

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 101

Gemeines Recht

Eine systematische Einordnung
der Rechtsfigur und ihrer Funktion
sowie die Bestimmung der inhaltlichen Probleme
aus der Sicht des 18. Jahrhunderts

Von

Andreas Daniel



Duncker & Humblot · Berlin

Andreas Daniel · Gemeines Recht

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 101

Gemeines Recht

Eine systematische Einordnung
der Rechtsfigur und ihrer Funktion
sowie die Bestimmung der inhaltlichen Probleme
aus der Sicht des 18. Jahrhunderts

Von

Andreas Daniel



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich V der Universität Trier hat diese Arbeit
im Jahre 2001 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Selignow Verlagsservice, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7379
ISBN 3-428-10885-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

*Meinen Eltern
Hans-Jürgen und Ursula*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand im Zusammenhang mit dem am Fachbereich V (Rechtswissenschaft) der Universität Trier von Herrn Prof. Dr. Peter Krause geleiteten und von der Deutschen Forschungsgemeinschaft geförderten Projekt „Aufklärung im Zusammenwirken von Staat, Philosophie und Öffentlichkeit: Die preußische Rechtsreform 1780–1798“ und ist im Wintersemester 2001/2002 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen worden. Berichterstatter sind Herr Prof. Dr. Peter Krause (Erstgutachten) und Herr Prof. Dr. Dr. h. c. Hans Wieling (Zweitgutachten) gewesen. Tag der mündlichen Prüfung war der 14. Dezember 2001.

Die Idee zu dem behandelten Thema kam bei der Fragestellung nach der historischen Einordnung des „Entwurf(s) eines allgemeinen Gesetzbuchs für die preußischen Staaten“ und des Allgemeinen Gesetzbuchs (AGB)/Allgemeinen Landrechts (ALR) auf: Als der preußische Großkanzler Johann Heinrich Casimir von Carmer am 3. April 1780 Friedrich dem Großen vorschlug, für alle seiner Herrschaft unterworfenen Gebiete ein einheitliches Gesetzbuch zu erlassen, lehnte der König die dadurch zu befürchtende Veränderung des Rechts ab und ließ allein dessen Klarstellung zu. In seiner Kabinettsorder vom 6. April 1780 bestand er vielmehr darauf, „nach den differenten Gebräuchen in den Provintzien für jede ein besonderes Gesetz zu machen, nehmlich vor Schlesien, vor Preußen, vor Pommern und die Neu=Mark, vor die Chur=Mark, vor das Magdeburgische und Halberstädtische, vor Minden und Ravensberg, vor Cleve und die Grafschaft Mark, und vor Ostfriesland wieder ein anderes.“ Auch der kurz darauf ergangene Gesetzgebungsauftrag vom 17. April 1780 bestimmte: „Da nun aber fast jede Meiner Provinz ihre besondere Verfassung, Statuten und Gewohnheiten hat, welche sehr von einander unterschieden sind, so muß für jede derselben ein eigenes Gesetzbuch gesammlet und darinn alles eingetragen werden, wodurch sich die Rechte der einen Provintz von den anderen unterscheiden.“ Erst die Einsicht des Königs, daß „dergleichen Provinzial=Statuta und Gewohnheiten sich nur auf gewisse Gegenstände einschränken, und keine allgemeine noch weniger aber vollständige Rechtsregeln enthalten [...]“ führte dann zu dem viel weitergehenden Auftrag, auch ein „subsidiarisches Gesetz=Buch“ anzufertigen, das offensichtlich als bloß ergänzendes Hilfsrecht in die Funktion des bisherigen gemeinen Rechts eingerückt sein sollte.

Die Absicht des absolutistischen Gesetzgebers, an der Verdopplung des Rechts, nämlich an einem unmittelbar anwendbaren Partikularrecht und einem ergänzenden Hilfsrecht festzuhalten, blieb in der öffentlichen Diskussion nicht unumstritten. Die Meinungen darüber, ob sich der Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuches am tra-

derten Vorbild eines bloß subsidiären Rechts, so wie es das Corpus iuris civilis in seiner Funktion als gemeinses Recht über Jahrhunderte hinweg übernommen hatte, orientieren sollte, oder ob nicht besser die Einführung einer einzigen und unmittelbar geltenden Rechtsquelle, wie sie für Österreich bereits im Jahre 1766 der aus acht Bänden bestehende Entwurf des Codex Theresianus vorsah, die modernere und zwingendere Alternative gewesen wäre, gingen auseinander. Trotzdem bestätigte das Publikationspatent zur Einführung des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten am 5. Februar 1794 den Gesetzgebungsaufrag vom 14. April 1780, indem es das „allgemeine Landrecht an die Stelle der [...] bisher aufgenommen gewesenen Römischen, gemeinen Sachsen- und anderer fremden subsidiarischen Rechte und Gesetze“ setzte.

Um die sich hier bereits abzeichnende Funktion des Entwurfs eines Allgemeinen Gesetzbuchs und des Allgemeinen Landrechts im Verhältnis zu den einzelnen preußischen Provinzialrechten besser bestimmen zu können, zielte die Aufgabenstellung zunächst auf eine Bestandsaufnahme desjenigen ab, was im 18. Jahrhundert in Preußen inhaltlich unter gemeinsem Recht verstanden worden ist. Die Aufgabe hat sich als derzeit kaum lösbar erwiesen. Denn bereits zu Beginn der Arbeit zeigte sich, daß schon der Begriff „Gemeines Recht“ selbst den Rechtsgelehrten der damaligen Zeit höchst unklar erschien. Eine genauere inhaltliche und systematische Bestimmung des Begriffs wäre aber schon damals notwendig gewesen. Denn ein Rechtssatz mit gemeinrechtlicher Qualität sollte gegenüber dem oft ungeschriebenen oder unklaren partikularen Recht im Prozeß einen Beweisvorteil besitzen. Blieb die Gemeinrechlichkeit eines konkreten Rechtssatzes in Ermangelung klarer Abgrenzungskriterien im Verhältnis zu den übrigen Rechtsquellen aber eigentlich angreifbar, wäre der prozessuale Rückgriff auf eine als gemeinses Recht nur angenommene Rechtsquelle kaum ausreichend zu rechtfertigen gewesen. Im Ergebnis hätte die Ungewißheit über das partikulare Recht *und* über das ergänzende Hilfsrecht insgesamt zu einem ius vagum und im Einzelfall zur richterlichen Willkür führen können.

Weil bis heute ausführlichere Untersuchungen fehlen, die sich mit einer systematischen Einordnung des Begriffs und der Funktion der Rechtsfigur sowie der Darstellung der inhaltlichen Krise des gemeinsen Rechts, insbesondere aus der Sicht des 18. Jahrhunderts, beschäftigen, wurde die ursprüngliche Aufgabenstellung schließlich entsprechend abgeändert. Die Notwendigkeit hierfür ergab sich um so mehr, als sich schließlich herausstellte, daß das heutige Verständnis vom Begriff des gemeinsen Rechts in seinem Bezug auf das römisch-kanonische Recht eigentlich erst im 19. Jahrhundert entscheidend geprägt worden ist. Die Arbeit dürfte daher, vor allem aber auch aufgrund der großen Anzahl der angeschnittenen Fragen, die sich bei der Beschäftigung mit dem Gemeinen Recht ergeben, erst am Anfang einer umfassenderen Auseinandersetzung mit dem Thema stehen.

Mein Dank gilt in erster Linie dem Betreuer der vorgelegten Arbeit, Herr Prof. Dr. Peter Krause, der den Anstoß zu dieser Arbeit gab und der mir jederzeit mit großer Geduld und Verständnis zur Seite stand. Ohne seine zahlreichen Anregungen

und Hinweise hätte die Arbeit kaum ihren Abschluß gefunden. Neben einer hier ungenannten Anzahl weiterer Personen möchte ich vorrangig meiner Lebensgefährtin Katrin und unserem gemeinsamen Sohn Julian Francis danken, denen ich viel Zeit schulde und die mir mit ihrer Zuneigung, besonders zum Ende der Arbeit, Mut und Ausdauer gegeben haben. Nicht zuletzt danke ich auch dem Verlag für die bereitwillige Aufnahme der Abhandlung in die Reihe „Schriften zur Rechtsgeschichte“.

Berlin, im Juli 2002

Andreas Daniel

Inhaltsverzeichnis

Einführung	17
<i>1. Kapitel</i>	
Die Unsicherheit über den Begriff des gemeinen Rechts im 18.Jh.	29
<i>2. Kapitel</i>	
Der Begriff „Gemeines Recht“ und seine systematische und funktionelle Einordnung	37
1. Vorbemerkung	37
2. Abgrenzungsfragen	38
3. Synopse	41
a) Antike	41
aa) Der Allgemeinbegriff	41
bb) Ius commune im Corpus iuris civilis	45
b) Mittelalter	49
aa) Der Universalienstreit	49
bb) Niederschlag des Universalienproblems im Recht	50
c) Späte Neuzeit	56
aa) Der Begriff „Gemeines Recht“ im 18.Jh.	56
bb) Der Begriff „Gemeines Recht“ im 19.Jh.	59
(1) Vorbemerkung	59
(2) Horizontal/vertikal	65
(3) Materiell/formell	69
(4) Absolut/hypothetisch	75
(5) Bedingt/unbedingt subsidiär	77
(6) Historisch/juristisch	81
4. Zwischenergebnis	83
<i>3. Kapitel</i>	
Die inhaltliche Krise des gemeinen Rechts im 18.Jh.	86
1. Inhalte des gemeinen Rechts	86
a) Römisches und kanonisches Recht	86
b) Langobardisches Lehnrecht	91
c) Einheimisches Recht	92
d) Zusammenfassung	98

2.	Geltungsgrund und -umfang des römischen Rechts	98
a)	Vorbemerkung	98
b)	Fehlende gesetzliche oder gesetzesähnliche Geltung	101
aa)	Translatio imperii	101
bb)	Lothar-Legende und andere formelle Gründe	104
cc)	Unregelmäßige Gewohnheit in Deutschland	108
(1)	Gewohnheit in den Territorialstaaten	108
(2)	Umfang des gerichtlichen Gebrauchs	110
(3)	Partikularität des römischen Rechts	118
dd)	Zusammenfassung	122
c)	Lösungsansätze im Bereich des positiven Rechts	123
aa)	Ausgangssituation	123
bb)	Gleichmäßige Geltung „ex receptione“?	125
(1)	Rezeption „ <i>in complexu</i> “	125
(2)	Exkurs: Der Begriff „Rezeption <i>in complexu</i> “	131
cc)	Zusammenfassung	133
d)	Lösungsansätze im Bereich des überpositiven Rechts	134
aa)	Vorbemerkung	134
bb)	Gründe für die Aufnahme des römischen Rechts	137
(1)	Ausgangssituation	137
(2)	Meinungsstand seit dem 19. Jh.	140
(3)	Diskussion	158
cc)	Metaphysische (umfassende) Geltung	160
(1)	Der Geltungsgrund des Naturrechts	160
(a)	Antike	160
(b)	Spätmittelalter	163
(c)	Späte Neuzeit	164
(d)	Exkurs: Das moderne Geltungsverständnis	168
(e)	Zusammenfassung	169
(2)	Römisches Recht ≈ <i>Naturrecht</i> ?	169
dd)	Zusammenfassung	183
e)	Zusammenfassung	184
3.	Rechtsanwendungsvorverhältnisse	185
a)	Gemeines und partikulares Recht	185
aa)	Ius commune habere fundata intentio	185
bb)	Diskussion	189
b)	Gemeines Recht und gemeinses Recht	194
c)	Zusammenfassung	197
4.	Zwischenergebnis	198

4. Kapitel

Die Klarstellung des gemeinen Rechts durch das Gesetz

201

1.	Das Allgemeine Gesetzbuch/Allgemeine Landrecht (1792/1794)	201
2.	Das Bürgerliche Gesetzbuch (1900)	213
3.	Zwischenergebnis	216

	Inhaltsverzeichnis	13
	<i>5. Kapitel</i>	
	Gesamtergebnis	217
Materialien	223
Literaturverzeichnis	255
Personenregister	275
Sach- und Ortsregister	281

Abkürzungen

a. A.	am Anfang; oder: andere Auffassung
ABGB	(Österreichisches) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abt(h).	Abt(h)eilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADB	Allgemeine Deutsche Biographie
a. E.	am Ende
AGB	Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten. Erster und Zweyter Theil, Berlin 1792 bey <i>Joachim Pauli</i> .
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. Erster bis Vierter Theil. Zweyte Auflage. Berlin, 1794. in der Buchhandl: des kön: preuß: geh: Commercien-Rathes Pauli.
a. M.	(Frankfurt) am Main
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896, RGBl. 195, BGBl. III 4 Nr. 400–2
BGBl.	Bundesgesetzblatt
Cap.	Caput = Kapitel
C.C.M.	Corpus Constitutionum Marchicarum Oder Königl. Preußis. und Churfürstl. Brandenburgische in der Chur- und Marck Brandenburg, auch incorporirten Landen publicirte und ergangene Ordnungen, Edicta, Mandata, Rescripta etc. von Zeiten Friedrichs I. Churfürstens zu Brandenburg, etc. bis ietzo unter der Regierung Friedrich Wilhelms Königs in Preussen etc. ad annum 1736 inclusive [= Bd. 1.]. Mit allergn. Bewilligung colligiret und ans Licht gegeben [...] Berlin und Halle, Zu finden im Buchladen des Weysenhauses (1737) Insgesamt 6 Theile (Teil 4 in zwei Bänden, Teil 5 und 6 mit je einem Band Anhang). Dazu die Fortsetzung von 1737 bis 1740 in vier Jahrgangsteilen mit der Abweichung im Titel. [...] Rescripta [...] von 1737 biß 1740 inclusive. Mit allergn. Bewilligung colligiret, und auf vorgehende Censur ans Licht gebracht. hrsg. von <i>Christian Otto Mylius</i> , Teil I–VI, Cont. I–IV, Suppl. Ad Cont. I–III, Repertorium, Berlin und Halle 1737–1755.
d. d.	de dato
ders.	derselbe
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
EG	Einführungsgesetz
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende

ff.	fortfolgende
fol.	folio = Seite
funkt.	funktionell
Ggs.	Gegensatz
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte: HRG/hrsg. von Adalbert Erler. Band I (1971) – Band 5 (1998), Berlin
Hrsg.	Herausgeber oder: hrsg. = herausgegeben
i. Br.	im Breisgau
Jh.	Jahrhundert
JZ	Juristen-Zeitung
K.	Kaiser
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
n. Chr.	nach Christus
N.C.C.	Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium prae-cipue Marchicarum, Oder Neue Sammlung Königl. Preuß. und Churfürstl. Brandenburgischer, sonderlich in der Chur- und Marck-Brandenburg publicirten und ergangenen Ordnungen, Edicten, Mandaten, Rescripten, etc. vom Anfang des Jahres 1751 und folgenden Zeiten [...], Nebst einer Einleitung in die mannigfaltigen Gesetze eines Staats, [...]. [Bd. 1]. Zu Berlin und an auswärtigen Orten zu bekommen, bey den Factoren der Königl. Preußischen Academie der Wissenschaften (1752–[1756]). fortgesetzt: Bd. 2–12. Berlin: ebd. 1761–1822 hrsg. von <i>Christian Otto Mylius</i>
NDB	Neue Deutsche Biographie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Numero
NS	Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede, 1747
ObTr.	Obertribunal
OLG	Oberlandesgericht
pag.	pagina = Seite
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RKGO	Reichskammergerichtsordnung von 1495
röm.	römisch
Rz.	Randzeichen
S.	Seite
s. o.	siehe oben
Sp.	Spalte
sq.	sequens = folgende
sqq.	sequentes = fortfolgende
SS.	Seiten
StrA.	Strafrechtsarchiv
s. u.	siehe unten
syst.	systematisch
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen

v. Chr.	vor Christus
vgl.	vergleiche
vol.	volumen (Band)
z. B.	zum Beispiel
ZGB	(Schweizer) Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
ZRG (Rom./Germ. Abt.)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische/Germanistische Abteilung)
ZNR	Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einführung

Der Begriff des gemeinen Rechts (lateinisch: *ius commune*)¹ ist in Deutschland, beginnend mit den Kodifikationen des Privatrechts² des 18. Jahrhunderts und endgültig mit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches am 1. Januar 1900, zu einem rein historischen geworden.³ Er hat danach jede praktische Bedeutung verloren.⁴ Wolfgang Wiegand hat ihn aber „zu dem schillerndsten und wandelbarsten der Rechtsquellentheorie“⁵ gezählt, und so bleibt sein richtiges Verständnis rechtshistorisch und rechtstheoretisch nach wie vor notwendig, weil uns der Begriff des gemeinen Rechts aus der Vergangenheit letztlich als ein gesamteuropäisches Phänomen zu unterschiedlichen Zeiten mit unterschiedlichen Funktionen und Inhalten entgegen tritt.⁶ Daneben war der Begriff des gemeinen Rechts bereits in den Zeitepochen un-

¹ Wenn nachfolgend regelmäßig der Begriff „Gemeines Recht“ Verwendung findet, so ist damit synonym fast immer auch der Ausdruck *ius commune* gemeint. Die Bezeichnungen stimmen in ihrer Bedeutung jedenfalls im 18. Jahrhundert überein. Siehe Heinrich Christian Senckenberg, *Methodus iurisprudentiae. Ex propriis peregrinis juribus Germaniae Receptae, Cap. I.: Generalia*, § 11, pag. 8, Anm. 1: „Hinc vox Iuris communis aut *gemeines Recht*, [...].“

² Auf die Bedeutung des gemeinen Rechts für das Strafrecht sowie für das öffentliche Recht, wo der Begriff vor allem für die Entwicklung des Allgemeinen Staatsrechts Bedeutung gewann, soll nicht, oder nur am Rande eingegangen werden.

³ Der erste Schritt zur Abschaffung der gemeinen Rechte wurde in Preußen durch die Einführung des „Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten“ von 1794 getan, das mit Publikationspatent vom 5. Februar 1794 in § I bestimmte: „Das gegenwärtige allgemeine Landrecht soll an die Stelle der in Unsern Landen bisher aufgenommen gewesenen Römischen, gemeinen Sachsen- und anderer fremden subsidiarischen Rechte und Gesetze treten; also von dem oben bemerkten Zeitpunkte, dem 1. sten Junius 1794 an, auf diese bisherigen subsidiarischen Gesetze und Rechte nicht mehr zurückgegangen, sondern in vorkommenden spätern Fällen nur noch nach den Vorschriften des gegenwärtigen Landrechts in allen Unsern unmittelbaren und mittelbaren Gerichtshöfen erkannt werden soll.“

Zur nur noch unwesentlichen Verbreitung und „Geltung“ des Gemeinen Rechts nach Inkraftsetzung des Allgemeinen Landrechts siehe die Übersichtskarte bei Conrad Bornhak, *Preußische Staats- und Rechtsgeschichte*, Anhang.

Teilweise wurde vorher schon das gemeine Strafrecht aufgehoben. Den Anfang machte hier Bayern im Jahre 1751 durch seinen Codex iuris criminalis. Im Jahre 1768 folgte Österreich mit dem Strafgesetzbuch von Maria Theresia (1717–1780), 1781 Preußen in Betreff des Zivilprozesses durch das Corpus iuris Fridericianum.

Das gemeine Recht gilt nach heute allgemeiner Meinung mit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) am 1. Januar 1900 endgültig, auch in theoretischer Hinsicht, als abgeschafft.

⁴ Es soll allerdings nicht unerwähnt bleiben, daß in der heutigen Diskussion um die funktionelle Entwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsfigur des *ius commune* als Muster vereinzelt wieder hingewiesen worden ist.

⁵ Wolfgang Wiegand, *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit*, S. 12.

⁶ In Frankreich hat das römisch-kanonische Recht in der Funktion eines *ius commune* nie einen solch hohen Stellenwert gehabt, wie in Deutschland. Dort ist die wissenschaftliche Unter-

durchsichtig und dunkel, in denen ihm entscheidende praktische Bedeutung zukam. Er ist auch gegenwärtig keineswegs geklärt.

Einer der Gründe ist, daß unsere Zeit nur wenig über die Ursachen weiß, die Rechtswissenschaft und -praxis in Deutschland lange Zeit dazu bewogen haben, das Recht, das ihnen notwendig partikular am jeweiligen Ort entgegen trat, in ein umfassendes, fertiges System eines subsidiär⁷ geltenden gemeinen Rechts einzubetten, anstatt, wie in einigen anderen europäischen Ländern auch, die Rechtsordnung aus dem tatsächlich geltenden Partikularrecht heraus zu entwickeln. Will man sich dem Begriff des gemeinen Rechts nähern, so stellt sich deshalb zunächst die Frage nach der besonderen Funktion, die diese Rechtsfigur in vergangenen Zeiten übernommen hat. Die Funktion des gemeinen Rechts ist aber, wie Hans Thieme (1906–2000)⁸ mit einer weitgehend zu beobachtenden methodischen Parallele auch zum englischen common law⁹ begründet hat, von dem materiell-rechtlichen Inhalt zunächst streng getrennt zu betrachten.¹⁰ Darauf hinaus muß jede Identifizierung eines Rechtssatzes als gemeines Recht unsicher bleiben, solange man die systematische Einordnung des Begriffs und seiner Funktion im Rechtsquellengefüge nicht erklärt hat. Denn solange das Kriterium ungewiß ist, das einer Rechtsquelle die spezifische Eigenschaft eines gemeinen Rechts erst zuweist, bleibt jede Bestandsaufnahme seiner angenommenen Inhalte rein hypothetischer Natur.

Weder die Rechtswissenschaft¹¹ noch die Praxis hatten es über die Jahrhunderte hinweg vermocht, eindeutige Klarheit über das wirklich geltende Recht zu ver-

suchung und praktische Anwendung der coutumes (Sonderrecht) jedoch auch nie in gleichem Maße vernachlässigt worden. Auch in England ist eine andere Entwicklung als in Deutschland festzustellen, obwohl die Bezeichnung „common law“ leicht zu einer anderen Interpretation verleitet. Vgl. hierzu Peter Krause, Die Entwicklung der Juristenfakultät, S. 83 ff.

⁷ Subsidiär [...] u. subsidiarisch <lat.>: a) unterstützend, hilfeleistend; b) behelfsmäßig, als Behelf dienend; *subsidiäres Recht*: Rechtsbestimmungen, die nur dann zur Anwendung gelangen, wenn das übergeordnete Recht keine Vorschriften enthält (entnommen dem *Duden*, Das Fremdwörterbuch, Band 5, S. 780).

⁸ Zur Person siehe den Nachruf von Bernhard Diestelkamp in: NJW 2001, 45 f.

⁹ Mit common law wurde in England das seit etwa dem 12. Jahrhundert von den königlichen Gerichtshöfen gesprochene Recht im Gegensatz zu den verschiedenartigen Stadt-, Dorf- und Ortsrechten bezeichnet. Auch hierunter ist also ein einheitliches, nach der lex communis ausgerichtetes und dem ganzen Land gemeinsames Recht verstanden worden.

Das römische Recht wurde in England nicht als gemeinses Recht rezipiert. Dennoch machte man sich die gemeinrechtliche Methode zunutze, um die örtlich verschiedenen Satzungen und Gewohnheitsrechte zum Teil mit Hilfe der Begriffe, die ihnen die Literatur der Glossatoren des römischen Rechts bot, vor allem aber mit einer konsequenten und weitsichtigen Rechtsprechung, mit dem gemeinsen Recht zu einer Einheit zu verweben.

Deshalb wurde schließlich behauptet, es seien beide, Gemeines Recht und common law, so genannte „Juristenrechte“, das heißt, sie entstanden unter wesentlicher Mitwirkung der Juristen und nicht durch den Gesetzgeber.

¹⁰ Hans Thieme, Zum Begriff des Gemeinen Rechts, S. 116 f.

¹¹ Christian Ludwig Runde, Gemeines Recht für Deutschland, S. 10: „Ja! Alle unsere Wissenschaft hat uns noch nicht einmal zu sicheren Merkmalen geführt, wie weit die fremde Botanik [Anmerkung des Verfassers: Gemeint sind die fremden Rechte] angenommen ist und

schaffen. Die Klage über beider Hilflosigkeit¹² verdichtete sich im 18. Jahrhundert schließlich zu scharfer Kritik am Zustand der Rechtsgelehrsamkeit insgesamt.¹³ Lange Zeit war nämlich nur behauptet worden, daß allein das römische Recht in der Gestalt des *Corpus iuris civilis*¹⁴ (oder auch *Corpus iuris Justiniani*) mit einer Reihe von Einschränkungen als wesentlicher Teil der geschriebenen gemeinen Reichs- oder Kaiserrechte¹⁵ und damit als (gemeines) Hilfsrecht zu gelten hätte. Als sich im späten 17. und frühen 18. Jahrhundert mehr und mehr die Erkenntnis von der Unrichtigkeit dieser Annahme durchsetzte, nahm unmittelbar danach die bis weit in das 19. Jahrhundert hinein äußerst kontrovers geführte Diskussion über die Existenz eines *ius [commune] germanicum* ihren Anfang, die selbst bis heute

Wurzel gefasst hat: noch zu festen Regeln, wie die sich widerstehenden fremden und einheimischen Elementen organisch zu vereinigen sind.“

¹² Siehe hierzu die zusammenfassende Darstellung der Probleme, die die Übernahme der fremden Rechte mit sich gebracht hatte, bei: *Samuel von Cocceji*, Project des Corporis Juris Fridericiani das ist Sr. Königl. Majestät in Preussen in der Vernunft und Landes=Verfassungen gegründeten Land=Recht, worin das Römische Recht in eine natürliche Ordnung [...] gebracht [...], Teil 1, Vorrede (pag. 3–14).

¹³ Siehe zum Beispiel die Äußerung von *Wiguläus Xaver Aloys von Kreittmayr* (in: Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarii Criminalis, worin derselbe sowohl mit den gemeinen, als ehemalig statutarischen Criminal-Rechten genau collationirt [...] von einem unbenannten Authore, Ad Mandatum electorale Praemissum, S. 1: „Verwirrt= und mangelhaften Zustand. Von dem großen Verfall der heutigen Rechtsgelehrsamkeit überhaupt wäre viel zu reden;“).

¹⁴ Während der Begriff des *Corpus iuris* schon bei Justinian (Codex 5, 13, 1 pr (De rei uxoriae actione in ex stipulata actionem transfusa et de natura dotibus praestita)) vorkommt und dort die Gesamtheit des Rechts bezeichnet (vgl. *Hermann Lange*, Römisches Recht im Mittelalter, Band I, S. 60), ist die Bezeichnung „*Corpus iuris civilis*“ eine Schöpfung des 16. Jahrhunderts. Sie findet sich erstmals als Titel einer Gesamtausgabe der justinianischen Gesetzgebung aus dem Jahre 1583 des *Dionysius Gothofredus* (1549–1622) (vgl. *Wolfgang Kunkel*, Römische Rechtsgeschichte, S. 150).

Das Gesamtwerk Kaiser *Justinians* (*Flavius Petrus Sabbatius Iustinianus* (ca. 482–565)), das vor allem von seinem Justizminister *Tribonian* vorangetrieben wurde, gliedert sich in die Institutionen (es handelt sich dabei um ein in Anlehnung an *Gaius* (ca. 120–180) von den beiden Rechtslehrern in Konstantinopel *Theophilos* und *Dorotheos* (beide 6. Jh.) erstelltes amtliches Einführungslehrbuch für den Rechtsunterricht; vollendet und publiziert am 21. November 533 n. Chr.), die Digesten (oder Pandekten: Komilationen aus klassischen Juristenschriften, bestehend aus 50 Büchern; 530/33 n. Chr.), den Codex repetitae paelectionis (Sammlung von kaiserlichen Reformkonstitutionen, die in zwölf Bücher eingeteilt ist; 528/529 n. Chr.; publiziert am 16. November 534 und am 29. Dezember des gleichen Jahres in Gesetzeskraft getreten) und die Novellen (535–582 n. Chr.).

Zur Entstehung und Wirkungsgeschichte siehe *Heinrich Dernburg*, Pandekten, Erster Band, S. 17–23; *Wolfgang Kunkel*, Römische Rechtsgeschichte, § 11. Die justinianische Gesetzgebung, S. 146 ff.; *Okko Behrends*, Zur Wirkungsgeschichte des *Corpus iuris civilis*, in: *Corpus Iuris Civilis*, Band II, S. XIII–XXII.

¹⁵ Zahlreiche Nachweise zu den Begriffen finden sich bei *Johann Philipp Datt*, Volumen rerum germanicarum novum, sive de pace imperii publica, Lib. IV., Cap. I. (*Historia Cameralis Judicii in Comitiis Wormatianis anno 1495. Constituti*), pag. 713, Rz. 117 sq.; pag. 714, Rz. 133 sq., 136 sqq.; pag. 715 sq., Rz. 140 sqq., 144 sqq. Unter dem Begriff des gemeinen Rechts wurde im 17. Jahrhundert noch vielfach das Kaiserrecht „beider“ Quellen verstanden, was sich aus der Terminologie der Zeit ergibt.