

# Über Methoden, Systeme, Dogmen in der Geschichte des Privatrechts

Autor(en): **Ebrard, Friedrich**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **67 (1948)**

PDF erstellt am: **06.08.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896414>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern. Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# Über Methoden, Systeme, Dogmen in der Geschichte des Privatrechts

Von Prof. Dr. Friedrich Ebrard, Meggen (Kt. Luzern)

---

«Wäre es möglich, der eigenen Kraft unserer Zeit auch noch die Kräfte der edelsten unter den vergangenen Zeitaltern hinzuzufügen, so würde sich die unsrige dadurch erhöhen und vervielfältigen.»

Friedr. Carl von Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, 4<sup>2</sup> (1850), Seite XIV.

## I.

Studierende fragen oftmals nach dem geschichtlichen Werdegang wichtiger Sätze oder ganzer Institute unseres kodifizierten Privatrechts (wie zum Beispiel der Haftung des Verkäufers oder Werkunternehmers für die Sachmängel oder zugesicherten Sacheigenschaften) und sind enttäuscht, daß nach Jahrhunderten emsiger rechtshistorischer und rechtsphilosophischer Betätigung so zahlreicher Gelehrten noch heutzutage selten eine Antwort erteilt werden kann, die dem Streben nach einer abgerundeten wissenschaftlichen Erkenntnis einigermaßen entgegenkommt. Mit anderen Worten: Eine in sich geschlossene «Dogmengeschichte» für die wohl stabilste Rechtsdisziplin zuwege zu bringen, bleibt nach wie vor im wesentlichen eine Aufgabe der privatrechtlichen Forschung der Zukunft.

Das Verdienst der Vergangenheit besteht vorwiegend darin, zur Herstellung unserer geltenden einheitlichen Rechtsordnungen selbst, in unsäglich langwieriger Vorbereitung und mühseliger Kleinarbeit, Entscheidendes beigetragen zu haben. Ehe vor ungefähr hundert Jahren die gegenseitige Durchdringung der einheimischen mit den überkommenen kirchlichen und antiken, der neuzeitlichen

mit den altertümlichen Rechtselementen endlich geglückt<sup>1</sup> und seither zum Abschluß gediehen war, wetteiferten Germanisten, Kanonisten und Romanisten im Beibringen und Verarbeiten des historischen Materials. Indessen, da alle Forschungsarbeit naturgemäß in Antithesen abläuft, konnte es nicht fehlen, daß bestimmte einzelne Entwicklungsperioden zugunsten gewisser anderer unverkennbar vernachlässigt geblieben sind: Die Germanisten verweilten mit Vorliebe und aus triftigen Gründen beim Früh- und Hochmittelalter, während — wie einst den Urhebern der «Stadt- und Landrechtsreformationen» und noch einem Hugo Grotius und Samuel Pufendorf<sup>2</sup> — das Römische Recht seiner angeblichen qualitativen Unübertrefflichkeit halber den Romanisten fast bis zuletzt auch als eine Ausprägung des «natürlichen» Rechts, als das praktische Vernunftrecht

---

In den Anmerkungen muß auf durchgängige Anführung der Lehr- und Handbücher über das RR, seine Geschichte im MA (Savigny, Max Conrat [Cohn], Vinogradoff u. a.) sowie über die Geschichte der Jurisprudenz (Stintzing, Landsberg, Viollet, Chénon, Declareuil, Solmi, Besta, Holdsworth u. a.) — unter Hervorhebung des während des Drucks erschienenen umfassenden kritischen Werkes von P. Koschaker, *Europa und das RR* (München/Berlin 1947, XII u. 380 S. Gr.-8<sup>o</sup>), mit dessen Ergebnissen die nachstehende Betrachtung sich weitgehend berührt und übereinstimmt — wie auch der dort überall zitierten Spezialliteratur wegen Raummangels verzichtet werden.

<sup>1</sup> Jacob Grimm (1785—1863): «Erst in unserer Zeit, nachdem das Studium des RR auf seine alte Reinheit und Strenge zurückgeführt, das des einheimischen wieder zu vollen Ehren gebracht worden ist, darf man eine langsam heranrückende Reformation unserer Rechtsverfassung hoffen und voraussehen» (*Deutsche Rechtsaltertümer*, 1828, S. XVII). Andererseits Anselm Feuerbach (1775—1833), *Kl. Schr.* 133 ff., und dazu Savigny, *Vom Beruf usw.*, <sup>2</sup>1828, S. 169 ff.

<sup>2</sup> Unten IV Anm. 31. — Die Basler Stadtger.O. von 1719 (Orelli, *Rechtsschulen* 16; Stintzing 545 f.) ist ein Produkt erst der «in der Aufklärung bestehenden starken Sucht, sich auf geschriebenes Recht zu stützen». Den Art. 698 (wie entsprechende Art. der Eheger.O. von 1717) wendete erst das 19. Jahrhundert konsequent im Sinne der Pandektistik an.

schlechthin erscheinen wollte. Hauptsächlich unter Beiseiteschieben alles Unpraktischen und also Vernunftwidrigen suchten sie im Corpus iuris civilis den von allen «unechten» germanischen oder praktischen Beimischungen und Glossen befreiten Kern, das «reine», das «klassische» Römische Recht oder seinen «Geist»<sup>3</sup>, gingen weiterhin aber auch so gut wie allen Spuren sonstiger Rechtskulturen des Altertums eifrig nach. Zur Ausführung von Savignys Programm einer «Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter» bei den Glossatoren und ihren Nachfolgern, in engem Zusammenwirken mit den Germanisten, Kanonisten und den verwandten Forschungszweigen der Geschichtswissenschaft, der Philosophie, der Theologie, der Künste, bestand dagegen auffallend wenig Neigung<sup>4</sup>. So kommt es, daß die Genesis der Privatrechtseinrichtungen im Spätmittelalter, während der Rezeption<sup>5</sup>, aber auch in den uns näheren Epochen des Rationalismus (Naturrecht und Aufklärung) sowie des Historismus, das heißt vom 13./14. bis zum 18./

---

<sup>3</sup> Lange vor Jhering, besonders Gottlieb Hufeland (Landsberg 3, 1, 514) und Savigny 1 (1834), 35. Später beschwört man auch den «Geist des RR im MA» (Conrat [Cohn], Krit. Viertelj.schr. 42, 379) oder gar den «altrömischen Geist», einen Epigonen jenes deutschen «Volksgeists», der zufolge Herder, Grimm, Gierke und ihren Vergrößerern seine Sprache, Mythen, Lieder, Märchen und — abesto iurisconsultus! — das Recht selber dichtet.

<sup>4</sup> Diese Feststellung machen E. J. Bekker, Sav. Z. (rom. Abt.) 6, 89. (13, 379) 22 XXI, 37 XX, H. U. Kantorowicz, Sav. Z. 33, 419 f., Emil Seckel, Sav. Z. 46, 244. 246, u. a.

<sup>5</sup> Die Rezeption der fremden Rechte zwischen dem 13. und 16. Jahrhundert in Deutschland ist bei Gustav Hugo (unten II) ebenso wie zum Beispiel bei Heusler, Wach u. a. positiv bewertet. — Die Schweizer Haltung (E. Huber, Syst. 4, 115 ff.) mißdeutet selbst Sohm, Inst. 171923 S. 5 Anm. 2; vgl. noch Regelsberger, Pand. 7 Anm. 9 (wo man Bluntschli vermißt; Oppikofer ZSR 60, 361 ff.) und Stammler, D. Rechtsleben 1, 101. 104. Basel Stadt und Hochstift unterscheidet man nicht immer scharf genug. — Zum folgenden auch F. Meinecke, Entstehung des Historismus, 1936.

19. Jahrhundert, mangels ausreichender Forschungsergebnisse erst sehr ungleichmäßig, bisweilen dürftig ergründet ist.

Als Belege folgen hier in Auswahl historische Denkformen, mit denen das geltende Privatrecht arbeitet. Sie rühren nachweislich teils spätestens aus dem 4.—6. Jahrhundert her (Signatur: «R[ömisch, spätrömisch]» oder «[Früh-] Byz[antinisch]», meist auch = «Gl[ossatoren]»), teils aus dem Naturrecht des 17./18. Jahrhunderts («NR») oder aus der Praxis seit dem 11./12., spätestens der Lehre oder Rechtsprechung im 19./20. Jahrhundert («Jud[ikatur]»), ohne daß die Vorbeziehungsweise Nachetappen im Verlauf der historischen Entwicklung schon jeweils stets deutlich am Tage lägen. Rein oder doch ganz überwiegend germanische Institute, wie etwa der moderne Schutz guten Glaubens<sup>6</sup> <sup>7</sup>, sind weggelassen.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) Einleitung Art. 2 bona fides, aequitas, Verbot von malitia, aemulatio, calumnia, chicane, exceptio doli generalis und dergleichen (Byz, Jud). Schlußtitel (ST) Art. 39 «Internationales Privatrecht» (Postgl, Jud)<sup>7</sup>.

Erster bis Dritter Teil, Das Personen-, Familien- und Erbrecht Art. 19, 410 Einzelperson, geminderte Handlungsunfähigkeit für alle zweiseitigen und einseitigen Willensäußerungen der urteilsfähigen Unmündigen (Byz, Jud). 32 Lebens- und Todesbeweis (Byz, Jud). 52, 59, 60, 80 universitas personarum, staatliche Instanzen mit Rechtscharakter, private Vereine und Stiftungen zusammengefaßt (Byz, Jud). 445/450 tutor vel curator (Byz). 466 (Byz, Jud), 470 (romanistischer als BGB § 2303/4), 522 Pflichtteilsrecht (Byz, Jud). 481, 498/511 letztwillige Verfügungen, 505 (Nov. Valentinians III. Nr. 21 vom 26. Dez. 446) eigenhändige Verfügung (Byz beziehungsweise

<sup>6</sup> Tuhr, Allg. Teil d. D. bürgerl. Rechts 2, 1, 134 Anm. 63.

<sup>7</sup> Die meisten Probleme stellten sich zwar schon in antiken Rechten, aber zwischen den heutigen und den damaligen Lösungsversuchen besteht höchstens Konvergenz. Fürs IPR ebenso Lewald in *APXEION IAIOTIKOY AIKAILOY* 13 (Athènes 1946) p. 30 ss.

Gl, Postgl, Jud). 481, 512 Erbverträge (NR). 560 Erbenhaftung (Byz, Jud).

Vierter Teil, Das Sachenrecht Art. 641 II rei vindicatio. Sachkategorien: 201 III OR 71 (120), 185 II, 206, 312, 466, 481 III, 484, 1152 I vertretbare («res fungibiles», U. Zasius, *Intellectus Juris Singulares*, 1526) oder Gattungssachen. ZGB 760 II, 772 I verbrauchbare Sachen. OR 276 universitates rerum. ZGB 642 Bestandteil, 643 natürliche Früchte, 644/5 Zugehör (auf R- und Byz-Gedanken beruhend, die heute teilweise preisgegeben sind — zum Beispiel res corporales). 643 der Eigentümer kann die Sachfrüchte mit der reivindicatio an der Muttersache (641 II) herausverlangen (Byz, Jud). 646/51 Miteigentum, 727 bei Verbindung und Vermischung (Byz, Jud). 714, 922, 924, 974 OR 235 I abstrakte (Byz, BGB), zurzeit kausale (BGE)<sup>8</sup> Natur der Fahrnisübereignung. ZGB 718/29 «originäre» (NR) Erwerbs- und Verlustgründe, causae (occupatio, Fund, thesaurus, accessio 727 II, Spezifikation, confusio, commixtio, usucapio und longi temporis praescriptio, derelictio — Byz, Jud). 730/92 die Byz-Lehre (1 III) von der einheitlichen Servitut<sup>9</sup>. 816 II, 894 Verbot des Pfandverfalls, 911 hyperocha (Byz, Jud). 919/41 der Besitz (possessio und quasi possessio — Byz) als die romanistische Beimischung zu einem einheimischen Institut (gewere) und der Überrest eines mit den Besitzlehren früher getriebenen unpraktischen byzantinischen Aufwands. Im einzelnen etwa das Lösungsrecht 934 II (Byz, preuß. ALR 1, 15, 25, Jud, dagegen BGB § 935 I).

Fünfter Teil, Das Obligationenrecht (OR) Erste Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art. 1/40, 18 I u. a. die Lehre (ZGB 1 III, 7) von der Willensäußerung und ihrer Auslegung, vom Geschäftswillen (Byz, BGB)

---

<sup>8</sup> Desgl. auf Grund BGB § 929 jederzeit praktizierbar (Heck, *Das abstr. dingl. Rechtsgeschäft*, 1937, u. a.).

<sup>9</sup> Dagegen Planck-Strohal, *Komm.* 3<sup>4</sup>, 562, und schon Ed. Gans (1798—1839), *Syst. d. R. Civilrechts im Grundriß* (1827) 220 f.

und besonders vom Vertrag (NR) OR 2 II, 6, 7 I, 35 I, 75, 82, 99 II, 147 II, 364 I, 396 I, 405 I ZGB 895 I *natura actionis*, *contractus*, *obligationis*, *negotii*, *venditionis*, *depositi* usw. zur Begründung und Individualisierung der Obligationen (Byz, Jud). OR 11/16 die Lehre vom Formalgeschäft (Byz, Jud). 17 das abstrakte Schuldversprechen (NR). 18 II die Lehre vom Scheingeschäft (Byz, Jud). 19, 22, 184 II, 185 I (und andere) prinzipielle Klagbarkeit jedes Leistungsversprechens überhaupt (Byz, NR). 20/21 die Lehre von dem zufolge inneren Mangels nichtigen, besonders vom sittenwidrigen Rechtsgeschäft (Byz, NR). 23/27 die Fälle des wesentlichen Irrtums romanistisch mit Einschluß des sogenannten versteckten Dissenses (Byz, Gl, Postgl, NR, Jud)<sup>10</sup>. 29/30 die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft (Byz, Jud). 32/40 die Lehre von der Stellvertretung (Byz, NR, Jud). 41 I, 43 I (55/6 ZGB 333 Sorgfaltspflicht als wie eines *bonus ac diligens pater familias*), OR 99, 399 I, 420 I, 538 I ZGB 332 III u. a. der ziemlich unpraktische Begriff der *diligentia quam suis* (Byz, Jud). OR 41/61 Haftpflichten auf Schadenersatz (Byz, NR, Jud). 49, 60 I ZGB 28/9, 93, 134, 151, 153, 318 ST 59 g/h, MFG 42 u. a. Ersatz für immaterielle Schäden (Byz, Jud). OR 61/7 Tatbestände, ihre Gruppierung (Byz) und Einzelgedanken des Bereicherungsrechts (Jud). 68/96 UWG 2 I b u. a. Leistung mit Einschluß der Unterlassung, der Unterlassungsanspruch (Jud). OR 72 ZGB 484 Konzentration bei Wahlschulden (Byz, Jud). OR 82/3, 97, 107/09, 119 ZGB 897 I OR 184 II, 190, 211, 214, 257, 332 die Lehre vom synallagmatischen Vertrag (Byz, Jud). 102/09, 91/5 Verschulden (41, 43) in seiner Bedeutung für die Lehre von der *mora* (Byz, Jud). 119, 97/101 die Lehre vom Unmöglichwerden der Leistung und ihre zentrale Funktion im Vertrags- und Haftpflichtwesen (Byz, Jud). 97/109 Verantwortlichkeit wegen «positiver» Vertragsverletzungen (Jud). 111/3 Verträge zu Lasten und zu-

<sup>10</sup> P. Haupt, Die Entwicklung d. Lehre v. Irrt. b. Rechtsgeschäft seit d. Rezeption, 1941; A. Simonius, Wandlung (Festg. SJT Basel 1942, 260).

gunsten Dritter (Byz, NR, Jud). 115 transactio, pactum de non petendo, compromissum. 116 novatio. 118 confusio. 120/6 compensatio. 143/50 Solidarität. 151/3, 154, 185 III ZGB 86 II, 482 u. a. die Lehre von der Bedingung (Byz, Jud). OR 164/74 ZGB 835 Zession (Byz, NR, Jud). OR 32 III, 175/83 ZGB 832/4 Schuldübernahme (NR, Jud).

Zweite Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184—551 die meisten rezipierten Obligationstypen (Byz, NR). 184, 195 u. a. die Pflicht zur Rechtsverschaffung (Byz, Jud). 185, 119 III «periculum est emptoris» (Byz, Jud, BGB § 2380, dagegen BGB § 446). Usw. mehr als die Hälfte aller Normen — wir brechen ab.

## II.

Die obigen unvollständigen Aufzählungen schließen sich eng an die bei uns bestehende Legalordnung an, welche, über das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch J. C. Bluntschlis von 1853/5, auf die Hauptteile der Pandektenlehre gemäß den Vorlesungen Savignys in den Jahren 1808—1842 zurückgeht, die ihrerseits wiederum «der Ordnung nach» auf G. A. Heises «Grundriß eines Systems des Gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen» aus dem Jahre 1807 beruhen. Die 2. Auflage von 1816 und die 3. Auflage von 1819 des Heiseschen Grundrisses förderte Savigny, der vor 1808 «niemals Pandecten gelesen» hatte, intensiv durch persönliche Beiträge<sup>11</sup>. «Dem Inhalt nach» waren den Berliner Pandektenvorlesungen Sa-

<sup>11</sup> Briefe Savignys (1779—1861) an Heise (1778—1851), hrsg. von Lenel, Sav. Z. 36, 114 ff., 126 ff., 155 f., vgl. 48, 122. Zwißgmeyer, Die Rechtslehre S. s, Leipzig 1929; A. Stoll, Savigny (3 Bde, 1927—1939); Manigk, Sav. Z. 50, 598 ff., 61, 187 ff.; Thieme, Der junge S. (in «DRW» 7, 1942); Erik Wolf, Große Rechtsdenker<sup>2</sup>(1944) 436—507. Andererseits Landsberg 3, 2, 185—253 u. ö. — Zu S. s Marburger Lehrer Ph. F. Weis (1766—1808), über welchen die «Gesch. d. RR i. MA» mit den «eleganten» Holländern des 18. Jahrhunderts zusammenhängt, Sav. Z. 48, 114 ff. Ungerecht A. Pernice, Sav. Z. 3, 240.



vignys noch die für ihn 1823 neugedruckten Principia Juris secundum Ordinem Pandectarum (1712, zuletzt Wien 1755) des «eleganten» Deutschholländers Joh. Ortwin Westenberg (1667—1737) seit spätestens 1813 zugrunde gelegt<sup>12</sup>. In Marburg 1802 hatte Savigny die Pandekten dagegen nach Justus Henning Böhmer (1674—1749) *Introductio in Jus Digestorum* (14. Auflage 1791) zu lesen gedacht<sup>13</sup>.

Dieses neuzeitliche deutsche sogenannte «Pandektensystem», dessen sich sogleich auch die Germanisten bemächtigten<sup>14</sup>, hat, dank Savignys mit seinem Byzantiner «Gesetzgebungsminister»-Kollegen Tribonian<sup>15</sup> vergleichbarer säkularer Autorität, weit über die kontinentaleuropäische Rechtswissenschaft und Zivilgesetzgebung hinaus allgemeine Verbreitung gefunden, so sehr, daß insofern noch heute systematische Velleitäten überhaupt verpönt sind. Vom 16. Jahrhundert an zunehmend bis Ende des 18. Jahrhunderts jedoch waren systematische Bestrebungen an der Tagesordnung gewesen, die Umwälzungen in der überkommenen Rechtslehre hatten, ähnlich wie dereinst bei der Kompilation der Justinianischen Digesten oder Pandekten, im System und seinen Wandlungen oft deutlicheren Ausdruck gefunden als in vielen Einzelentscheidungen. Zuletzt waren einige meist nordostdeutsche Vertreter des Gemeinen Rechts in Aufnahme gekommen,

---

<sup>12</sup> Sav. Z. 36, 132. 134. 135/6. Ebenso verfuhr Hugo, *Lehrb. d. Dig.*, 1822. Vgl. v. Bethmann Hollweg ZRG 6 (1867) 57.

<sup>13</sup> Kantorowicz, Sav. Z. 53, 465, vgl. 36, 115. Savigny war in seinem «Besitz» (1803) J. H. Böhmer verpflichtet (*Windscheid, Pand.* 1 § 162a).

<sup>14</sup> O. Gierke, DPR 1, 107. Joh. Stephan Pütter (1725 bis 1807, unten V und VIII) drang auch da mangels germanistischer systematischer Vorarbeiten nicht durch.

<sup>15</sup> Meine «Entstehung des Corpus iuris usw.» in den «Schweizer Beiträgen zur Allgemeinen Geschichte» 5 (1947), 41 Anm. 21. 59 Anm. 11, wo S. 28—76 u. a. der Nachweis versucht wird, daß das CIC und insonderheit die Digesten oder Pandekten als kodifiziertes «Case law» von vornherein nur durch die Vermittlung des Rechtsunterrichts praktisch anwendbar sind. Vgl. unten Anm. 90.

welche in den Bahnen des Halleschen Philosophen Chr. Wolff (1679—1754)<sup>16</sup> sich überboten im Erfinden immer neuer mechanischer Naturrechts- und Zivilrechtssysteme. Sehr begreiflich, daß von deren keinem Heise jenes «Pandektensystem» fertig beziehen konnte: Tatsächlich überlieferte es ihm niemand Geringerer als der bahnbrechende moderne Historiker des Römischen Rechts, sein Göttinger Lehrer Gustav Hugo (geb. Lörrach 1764, gest. Göttingen 1844)<sup>17</sup>, der es zum erstenmal im Jahre 1789 in seinem Lehrbuch «Institutionen des heutigen Römischen Rechts» aufgegriffen hatte. Das Jahr vorher sah die Vollendung von Edward Gibbons «The History of the Decline and Fall of the Roman Empire» (6 Bände, 1776—1788); Kapitel 44 dieses Werkes gab Hugo, Göttingen 1789, in deutscher Übertragung eigens heraus unter dem Titel «Eduard Gibbons historische Übersicht des Römischen Rechts».

Die Tatsache, daß gerade der genialische junge Hugo in Göttingen, dem aus der Vergleichung der Kulturrechte eine Universalrechtsgeschichte als Forschungsziel vorschwebte, somit der eigentliche Initiant gewesen ist, spricht dafür, unser «Pandektensystem» und mithin die Legalordnungen des 19./20. Jahrhunderts als eine typische Er rungenschaft aus der in alle Zukunft wertvollen Verbindung der traditionellen rationalen mit der erneuerten historischen

---

<sup>16</sup> *Jus Gentium methodo scientifica pertractatum*, Neuausg. in 2 Bd., Oxford/London 1934 (Phot. Reprod. of the Ed. of 1764, Introd. by Otfried Nippold, Transl. by Joseph H. Drake — «Publications of the Carnegie Endowment for Internat. Peace, Div. of Int. Law, Washington, The Classics of Int. Law, ed. by J. Brown Scott, Nr. 13»).

<sup>17</sup> Landsberg 3, 2, 1—48. 3, 1, 349. 496 u. ö., schieß 3, 2, 46 ff. F. v. Hippel, G. H.s jur. Arbeitsplan, 1931. Ferner Sav. Z. 48, 128. 50, 608 Anm. 1. Ungerecht Sav. Z. 53, 468 Anm. 16. — Hugo war nur 5 Jahre jünger als Schiller und 4 als sein «Sausen burgisch-Badischer» Landsmann J. P. Hebel, keine 3 Jahre älter als W. v. Humboldt; er hat sie alle und seinen eigenen Universalismus überlebt.

Richtung jener kurzen Göttinger Übergangszeit und ihrer bis nach 1850 wirksamen Ausstrahlungen<sup>18</sup> zu beurteilen.

In der Art wäre der Aufsatz von A. B. Schwarz, «Zur Entstehung des modernen Pandektensystems», der allzu einseitig nur gerade die naturrechtliche Komponente herausstellt<sup>19</sup>, zu modifizieren. Von den ungezählten Abwandlungen des Justinianischen Institutionensystems durch die französischen und deutschen Systematiker der Barockzeit, zu dem Hugo selber in ferneren Publikationen zurückkehrte<sup>20</sup> und welches seine Teile in den Legalordnungen des Code Napoléon von 1804 sowie des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs von 1811 fortwirkt, führt kein Weg zum «Pandektensystem» Hugos, Heises, Savignys, des Deutschen BGB von 1896/1900 und des Schweizerischen ZGB von 1907/12<sup>21</sup>. Mit der bewußt vollzogenen Übernahme des gerade in Hugos jungen Jahren vom zu Ende gehenden Rationalismus wiederentdeckten historischen Prinzips wurde vielmehr der Rückgriff, über jene deutsche und holländische sogenannte «elegante» Juristenschule<sup>22</sup>, auf die großen französischen Humanisten

<sup>18</sup> H. Barth, «Schweiz. Beitr. z. Allg. Gesch.» 3, bes. 135 ff.; R. Weiß, Volkskunde d. Schweiz 15 ff.; C. Seignobos, La Révol. de 1848 et le Second Empire (1848—1859) p. 1 sv., u. a.

<sup>19</sup> Sav. Z. 42, 578 ff. (vgl. auch in Festgabe SJT Zürich 1928, Symbolae Lenel 1931 u. ö.), während diese andererseits ignoriert ist bei Puchta, Pand. § 9a, Windscheid § 8/9, Dernburg § 17, Regelsberger S. 40 und zum Beispiel noch J. W. Hedemann (unten V) 192.

<sup>20</sup> Lehrb. d. heutigen RR <sup>2</sup>1798, <sup>3</sup>1826. Hugos ferneres systematisches Experimentieren, in Abwendung vom «Pandektensystem», war mehr als gerechtfertigt durch das Bestreben, im Interesse der Praxis, wie Pothier (unten VIII) an der Kasuistik der Dig. festzuhalten.

<sup>21</sup> Unten IX. Irrig Rudorff RRG 1 (1857), 302. Richtig schon Franz Frosch Isagoge in Juris Civilis Studium, bei Winckel Var. Opusc. (Straßb. 1554, unten VIII) 275 sqq.

<sup>22</sup> R. Dekkers, Het Humanisme en de Rechtswetenschap in de Nederlanden, Antwerpen 1938.

des 16. Jahrhunderts und von ihnen weiter, über die großen Bolognesen von 1088 bis gegen 1260, schließlich auf die Kompilation des Corpus iuris und vorjustinianische Autoritäten überhaupt erst möglich.

### III.

Wie verhält sich das moderne deutsche «Pandektensystem» zur Legalordnung der Digesten Kaiser Justinians?

Die Antwort gibt Justinians constitutio «Omnem rei publicae» vom 16. Dezember 533, die zweite Vorrede der heutigen Ausgaben seiner «Digesta seu Pandectae», mit einem Unterrichtsplan zuhanden der beamteten Rechtsprofessoren an den Palastschulen in Konstantinopel, Beirut und später wieder Altrom, auch mit historischen detaillierten Angaben über die Verteilung des Corpus iuris-Stoffs<sup>23</sup> im fünfjährigen, die praktische Ausbildung der angehenden Juristen wie noch bis in die neuere Zeit mitumfassenden Rechtsstudium vor und nach den Jahren 533/4<sup>24</sup>. Die folgende Tabelle erspart umständliche Ausführungen.

#### Die Verteilung des Corpus iuris-Stoffs im fünfjährigen Rechtsstudium der Byzantiner

##### A) vor 534 (c. Omnem § 1)

I. Exegesen der Professoren, aus dem «ius»:

1. Jahr	a) Gai institutionum commentarii IV	Allgemeiner Einleitungsteil
«Dupundii» (c. Omnem 2)	b) Libri singulares IV (secundum edicti perpetui ordinationem) de illa vetere re uxoria de tutelis de testamentis de legatis	} Familienrecht und Erbrecht

<sup>23</sup> «doctrina», c. Omnem 4 i. f.

<sup>24</sup> Inhaltswiedergabe ausführlich nur bei Karlowa, RRG 1, 1023 ff., und P. Krüger (Bindings Syst. Hdb. 1, 2<sup>2</sup>) 392 ff. — Tijdschr. voor Rechtsgeschiedenis (17, Harlem, 1940, 19 ff.) fehlt den Schweizer Bibliotheken.

2. Jahr « <i>Edictales</i> » (c. Omnem 3)	a) Prima pars legum b) Pars de iudiciis (sc. divi- soriis) oder Pars de rebus (sc. creditis)	Allgemeiner Einleitungsteil <sup>25</sup> Sachenrecht <sup>26</sup> oder Obligationenrecht <sup>27</sup>
3. Jahr	a) Pars de rebus oder Pars de iudiciis, je nach- dem, was im 2. Jahr be- handelt wurde	Obligationenrecht <sup>27</sup> oder Sachenrecht <sup>26</sup>
« <i>Papinianistae</i> » (c. Omnem 4)	b) Libri VIII ex Papiniani libris XIX responsorum cum Ulpiani Pauli Mar- ciani notis (c. Deo 6)	} Zur praktischen Ergänzung: Kontroversliteratur in

II. *Probeexegesen der Studierenden unter Anleitung von Hilfskräften, a) aus dem «ius»:*

4. Jahr « <i>Lytæ</i> » (c. Omnem 5)	Libri XVIII ex Pauli libris XXIII responsorum	Juristenresponsen, und
--	--	------------------------

*b) aus den «leges»:*

5. Jahr « <i>Prolytæ</i> » (c. Omnem 5)	Constitutiones imperatoriae (= Codex Theodosianus, No- vellae Theod. bzw. Cod. Just. von 529, c. Imperatoriam 3 i. f.)	Kaiserkonstitutionen
---	--	----------------------

*B) nach 533 (c. Omnem 2—6)*

*I. Exegesen der Professoren («ius»):*

1. Jahr « <i>Justiniani novi</i> » (c. Omnem 2)	a) Justiniani Institutionum libri IV b) Prima pars legum (Dig. 1—4, c. $\Delta\acute{\epsilon}\delta$ /Tanta 2) <sup>25</sup>	} Allgemeiner Einleitungsteil
---	--	-------------------------------

<sup>25</sup> Besonders Rechtsverfolgung und Sachwaltung im Zivilprozeß sowie u. a. actiones quod metus causa, de dolo.

<sup>26</sup> Stets unter dem praktischen Gesichtspunkt des Rechtsschutzes: vor allem Erbe, Eigen, Servitut, Miteigentum sowie u. a. actiones legis Aquiliae, noxales.

<sup>27</sup> Besonders Darlehen u. a. Gegenstände der conditiones, ferner die actiones gegen Gewalthaber aus Kontrakten ihrer Gewaltunterworfenen sowie die Real- und die Konsensualkontrakte.

2. Jahr  
„*Edictales*“  
(c. Omnem 3)
- a) Pars de iudiciis (D. 5—11,  
pars II. Dig., c. A./T. 3)      Sachenrecht<sup>26</sup>  
oder  
Pars de rebus (D. 12—19,  
pars III. Dig., c. A./T. 4)      Obligationenrecht<sup>27</sup>
- b) Libri singulares IV (in  
part. IV./V. Dig.), nämlich  
D. 23 de sponsalibus vel  
nuptiis vel dotibus } Familienrecht  
D. 26 de tutelis (c. A./T. 5) } und  
D. 28 de testamentis }  
D. 30 de legatis et fidei-  
   commissis (c. A./T. 6) } Erbrecht
3. Jahr
- a) Pars de rebus (D. 12—19,  
pars III. Dig., c. A./T. 4)      Obligationenrecht<sup>27</sup>  
oder  
Pars de iudiciis (D. 5—11,  
pars II. Dig., c. A./T. 3)      Sachenrecht<sup>26</sup>, je nach dem,  
«secundum vices legere      was im 2. Jahr behandelt  
sors tulerit»      wurde
- «*Papinianistae*»    b) Tres libri «statt Papinian»      Zur praktischen Ergänzung:  
(c. Omnem 4)      (D. 20—22, in parte      Kontroversliteratur in  
   IV. Dig.)

II. Probeexegesen der Studierenden unter Anleitung von Hilfskräften, a) «*ius*»:

4. Jahr  
«*Lytiae*»  
(c. Omnem 5)
- Libri singulares X (D. 24, 25,  
27, 29, 31—36 (—38), Rest  
der partes IV./V. Dig., cf.  
Index titulorum Florenti-  
   nus<sup>28</sup>) } Juristenresponsen, und

b) «*leges*»:

5. Jahr  
«*Prolytae*»  
(c. Omnem 5)
- Codex Justinianus (repetitae  
praelectionis von 534, c. Cordi      Kaiserkonstitutionen  
2/5)

Demnach lautet die Antwort: Nicht allein die «*Institutiones*» Justinians, sondern ebenso seine «*Digesta seu Pandectae*» beanspruchen, wie (obgleich nicht entfernt so deutlich) auch die großen Gesetzbücher der Neuzeit von der

<sup>26</sup> Siehe Anmerkung 26, Seite 106.

<sup>27</sup> Siehe Anmerkung 27, Seite 106.

<sup>28</sup> D. (37—) 39—50, partes VI/VII Dig. (cf. J. 4, 17. 18), blieben der Praxis vorbehalten, c. Omnem pr. und § 5.

Bambergensis und der Carolina an, zugleich die Funktion wissenschaftlicher Lehrbücher für analoge Lehrkurse und übrigens anscheinend in Übereinstimmung mit dem in Ciceros Dialog de oratore 1, 42, 190 (vgl. Brut. 42, 152) dem Rhetor Crassus in den Mund gelegten Programm: «si enim aut mihi facere licuerit, quod iam diu cogito, aut alius quispiam aut me impedito occuparit aut mortuo effecerit, ut primum omne ius civile in genera digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat, tum propriam cuiusque vim definitione declaret, perfectam artem iuris civilis habebitis, magis magnam atque uberem, quam difficilem et obscuram.» Diese festen Lehrkurse und Lehrbücher<sup>29</sup> umfaßten, wie man aus der Tabelle ersieht, schon in Byzanz vor allem die uns geläufigen, als solche ohne Abstraktion gewonnenen Stoffmassen oder großen Hauptteile: 1. Allgemeine Einleitung, 2. Sachenrecht, 3. Obligationenrecht, 4. Familienrecht und 5. Erbrecht. Die Reihenfolge hielt man von jeher für gleichgültig oder nebensächlich; ursprünglich ähnelte sie, wie man sieht, mehr dem Schweizerischen ZGB in seinen «Teilen», seit dem Jahre 534 jedoch mehr den «Büchern» des Deutschen BGB<sup>30</sup>.

#### IV.

Der Innenausbau der einzelnen Hauptteile, die Abstufung und Gruppierung der Unterabschnitte, war unter Justinian naturgemäß vielfach verschieden von den heutigen Ergebnissen einer acht- bis vierzehnhundertjährigen Entwicklung. Aber trotz allen positivrechtlichen Diver-

<sup>29</sup> *προᾶξεις*, lectiones bzw. *πραγματεῖαι*, partes, tituli (u. a.) Rudorff 310. 312; Kübler, RRG 406 und unten Anm. 86.

<sup>30</sup> Das OR stellten dem SR voran H. Vultejus, 1590 (unten VIII), S. Pufendorf, 1672 (unten IV), J. G. Darjes, 1740, u. a. Umgekehrt verfahren Chr. Wolff, 1754 (oben II), u. a. — Das nationalrömische ius civile begann bis kurz vor Justinian (c. Omnem 1) mit Erbe und Eigen, dem das Familienrecht folgte (unten Anm. 33 und 72).

genzen unter den einzelnen Zeitepochen sind die vom Privatrecht zu bewältigenden großen Probleme an sich im ganzen bemerkenswert konstant dieselben geblieben. Sogar im Familienrecht, einer Domäne des Naturrechts und der Germanistik, das noch in Pufendorfs *Elementa Jurisprudentiae Universalis* (1660) und *Jus Naturae et Gentium* (1672, <sup>2</sup>1688, französisch 1706 von J. Barbeyrac<sup>31</sup>, englisch London 1934, in zwei Bänden, von W. A. Oldfather) «streng romanistisch ausgefallen»<sup>32</sup> war. Was den Begriff und die Bezeichnung «Familienrecht» in unserem Sinne anlangt, so sind sie zwar kaum erheblich älter als das 18. Jahrhundert und somit den Römern notwendig fremd. Gleichwohl setzt sich in der byzantinischen Doktrin das Familienrecht im wesentlichen auch bereits aus den heutigen Bestandteilen: Verlöbnis, persönliches Eherecht, Ehegüter-(Dotal-) recht und Vormundtschaftswesen zusammen (siehe die obige Tabelle)<sup>33</sup>. Neu erscheint bloß die Position «Verwandtschaft», obschon in den Einzelheiten teils sonst im Familienrecht (vgl. zum Beispiel ZGB Art. 380), teils in der Allgemeinen Einleitung (Personenrecht, vgl. ZGB Art. 20/1) der *Digesten* behandelt. Ja selbst der Allgemeine Einleitungsteil der *Digesten* (D. 1 bis D. 4) galt u. a. prinzipiell denselben Gegenständen, welche im «Allgemeinen Teil» des deutschen Pandektenrechts und BGB zusammengestellt sind: den *personae* (D. 1, 5—1, 7), den *res corporales* (unter den Gesichtspunkten des Rechtserwerbs, D. 1, 8) sowie verschiedenen verwaltungs- und privatrechtlichen Voraussetzungen aller einzelnen *actiones* im «Aktionensystem»,

---

<sup>31</sup> Ph. Meylan, Jean Barbeyrac, etc., Lausanne 1937. Die Übersetzung trug J. B. (1674—1744) die Berufung auf den neuen Lehrstuhl des RPR in Lausanne und 1717 bei seinem unfreiwilligen Wegzug nach Holland die Promotion zum I.U.D. in absentia zu Basel ein. 1724 erschien in Groningen Grotius (Meylan 1946) «*De Jure Belli et Pacis*» in B.s Lausanner Übertragung. — E. Wolf, *Große Rechtsdenker* (1939) <sup>2</sup>1944 S. 213 ff., 293 ff.

<sup>32</sup> Landsberg 3, 1, 15.

<sup>33</sup> Lenel, *Sabinussystem* 101.



dem sogenannten «Rechtsschutz» der Pandektendoktrin (D. 1, 9 bis D. 4, 9). Die Pièce de résistance jener allgemeinen Lehren der deutschen Pandektistik, die kolossale Zwischenabteilung, betitelt «Die juristischen Tatsachen» oder «Rechtsgeschäfte»<sup>34</sup> fehlt als solche dagegen in den Digesten. Als typisches Erzeugnis wesentlich erst der seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert immer mehr zur Herrschaft gelangten Neigung zu kühnen Abstraktionen und luftigen Konstruktionen bei den Positivisten, besonders unter dem Einfluß des sog. *mos geometricus*<sup>35</sup>, forderte eine wahre Hypertrophie der «Allgemeinen Teile»<sup>36</sup> zunehmenden Widerspruch heraus<sup>37</sup>. Heute wird in Anknüpfung an das ältere Gemeine Recht überwiegend auf einen eigentlichen «Allgemeinen Teil» verzichtet. So stellte das Schweizerische ZGB an seiner Spitze den ehemals selbständigen personenrechtlichen Teil wieder her und brachte, was vom übrigen nicht leicht ganz entbehrt werden konnte, anderweit passend unter. Das Wichtigste, die allgemeine Vertragslehre, deren Unterabteilungen in der gesamten römischen, mittelalterlichen und neuzeitlichen Jurisprudenz ihre allmähliche synthetische Ausbildung ohnehin an den Kontraktstypen gefunden hatten, ist, unter gleichzeitiger Vermeidung fast jeglichen Überrestes dem früheren kasuistischen Stoff und der diesem adäquaten exegetischen Schulmethode entnommener Doppelspurigkeiten, nach einer er-

<sup>34</sup> Regelsberger 436—669; BGB §§ 104—225. Den t. t. «Rechtsgeschäft» führte Hugo, Lehrb. d. Pandecten, <sup>3</sup>1805, ein.

<sup>35</sup> Schule Chr. Wolfs (oben II Anm. 16).

<sup>36</sup> Joh. Althusius, Jurispr. Rom. (Basel 1586, zuletzt Herborn 1688, unten VIII), und Heises Grundriß (oben II) zum Beispiel kannten auch spezielle «Allg. Teile des SR», wovon BGB §§ 90—103 Ableger enthalten.

<sup>37</sup> Bei Savigny (Sav. Z. 36, 112. 129 und Syst. d. heut. RR 1, 390 f.), Gans 169 f., Puchta 234 f., Arndts, Danz, Schloßmann, Ehrenzweig, Zitelmann, W. Burckhardt, Methode und System (1936) 115 f. u. a. bis Hedemann, Volksgesetz. (1942) 40 f. Für die Beibehaltung u. a. Manigk, Neubau DPR (1938) und gewichtig Heck, AZivPr. 146 (1942) 1 ff.

sten Anregung auch wieder von Hugo<sup>38</sup> in den Allgemeinen Teil des Obligationenrechts (ZGB Art. 7, OR Art. 1—183) eingeschmolzen.

## V.

Die beiden hier interessierenden Tatsachen, daß das «Pandektensystem», wie die Juristen im Zeitalter Justinians es verstanden, den von der *constitutio «Omnem»* §§ 1 bis 6 erörterten beiden spätrömischen Studienordnungen des 5. und 6. Jahrhunderts zu entnehmen ist (siehe die obige Tabelle) sowie daß — sozusagen in dem Augenblick, als die Französische Revolution ausbrach — der historische Konnex des alten frühbyzantinischen mit dem neuen deutschen «Pandektensystem» des 19./20. Jahrhunderts festgehalten wurde, sind weit entfernt, Gemeingut unserer Wissenschaft zu sein. Wir bemerkten bereits, daß nach dem beispiellosen Erfolg, mit dem alsbald die Darstellungen der gesamten privatrechtlichen Disziplin und Gesetzgebung sich des Heiseschen Vorlesungsgrundrisses bemächtigten, die Systemfrage für so gut wie erledigt galt. Aber nicht weniger erstaunlich ist die weitere Wirkung dieses kleinen Buches, welches zufolge Hugos Eindruck «wie vielleicht in der ganzen juristischen gelehrten Geschichte kein andres, den Ton angeben»<sup>39</sup>, daß nämlich noch bei Lebzeiten Savignys die Einsicht in die genetischen Zusammenhänge aus dem Bewußtsein selbst seiner unmittelbaren Nachfolger in der Leitung der «Historischen Rechtsschule» entschwunden war: F. G. Puchta (1798—1846), Rhein. Museum 3 (1829) 126 ff. = Kl. civ. Schr. (1851) 232 ff. und Pandekten

---

<sup>38</sup> Seit seinem Aufsatz «Was ist obligatio?», Civ. Magazin 1 (1792), bekämpfte Hugo die Auswechslung des Begriffs «Obligation» mit «Vertrag» (NR), «Verpflichtung» (BGB) u. dgl. oberflächlichen Verdeutschungen, die damals mit der heraufziehenden romantisch-nationalistischen Strömung populär zu werden anfangen.

<sup>39</sup> Beyträge zur civilistischen Bücherkenntnis 1 (1828) 518 Anm. 1. Vgl. v. Bethmann Hollweg 46 ff., 56 ff.

<sup>1</sup>(1838) § 9a (<sup>12</sup>1877 S. 13 f.) weiß von der naturrechtlichen, A. F. Rudorff (1803–1873), Röm. Rechtsgeschichte 1 (1857) 303 auch von der historischen Komponente allem Anschein nach nichts mehr. E. Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft 3, 2 (1910) Textband S. 15 und 29 (vgl. 3, 1 [1898] Textbd. 337 f.) sowie J. W. Hedemann, Einführung in die Rechtswissenschaft <sup>2</sup>(1927) 184 beispielsweise lassen — nach dem Rezept J. St. Pütters (1757, 1767, siehe oben II Anm. 14) — Hugo «sein System» von 1789 (in Konkurrenz etwa mit Nettelblatt, 1719—1791) «frei erfunden» haben!

Wenn Hugo bald nachher, in den Kursen über das geltende Recht seiner eigenen Zeit, selber vom «Pandektensystem» wieder abkam, zum «Institutionensystem» zurückkehrte und zeitlebens daran festhielt, so mochte ihn, den Verehrer Voltaires, die Idee einer engeren Gemeinschaft mit dem französischen Recht ebenso sehr darin bestärkt haben, wie umgekehrt die Juristengenerationen der deutschen Romantik — hinter dem nach 1803 von ihnen auf den Schild gehobenen universalen Savigny her, in ihrer Abneigung gegen Napoleon und weiterhin im Wettbewerb mit den anderen europäischen Nationalisten — vermutlich nicht zuletzt gerade auch von der Andersartigkeit ihres «neuen Deutschen Pandektensystems» sehr angetan waren.

Was andererseits jene hervorgehobene tief eingewurzelte Verkennung der Zusammenhänge der beiden spätrömischen Studienordnungen in der c. «Omnem» unter sich <sup>40</sup> sowie mit den jahrhundertelangen systematischen Bemühungen bis herab auf die neuhumanistische Bewegung seit der Humboldtzeit betrifft, so erscheinen die späteren Umstände wenig geeignet, der richtigen Einsicht zum Durchbruch zu verhelfen: Der glückliche Fund der «echten» In-

<sup>40</sup> Andeutungsweise richtig nur Hugo, Civ. Mag. 2 (1796) 253; F. Bluhme, Z. f. geschichtl. RW 4 (1818) 267; Rudorff 310 ff. und bei Puchta, Inst. 1 (1841) § 139 (<sup>10</sup>1893 S. 397) Anm. x; Th. Mommsen (1859), Jur. Schr. 2, 26 Anm. 25; wenige Neuere seit 1913 (H. Peters, Oströmische Digestenkommentare).

stitutionen des Gaius durch B. G. Niebuhr 1816 in der Dombibliothek zu Verona durchkreuzte in seinen Folgen die Absichten von Savignys Hauptwerk, indem die «geschichtliche Rechtswissenschaft» auf hundert und mehr Jahre hinaus, beinahe ausschließlich und in intensivem Forschungsbetrieb, die Abwendung vom Justinianischen und Hinwendung zu dem seit 1790 von Hugo, der diesen Richtungsumschwung eingeleitet hatte<sup>41</sup>, sogenannten «klassischen» Rechtswesen unter dem Prinzipat vollzogen hat. Im übrigen versteht sich, daß unterwegs zwischen der Entstehung des «Pandektensystems»<sup>42</sup> und seiner Wiedererstehung seit 1789 im deutschen Pandektismus die Tradition mancherlei Schaden nehmen mußte, vor allem im Gefolge der Wanderung der Jurisprudenz erst vom alten Byzanz herüber nach Italien bis ins hochmittelalterliche Bologna und dann erst recht bei ihrer ferneren Ausbreitung seit dem Ausgang des Mittelalters über die Nationen diesseits des Alpenbogens.

## VI.

Wie später der Humanismus, so nahmen die Glossatoren den Kaiser Justinian regelmäßig, und zwar auch in seinen Vorschriften über die Studienordnung, ernst. Die *constitutio* «*Omnem*» (oben III) wurde in der Rechtsschule zu Bologna offenbar schon im 12. Jahrhundert aus der Pisaner, heutigen Florentiner *Digesten*handschrift, welche ihrerseits in der zweiten Hälfte des 6. Jahrhunderts in einem byzantinischen Kulturzentrum Italiens geschrie-

---

<sup>41</sup> Lehrb. u. Chrestom. d. Pandectenr. zu exeget. Vorlesungen, 1790; Beytr. usw. 1, 209 (1790).

<sup>42</sup> «Zu Anfang des 5. Jahrh. oder wenig früher?» vgl. Mommsen 2, 150 ff.; L. Mitteis, Sav. Z. 23, 443; Kipp, RRQ <sup>3</sup>10 Anm. 28. Daß es wohl schon weitere 100 Jahre zuvor ebenso wie das Institutionensystem aus den Rhetorenschulen rezipiert worden war, kann hier nicht ausgeführt werden.

ben ist, restituiert. Accursius hat sie glossiert<sup>43</sup>. Auf der Leistung der Glosse beruht ganz wesentlich alles spätere Verständnis sowohl der lateinischen Sätze des Corpus iuris überhaupt<sup>44</sup> als auch der c. «Omnem» im besonderen. In ihrem «Mangel an historischem Sinn und an positiven Kenntnissen»<sup>45</sup> bezogen die Glossatoren allerdings die Befehle des Römischen Kaisers auf ihre eigene hohe Schule und übertrugen jene einstigen Unterrichts- und Gerichtsprivilegien, denen hauptsächlich ihr Interesse gilt, sowie die ehemaligen Beiruter Ehrenprädikate «nutrix legum» und «alma urbs» auf ihr Bologna<sup>46</sup>. Befolgt werden nur diejenigen Bestimmungen nicht, die von jeher undurchführbar waren: die Glossen- und Siglenverbote<sup>47</sup> und das Gebot, bei der Exegese der Fragmente (Leges) in den Titeln der Digesten wirkliche Vollständigkeit zu beobachten<sup>48</sup>. Aber

<sup>43</sup> Kantorowicz, Sav. Z. 30, 216 u. Anm. 6. F. Schulz, Einf. i. d. Stud. d. Dig. 1 ff. — Ich beziehe mich auf die Ausg. Nr. 198 bei Spangenberg, Einl. i. d. CIC (1817) S. 440. 786 f.

<sup>44</sup> Über bleibende Leistungen der Glossatoren als Kritiker und Systematiker Kantorowicz, Sav. Z. 30, 201. 270 f., 31, 32 Anm. 33a. 70. 83; Riccobono, Sav. Z. 35, 224 u. ö. 43, 388 sgg. u. ö. Acta Congr. iur. intern. 2 (1935) 282 sgg., und allgemein Savigny 5<sup>2</sup> (1850) 230. 234.

<sup>45</sup> Landsberg, Glosse des Accursius 30 bzw. 46 f.

<sup>46</sup> Liban. or. 55, 13 (Förster), C. Omnem 7, Haec 1, Summa 2, Tanta = C. 1, 17, 2, 9 und vor allen F. Pringsheim, Beryt u. Bologna (Freib. Lenel-Festg. 1921) 208—285 (unten XI Anm. 83). Die Digestenjuristen galten den Glossatoren für Autoritäten als vermeintliche Stadtobergkeiten (Consules).

<sup>47</sup> C. Deo = C. 1, 17, 1, 12/3, Δέδωκεν/Tanta = C. 1, 17, 2, 21/2. «Non autem omnino abbreviationes prohibet», Gl ad c. Omnem 8. Von nun an sollten Cod. und Inst. kommentiert werden (Peters Ber. Ak. Lpz. 65, 1, 105 f.). Andere Zwecke befolgten neuere Kommentarverbote, wie die in Preußen zum ALR von 1794 oder in Bayern nach der Schlacht bei Leipzig zu Feuerbachs StGB von 1813 (Savigny, Zg RW 3 (1817), 19 f. Beruf <sup>2</sup>1828 S. 188; Stölzel, Brandenb.-Preuß. Rechtsverw. 2, 209 f., 266.

<sup>48</sup> C. Omnem 2—5 cf. 1. — Gl «Et tribus annis» ad C. 1, 17, 2, 12 bemerkt zum Versprechen Justinians, die neue Gesetzsammlung solle wohlfeil in der Anschaffung werden: «quod falsum est hodie».

auch sonst kann nicht die Rede davon sein, die Glossatoren hätten den Befehlen und Verboten Justinians in der c. «Omnem» sich sklavisch unterworfen. Weder im Punkte der Universitätsgerichtsbarkeit ist das der Fall<sup>49</sup>, noch gilt es hinsichtlich der Studienordnung: In Bologna hatten die «Lecturae ordinariae» die Digesten in ihrer Gesamtheit zum Gegenstand, trafen dagegen notwendig eine Auswahl unter den schulmäßig zu traktierenden Textstellen, während zufolge c. «Omnem» pr. und § 5 im Lehrbetrieb der Byzantiner einst ja bloß die ersten 36 Digestenbücher eine Rolle zu spielen hatten, dafür aber vollständig durchzunehmen gewesen wären. «Sed hodie hic ordo non servatur», «de facto secus servamus» oder «sed nos de consuetudine non servamus istum legendi ordinem»<sup>50</sup>.

Veränderungen in den Zeitumständen sind es denn auch gewesen, was den Glossatoren und, sehr bezeichnend, in ihrer Spur noch weitaus den meisten modernen Romanisten die rechte Einsicht in die Tatsache der prinzipiellen Identität des Byzantiner Studiengangs nach wie vor den Jahren 533/4 (oben III, Tabelle) immer wieder verbaut hat<sup>51</sup>. «Im zweiten Unterrichtsjahr», heißt es jedoch in c. «Omnem» §§ 1 und 3 übereinstimmend und unzweideutig, «folgen die Exegesen aus der Pars de iudiciis (7 Bücher

---

<sup>49</sup> «Sed hodie videtur competere etc.», Gl ad c. Omnem 9.

<sup>50</sup> Accursius (E. Genzmer in Festschr. Wenger 2 (1945), 223 ff.) und Odofredus (gest. 1265) ad c. Omnem 5, Sav. Z. 31, 38 f., 47 Anm. 21. — Jene Unterscheidung zwischen Lecturae ordinariae u. extraord. beruht auf der spätrömischen zwischen Exegesen der Professoren und Probeexegesen der Studierenden unter Anleitung von Hilfskräften (oben III, Tab.); Savigny 3<sup>2</sup> (1834), 262 ff.; Heimbach, Bas. 6, 2. 52; Tamassia, Arch. giur. 40, 260; Peters 41. 50.

<sup>51</sup> Irrig Karlowa 1024 (richtig 1026); Lenel b. Salkowski, Inst. § 14 u. Holtzendorff-Kohler, Enzykl. 1<sup>7</sup>, 386; Krüger 395; Leonhard b. Teuffel, Gesch. d. röm. Lit. 3<sup>6</sup>, 88; Kübler, RRG 429; die Tabellen b. Peters 50 (richtig 47. 64) u. Collinet, Ecole de droit de Beyrouth 230. 241, sowie schon teilweise die Casus und Glossen des 12./13. Jahrh.

Sachenrecht) oder<sup>52</sup> aber aus der Pars de rebus (8 Bücher Obligationenrecht) — indem man letzterenfalls die an die Prima pars legum ordnungsgemäß unmittelbar anschließenden 7 Bücher (das heißt die Pars de iudiciis)<sup>53</sup> erst für das dritte Jahr des Lehrgangs vorbehielt (§1) — in dem bereits bis dahin beobachteten Turnus, bei welchem es auch fürder bewenden soll (§ 3)». Jeder byzantinische Professor hielt seine Exegese de iudiciis und de rebus fortlaufend in einem zweijährigen Einheitskurs (Jahre 2 und 3 des ursprünglichen sowohl als des von Justinian revidierten Pensums). Ob ein Studierender die eine oder die andere Materie (Sachenrecht oder Obligationenrecht) zuerst, das heißt in unmittelbarer zeitlicher Folge auf den Allgemeinen Einleitungsteil hin, zu hören bekam, hing von dem Zufall ab, ob das zweite Jahr dieses Hörers mit der ersten oder mit der zweiten Hälfte der zweijährigen vermögensrechtlichen Exegese gerade seines Meisters, dem er sich für die ganze Dauer des Rechtsstudiums ergeben hatte und von dem er am Ende der Lehrzeit «freigesprochen» zu werden strebte, zusammentraf.

## VII.

In dem humanistischen Jahrhundert sodann, zwischen etwa 1525/7 einerseits, als die ersten unglossierten und nicht mehr dreiteiligen Digestenausgaben in Paris herauskamen, und andererseits 1625/7, bis zu welchen Jahren immer noch hie und da solche unmodischen altertümlichen Folianten dem mos Italicus der Praktiker zuliebe neu-aufgelegt wurden<sup>54</sup>, geschahen in der kontinentalen Jurisprudenz epochale Wandlungen, welche erst wieder mit jenen von den großen Kodifikationen aus dem Anfang und

<sup>52</sup> «vel — vel» (§ 3) bzw. «tam — quam» (§ 1).

<sup>53</sup> «septem libris semotis (et — constitutis)» richtig Vulg. gegen Flor.

<sup>54</sup> Spangenberg Nr. 133 (S. 751) u. 139 (755) bis Nr. 416 (879) u. 418 (882).

Ende des 19. Jahrhunderts hervorgerufenen Umwälzungen, von welchen sie abgelöst wurden, den Vergleich aushalten. Wie beispielsweise mit dem Beginn unseres Säkulums vermöge der Inkraftsetzung des Deutschen BGB jahrhundertealte Rechtskulturen auf einmal ausgelöscht worden sind, so wollten und konnten — im Weg einer allgemeinen Evolution, noch nicht der Erlassung national differenzierter Gesetzgebungswerke — Humanistengenerationen im 16. und 17. Jahrhundert nicht allein den von den Glossatoren und ihren Nachfolgern ererbten Ballast entscheidend erleichtern, sondern sogar zunehmend bewußt auf Ersatz der legendären Autorität des *Corpus iuris civilis* durch eine der Neuzeit angemessenere umfassende Rechtsordnung hinarbeiten.

Unvergänglicher Ruhm verklärt in der Geschichte der Rechtswissenschaft die imposanten Gestalten der vielgenannten französischen großen Gelehrten des 16./17. Jahrhunderts, zumeist hugenottischer Refugianten, die weit in Europa herumkamen. Von Haus aus waren ihre Verhältnisse derart, daß sie aus der Wiederherstellung der «reinen» Texte, im damaligen Wortsinn also der Befreiung der Justinianischen Quellen von den dermalen — außer von der Popularpraxis — als rohe Verunstaltungen empfundenen und alsbald ungebührlicher Geringschätzung preisgegebenen Glossen und anderer mittelalterlichen Kommentarliteratur<sup>55</sup>, sich einen Lebensberuf gestalten konnten. Überdies nahmen sie sich des vor- und nachjustinianischen Römerrechts an und waren hervorragend beteiligt an der Erweckung einer mit Geschichte und Philologie verschwisterten Humanistenjurisprudenz im Bereiche auch der deutschen und niederländischen Universitäten sowie in Genf, Lausanne und Basel.

---

<sup>55</sup> Für das Postglossatorenrecht ist die Forschung besonders viel schuldig geblieben. Neuerdings J. L. J. Van de Kamp, *Bartholus de Saxoferrato (1313—1357), leven, werken, invloed, beteekenis*, 1936, eine Amsterd. Diss., die über Savigny 6<sup>2</sup> 1850 S. 137 ff. hinausführt.



Was uns hier sonderlich beschäftigt, die historische Tradition der immanenten Legalordnung der Justinianischen Digesten oder Pandekten, daran hielt ein Jacobus Cujacius (Cujas, 1522—1590) zeitlebens wie an etwas Selbstverständlichem fest<sup>56</sup>. Franciscus Connanus (de Connan, 1508—1551) hatte es als erster unternommen, sie als «das Pandektensystem» zusammenhängend in zeitgemäßer Buchform darzustellen und durch den Druck zu verbreiten, starb aber vor Abschluß seines Werkes<sup>57</sup>. Dieses ist folgendermaßen gegliedert:

F. Connani Commentarii Juris Civilis Libri X,  
1553:

Buch I	Allgemeine Einleitung
Buch II	Personen
Buch III/IV	Eigentum, Servituten, Pfandrecht
Buch V/VII	Obligationen
Buch VIII	Ehe und eheliches Güterrecht
Buch IX/X	Testamentarisches Erbrecht

Damit bricht die wahrscheinlich auf zwölf Bücher berechnete Arbeit, welcher ersichtlich auch sonst die letzte Hand fehlt, ab. Unter anderem hätte der Schluß ohne Zweifel das Intestaterbrecht sowie vielleicht den später sogenannten «Rechtsschutz» bringen sollen. Einzig der bis ins 18. Jahrhundert herrschende Commentarius in Pandectas (1. Basel 1565) von Mattheus van Wesembeke (1531 bis 1586) bewahrte dem Werke Connans ein ehrendes Andenken. Im übrigen blieb die Wirkung aus — und keineswegs allein infolge der dem Buche mangelnden Vollendung sowie des frühen Todes seines Verfassers.

---

<sup>56</sup> Vgl. C. W. Westrup, Notes sur Cujas (Studi Bonfante 3, 129 ss.).

<sup>57</sup> Ratjen, ZRG 8 (1866), 282 f.

## VIII.

Betrachtet man die Bibliographie des Corpus iuris nach jenem kritischen Jahre 1525 genauer<sup>58</sup>, so wird man gewahr, daß parallel zu dem allmählichen Versiegen der mittelalterlichen und endlich auch dem Seltenwerden humanistischer Gesamteditionen immer häufiger besondere Textausgaben der Institutiones Justiniani erschienen, herausgegeben und kommentiert von namhaften französischen, deutschen, spanischen, italienischen und holländischen Rechtsgelehrten des 16. bis 18. Jahrhunderts. Unter ihnen befinden sich, zwischen der berühmten streng historischen Richtung (*mos Gallicus*) auf der einen und einer an der Praxis ausgerichteten wissenschaftlichen Kasuistik (*mos Italicus*) auf der anderen Seite, Hauptrepräsentanten einer systematisch-kritischen Vermittlungsjurisprudenz, welche ausgegangen von Guillelmus Budaeus (Budé, 1467—1540), dem Lehrer von Connanus (oben VII) und Franciscus Duarenus (1509—1559), sowie Andreas Alciatus (Alzate bei Como, 1492—1550)<sup>59</sup> — beide in Bourges und vordem im Florentiner Kreise des griechischen vornehmen Refugianten Joannes Laskaris gebildet —, ferner von Ulricus Zasius (Zäsy, 1461—1535), Johann Apel (1486—1536), Gabriel Mudaeus (van der Muyden, 1500—1560), Antonius Augustinus (1517 bis 1586), Antonius Faber (Favre, 1557—1624), Johannes Althusius (1557—1638) u. a. vertreten wurde: Claudius Cantiuncula (Chansonette, um 1495—um 1565, Basel 1517—1523), Seb. Derrer (um 1495—1541), Eguinarius Baro (1495—1550), Connanus, Duarenus, Antonius

---

<sup>58</sup> Oben VII und Spangenberg 306 ff., 751 ff., wo jedoch die französische (und italienische) Literatur vom 17. Jahrh. an nicht zu ihrem Rechte kommt. — Die Verbreitung des CIC in einer großen Zahl von Ausgaben, die von den Verlegern oft aus reinen Erwerbsgründen veranstaltet wurden (Brinz, Pand. 1<sup>3</sup>, 45 Anm. 1), ist nur von der Bibel übertroffen worden.

<sup>59</sup> P. E. Viard, André Alciat, 1926.

Contius (Le Conte, 1517—1578), Franciscus Balduinus (Baudouin, 1520—1573), Joachim Mynsinger von Frundeck (1514—1588), Joachim Hopper (1523—1576), Franciscus Hotomanus (Hotman, 1524—1590, Lausanne 1549 bis 1555, Genf 1573—1578 und 1584—1589, vorübergehend in England, Basel 1578—1584 und 1589—1590)<sup>60</sup>, Hugo Donellus (Doneau, 1527—1591), Mattheus van Wesembeke (oben VII), J. Th. Freigius (Frey, 1543—1583), Johann von Borcholten (1535—1593), Nicolaus Vigelius (1529—1600), Hubertus Giphanius (van Giffen, 1534 bis 1604), Dionysius Gothofredus (Godefroy, 1549 bis 1622, Genf 1579—1589, Basel 1590/91), V. W. Forster (1574—1620 und last not least dessen Lehrer Hermann Vultejus (Wöhl, 1555—1634).

Die Schule der genannten, wie gesagt, auch als Institutionenbearbeiter hervorgetretenen kritischen Systematiker hielt enge Fühlung mit dem Rechtsleben, die meisten waren selber einflußreiche Konsulenten. Die aus der Praxis seit dem 13. Jahrhundert erwachsene Literatur barg in ihrer Kasuistik das positive Recht in seiner gültigen Gestalt<sup>61</sup>: Es sich auch noch einzuprägen in den von den Glossatoren hergebrachten, schon an sich kaum zu bewältigenden exegetisch gewonnenen Denk- und Gedächtnisschablonen im Zuge der oft befremdlichen Titelordnung der Digesten<sup>62</sup>, ging nachgerade nicht mehr an! So versuchten, in mannigfachen Variationen jenes damals vielberufenen ciceronianischen Rezepts (oben III), viele bis herab auf

---

<sup>60</sup> H. Fritzsche b. Schurter-Fritzsche, Ziv.prozeßr. d. Schweiz 2, 1, 3 f. Anm. 4.

<sup>61</sup> Der als Wegbereiter für Grotius geschätzte italienische Refugiant Alberico Gentili (1552—Oxford 1608; G. H. J. Van der Molen, A. G. and the Development of Intern. Law, Amsterd. 1937) schärfte das im Dialog De Juris Interpretibus 1582 (Istituto giur. Univ. Torino «Testi inediti rari» 4, ed. Astuti 1937) seinen humanistischen Freunden ein. Vgl. auch Coing, Sav. Z. 56, 264 ff., 276 f.

<sup>62</sup> Von J. St. Pütter (Landsberg 3, 1, 337. 349) und endgültig durch Bluhme, ZGR 4 (1818) 257—472, begraben.

Robert Joseph Pothier (1699—1772), *Pandectae Justinianae in Novum Ordinem digestae* (Paris 1748, <sup>2</sup>Lyon 1782, <sup>4</sup>Paris 1818, *Versione italiana per cura di Ant. Bazzarini* 1833/1835), die römischen Quellen in eine bessere Form zu verarbeiten<sup>63</sup>. Indessen, die praktischen Zeitbedürfnisse fielen ausschlaggebend ins Gewicht gegen die neumodische systematische Haltung und verhinderten ein Wirksamwerden solcher Versuche. Das wissenschaftliche Interesse galt damals ausschließlicher als heute den konkreten Lebenskonflikten und den anwendbaren Einzelnormierungen. So konnte es leicht geschehen, daß jene höchste Synthese, welche — über der seit dem Zasiusschüler Franz Frosch (*Isagoge* 1554, oben II Anm. 21) und François Hotman (*Antitribonianus* 1567)<sup>60</sup> u. a. bekämpften Ordnung nach den *Digestentiteln*<sup>62</sup> — das spätrömische «Pandekten-system» in sich verkörperte, im Späthumanismus und vollends seit dem Rationalismus alsbald aus dem aktuellen Bewußtsein schwand.

Was sich zum Ersatze dafür darbot, sollte sehr begreiflicher Weise das System der ja so verhältnismäßig übersichtlichen Institutionen Justinians sein, ein Umstand, der nicht voraussehbare, weittragende historische Folgen nach sich zog: Die Entscheidung der Verfasser des *Code civil* von 1804 (wie übrigens auch des Österreichischen ABGB von 1811) zugunsten des sogenannten «Institutionensystems» hat wesentlich beigetragen zu der Entfremdung zwischen der französischen und der deutschen Kodi-

---

<sup>63</sup> H. Mitteis, *Sav. Z. germ.* 63, 176. Eine Art Gegenstücke sind E. Beger, *CIC reconcinatum* (4 Bde 1767—1769, angeregt durch J. Chr. Senckenberg; Ratjen 281 f., ungerecht Landsberg 3, 1 Noten S. 167) und, abgesehen vom System der Paveser «Lombarda», bereits vor 1150 in Frankreich der sogenannte *Brachylogus* (Ph. F. Weis, *De B. aetate observatio*, *Marb. Progr.* 1808; Conrat [Cohn] 567 f.), eine Rekonzinnation des CIC und der Nov. in einem vermeintlich verbesserten Institutionenfachwerk.

<sup>60</sup> Siehe Anmerkung 60, Seite 120.

<sup>62</sup> Siehe Anmerkung 62, Seite 120.

fikationengruppe und Jurisprudenz seit dem 19. Jahrhundert.

Einen bestrickenden Vorzug weist ja das System der beiden römischen Institutionenwerke, der «klassischen» Gajusinstitutionen und der diese nachahmenden und bis zum Jahre 1820 einzig im Original bekannten Justinianischen, auf, den nämlich, im Rahmen des darstellerisch Möglichen «ein Ganzes von gegenseitig sich bedingenden und voraussetzenden Gliedern» (Puchta) oder «ein nach Prinzipien geordnetes Ganzes der Erkenntnis» (Kant) zu sein und damit ein System in des Wortes wahrer Bedeutung zu heißen<sup>64</sup>. Die Frage ist aber die, ob der Plan, den die Darstellung in den beiden antiken Institutionenwerken folgerichtig durchführt, auch geeignet erscheint, die mannigfaltigen Verhältnisse des privaten Rechtslebens sämtlich in ihrer Fülle und in zweckmäßiger Weise geistig zusammenzuschließen. Schon Fr. Duarenus *Disputationum anniversariarum* Lib. I. cap. 55 hatte das ausdrücklich bezweifelt, und der Veroneser Gajusfund von 1816 brachte neuerdings die Bestätigung für seine Vermutung, daß der unbekannte Schöpfer des klassischen Institutionensystems in Tat und Wahrheit nicht entfernt daran dachte, im Wettbewerb mit dem «Pandektensystem» (oder dessen Vorläufern) etwas wie eine zusätzliche wissenschaftliche Gesamtdarstellung zu liefern.

Zur Veranschaulichung möge die folgende Systemskizze<sup>65</sup> dienen:

---

<sup>64</sup> Der rhetorische t. t. «institutiones» verbindet mit der Bedeutung von «Unterweisungen» zugleich diejenige von «Ordnungen», einem «übersichtlichen, aber lose gefügten System».

<sup>65</sup> Puchta, *Kl. Schr.* 223 ff.; Böcking, *Bonner Corp. iur. Rom.* (1841) p. I/X sq.; Austin, *Jurisprudence* 2, 764 ff.; Huschke-Seckel-Kuebler, *Gai inst.* 81939 «*Conspectus rerum*» p. 257—266. Bezeugt werden die Gajusinstitutionen (3, 1—17) erstmals Anfang des 4. Jahrhunderts (*Collatio* 16, 2).

## Grundschema des antiken Institutionensystems

(Gai inst. comm. IV und Inst. Just. 1, 1 bis 4, 16) nach dem Darstellungsprinzip:

### Übersicht der elementa iuris nach deren Entstehung und Endigung

Institutionenfremde Materien:	I. Subjekte — Die Ordnung der Personen («Justitia distributiva» nach Aristoteles)
persönliches Eherecht (Dotalrecht)	a) Freie und Unfreie nebst Zwischenstufen b) personae sui iuris und personae alieno iuri subiectae Arten der Hausgewalt darunter die Ehe * c) Vormundschaft *
Pfandrecht longi temporis praescriptio Besitzrecht	II. Objekte — Die Güterordnung («Justitia commutativa» nach Aristoteles)
S. C. Tertullianum S. C. Orfitianum	a) im und nicht im Vermögen der personae b) Arten des Erwerbs und Verlustes: zu Eigentum, Servitut, Erbe * Ersitzung, Veräußerung durch Nicht-eigentümer, natürliche Erwerbungen Veräußerungsfähigkeit der pupilli Erwerb durch andere c) hereditas, bonorum possessio * und die übrigen Erwerbungen per universitatem
S. C. Macedonianum S. C. Vellaeianum Dotalrecht commodatum, depositum Innominatrealkontrakte Quasikontrakte, pacta Quasidelikte	d) Kontrakts-, Delikts- und Prozeßobligationen <ol style="list-style-type: none"> <li>1. nach den Entstehungsgründen (consensus)                          Erwerbung durch andere</li> <li>2. Aufhebungsgründe (dissensus)<sup>66</sup></li> <li>3. Deliktsobligationen insbesondere</li> <li>4. Prozeßobligationen insbesondere (Gai. 4, 1—187. J. 4, 6—16).</li> </ol>

NB. Ein \* bezeichnet die Hauptansatzstellen des kanonistischen bzw. germanistischen Materials am Mutterstamme des nationalrömischen ius civile (vgl. D. 23 bis D. 38 und Infortiatum, unten XII).

<sup>66</sup> Nach der Regel D. 46, 3, 80. Dazu Mitteis, RPR 273 ff., Koschaker, Sav. Z. 37, 351 ff., 365 ff., Siber, RR 2, 266. 408, und schon J. Chr. Hasse (1779—1830; v. Bethmann Hollweg 59) bei Puchta 227 Anm. (verkannt von F. Schulz, Prinzipien 36 Anm. 61); ferner Wenger bei Liszt-Kohlrausch, Enzykl. 3<sup>2</sup>, 365 ff.

Die Urheber des antiken Institutionensystems haben sich demnach ein viel enger begrenztes Ziel gesetzt, dieses aber in bewundernswerter und in seiner Art unübertroffener Weise auch erreicht: Das Augenmerk ist ausschließlich gerichtet auf die gewissermaßen plastische eine Seite der Privatrechtsverhältnisse, ihre Entstehung und Endigung, während alles praktisch sonst noch so Wesentliche, ihre verschiedene Natur und Wirkungen, so gut wie vollständig außer Betracht bleiben muß. Solcherlei einigermaßen anschaulich und leicht faßbar komponierte Institutionenwerke (J. 1, 1, 2, unten XII) dienten vom ersten nachchristlichen Jahrhundert (Quintilian) an und dienen wiederum seit den Glossatoren, selbst unter der Herrschaft des Naturrechts<sup>67</sup> und noch heutzutage, angehenden Studierenden als erste übersichtliche Einführung in die «Instituta» oder «Elementa»<sup>68</sup> ihres Wissenszweiges (mit Einschluß der Christenlehre: Lactanz, Calvin).

Die Systematiker im Zeitalter des Humanismus und des Rationalismus dagegen übersahen oder mißdeuteten sozusagen ausnahmslos den vom didaktischen Hauptzweck diktierten Leitgedanken des antiken Institutionensystems<sup>69</sup> und gewöhnten sich mehr und mehr, im Auditorium wie in der literarischen Produktion, die sämtlichen Privatrechtslehren nun auch prinzipiell und ausführlich in derselben Reihenfolge vorzutragen, in welcher die Justinianischen Institutionen — freilich, wie gesagt, nur unter dem Gesichtspunkt der Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse und in knapper Rede — ihrer gedachten! So sind seit dem 16. Jahrhundert aus dem Institutionensystem

<sup>67</sup> Inst.-Ausgaben von Joh. Schilter (1632—1705), Sam. Stryck (1640—1710), A. Schulting (1659—1734), J. G. Heineccius (1681—1741), J. H. Böhmer (oben II), Chr. F. Harpprecht (1700—1774) u. a. Zum röm. NR Schulz 23 ff.

<sup>68</sup> So (ciceronianisch) der Untertitel der Inst. Just., dieser *μετρία εισαγωγή*, c. Δέδ./Tanta = C. 1, 17, 2, 11, 23, Imperatoriam 4, Inscr. Inst. und Juliani epit. Nov. c. 67 § 241.

<sup>69</sup> Desgleichen noch Schulz 36 und Kunkel bei Liszt-Kohlrr. Enzykl. 2<sup>2</sup>, 28 (Nr. 2).

der Römer die zwei oder drei modernen Komplexe oder Massen: der Personenrechte, der Sachenrechte und Forderungsrechte hervorgegangen und entsprechend — wobei das Obligationenrecht, weniger gajanisch als vielmehr radikal germanistisch, vollends im Sachenrecht aufgehoben erscheint <sup>70</sup> — die drei ungleichen «Bücher» des Code civil vom Jahre 1804, betitelt «Livre I<sup>er</sup>: Des Personnes» Art. 7—516, «Livre second: Des Biens, et des différentes Modifications de la Propriété» Art. 517—710 und «Livre III<sup>e</sup>: Des différentes Manières dont on acquiert la Propriété» Art. 711—2281 <sup>71</sup>.

## IX.

Das Endresultat jenes durch drei Jahrhunderte und mehr fortgesetzten vielgestaltigen Verfahrens einer Eintragung der Privatrechtsinstitute in ihrem vollen Bestand in ein vermeintlich dadurch vervollkommnetes System der römischen Institutiones wären sonach die zwei bis drei Stoffkomplexe: Rechte mit Personen, Sachen und Schulden als den jeweiligen Gegenständen. Dieses denaturierte antike sogenannte «neuere Institutionensystem» des Barockzeitalters in seinen verschiedenen Abwandlungen im einzelnen und folglich die Legalsysteme des Französischen Code civil wie des Österreichischen ABGB, ingleichen aber auch unser spätrömisches und wieder modernes «Pandektensystem» samt den ihm angepaßten Legalsystemen des Deutschen BGB und des Schweizerischen ZGB mit den fünf oder sechs Stoffballungen «Personen-, Familien-, Erb-, Sachen-, Obligationenrecht» nebst einem übergeordneten «Allgemeinen Teil», sind denn auch schon lang als an und für sich widersinnig erkannt. Weder wissen diese beiden

<sup>70</sup> Umgekehrt kannten jene «engagemens» in den Loix civiles dans leur ordre naturel (1689—1697) von Jean Domat (1625 bis 1695) ein SR nicht mehr; Ratjen 290 ff. u. a.

<sup>71</sup> Danach auch die geltende Französ. Unterrichtsordnung der I<sup>re</sup> und II<sup>e</sup> Année de Licence, Diplômes d'Et. Supérieures de dr. rom. et de dr. privé, sowie die gangbaren Manuels élémentaires. Vgl. noch J. B. Moyle, Institutiones, New York 1913.



neueren «Systeme» von einer einheitlichen Einteilungsnorm, um konsequent daran festzuhalten, noch werden die Teile durchweg als Glieder der einen lebendigen Rechtswirklichkeit erfaßt. Bereits Leibniz hat in einer geistvollen juristischen Jugendarbeit u. a. auf die Überschneidung zweier Rechtsideen in dem eigentlich widerspruchsvollen Nacheinander der beiden, jeweils zudem durch den rein äußerlichen Behelf der sogenannten «Attraktion» gebildeten Massengruppen «Familienrecht/Erbrecht» und «Obligationenrecht/Sachenrecht» aufmerksam gemacht<sup>72</sup>. Andererseits wissenschaftlich einwandfreie, umfassende Rechts- und Privatrechtssysteme lassen sich zwar aufstellen und haben in alter und neuer Zeit, besonders gerade auch von Leibniz<sup>73</sup> und, über den Neuhegelianismus und Neukantianismus, bis heute gelegentlich Aufsehen erregt, praktisch jedoch sich samt und sonders als unanwendbar erwiesen<sup>74</sup>. Die Rechtssystematik darf sich gar nicht, weder inhaltlich noch methodisch, von dem Ziel eines widerspruchslosen Denksystems leiten lassen; das Geschäfts- und Rechtsleben wird von viel zu vielen ambivalenten, kontingenten, irrationalen Faktoren mitbestimmt.

Angesichts dieses spekulativen Dilemmas pflegt der Jurist sich alsbald zurückzubesinnen auf die Tatsache, daß

---

<sup>72</sup> Leibniz, *Diss. de Casibus Perplexis*, 1666. Ferner Puchta 232 f., 237; O. Gierke, *Entw. eines BGB* (1889) 80 f., u. a. Im röm. Sabinussystem, anfangs wohl auch bei jenen vorjustinianischen «*Libri singulares IV*» (oben III, Tab. u. Anm. 30), war die Reihenfolge umgekehrt: Erbrecht — Familienrecht.

<sup>73</sup> Die Kritik in seiner *Nova Methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae*, 1667 (neu hrsg. von Chr. Wolff 1748; Ratjen 278), trifft weniger das antike Institutionensystem als vielmehr das, was, wie oben VIII ausgeführt, die Neueren daraus gemacht haben. — G. Hartmann (1835—1894), *Leibniz (1646—1716) als Jurist und Rechtsphilosoph*, 1892.

<sup>74</sup> So schon Cujas; ferner A. F. J. Thibaut (1774—1840), *Pand.* 1803 Vorwort; Windscheid § 13; Salkowski-Lenel § 9; Andreas Heusler, *Inst. d. DPR* 1, 5 f.; O. Gierke, *DPR* 1, 107 Anm. 1; A. Egger, *Komm.<sup>1</sup> z. ZGB*, Einf. S. XX f. u. a.

von den Kulturnationen bis auf den heutigen Tag mindestens ebenso viele unter dem rezipierten, hochqualifizierten Französischen wie unter dem Schweizer oder dem Deutschen privatrechtlichen Gesetzbuche sich wohlbefinden, ja daß es sogar sehr bedeutende Gemeinwesen gab und noch gibt, welche es fertiggebracht haben, nach wie vor überhaupt ohne eines unserer kontinentalen Legalsysteme gut auszukommen<sup>75</sup>! Auch hat der späte Siegeszug der historischen Schule, der Pandektistik und ihres modernen «Pandektensystems» im 19./20. Jahrhundert einige deutsche Romanisten nicht beirren können in der nüchternen Erkenntnis, daß dieses letztere zwar ziemlich allgemein geläufig geworden sei, dagegen weder in der Anordnung noch im Gehalt an sich wenn zwar nicht für schlechter, so doch auch nicht für besser als irgendein anderes, zum Beispiel als das Französische Zivilrechtssystem, zu gelten habe<sup>76</sup>. Resignierende Reflexionen solcher Art treten in der Literatur selten genug ans Licht. Es ist recht bezeichnend, wie unkritisch selbst die beiden in der vorigen Anmerkung zitierten Schriftsteller sich zu jener Entfaltung des «neueren Institutionensystems» aus der oben gekennzeichneten Verderbnis des gajanischen ursprünglich rein didaktischen Spezialsystems verhalten — und etwa ironisch gemeint sind Eingeständnisse der Art unter gar keinen Umständen, vielmehr durchaus ernst zu nehmen. Allein sogar sie lassen jeglichen Versuch einer Begründung für die festgestellte historische Kontingenz unserer beiden weitverbreiteten neueren Legalsysteme vollständig vermissen.

## X.

Das Ungenügen der Privatrechtsdisziplin, wenn man wenigstens Maßstäbe neuzeitlicher systematischer Philosophie anlegt, hat seine Ursache und findet zugleich seine

<sup>75</sup> Was das Römerreich betr. vgl. Schulz 27 ff., 36 ff., 44.

<sup>76</sup> Kübler, bei Pauly-Wissowa Realenzykl. 7, 497, 11 ff., und Schwarz (oben II Anm. 19).

Rechtfertigung in der Natur der Jurisprudenz als einer Buchwissenschaft, in Verbindung mit der logischen Folge, daß, im Gegensatz zu den seit dem Späthumanismus und dem Rationalismus in anderen Wissensgebieten betätigten naturwissenschaftlichen Methoden, das privatrechtliche Denken prinzipiell an der Technik oder Methode der Scholastik festhalten muß, besonders in der täglichen praktischen Kleinarbeit, und heute im wesentlichen nicht anders wie schon im christlichen Altertum<sup>77</sup> oder zur Zeit der Hochblüte der abendländischen Philosophie unter der Autorität der Kirche und der Theologie vom 9. bis 15. Jahrhundert. Viel zu unbekümmert sieht unser technisches Zeitalter darüber hinweg, daß alles Schaffen und Bilden des Geistes in Kunst und Wissenschaft unter dem Gesetze des Traditionalismus steht: «Die originalsten Autoren der neuesten Zeit sind es nicht deswegen, weil sie etwas Neues hervorbringen, sondern allein weil sie fähig sind, dergleichen Dinge zu sagen, als wenn sie vorher niemals wären gesagt gewesen. Daher ist das schönste Zeichen der Originalität, wenn man einen empfangenen Gedanken dergestalt fruchtbar zu entwickeln weiß, daß niemand leicht, wie viel in ihm verborgen liege, gefunden hätte», formuliert die Erfahrung Goethe (im Anhang der Wanderjahre) und daneben nochmals ganz kurz: «Was an uns Original ist, wird am besten erhalten und belebt, wenn wir unsere Alvordern nicht aus den Augen verlieren.»

Die Alleinherrschaft der scholastischen Methode erstreckte sich\* über einen Zeitraum von erheblich mehr als einem Jahrtausend und abgeschwächt bis ins 17. Jahrhundert. Seitdem wird die Jurisprudenz repräsentiert durch eine in den Bahnen der wissenschaftlichen Entwicklung nach Descartes und nach Kant und Hegel zu historisch-kritisch vertieften, immer allgemeineren begrifflichen Abstraktionen fortschreitende akademische Rechtsphilosophie, während von Scholastik außer unter Klerikern kaum je

<sup>77</sup> Schulz Kap. 4 und zum folgenden besonders S. 36 (Anm. 59), 37 Anm. 66 und 68; Brugi, Studi Riccobono 1 (1936), 23 sgg.

mehr die Rede ist <sup>78</sup> — was gleichwohl nicht hindert, daß eine scholastische Grundströmung in der Popularjurisprudenz ununterbrochen, durch das Naturrechtszeitalter hindurch, bis heute weiterdauert. In der Praxis erfüllt das ja längst zur Selbstverständlichkeit gewordene jeweilige «System» des Privatrechts hergebrachtermaßen seine notwendige Funktion: Neugebildete Institute der letzten 40 oder 50 Jahre werden einfach an ihrem «Ort» im bestehenden Legalsystem eingetragen, und damit gelten die landläufigen rechtstechnischen Bedürfnisse für hinreichend befriedigt. So befindet sich beispielsweise für den Gesamtarbeitsvertrag der privatrechtliche «Topos» oder «Locus», um die Zusammenhänge leichter präsent zu behalten, naturgemäß beim Dienstvertrag, wie im Schuldrechte des Deutschen BGB so auch im Schweizerischen Obligationenrecht (Art. 322/3).

## XI.

Es fällt nicht schwer, Belege zu liefern einerseits für die behauptete Fortexistenz der scholastischen Haltung wie zugleich andererseits für die modernem rationalem Denken entsprungene Bereinigung des legalen Textmaterials, mit welchem unentwegt auch heute im Privatrecht nach Methoden des Scholastizismus gearbeitet werden muß. Ausdrücklich sieht Art. 1 des Schweizerischen ZGB vor: Anwendung der Gesetzgebung, vermittelt der teils einzeln, teils im Zusammenhang wie auch aus Gewohnheiten, Präjudizien, traditionellen Doktrinen (Egger, Komm. <sup>2</sup> Erl. 45/6) und jedenfalls nach Wortlaut oder Auslegung zu gewinnenden Erkenntnis der Rechtsnormen als

<sup>78</sup> Ebbinghaus in «Natur und Geist» (Medicus-Festschr. Zürich 1946) 82. Neuere juristische Ausnahmen (abgesehen von den Arbeiten der Mediävistenschule von Emil Seckel [1864—1924], vgl. E. Genzmer, Acta Congr. 2 [1935], 343 ff., Sav. Z. 61, 276 ff., Atti Congr. int. dir. rom. Bologna 1, 1943): Stintzing 88—154 u. ö.; Fitting ZRG 11 (1873) 451 ff.; Landsberg, Gl. d. Acc. 10 ff., 47 ff., 50 ff.; Sohm 147, 168 ff.; Pringsheim (oben VI Anm. 46); Binder ZHR 100, 4 ff.

autoritativer Literaturtexte, in autoritativer Entscheidung unter den gegebenenfalls dissentierenden Textautoritäten. Auslegung, Interpretation, Exegese überlieferter autoritativer Texte — gerade das ist aber die Signatur des Scholastizismus. Und außerdem Autorität der Tradition auch der Exegeten, ihrer Exegesen sowie rationaler Ausgleich der dissentierenden Autoritäten oder autoritative Entscheidung unter den verschiedenen Autoritäten (und zwar ehemals nicht wie heutzutage nach freiem, sondern nach ebenfalls an Autorität gebundenem Ermessen)<sup>79</sup>.

Die Unmengen angehäuften Materials, deren sich die Jurisprudenz mit dem Erlaß der seit dem 16. Jahrhundert angestrebten neuen Kodifikationen endgültig entledigen zu dürfen glaubte<sup>80</sup>, müssen vielfach als erdrückend empfunden worden sein. Schon sehr lange vor und noch geraume Zeit nach den Glossatoren, eigentlich bis zur neuzeitlichen Bücherverbreitung durch den Buchdruck, war ein juristisches Interpretationsfragment, eine Paraphrase oder Glosse virtuell alles in allem: Gesetz, Richterspruch, Lehrbuchausschnitt, Bruchstück einer akademischen exegetischen Vorlesung oder wissenschaftlichen Untersuchung, Beitrag eines Hörers, und der Glossator oder Scholiast stellte seinerseits einen Forscher, akademischen Meister oder Gesellen,

<sup>79</sup> Wie etwa gemäß C. Th. 1, 4, 1 bis 3: offizielle Kontroversenschlüssel des 4./5. Jahrh., seit Hugo (1790) sogenannte «Zitiergesetze». Damals hatten die Parteianwälte das Recht in Gestalt der Juristenzitate zu beschaffen (proponere), wie nach 1495 dem Reichskammergericht die Partikularrechte oder heute in angelsächsischen Prozessen die Präjudizien (Mendelssohn Bartholdy, *Imp. d. Richters* 137; Gerland, *Einwirkung. d. Richters* 34; K. N. Llewellyn [Jh. Jb. 79, 233 ff.], *Präjud.r. u. R.sprechung in Amerika*, Leipzig 1933). Eine schlagende Analogie aus dem Jahre 1613 bei Marongiu, *Studi Besta* 3, 456. — Für das (schon Gai 1, 7 beschränkte) freie richterliche Ermessen trat unter den Ersten nachdrücklich ein Hugo seit 1789 (*Beytr.* 1, 107 u. ö.; vgl. Manigk, *Sav. Z.* 50, 604 Anm. 2).

<sup>80</sup> Der Schweiz blieb zu ihrem Glück, dank der klugen, erhaltenden Maxime von Art. 1 ZGB, ein eigentlicher Bruch mit der Vergangenheit erspart. Vgl. auch Weiß (oben II Anm. 18), 346 ff.

einen Richter, Anwalt, Beamten möglicherweise in einer Person vor: Der Scholastizismus verleugnete gegenüber den wachsenden Säkularisationstendenzen seine klerikale Abkunft keineswegs und kannte die Trennungslinie nicht, die wir zwischen Schule und Leben zu ziehen wieder gewohnt sind. Die scholastischen Juristen weihten ihr Leben der Anwendung der in verstandesmäßiger Ergründung der ewigen Wahrheiten, an die sie glaubten, bewährten exakten Methode und Technik der Exegese auf das profane Corpus iuris civilis und haben dieses in seiner Gesamtheit dem geistigen Besitz aller folgenden Zeiten erhalten.

«Dem akademischen Unterricht war nicht nur die theoretische, sondern auch die praktische Ausbildung zur Aufgabe gestellt: denn nicht schloß sich damals, wie heute, an die Studienjahre selbstverständlich eine praktische Übungszeit des jungen Juristen. Aus diesem Grund war auch der Zeitaufwand von 6 bis 8 Jahren für die akademische Lehrzeit nicht so unerträglich, wie es unter heutigen Verhältnissen erscheint. Denn die heutige Kürze der Studienzeit hat ihren Grund nicht etwa bloß in unserer besseren Methode, die sie möglich macht, nicht bloß in der Raschlebigkeit unserer Zeit, die sie fordert, sondern zum großen Teil darin, daß der Universität die praktische Hälfte der Bildungsaufgabe abgenommen ist, welche damals als die wichtigere, als das eigentliche Ziel angesehen wurde.<sup>81</sup>»

So konnte der spätmittelalterliche Rechtsunterricht in geradezu endlosen lectiones fortdauern, ergänzt durch immer neue Glossen, opinionones, tractatus und Summen,

---

<sup>81</sup> Stintzing 124 f. gleich bezeichnend wie 76 f.: «Ohne systematischen Zusammenhang lehrte die Exegese nur Fragmente der Wissenschaft. Wer zu einer vollen juristischen Bildung gelangen wollte, dem wurden selbständige Anstrengungen in einem Maße zugemutet, dem nur Wenige gewachsen waren. Die Mehrzahl, welche nur mäßige Kraft und beschränkte Zeit auf das akademische Studium zu verwenden hatte, ward nicht wie heutigen Tags durch die Macht der Methode auf ein tüchtiges Mittelmaß der juristischen Bildung emporgehoben, sondern mußte weit hinter diesem zurückbleiben.»

immer weitere disputationes, quaestiones, interrogationes, quare und responsa, ferner contrarietates, diversitates sive dissensiones, dubitationes zur Harmonisierung der scheinbaren Widersprüche, Enantiophanien<sup>81a</sup>, mit stetig verfeinerten solutiones, divisiones, distinctiones, definitiones, regulae: Unterscheidungen und Einteilungen, und umgeben von sogenannten Casusglossen: Erläuterungen durch hypothetische Fälle, sowie heuremata: Kautelen. Systematische Gesichtspunkte kamen, in Anbetracht der den Einzelnormierungen, die sie pflegte, angemessenen kasuistischen Schulmethode, verbunden mit einer Stoffverteilung nach der äußeren Quellenverschiedenheit auf die mehreren Exegesen<sup>82</sup>, zur Geltung fast nur in den Tractatus, Opiniones, Summen oder continuationes titulorum: in axiomatischer Deduktion nach aristotelisch-boethianischer Logik und bescheidener Rhetorik gearbeiteten systematischen Übersichten an den Titelanfängen, juristisch aber dafür oft mit ausgezeichneten, die Neuzeit vorwegnehmenden praktischen Ergebnissen.

Daß Konvergierendes bereits lange vor den Glossatoren vom spätrömischen wie vom frühbyzantinischen Rechtsschulbetrieb gilt, sei hier nochmals nebenbei<sup>83</sup> bemerkt.

## XII.

Um zurückzukommen auf den oben II/V erörterten historischen Konnex des heutigen mit jenem «Pandektensystem», welches den Schulexegesen im Zeitalter Justinians

<sup>81a</sup> c. Deo = C. 1, 17, 1, 8; *Δέδωκεν*/Tanta = C. 1, 17, 2, 15; Cordi 3.

<sup>82</sup> In Abweichung von der Justinianischen Studienordnung (oben III, Tabelle) behandelte man bis ins 17. Jahrh. Institutiones, Digestum Vetus, Infortiatum, Digestum Novum, Codex je in besonderen Jahreskursen.

<sup>83</sup> Neben Pringsheim (oben VI Anm. 46) etwa schon Fitting (Anm. 78); Zachariae, Sav. Z. 6, 1 ff.; Conrat [Cohn], Mél. Fitting 1, 287 ff.; Peters 21 ff., 40; Schulz 44. 68 Anm. 68; Genzmer Acta 356. Sav. Z. 302 ff., 317 f.; Wieacker ZStsW 102 (1942) 462 ff.

zugrunde gelegt war, so ist es von besonderem Interesse, daß erste Ansätze, von denen die spätere Entwicklung in Richtung auf die Herausbildung eines übergeordneten «Allgemeinen Teils» den Ausgang nahm, beiden Glossatoren, ja bereits ebenfalls bei deren spätrömischen oder frühbyzantinischen Vorläufern wahrnehmbar sind. Weitaus die meisten Handschriften des Corpus iuris aus dem Mittelalter enthalten die Institutiones, mit denen zu allen Zeiten das Studium anhebt, oder aber das Digestum Vetus (D. 1, 1 bis D. 24, 2), weil dieses in Verbindung mit den Institutiones im Justinianischen Lehrpensum die «Allgemeinen Lehren» birgt<sup>84</sup>. Ein der Florentiner Digestenhandschrift nahestehendes Bruchstück einer italischen Handschrift des 9. Jahrhunderts, das Berliner Fragment R<sup>85</sup>, reproduziert die Texte von Inst. 4, 18, 5 bis Dig. 1, 7, 3 ausnahmsweise im engsten Zusammenhang, durchgehend und unter Auslassung der vier Einführungskonstitutionen Justinians und sonstigen Antezedenzen der Digesten. Das Handschriftfragment gibt damit Zeugnis nicht allein von der Fortdauer der Justinianischen Lehrtradition und eigenen Lehrbücher im Abendland<sup>86</sup>, als vielmehr zugleich von der bis dahin kaum beachteten Art und Weise, wie schon in den Unterrichtsexegesen der Zeit vor Justinian ein einigermaßen einheitlicher allgemeiner Einleitungsteil allmählich zustande kam und dann fertig in des Kaisers revidiertem Pensum des Ersten Studienjahres (c. «Omnem» 2) für die ganze Epoche des Scholastizismus, als die methodisch adäquate Vorstufe zum modernen «Allgemeinen Teil», endgültige Gestalt annahm: Buch 4 der Gajusinstitutionen,

<sup>84</sup> C. Omnem 1. 2 (oben III, Tab.). Dazu Kantorowicz, Sav. Z. 31, 70. 83 u. 30, 222. 271 Anm.

<sup>85</sup> Mommsen, Praef. Dig. (1870) p. XXXXVIII sq. LXXI sq.; Conrat (Cohn) 72 Anm. 4, 75 Anm. 1; Kantorowicz, Sav. Z. 30, 253.

<sup>86</sup> C. Omnem 2, *Δέδ./Tanta* = C. 1, 17, 2, 2 bis 8<sup>c</sup> (oben III, Tab. und Anm. 29). Dazu Rudorff bei Puchta § 145 (1893 S. 409) Anm. b; Kretschmar, Sav. Z. 48, 108 ff.



uns wert vor allem wegen der verhältnismäßig anschaulichen Schilderung der Elemente des klassischen sogenannten Formularprozesses, kam als obsolet größtenteils in Wegfall, und die neuen Institutiones Justiniani mit ihrem oben VIII behandelten gajanischen didaktischen Spezialsystem wurden den allgemeinen Bestimmungen der Prima pars der Digesten über «Rechtsschutz» in D. 1, 9 bis D. 4, 9 tunlichst unmittelbar<sup>87</sup> vorangestellt! Das umschreibt auch der folgende in J. 1, 1, 2 bewahrte Passus aus der rhetorischen Einleitung eines der vorjustinianischen Institutionenwerke<sup>88</sup>: «— incipientibus nobis exponere iura populi Romani ita maxime videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur. Alioquin si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus, duorum alterum aut desertorem studiorum<sup>89</sup> efficiemus aut cum magno labore eius, saepe etiam cum diffidentia, quae plerumque iuvenes avertit, serius ad id perducamus, ad quod leniore via ductus sine magno labore et sine ulla diffidentia maturius perduci potuisset.»

Die Hand der Kompilatoren, welchen jene iuris divisio, deren Ursprung und Alter unaufgeklärt sind und die bei Gai. 1, 8 sich wie ein Fremdkörper ausnimmt — «omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones» (D. 1, 5, 1 = J. 1, 2, 12) —, vorschwebte, verrät besonders die Umgebung der Nahtstellen im Digesteningreß

<sup>87</sup> «vicinitas», c. Omnem 4 (zweimal) besteht auch hier für jede exegetische Schulbetrachtungsweise.

<sup>88</sup> Sav. Z. 45, 121. «Im Sinne der Kompilatoren beziehen sich die Worte auf das Verhältnis der Institutionen zu den Pandekten» (Samter, Sav. Z. 31, 402. 47, 379; Beseler, Beitr. 2, 65; c. Deo/Àéd./Tanta 11, Imperatoriam 3), beziehungsweise galten sie schon für die Studienordnung vor 534 entsprechend von den Gajusinstitutionen im Verhältnis zu dem übrigen vorjustinianischen Lehrstoff (oben III, Tab.).

<sup>89</sup> Vgl. auch jene «consultatores vacare potius quam discere volentes» D. 1, 2, 2, 35 (Sav. Z. 45, 129).

D. 1, 5 bis D. 1, 8, welche Digestentitel nun hinter den Büchern 1 beziehungsweise 2 bis 4 Titel 16 der Institutionen Justinians abermals, und sehr bezeichnend summarisch, die «Rechtssubjekte» und die «Rechtsobjekte» betreffen<sup>90</sup>. Und hinwiederum Buch 4 Titel 6 bis 18 derselben Institutionen im Verein<sup>87</sup> mit dem ganzen Rest der Digesten, D. 1 Titel 1—4 und D. 1 Titel, 9 bis D. 50 Titel 17<sup>91</sup>, stellt nach Muster etwa der durch die Kompilatoren exzerpierten 90 Bücher «digesta» des Klassikers und legendären großen «ordinator edicti perpetui praetoris urbani» unter Kaiser Hadrian, L. Octavius Cornelius Salvius Julianus Aemilianus, Consul des Jahres 148, die Gesamtheit der materiellen Privatrechtslehren dar auf der typisch römischen Basis einer Formulierung jedweden Anspruchs unmittelbar für seine Geltendmachung im Zivilprozeß (actio, «Aktionensystem»), an der Spitze J. 4, 6—18, D. 1, 1—4 und D. 1, 9—D. 4, 9 der «Rechtsschutz». So programmatisch D. 1, 5, 2, eine Stelle aus der diocletianisch-constantinischen Übergangszeit<sup>92</sup>. Und ferner das korrespondierende «Motto» J. 4, 6 pr. «actio nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur», angeblich von Julian, in Tat und Wahrheit jedoch eine Probe

<sup>90</sup> Vgl. Bluhme 366, Arangio-Ruiz, Conferenze (Milano 1931) 318 sg. und meine «Entstehung des Corpus iuris usw.» in den «Schweiz. Beitr. z. Allg. Gesch.» 5 (1947, oben II Anm. 15), besonders S. 66 ff.

<sup>87</sup> Siehe Anmerkung 87, Seite 134.

<sup>91</sup> J. 4, 17 und 18 sind wie D. 50, 16 und 17 äußerlich Epiloge der Kompilatoren (Krüger 386, Sav. Z. 22, 17; Karlowa 1016). Inhaltlich sollten die beiden Schlußtitel der Institutionen die Brücke schlagen zu D. 47 bis 50, 15, als dem überwiegend öffentlich-rechtlichen Anhang der gesamten «legitima scientia» (c. Imperatoriam 4, Omnem pr. § 5, Tanta = C. 1, 17, 2, 9).

<sup>92</sup> «Cum hominum causa omne ius institutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos, ut res patitur, dicemus» (Hermogenianus 1 iur. epit.). Dazu Lenel, Palingenesia iur. civ. 1, 265 n. 1; Ferrini, Mem. Ist. Lomb. 18, 132; Krüger, Sav. Z. 7, 2, 105 und bereits C. F. F. Sintenis (1804—1868), Das CIC ins Deutsche übersetzt 1 (1830) <sup>2</sup>1839 S. 246 Anm. 59.

byzantinischer Gelehrsamkeit<sup>93</sup> und unter dem lombardischen Einfluß rezipiert durch den Glossator Placentinus (gestorben 1192)<sup>94</sup>: «Die actio als das zur Verfolgung gerüstete Recht des Subjekts.<sup>95</sup>»

Was schließlich das Familien- und Erbrecht bei den Glossatoren anlangt, so fällt auf, daß das Infortiatum (D. 24, 3 bis D. 38, 17)<sup>96</sup> in der frühbolognesischen Zeit nur ganz wenig benutzt ist: Offenkundig weil die hier behandelten Institute vorzugsweise in Pavia an der Schule des langobardischen Rechts traktiert wurden<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> D. 44, 7, 51. Dazu Collinet, Et. de dr. de Justinien 1, 192 sv.; Perozzi, Istituzioni<sup>2</sup> 49 n. 4; Sav. Z. 38, 329; Schulz 31. 64 Anm. 44, u. a.

<sup>94</sup> P. de Tourtoulon, Placentin, 1896.

<sup>95</sup> Stintzing 42; Kantorowicz, Sav. Z. 31, 20 f.; Wenger, Inst. d. RZivPrR 13. 280.

<sup>96</sup> «das Eingeschlossene, Sekretierte (nach dem 9. Jahrh., und ca. 1088 von Bologna aus wieder) in Kraft Erwachsene» (?); Kantorowicz, Sav. Z. 31, 71 ff., 49, 60 ff., und Kretschmar, Sav. Z. 48, 98 ff., 55, 312 f., 58, 211. «Infortiatum» sprachlich von (prov./fz.) força, «Feste»; vgl. forçats, (it.) forzati, «Eingeschlossene» (StGB Art. 95, 96, 385).

<sup>97</sup> Oben VIII, Tabelle \*. Dazu Savigny 2<sup>2</sup> (1834) XII 160 f.; Stintzing 111 f., 125 f., 540, 659; Regelsberger 26 Anm. 1; Kantorowicz, Sav. Z. 31, 70 Anm. 21; Seckel, Sav. Z. 45, 394.