschaft hatte die Einführung eines juristischen

¹⁷² Asso, Vorwort p. 2, 4. Zum „Umsetzungsvorgang“ von gemeinem Recht in spanisches Recht in der mittelalterlichen spanischen Rechtsliteratur cf. N. HORN, Literaturgeschichtliche Aspekte der Rezeption in Spanien, in TRG 37 (1969) 489—514, hier 514, 501.

¹⁷³ Vorwort p. 4.

¹⁷⁴ Vorwort p. 4.

¹⁷⁵ Ganz genau so allerdings auch die Methode von BOSCAGER (oben Note 76). HEINECCIUS war jedoch in Spanien mehr verbreitet als BOSCAGER (cf. Ríaza p. 111, Puy Muñoz p. 144, 170, García-Gallo II Nr. 221).

Staatsexamens, dessen Gegenstand auch das dänische Recht sein sollte, wie es im Danske Lov von 1683 und im Norske Lov von 1687 aufgezeichnet war¹⁷⁶. Zunächst legte man jedoch auch dem Unterricht im dänischen Recht die Kompendien zum römischen Recht von Struve und Heineccius zu Grunde und fügte das dänische Recht nach der Art des Usus modernus an den entsprechenden Stellen ein¹⁷⁷. Als Ideal galt aber der Vortrag des dänischen Rechts in systematischer Ordnung getrennt vom römischen Recht¹⁷⁸. Als erste Darstellung des dänischen Rechts, die diesen Ansprüchen gerecht wurde, gilt nach Vorarbeiten von Hedegaard, Hesselberg, Dons und Kongslew¹⁷⁹ das Werk von Laurids Nørregaard: *Forelaesninger over den danske og norske private Ret*¹⁸⁰.

Dieses Werk gehört in die hier geschilderte Reihe von Institutionenlehrbüchern des nationalen Rechts. Nach Nørregaard¹⁸¹ waren die einzigen positiven Rechtsquellen in Dänemark und Norwegen und damit auch die einzige Quellengrundlage für sein Buch die beiden Gesetzgebungswerke von Christian V. Daneben anerkannte Nørregaard jedoch auch das Naturrecht als unmittelbare Quelle des dänischen Rechts, das somit teils natürliches und teils bürgerliches, d. h. positives, Recht war. Für ein subsidiäres römisches Recht war daneben kein Raum. Trotzdem widmete Nørregaard dem römischen Recht eine ausführliche Erörterung bei der Nennung einiger fremder Rechte, die zwar durchaus nicht vor Gericht zitiert werden dürften, die aber doch bei der Auslegung des dänischen Rechts von Nutzen seien. Das Ergebnis dieser Darlegungen war schlicht, daß das römische Recht in Dänemark doch angewendet werden durfte — soweit es nämlich mit dem Naturrecht übereinstimmte. Diese Erhöhung des römischen Rechts zum Naturrecht erlaubte also den dänischen Juristen die Verwendung des römischen Rechts beim Aufbau eines wissenschaftlichen Systems des nationalen Rechts, ohne eine

¹⁷⁶ Dahl (oben Note 27) p. 3.

¹⁷⁷ Dahl p. 14.

¹⁷⁸ Dahl p. 14, 18.

¹⁷⁹ CHRISTIAN DITLEV HEDEGAARD, *Trifolium juridicum*, 1748 (Dahl p. 21); ENGELBRECHT HESSELBERG, *Juridisk Collegium*, 1755, 1763 (Dahl p. 22); JENS BING DONS, *Academiske Forelaesninger over den Danske og Norske Lov I—IV*, Kopenhagen 1780—1781 (JORGENSEN, *Vertrag und Recht* p. 76 Note 74); LAURITZ LAURBERG KONGSLEW, *Die ersten Grundlagen des dänischen und norwegischen Privatrechts I—II*, 1781—1782 (Dahl p. 22, 23, nennt nur die dt. Übers. des Titels).

¹⁸⁰ I—VII Kopenhagen 1784—1799. Dazu Dahl p. 21, 23.

¹⁸¹ I p. 8. Das Folgende nach I p. 36, und I p. 44—51.

Rezeption und damit vielleicht die Abhängigkeit vom Reich¹⁸² anerkennen zu müssen.

Den Nutzen des römischen Rechts sah Nørregaard¹⁸³ vor allem darin, daß der Jurist mit seiner Hilfe die „juristische Denkart und Ordnung“ erlerne, „ohne die es fast unmöglich wäre, eine systematische Kenntnis und einen zusammenhängenden Begriff von der Rechtswissenschaft zu erwerben“. Noch wichtiger aber war das römische Recht als Vermittler zum Naturrecht. Nørregaard bezeichnete das römische Recht als „eine Art allgemeines bürgerliches Recht“, das den Juristen zum Naturrecht selbst hinführe. Der Jurist bedurfte eines solchen Vermittlers, weil die Autoren des Naturrechts sich zu sehr im Bereich von Prinzipien bewegt hätten und die aus dem Naturrecht im konkreten Fall sich ergebenden Regeln meist nicht ohne weiteres evident seien. Zum Vermittler geeignet war für Nørregaard das römische Recht wegen seiner materiellen Vorzüge, die insbesondere darauf beruhten, daß die römischen Juristen das Recht nach einem „philosophischen Plan“ aufgebaut hätten. Nørregaard hielt also alle Sätze des römischen Rechts für anwendbar, die gleichsam eine Konkretisierung der Prinzipien des Naturrechts waren. Nicht anwendbar waren dagegen die auf der besonderen Verfassung des römischen Staates beruhenden Regeln. Daraus folgte Nørregaard, daß der dänische Jurist das römische Recht sogar noch besser studieren müsse als sein deutscher Kollege. Denn in Deutschland, wo das römische Recht als positives Recht gelte, genüge es, wenn man wisse, was das Gesetz sage. In Dänemark dagegen müsse man auch die Gründe und Ursprünge der römischen Regeln kennen, damit man nicht das für allgemein hinnehme, was in Wirklichkeit bürgerlich oder willkürlich sei. Nørregaard übersah hier allerdings, daß auch in Deutschland¹⁸⁴ ebenso wie in Frankreich und Spanien¹⁸⁵ schon längst die Übereinstimmung mit der *naturalis ratio* zum Maßstab für die Geltung von Sätzen des römischen Rechts geworden war. Somit gab es auch hinsichtlich des Geltungsgrundes des römischen Rechts keine wesentlichen Unterschiede zwischen den europäischen Staaten¹⁸⁶.

Nørregaards Durchführung entspricht seinem Programm. Die Anordnung des Stoffes folgte dem im 18. Jahrhundert üblichen Institutionensystem.

¹⁸² Unter diesem Gesichtspunkt ist die Frage der Verwendung des römischen Rechts in Dänemark von ARTHUR DUCK behandelt worden (Lib. 2, Cap. 13).

¹⁸³ I p. 48—51.

¹⁸⁴ COING, *Ius Commune* 1 (1967) 23; WIEACKER 220, Note 20.

¹⁸⁵ GARCIA-GALLO II Nr. 336 (cf. das Zitat oben Note 61).

¹⁸⁶ cf. oben Note 60.

Nørregaard gibt jedoch vor, die Einteilung der Materien dem Naturrecht entnommen zu haben. Daran ist soviel richtig, daß er nicht genau das System Tribonians kopiert, sondern auch alle im *Usus modernus* und im systematischen Naturrecht entwickelten Gliederungsgesichtspunkte übernommen hat, durch die das Institutionenschema rationalisiert worden war. Beispiele dafür sind: Die Einteilung des Vermögensrechts in *ius in re* und *ius ad rem*, die Fünffzahl der Sachenrechte, die Trennung von originärem und derivativem Eigentumserwerb und die Gliederung der besonderen Schuldverträge nach Grotius und Pufendorf¹⁸⁷. Das gleiche gilt für die Darstellung der materiellen Sätze. Das dänische Recht wird auf der Grundlage der auch vom Naturrecht verwendeten und verfeinerten Begriffssprache des römischen Rechts dargestellt. Obwohl das römische Recht an keiner Stelle zitiert ist, wird dieser Zusammenhang kaum verborgen, da in der Regel die lateinischen Termini in Klammern den dänischen Begriffen beigelegt werden.

9. Obwohl in Schweden und Finnland im 17. Jahrhundert das römische Recht nicht „geltendes, gemeines Recht“¹⁸⁸ war, war doch die Rechtswissenschaft und die Praxis der Gerichte stark vom römischen Recht als dem europäischen *ius commune* beeinflusst¹⁸⁹. Sogar der Ausdruck *ius Sveco-Romanum* findet sich im Titel eines Buches¹⁹⁰. Wenn man auf dieser Grundlage die von Brusiin angeführten Statuten der Universität Uppsala aus den Jahren 1626 und 1655¹⁹¹ mit den gleichzeitigen Statuten von Straßburg¹⁹² vergleicht und die Bemerkungen von Loccenius und Wexionius¹⁹³ über die Rolle des römischen Rechts neben Stellungnahmen französischer und spanischer Autoren stellt, zeigt sich, daß das, was Brusiin¹⁹⁴ als „wirkliche Rechtsvergleichung“ bezeichnet, im Grunde doch dieselbe, für den *Usus modernus* charakteristische vergleichende Behandlung des einheimischen Rechts war, wie

¹⁸⁷ Fünf Arten der dinglichen Rechte (WESENBERG/WESENER, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, Lahr 1969, p. 111); zu den anderen Gliederungspunkten: Luig, *Ius Commune* 1 (1967) 215.

¹⁸⁸ Brusiin (oben Note 26) p. 237.

¹⁸⁹ BERNHARDT REHFELDT, Rezeption in Schweden, in SZGerm 82 (1965) 316–326, bes. nach den Ausführungen auf p. 324 war das römische Recht in Schweden auch vom König als subsidiär anerkannt.

¹⁹⁰ WEXIONIUS (oben Note 26; ein weiterer Titel von Wexionius bei Brusiin 237 Note 6).

¹⁹¹ Brusiin 235, 236.

¹⁹² Wieacker 209.

¹⁹³ Brusiin 236 Note 4, p. 239.

¹⁹⁴ Brusiin 237.

sie in den anderen europäischen Ländern betrieben wurde¹⁹⁵. Die auf dieser Methode beruhende Literatur wurde jedoch auch in Schweden im 18. Jahrhundert abgelöst durch selbständige Darstellungen des nationalen schwedischen Rechts in schwedischer Sprache. Das erste und zugleich wichtigste Beispiel dafür ist: David Nehrman, *Inledning til then Swenska iurisprudentiam civilem, af naturens lagh och Sweriges Rikes aeldre och nyare Stadthgar utthdragen*¹⁹⁶. Nach dem Vorwort hat der Verfasser das schwedische Zivilrecht auf der Grundlage des Naturrechts und ganze ohne Beimischung fremder Gesetze und Meinungen¹⁹⁷ dargestellt. Das römische Recht wird nicht erwähnt. Doch schon die Erörterung der *tria objecta iurisprudentiae* bei der Vorstellung des als „natürlich“¹⁹⁸ bezeichneten Systems¹⁹⁹ zeigt, daß in Wahrheit wie in Dänemark die mit dem Naturrecht gleichgesetzten Grundregeln des römischen Rechts die theoretische Grundlage des Werkes bildeten²⁰⁰. Auch im übrigen hat das Werk alle Züge mit den hier besprochenen nationalen Institutionenlehrbüchern gemeinsam: es diente Zwecken der Ausbildung, bemühte sich um Herausarbeitung der allgemeinen Grundregeln in einem natürlichen Zusammenhang, und schließlich wurden bei allen Materien zuerst die Grundsätze aufgestellt und daran erst die Folgesätze angeschlossen²⁰¹.

10. Die schottischen Juristen konnten sich bei der Bewältigung der Aufgabe, ein System des nationalen Rechts aufzubauen, nicht auf aufgezeichnete Coutumes wie die Franzosen oder eine umfassende Kompilation wie die Dänen verlassen. Das schottische Recht war zwar nicht territorial zersplittert, es fehlte aber doch an einer aktiven Gesetzgebung der Könige²⁰². Das Material, das den schottischen Juristen zur Verfügung stand, waren viel-

¹⁹⁵ Das gilt insbesondere für die Bemerkung (Brusiin p. 237, 238): „Man hat den Eindruck, daß von einer stillschweigenden Voraussetzung ausgegangen wurde: der Inhalt des nationalen schwedischen Rechts konnte im großen gesehen durch die Begriffsapparatur der überlieferten romanistischen Doktrin in systematischer Form wiedergegeben werden.“

¹⁹⁶ Lund 1729. Dazu gehört als Ergänzung nach Erlaß des Gesetzes von 1734: *Then Swenska Jurisprudentia civilis, efter Sweriges Rikes År 1734 antagna Lag förbättrad af DAVID NEHRMAN*, Stockholm 1746.

¹⁹⁷ „Gesetze“ bezieht sich auf das römische Recht, „Meinungen“ auf die *opiniones doctorum*.

¹⁹⁸ Vorwort.

¹⁹⁹ §§ 75—77.

²⁰⁰ Zu diesem romanistischen Naturrecht cf. auch NORREGAARD (oben Note 180).

²⁰¹ Vorwort.

²⁰² Stair Society Vol. 20 p. 18—24. Zu wichtigen Reformgesetzen für spezielle Probleme cf. jedoch: DAVID M. WALKER, *The Scottish Legal System*, ²Edinburgh 1963, p. 67.

mehr fast ausschließlich die Entscheidungen des 1532 gegründeten obersten schottischen Gerichtshofes, des Court of Session. Aus diesem Stoff hat die Schule der schottischen *Institutional writers* unter Zuhilfenahme des römischen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert das System des schottischen Rechts errichtet²⁰³. Stair, der erste dieser *Institutionalists*²⁰⁴, betrachtete in Übereinstimmung mit den anderen vorgestellten Systematikern der nationalen Rechte als seine Aufgabe die „Zusammenfassung der Rechte und Gewohnheiten des alten Königreichs Schottland in einem einfachen, rationalen und natürlichen System“²⁰⁵. In diesem System stand an erster Stelle das mit der *equity* identische Naturrecht²⁰⁶. Danach kommen die menschlichen Rechte, nämlich das mit dem Naturrecht weitgehend übereinstimmende, von allen Völkern anerkannte *law of nations* als das eigentliche *common law* Schottlands und dann das positive Recht, dessen Aufgabe es ist, das Naturrecht in seinen Deduktionen klarzustellen und den besonderen Bedingungen der einzelnen Völker anzupassen²⁰⁷. Das ist nach Stairs Ansicht im Falle Schottlands vollständig gelungen²⁰⁸, so daß im schottischen Recht eine fast vollkommene Übereinstimmung mit den *common dictates of reason* besteht²⁰⁹. Bei der konkreten Anwendung des Rechts sind in umgekehrter Reihenfolge zuerst die alten schottischen Gewohnheitsrechte zu beachten, dann das Statutarrecht und endlich das auf einer ständigen Rechtsprechung beruhende jüngere Gewohnheitsrecht²¹⁰. Wenn diese Rechtsquellen keine Lösung bieten, ist auf die *equity* zurückzugreifen. Als Bestandteil der *equity* erst können dann Lösungen des römischen Rechts, des kanonischen Rechts und des Lehnrechts als Vorbild dienen. Stair versucht jedoch nicht, den Leser über den materiellen Umfang der Verwendung dieser fremden Rechte zu täuschen:

“Our customs, as they have arisen mainly from equity, so they are also from the civil, canon and feudal laws, from which the terms, tenors and forms of them are much borrowed: and therefore these (especially the civil law) have

²⁰³ A. C. BLACK, *The Institutional Writers, 1600—1826*, in: *The Stair Society* (Ed.), *An Introductory Survey of the Sources and Literature of Scots Law*, Edinburgh 1936 (Vol. I der Reihe der Stair Society), p. 59—69.

²⁰⁴ JAMES VISCOUNT OF STAIR, *The Institutions of the Law of Scotland*, Edinburgh 1681, 1693, 1759, I—II 1826, 1832.

²⁰⁵ Aus der Widmung an den König.

²⁰⁶ STAIR 1.1.6.

²⁰⁷ 1.1.10 ss., insbes. 1.1.15.

²⁰⁸ 1.1.16 letzter Absatz. Ähnlich LEU (oben bei Note 150); ebenso VALLETTA (unten Note 233) p. 124, 125.

²⁰⁹ Aus der Widmung an den König.

²¹⁰ 1.1.16 (5. Abs., Vol. I p. 16 der Ed. 1832).

great weight with us, namely in cases, where a custom is not yet formed. But none of these have with us the authority of law, and therefore are only received according to their equity and expediency, secundum bonum et aequum“²¹¹.

In der Durchführung basiert der Text im wesentlichen auf den Entscheidungen des Court of Session. Die theoretischen, römisches Recht enthaltenden Abschnitte sind möglichst kurz gehalten²¹². Stair war im allgemeinen nicht bereit, einen Rechtssatz aufzustellen, den er nicht mit einem Präjudiz belegen konnte. Bei der Erörterung der Gefahrtragung beim Kauf beispielsweise warf er wegen des systematischen Zusammenhangs die Frage der Preisgefahr auf²¹³, die in Schottland noch nicht von einem Gericht entschieden worden sei. Stair schlug hier nicht etwa die Lösung des römischen Rechts vor²¹⁴, sondern ließ die Frage unentschieden, äußerte allerdings mit vorsichtigen Worten die dem römischen Recht entgegengesetzte Meinung, daß in einem solchen Falle der Käufer nicht gerne den Kaufpreis zahlen werde — was auch in Schottland üblich zu sein scheine; diese Meinung habe auch Cuiacius geäußert.

Dieser Fall zeigt, daß Stair im Gegensatz zu den kontinentalen Juristen²¹⁵ seiner Zeit die Bedeutung der richterlichen Rechtsfortbildung über die der Wissenschaft setzte. Eine Regel des römischen Rechts wurde erst durch die Verwendung in Urteilen des Court of Session in Schottland verwendbar. Durch die Übernahme seitens des Gerichtes wurde sie aber, ähnlich wie es in Spanien durch die Gesetzgebung geschehen war, zum Bestandteil des nationalen schottischen Rechts. Innerhalb des Systems des schottischen Rechts wurde folgerichtig im Gegensatz zu Deutschland nicht nach Gegenständen des einheimischen und des rezipierten Rechts unterschieden.

In seinem Systementwurf deutete Stair die Trichotomie der justinianischen Institutionen in eine Reihe von Grundrechten um: persönliche Freiheit, Eigentum, Vertragsfreiheit²¹⁶. Die Darstellung des positiven Rechts in einem rationalen System bedeutete für ihn aber nicht, daß die einzelnen Sätze des positiven Rechts ihren Geltungsgrund in dem logischen Ableitungszusam-

²¹¹ 1.1.16 (Anfang).

²¹² ARCHIBALD HUNTER CAMPBELL, *The Structure of Stair's Institutions*, Glasgow 1954, p. 29—30.

²¹³ 1.14.7 (Vol. I p. 193).

²¹⁴ Preisgefahr beim Käufer.

²¹⁵ Vgl. STINTZING/LANDSBERG III 1, 197 (zu HEINECCIUS); DÖHRING, *Geschichte der Rechtspflege in Deutschland* p. 321.

²¹⁶ 1.1.22. CAMPBELL p. 11.

menhang aus den obersten Prinzipien gehabt hätten. Der Charakter eines solchen streng axiomatischen Systems wurde nur für das Vernunftrecht in Anspruch genommen²¹⁷. Das positive Recht beruhte dagegen nach Stair auf Gewohnheit und Gesetz — also auf Autorität und nicht auf Logik²¹⁸. Da aber das positive Recht eigentlich nur die Aufgabe hatte, das Naturrecht näher zu bestimmen, war es in der logischen Ordnung der Regeln des Naturrechts darstellbar. Von dieser Überzeugung sind auch alle anderen hier vorgestellten Autoren der nationalen Rechte ausgegangen. Sie bildete einen wichtigen Unterschied zwischen dem systematischen Naturrecht der Grotius, Pufendorf und Wolff einerseits und der positiven Rechtswissenschaft dieser Zeit auf der anderen Seite.

11. a) Den Begriff eines *italienischen* Rechts kannte man in Italien im 18. Jahrhundert nicht²¹⁹. Wie der Vergleich mit Deutschland zeigt, beruhte das wohl nicht nur auf der fehlenden politischen Einheit, sondern vielleicht auch darauf, daß es in dem Bereich der Länder italienischer Sprache keine einheimischen Statutar- oder Gewohnheitsrechte gab, die nicht selbst auf romanistischer Grundlage beruhten²²⁰. Wenn wir also für Italien Parallelen mit der Entwicklung in den anderen europäischen Staaten des Ancien Régime nachweisen wollen, können wir unseren Blick nur auf die großen Territorien wie Venedig und Neapel richten. Beobachtungen zur Vereinheitlichung des italienischen Rechts sind nicht zu machen.

b) Zu Beginn des 18. Jahrhunderts war in Padua die Forderung erhoben worden, das *gius veneto* in den Universitätsunterricht mit einzubeziehen. Diese Forderung ist jedoch nie erfüllt worden²²¹. Um das Bedürfnis nach einem Unterricht im Recht Venedigs zu erfüllen, beschloß der Senat von Venedig im Jahre 1765 die Einrichtung eines Kurses über die „*Institutiones*

²¹⁷ Widmung an den König; 1.1.15; dazu: PETER STEIN, Legal Thought in Eighteenth-Century Scotland, in *The Juridical Review* 1957, p. 1—20, hier p. 5, 6. Stein erwähnt jedoch nicht, daß auch Grotius glaubte, ein streng logisches System lasse sich nur im Bereiche des Naturrechts verwirklichen, nicht dagegen im positiven Recht (cf. Nr. 30, 31 der Vorrede zu *De iure belli et pacis*). Diese Ansicht übernahmen wohl auch die kontinentalen Juristen, cf. das Vorwort von HEINECCIUS' *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*.

²¹⁸ STEIN, Legal Thought, p. 6.

²¹⁹ PATETTA, *Storia del diritto Italiano*, p. 1.

²²⁰ So im 18. Jh. für Venedig: GIUSEPPE ALALEONA, *Delle leggi romane e delle venete*, in: *Dissertazioni*, Padova 1741, Diss. VIII, p. 153; für Neapel: VALLETTA (unten Note 233) p. 54.

²²¹ COING, *Ius Commune* 1 (1967) 19 bei Note 31. COING, Das juristische Vorlesungsprogramm der Universität Padua im XVII. und XVIII. Jahrhundert, in *Studi Volterra IV* (1969) p. 179—195, hier p. 192.

iuris civilis“ im Gebäude der Bibliotheca Marciana. Mit der Durchführung der Kurse wurde Andreas Benedictus Ganassoni beauftragt. Eine Literatur zum *gius veneto* hatte sich weder vorher noch im Anschluß an diese Kurse gebildet²²². Die gedruckten Vorlesungsprogramme von Ganassoni für die Jahre 1765, 1768, 1769, 1771 und 1773 sind jedoch erhalten²²³. Sie zeigen die Übereinstimmung der Ideen Ganassonis mit den Autoren der nationalen Rechte, nämlich die Idee des Vortrags des venezianischen Rechts in Institutionenform zusammen mit dem subsidiären römischen Recht auf der Grundlage der Prinzipien des Naturrechts. In dem Programm von 1765 führte Ganassoni aus²²⁴, er werde das *ius venetum publicum et privatum* in einem dreijährigen Kurs in der Ordnung *persona-res-actiones* vortragen²²⁵. Diese Anordnung übernehme er nicht von Tribonian, sondern schöpfe sie „ex fontibus philosophiae historiaeque“. Was Ganassoni damit meinte, ergibt sich aus seinem Programm für die zweite im Jahre 1768 beginnende Vorlesungsreihe²²⁶. Hier deutete er die Institutionenordnung ähnlich wie Stair in einem naturrechtlichen Sinne als Ausdruck gesellschaftlicher Grundgesetze: Die Ordnung sei gegründet auf die Erkenntnis vom *homo socialis*, daraus ergebe sich das *Bedürfnis* des Menschen auf die *Dinge* in seiner Umwelt, zur Befriedigung dieser Bedürfnisse müsse der Mensch *Verträge* schließen, und schließlich könne man von diesen Grundsätzen nicht das Recht trennen, *gerichtlich geltend* zu machen, was einem zustehe. Auf der Grundlage dieser Einsichten in die Natur des Menschen versprach Ganassoni, das *Jus civile Venetorum* klarer darzulegen als dies allein mit Hilfe des justinianischen Rechts möglich gewesen sei, weil er nämlich bei jedem Rechtssatz auf die grundlegenden Prinzipien zurückgreifen könne²²⁷. Als seine Autoritäten zitierte Ganassoni dabei Grotius, Cumberland, Pufendorf, Wolff und Henricus Cocceji²²⁸. Die Rolle des römischen Rechts als *ratio scripta* des Rechts von Venedig hatte Ganassoni bereits in dem ersten Programm erwähnt: das

²²² Dazu könnte man allenfalls folgende im Stil des *Usus modernus* geschriebene Werke rechnen: JULIUS MARCHIO DE POZZO, *Paraphrasis Institutionum italica cum legibus Venetis collata*, Venetiis 1697; ANTONIO ZUANELLI, *Concordanza del diritto comune col veneto*, esposta in IV libri . . . I—III Venezia 1772.

²²³ 1765: UB Padua Busta 364—7; 1768: UB Padua BM 35/250 Nr. 7.

²²⁴ ANDREAS BENEDICTUS GANASSONI CASINAS, *Summa capita institutionum iuris civilis quas in aedibus marcianae bibliothecae ex S. C. explicabit . . .*, Venetiis 1765.

²²⁵ p. V.

²²⁶ ANDREAS BENEDICTUS GANASSONI, *Summa capita Institutionum civilium quas . . .*, Venetiis 1768, p. VIII.

²²⁷ Progr. von 1768 p. XI.

²²⁸ Progr. von 1768 p. XIV ss.

römische Recht gelte sowohl in den Fällen, in denen die Statuten Venedigs schwiegen, als auch da, wo das römische Recht die Stelle eines *ius gentium secundarium* auf Grund des allmählich wachsenden tatsächlichen Gebrauchs (*usu sensim*) und der stillschweigenden Zustimmung der Völker (*consensu tacito*) eingenommen habe.

c) Im Königreich Neapel wurde das *ius neapolitanum* spätestens in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts als selbständiges Fach neben dem römischen Recht an der Universität gelehrt²²⁹. In Übereinstimmung mit den Tendenzen der anderen Institutionenlehrbücher der nationalen Rechte wurde dieses Recht in einer Anzahl von Werken *in ordinem redactum*²³⁰ und *commoda methodo*²³¹ dargestellt. Der Gegensatz zu den zeitgenössischen Lehrbüchern des römischen Rechts zeigt sich deutlich bei Niccolo Valletta, der neben seinem bereits genannten Lehrbuch des römischen Rechts²³² auch das *diritto del regno napoletano* beschrieben hat²³³. Hatte Valletta noch in jenem Werk die Theorie des römischen Rechts in der Art des *Usus modernus* mit Beispielen aus der modernen Praxis verbinden wollen, so sollten jetzt die Gesetze von Neapel den Hauptgegenstand des Buches ausmachen. Das römische Recht diente daneben nur zur Ausfüllung von Lücken²³⁴. Die Verwendung des Italienischen an Stelle des bei Juristen sonst üblichen Lateinischen wurde ausdrücklich begründet²³⁵: die Zeiten seien vorbei, da man aus den Gesetzen ein Geheimnis machte; das Recht sollte so dargestellt werden, daß

²²⁹ cf. GIUSTINIANI (oben Note 25) III p. 231.

²³⁰ FRANCESCO RAPOLLA, *Commentaria de iure Regni Neapolitani in ordine redacto*, I—IV Neapoli 1746 (Vol. III, IV enthalten das Privatrecht).

²³¹ ORONZIO FIGHERA, *Institutiones iuris Regni Neapolitani in quatuor libros distributae, et commodamethodo adornatae* I—II, Neapoli 1766, 1772, 1777, 1782; VINCENZO LUPOLI, *Juris neapolitani praelectiones in usum auditorum suorum concinna brevique methodo duobus tomis comprehensae* . . . I—II, Neapoli 1781.

²³² Oben Note 31.

²³³ NICCOLO VALLETTA, *Elementi del diritto del regno napoletano*, Napoli 1776.

²³⁴ Vorwort p. 4; p. 54: An erster Stelle steht die dignità del nostro patrio diritto. Das römische Recht wird aber als dessen Grundlage betrachtet (cf. oben Note 220), und im Grunde ist die Aufgabe des modernen Rechts, es den gewandelten Zeiten anzupassen. Beide Rechte stehen jedoch unter dem Vorbehalt des Naturrechts (p. 124, 125): „Ma la semplicità del Diritto delle Gentì, quasi sempre mantenuto in vigore tra questo Popolo inclinato alla umanità, debbe il Romano, e il Patrio diritto moderare“. Zu „quasi sempre . . .“ cf. oben Note 208. Ebenso JUSTUS HENNING BÖHMER für das deutsche Recht: „ . . . ex simplicitate iuris naturae, quae Germanis . . . unique curae cordique fuit.“ (*Exercitationes ad Pand.*, 1747, Bd. 2, p. 303, Exerc. 28, Kap. 2, § 4.)

²³⁵ Vorwort p. 2.

jeder Bürger aus einfachen Grundsätzen²³⁶ seine Rechte und Pflichten ansehen könnte.

Diese Beispiele zeigen, daß die Bewegung der nationalen Rechte Italien zwar relativ spät ergriffen hat, dann jedoch unter dem vollen Einfluß der Ideen der Aufklärung, die in Frankreich keine so große Rolle gespielt hatten.

12. In allen untersuchten Ländern Europas, die seit dem Mittelalter dem Bereich des römischen *ius commune* angehörten, entwickelte sich im 17. und 18. Jahrhundert in verschiedenen Etappen eine selbständige Wissenschaft des Rechts des absoluten Fürstenstaates des Ancien Régime mit gleichen charakteristischen Zügen, die dem römischen Recht den Rang des gelehrten Rechts schlechthin streitig machte und es zum Teil auch verdrängte. Mit dieser Feststellung schließt sich der Kreis zu dem eingangs genannten Begriff „Lieblingswissenschaft“.

Für die systematischen Darstellungen dieser neuen Wissenschaft wurde in allen Ländern der Begriff „Institutionen“ verwendet. In Schottland werden die Autoren, die solche Institutionen geschrieben haben, traditionell „Institutional writers“ genannt²³⁷. Diesem Vorbild folgend kann man vielleicht alle Autoren der hier geschilderten Bewegung nach ihrer spezifischen literarischen Leistung und in Parallele zu den Namen Glossatoren, Kommentatoren, Konsiliatoren und Pandektisten als „Institutionalisten“ bezeichnen.

²³⁶ „semplici principi“ (Vorwort p. 5).

²³⁷ Oben Note 203.