

Systembildung in Europas Kodifikationen

Christoph Becker

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Becker, Christoph. 2014. "Systembildung in Europas Kodifikationen." In *Naturrecht in Antike und früher Neuzeit: Symposion aus Anlass des 75. Geburtstages von Klaus Luig*, edited by Matthias Armgardt and Tilmann Repgen, 17–59. Tübingen: Mohr Siebeck.



Systembildung in Europas Kodifikationen

Christoph Becker

I. Geordnete Gesetze

Wenn der moderne Leser ein Gesetzbuch zur Hand nimmt, erwartet er, bei seiner Lektüre in einer schlüssigen Abfolge durch die Gedanken des Gesetzes geleitet zu werden. Selbst der nicht juristisch Ausgebildete vermutet, dass er die Regelungsgehalte nicht in beliebiger, sondern in wohlerwogener und gut nachvollziehbarer Anordnung vorfinde. Unterschiede in den Erwartungen werden lediglich darin bestehen, daß der eine ein mehr assoziatives Voranschreiten entlang gedachter Handlungsabläufe zu lesen hofft, während der andere eher Wert auf eine scharfe Abschichtung von übergreifenden und unmittelbar anwendungsbezogenen Bestimmungen legt. Dieser zweite, zumeist fachlich vorbereitete Leser wird zufrieden sein, wenn er gestufte zusätzliche Abstraktionen innerhalb des ohnehin generell-abstrakten Textes vorfindet. Denn seine Lektüre darf er auf ein ihm vertraut gewordenes Schema stützen. Jener erstgenannte Leser hingegen wird, wenn er – insbesondere als gern sogenannter juristischer Laie – im gleichzeitigen Umgang mit mehreren Ebenen von Abstraktion noch nicht sehr vertraut ist, den in Schichten unterschiedlichen Abstraktionsgrades gegliederten Gesetzestext vermutlich ratlos wieder zur Seite legen.

Die Frage nach der Ausbildung von systematischer Ordnung in den heute geltenden europäischen Gesetzbüchern ist nicht allein mit Erheben eines aktuellen Befundes zu beantworten. Vielmehr kann man die Anlage der gegenwärtigen Gesetzbücher nur aus einem Wachstum über viele Jahrhunderte hinweg begreifen. Schon die heute allort übliche Trennung zwischen einem Zivilgesetzbuch und einem Strafgesetzbuch ist keine Selbstverständlichkeit, sondern ein Entwicklungsergebnis. Mit anderen Worten ist das, was uns heute als Kodifikationen in den Staaten Europas (und der Welt) vorliegt, nicht nur in seinen dogmatischen Details (in den Gehalten der einzelnen Regelungen) etwas historisch Gewachsenes. Vielmehr sind auch die Arten und Weisen, auf welche jeweils die Masse an Rechtsüberzeugungen zu einem Ganzen zusammengefügt sind (übereinstimmend oder unterschiedlich), Produkte langer Evolutionen.

II. „Kodifikation“

Ein Gesetz schreiben heißt: ein Buch verfassen – *codicem facere*. Vorgang und Ergebnis werden seit rund zwei Jahrhunderten „Kodifikation“ genannt. Den Begriff (in der englischen Version *codification*) eingeführt zu haben wird dem englischen Anwalt *Jeremy Bentham* (1748–1832) zugeschrieben. In Konzeptionsschriften und Briefwechseln mit aller Welt (gekennzeichnet von perseverierender Aufdringlichkeit und ausgeprägtem Mangel an Gespür für Stringenz) entwickelte *Bentham* seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts seine Ideen zu Nutzen und Gestalt von Gesetzgebung¹. Er pflegte dazu seit dem Anfang des 19. Jahrhunderts den Ausdruck *codification*². *Bentham* erfand allerdings weder das Bedürfnis nach, noch die Lehre von guter Gesetzgebung.³ Seit Jahrtausenden ist die Gesetzgebungsgeschichte zugleich eine Ideengeschichte der Gesetzgebung. Ein einziges Beispiel mag genügen: Im letzten vorchristlichen Jahrhundert erscheint es dem Staatsmann *Marcus Tullius Cicero* in seiner Aufzeichnung eines fiktiven Gespräches beim Gastmahle geboten, das Recht als Kunstfertigkeit aufzufassen und als solche in eine neue Gestalt zu bringen (*ius in artem redigi*)⁴. *Bentham* unterließ in grotesker Isolation jegliches Bemühen um Auseinandersetzung mit Gesetzbüchern und Autoren seiner Zeit und früherer Zeiten. Aber es ist das Verdienst des Sonderlings *Bentham*, eine heute selbstverständliche Bezeichnung für das „Gesetzbuch-Machen“ und dessen Resultat geläufig gemacht zu haben.⁵

In der Rückschau auf eine mehrtausendjährige Entwicklung der Gesetzgebungsgeschichte⁶ einschließlich der Gesetzgebungslehre bringt die heutige

¹ Ausgabe der Schriften *Benthams: P. Schofield/J. Harris* (Hrsg.), *The Collected Works of Jeremy Bentham. ‚Legislator of the World‘: Writings on Codification, Law, and Education*, 1998.

² Zum Beispiel *Benthams* Brief an den russischen Zar vom Juni 1815, in: *P. Schofield/J. Harris* (Hrsg.), *Legislator of the World* (zuvor Fn. 1), S. 82 ff., 86; im Brief an die Bürger der Vereinigten Staaten vom Juli 1817, in: *P. Schofield/J. Harris* (Hrsg.) (zuvor Fn. 1), S. 113 ff., 123 ff., 128.

³ Siehe nur die Rückverfolgung einer Kette von Gesetzeskonzepten bis in die Antike mit einem Schwerpunkt in Nutzenvorstellungen *Martin Luthers* und *Philipp Melanchtons* in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts durch *M. Schmoeckel*, *Leges et in carmina redigendae sunt*. Die Erfindung der Kodifikation als Konzept durch Melanchton und deren Rezeption in katholischen Staaten, in: *SZKAN* 95 (2009), 397–436.

⁴ *M. T. Cicero*, *De oratore* (Ausgabe: *A. S. Wilkins* [Hrsg.], *M. Tulli Ciceronis rhetorica*, *Tomus I, Libros de oratore tres continens*, 1961), 1.185 f., das Postulat der Neuordnung dem Gastgeber *Lucius Licinius Crassus* in den Mund legend. Dazu *M. Herberger*, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, 1981, S. 46 ff.

⁵ Bereits zeitgenössisch hat *Bentham* Eindruck gemacht: Der guatemaltekkische Parlamentarier *Jose del Valle* (1776–1834) bezeichnet in einem Brief an *Bentham* vom Jahre 1826 (nicht spöttisch, sondern in höflichkeitsbedingter Übertreibung und nur insofern unernst gemeint) den Adressaten als Welt-Gesetzgeber (*Sus obras le dan el titulo glorioso de legislador del mundo*. – Ihre Werke geben Ihnen den ruhmreichen Titel eines Gesetzgebers der Welt.). Wiedergabe des Briefes in: *P. Schofield/J. Harris* (Hrsg.), *Legislator of the World* (oben Fn. 1), S. 370 f.

⁶ Eine Weltgeschichte der Kodifikation bietet *G. Hamza*, *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition*, 2009.

Wissenschaft mehrere Abstufungen des im Mittelpunkt stehenden Begriffs „Kodifikation“ hervor. Diese Abstufungen sind zugleich komprimierte Résumés aus den Quellen (aus den Gesetzen und aus den Schriften über Gesetze), welche eine vielhundertjährige Vergangenheit überliefert, und unzeitgenössische Kategorisierungen des modernen Historikers. Kodifikation ist mindestens ein Gesetz größeren Umfangs. Die Regelung nur eines einzelnen Tatbestandes ist zwar abstrakte Satzung vor dem Fall, aber noch keine Kodifikation. Vielmehr muss eine gewisse Breite der Regelungsgehalte erreicht sein. Ein anspruchsvollerer Begriff von Kodifikation wird zusätzlich fordern, dass das im Gesetz behandelte Gebiet weitgehend abgedeckt ist. Im höchsten Sinne ist Kodifikation schließlich dasjenige umfangreichere und näherungsweise flächendeckende Gesetz, welches von einer Systematik ganz durchdrungen ist. Diesen strengsten Begriff von Kodifikation erfüllen erst Gesetze seit der Mitte des 18. Jahrhunderts.⁷ Ihretwegen hat die Zeit zwischen ungefähr den Jahren 1750 und 1900 die Bezeichnung als Epoche der Kodifikationen (Kodifikationszeitalter) erhalten – nicht deswegen, weil vorher und nachher keine Kodifikationen zustande gekommen wären, sondern deswegen, weil hier eine Reife der Gesetzesfassung erreicht wurde, die Frucht jahrtausendelanger vorangehender Entwicklung ist und seitdem als Muster selbstverständlich genutzt wird.

III. Gaius-Schema

1. Personen, Gegenstände, Klagen

Ein wichtiger Beginn systematischer Durchdringung liegt in der im Höchstmaß abstrahierten und im besten (das Fundamentale ansprechenden) Sinne trivialen⁸ Erkenntnis, dass alle Gesetze von Rechtsteilnehmern handeln, welche wegen irgendwelcher Gegenstände miteinander in Beziehung treten. Person, Gegenstand und rechtserhebliches Verhalten (einer Person mit Bezug auf einen Gegenstand) sind die in den unterschiedlichsten Zusammenhängen stets wiederkehrenden Grundbausteine von Rechtsregeln. Diese Abstraktion kann man als Ausgangspunkt für das Bemühen eines Rechtskenners nehmen, einem Laien das Recht nahezubringen. Sie fungiert dann als Aufbau für eine mündliche oder schriftliche Einführung. Die Anordnung des Stoffes in den drei Schritten *per-*

⁷ Siehe *P. Caroni*, Kodifikation, in: *A. Erler/E. Kaufmann* (Hrsg.), Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, II. Band, 1978, Spalten 907 ff.; *R. Gmür/A. Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 12. Aufl., 2008, Rdn. 311; *P. Kreutz*, Gemeinschaftsrechtlicher Verbraucherschutz und nationale Kodifikationsidee, in: *Chr. Busch* und andere (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 2010, S. 145 ff.; *R. Zimmermann*, Codification: history and present significance of an idea, in: *European Review of Private Law* 3 (1995), 95 ff.

⁸ Siehe sogleich zu 2.

sonae (Personen), *res* (Gegenstände) und *actiones* (Klagen als die Konsequenz rechtserheblichen Verhaltens) ist uns in dem Anfängerlehrbuch *Institutiones* (Einweisungen, Anleitungen) des römischen Juristen *Gaius* aus der Mitte des zweiten nachchristlichen Jahrhunderts überliefert. Man bezeichnet diese Anordnung heute als Gaius-Schema. *Gaius* selbst zählt einleitend die drei Grundbegriffe als allgegenwärtige Bezugspunkte eines jeden Rechtssatzes auf: „Alles Recht aber, das wir verwenden, bezieht sich auf Personen, auf Gegenstände oder auf Klagen (Handlungen).“⁹ Dem folgt unmittelbar die Aufforderung des Lesers, gemeinsam mit dem Autor zunächst die Personen zu betrachten.¹⁰

2. Vorbildung des jungen Juristen

Gaius ist wahrscheinlich nicht der Erfinder dieser Anordnung.¹¹ Aber er ist der einzige Verfasser aus dem Kreis der klassischen römischen Juristen, von dem wir einen nahezu vollständigen und deshalb in der Gesamtanlage nachvollziehbaren Text besitzen.¹² Das Anfängerlehrbuch verwendet die Dreiteilung als straffe Ordnung, um dem Leser einen Überblick über das ganze Recht Roms zu vermitteln. *Gaius* wählt diese Anordnung, weil er sich auf eine vorangehende gedankliche Schulung seiner Leser verlassen darf. Er durfte voraussetzen, dass die Anfänger der Rechtswissenschaft, entsprechend den Bildungsidealen seiner Zeit, ihren privaten Unterricht in einem Fächerdreiklang von Grammatik, Dialektik und Rhetorik genossen hatten (er stellt im Mittelalter das sogenannte *trivium* dar, die trivialen Fächer).

Die angehenden Juristen waren von einem unfreien Hauslehrer unterrichtet worden, der in der eigenen oder bei einer befreundeten Familie lebte; oder man hatte die Dienste eines freien Privatlehrers gemietet oder die Kinder eine privat geführte Schule besuchen lassen. Erst in der sehr späten Antike entwickelte sich

⁹ *Gaius*, *Institutiones* 1.8: *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.*

¹⁰ *Gaius*, *Institutiones* 1.8: *et prius videamus de personis.*

¹¹ Siehe *M. Avenarius*, Das „gäozentrische“ Bild vom Recht der klassischen Zeit. Die Wahrnehmung der Gaius-Institutionen unter dem Einfluss von Vorverständnis, zirkulärem Verstehen und Überlieferungszufall, in: *M. Avenarius* (Hrsg.), *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*, 2008, S. 97 ff., 119 f.

¹² Ausgabe: *M. David* (Hrsg.), *Gai institutiones secundum codicis veronensis apographum studemundianum et reliquias in Aegypto repertas. Editio minor*, 1964. Zu dem Werk siehe *H. L. W. Nelson*, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, 1981. Eine Kommentierung erscheint abschnittsweise: ursprünglich *M. David/H. L. W. Nelson*, *Gai Institutionum Commentarii IV. Kommentar*, 3 Lieferungen, 1954–1968; später *H. L. W. Nelson/U. Manthe*, *Gai Institutiones. Text und Kommentar*, Berlin, 1992 ff. Deutsche Übersetzungen von *L. Hucht-hausen* in: *L. Hucht-hausen/G. Härtel*, *Römisches Recht in einem Band*, 4. Aufl., 1991, S. 9 ff.; *Gaius*, *Institutiones*. Die Institutionen des Gaius, Herausgegeben, übersetzt und kommentiert von *U. Manthe*, 2. Aufl., 2010.

aus nach und nach angewachsener staatlicher Aufsicht über Privatschulen eine staatliche Trägerschaft weiterführender Schulen, was jedoch an den Bildungsinhalten nichts grundsätzlich änderte.

Im Grammatik-Unterricht erlernten die römischen Kinder nicht allein den Umgang mit der lateinischen Sprache als Muttersprache und Sprache der heimischen Literatur, sondern auch und gerade die griechische Sprache als Fremdsprache, Verkehrssprache des östlichen Mittelmeerraums und Sprache der Philosophie. Das Fach Dialektik vermittelte die Lehren der Begriffs- und Aussagenlogik nach den griechischen Philosophen und ihren römischen Nachfolgern. Mit dieser Unterweisung in Weisheitsliebe sollten die Kinder eine Ahnung davon gewinnen, wie menschlicher Geist die Welt zu erklären vermag. Die Rhetorik schulte in der überzeugenden Anwendung der sprachlichen und logischen Fertigkeiten. Ergänzt wurden die sprachlichen Fächer um einen Vierklang von Arithmetik und Geometrie, Astronomie und Musik (im Mittelalter: *quadrivium*). Mit diesen sieben (je nach fachlicher Spreizung oder Konzentration der literarischen und der mathematisch-naturwissenschaftlichen Komponenten konnte es auch ein anderer Zuschnitt oder eine andere Zahl von Disziplinen sein) freien Künsten (*artes liberales*), durch die Beschäftigung mit Dingen, welche einem freien Manne anstehen¹³, war die Basis dafür gelegt, sich im bürgerlichen Leben zurechtzufinden, im Idealfall die Ämterlaufbahn (*cursus honorum*) zu durchschreiten. Die so vorgebildeten Anfänger der Rechtskunde dachte *Gaius* am besten auf die aus der Schulzeit wohlbekannte Weise einer begrifflichen Abschichtung anzusprechen.

3. Stoffverteilung im *gaianischen* Anfängerlehrbuch

Die Institutionen des *Gaius* bilden die drei Grundbegriffe in vier Büchern ab. Das erste Buch ist den Personen gewidmet, das zweite und das dritte Buch den Gegenständen und das vierte den Klagen. Die Verwendung zweier Bücher für die Gegenstände ist schlicht dem Umfang des Stoffes geschuldet. Denn der römische Rechtsbegriff des Gegenstandes umfasst nicht nur Körperliches (*res corporales*), sondern – im Einklang mit der römischen Philosophie – auch Unkörperliches (*res incorporales*),¹⁴ also das, was in einem Recht besteht.¹⁵ Darin sind alle Obligationen eingeschlossen. Wenn also der Lehrbuchverfasser die Gegenstands-

¹³ Siehe *L. A. Seneca*, *Ad Lucilium epistulae morales* (Ausgabe: *M. Rosenbach* [Hrsg.], *L. Annaeus Seneca*, Philosophische Schriften. Lateinisch und deutsch, Vierter Band. An Lucilius. Briefe 70–124, [125], 1984), 88.2: *Quare liberalia studia dicta sint, vides: quia homine libero digna sunt*. Du siehst, wieso sie „freie Studien“ genannt worden sind: weil sie eines freien Mannes würdig sind. (Übersetzung des Verfassers).

¹⁴ *Gaius*, *Institutiones* 2.12.

¹⁵ *Gaius*, *Institutiones* 2.14. Näher dazu *Ch. Becker*, Die „res“ bei *Gaius* – Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation? Zum Begriff des Gegenstandes im Zivilrecht, 1999.

welt vor dem Auge des Lesers entfalten will, so muss er notwendig auch über eine Reihe von rechtsgeschäftlichen Beziehungen, über Delikte und über weitere Vorfälle sprechen, aus denen Leistungspflichten erwachsen.

Immerhin konnte ein römischer Lehrbuchautor diese Darstellung insofern begrenzen, als er einige Details zum Obligationenrecht dem Buch über die Klagen vorbehielt. Denn das römische Recht drückte die Verpflichtungen der Rechtsteilnehmer untereinander stets als Klagemöglichkeit aus. In Rom empfand man den Anspruch des Gläubigers nicht als die vorprozessual eingetretene Rechtsfolge eines Tatbestandes, sondern als einen im Gesetz oder in der Praxis des Gerichtsmagistrates (namentlich niedergelegt in seinem Edikt, dem am Anfang der Amtszeit verkündeten Amtsprogramm) definierten Klagegrund. Wer eine fremde Sache beschädigte, lud nicht lediglich eine in einem Gesetz (*lex Aquilia*) bestimmte Ersatzpflicht auf sich, sondern er machte sich zum Gegner einer vom Geschädigten erhobenen Klage aus dem einschlägigen Gesetz (*actio legis Aquiliae*). Für die juristische Deutung des Verhältnisses zwischen Gläubiger (Klageberechtigtem) und Schuldner (Klagegegner) war nicht entscheidend, ob wirklich ein Prozess in Gang kam. Es genügte, daß die Auseinandersetzung potentiell eine gerichtliche würde. Wenn zwei Personen einen Vertrag schlossen, so genossen sie daraus Klagen. Ansprüche wurden stets als Klagansprüche empfunden. Umgekehrt betrachtet bezog jede Klage ihre Eigenheit aus dem zugrundeliegenden Sachverhalt. Man klagte nicht allein ergebnisbezogen auf eine gewisse Summe Geldes und erläuterte dieses Begehren mit den vorgegangenen Geschehnissen. Vielmehr klagte man mit einem genau auf das Geschehnis zugeschnittenen, in je eigener Weise zu formulierenden Antrag.¹⁶ So viele verschiedene Schuldbeziehungen es gab, so viele verschiedene Klagen gab es auch.

4. Aufbauproblem

Der Lehrbuchautor stand in einem didaktischen Dilemma. Das rechtserhebliche Verhalten (die Handlung), welches letztlich erst die juristisch klärungsbedürftige Situation erzeugt, muss als den Prozess potentiell auslösender Vorgang bei den *actiones* beschrieben werden. Das Ergebnis vielen klagenauslösenden Verhaltens ist jedoch eine Obligation, sie zählt als unkörperliches Gut auch zu den *res*. Wer eine in einem Recht begründete Klagemöglichkeit hat, hat etwas, das wie Eigentum an einem Grundstück oder an einem Gefährt einem Träger (*persona*) zugeordnet ist. *Gaius* entschied sich dafür, die Obligationen sogleich bei ihrer Erwähnung als innehabensfähigen Gegenstand zu entfalten. Dazu kündigt

¹⁶ Über die Formularklagen *Gaius*, Institutiones 4.30ff. Dazu *M. Kaser/K. Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1996, §§ 22f.

er die Obligation beim Aufzählen der Gegenstände kurz an¹⁷, um sie später – mit einem kleinen Überleitungssatz den Unterpunkt hervorhebend¹⁸ – näher zu entfalten. Das verstärkt, wenn man in den Lehrbuchabschnitten ungefähr gleiche Umfänge einhalten will, die Notwendigkeit, die Gegenstände auf zwei Bücher zu verteilen. Dafür tritt eine Entlastung im letzten Buch ein. Unter dem Begriff *actiones* darf der Autor die klagbegründenden Sachverhalte als dem Leser bereits bekannt voraussetzen.

Es bleibt daher im vierten Buch der *gaianischen Institutionen* nur noch das Verfahren bei Gericht zu erläutern. Hierbei greift eine erste Einteilung der Aktionen auf die beiden anderen Hauptbegriffe zurück, denn es ist zwischen personalen, leistungsbezogenen Klagen (*in personam actio*) einerseits und gegenstandsbezogenen, dinglichen, somit feststellungsorientierten Klagen (*in rem actio*) andererseits zu unterscheiden.¹⁹ Die Leistungsklage ist die auf Veränderung des augenblicklichen Zustandes gerichtete prozessuale Konsequenz des, das fragliche Rechtsverhältnis erzeugenden, Verhaltens. Die dingliche Klage ist Konsequenz aus einem Verhalten, welches ein Bedürfnis nach Klärung der rechtlichen Situation in einer Zustandsbeschreibung, nach Prüfung des schieren Innehabens einer Rechtsstellung hervorrief. Mit *in rem actio* bekämpft man Anzweifeln eines Rechts oder dessen Abspenstigmachen. Ein das Recht erzeugendes Verhalten ist dabei nur inzident Prüfungsgegenstand, etwaige Veränderung des ermittelten Zustandes allenfalls ein ferneres Ziel. Das unmittelbar klagauslösende Verhalten ist lediglich die (für sich genommen nicht als obliqerend gedachte) Weigerung des Gegners, sein Gebaren dem Recht entsprechend einzurichten.

IV. Justinians *corpus iuris civilis*

1. Gesetzliche Auffassung von Recht als Wissenschaft

Beinahe vierhundert Jahre später, in der ersten Hälfte des sechsten Jahrhunderts, setzt der oströmische Kaiser *Justinian* seine Neuzusammenstellung des römischen Rechts ins Werk, das seit dem Mittelalter sogenannte *corpus iuris civilis*. Dessen Hauptbestandteil ist die Kompilation von Auszügen aus den „klassischen“ rechtswissenschaftlichen Schriften der ersten drei Jahrhunderte nach Christi Geburt, von Justinian selbst als *Digesta* (wörtlich: Zerteiltes, Zerlegtes, Angeordnetes; ein von den juristischen Autoren der Antike häufig für ihre Lehrbücher verwendeter Titel) oder *Pandectae* (Allumfassendes) bezeichnet. In

¹⁷ *Gaius*, *Institutiones* 2.14.

¹⁸ *Gaius*, *Institutiones* 3.88: *Nunc transeamus ad obligationes [...]*.

¹⁹ *Gaius*, *Institutiones* 4.1 bis 4.3.

diesen Digesten²⁰ erscheint eingangs ein Zitat aus dem Anfängerlehrbuch *Institutiones* des um das Jahr 200 tätigen spätclassischen Juristen *Ulpianus*, wonach Recht die Kunst des Guten und Gerechten (*ars boni et aequi*) sei, worin man das Gerechte vom Ungerechten trenne, das Erlaubte vom Unerlaubten scheidet (*aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes*). So stelle Recht wahre Philosophie (*veram [...] philosophiam*) dar.²¹ Aus der Fülle der in den alten Juristenschriften sichtbaren Argumentationen macht *Justinians* Redaktion ein mit Gesetzeskraft versehenes Nachschlagewerk. Abertausende Begriffe und Aussagen werden zu einem Ganzen zusammengefasst. Es überrascht nicht, dass sich am Ende des elften Jahrhunderts von dieser Sammlung die Hohe Schule zu Bologna faszinieren ließ und die Texte in den dialektischen und rhetorischen Unterricht einföhrte.

2. Anordnung von Digesten, Codex und Institutionen Justinians

Freilich ließ *Justinian* größten Respekt gegenüber den alten Schriften walten. Die Digesten sind kein vollkommen neu geschaffener Text, sondern eine redaktionell vereinheitlichende, zu einem Lesezusammenhang verdichtete Aneinanderreihung von Exzerpten. Auch wenn *Justinians* Mitarbeiter an vielen Stellen zur Glättung der Übergänge oder zur Anpassung an gewandelte Gegebenheiten in die Originale eingriffen (man spricht heute von „Interpolationen“), wird durch Fundstellenangaben und grundsätzliches Belassen des ausgewählten Textes in seiner überlieferten Gestalt die weitestgehende Authentizität betont.

a) Diese Zurückhaltung lag in *Justinians* Absicht begründet, mit seiner eigenen Herrschaft an Größe und Glanz Roms in den ersten Jahrhunderten nach Christi Geburt anzuknüpfen. Das *corpus iuris civilis* hatte nach dem ausdrücklichen Bekunden *Justinians* in seinen Vorreden zu den Digesten²² und den übrigen Bestandteilen²³ den Zweck, mit Erhalt der juristischen Überlieferungen in ihrer Erhabenheit und Schönheit die innere Integration Roms neben der militärisch

²⁰ Noch in Fortsetzung befindliche lateinisch-deutsche Ausgabe: O. Behrendts/R. Knüttel/B. Kupisch/H. Seiler, *Corpus Iuris Civilis*. Text und Übersetzung, II. Digesten 1–10, 1995; III. Digesten 11–20, 1999; IV. Digesten 21–27, 2005. Vollständige lateinische Ausgabe: P. Krüger/Th. Mommsen, *Corpus Iuris Civilis*, Volumen Primum. *Institutiones. Digesta*, 22. Aufl., 1973; P. Krüger, *Corpus Iuris Civilis*, Volumen Secundum. *Codex Iustinianus*. 15. Aufl., 1970; R. Schöll, *Corpus Iuris Civilis*, Volumen Tertium. *Novellae*, 10. Aufl., 1972. Vollständige ältere deutsche Ausgabe: C. E. Otto/B. Schilling/C. F. F. Sintenis, *Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt*, 7 Bände, 1830ff.

²¹ Digesten 1.1.1.principium und 1.1.1.1.

²² Siehe Konstitutionen „Deo auctore“, „Omnem“ und „Tanta“.

²³ Siehe Konstitutionen „Imperatoriam maiestatem“ (Vorrede zu den Institutionen) und „Summa rei“ (zweite Vorrede zum Codex).

verfolgten territorialen Wiederausdehnung wiederzugewinnen. Die Rückwärtsbezogenheit diente eigener Legitimation *Justinians* und verlangte in der Fassung des Gesetzgebungswerkes sichtbares Konservieren und Restaurieren.

b) Die *Digesten* sind daher mehr als eine Abfolge von Themengebieten, nicht als vollkommenes Gebäude abstrakter Begriffe angeordnet. Ihre fünfzig Bücher unterwerfen sich nicht im Ganzen dem strengen Duktus einer ersten Gliederung nach den von *Gaius* benutzten Hauptbegriffen. Eine solche Anordnung entspräche nur einem sehr kleinen, besonders auf den juristischen Anfänger ausgerichteten Teil des ausgewerteten Schriftgutes. Die gewaltige Stofffülle lässt sich, sollen die Auszüge als solche erhalten bleiben und will man Einheiten überschaubarer Größe gewinnen, nur bändigen, indem man die Grundlinien als bereits vom Leser verinnerlicht voraussetzt. Das erlaubt es, die Grundbegriffe wiederkehrend einzusetzen, ohne sie jedesmal ausdrücklich hervorzuheben. Auswahl und Anordnung der Quellenauszüge sind in den Vorreden wohlmotiviert.²⁴ Man findet in einer der Vorreden den Hinweis, dass von den fünfzig Büchern die erste Gruppe (Bücher 1 bis 4) die Funktion einer Vorerörterung habe, die zweite Gruppe (Bücher 5 bis 11) sich mit Urteilen (*de iudiciis*) beschäftige, die dritte (Bücher 12 bis 19) mit Gegenständen (*de rebus*), die vierte (Bücher 20 bis 27) gleichsam als Nabel (*umbilicus*) mit Einzelheiten (*de singulariis*) und so fort²⁵.

c) Die *gajanischen* Hauptbegriffe sind in den *Pandekten*-Abschnitten wiederholt erkennbar. Doch entstehen aus ihnen keine umfassenden, den Begriff in einem Zuge abschließend behandelnden Blöcke. Vielmehr kehren sie, dem Kenner ersichtlich, in thematischen Bündelungen wieder, die sich vornehmlich an bereits konkretisierten juristischen Sachverhalten und nicht an der abstrakten Begriffswelt ausrichten (zum Beispiel Hypothek, Ehe, Testament). Bereits in den Titeln der ersten *Digesten*-Bücher lässt sich erkennen, wie der Stoff abwechselnd bald dem einen Hauptbegriff zuneigt, bald dem anderen – ohne beim Leser den Eindruck zu erwecken, er habe damit alles zu dem Hauptbegriff Wissenswerte erfahren. Nachdem die ersten vier Titel des ersten Buches sich mit dem Wesen des Rechts überhaupt beschäftigen, behandeln Titel 5 bis 7 mit Statusfragen personale Aspekte, Titel 8 die Einteilung der Gegenstände und Titel 9 bis 22 Ämter, was wieder personale Aspekte sind. Sodann leitet Buch 2 in das Gerichtsverfahren. Gegen Ende führt Buch 2 mit *pactum* (Titel 14) und *transactio* (Titel 15) zur privatautONOMEN Rechtsgestaltung, worin die enge Verbindung von Anspruch (der auch unter die Gegenstände fällt) und Verfahren sichtbar wird. Auch im Weiteren reihen sich die Aspekte in abwechselnder Betonung von personenbezogenen, gegenstandsbezogenen und verfahrensbezogenen Gesichts-

²⁴ Siehe Vorreden „*Deo auctore*“, „*Omne*“ und „*Tanta*“.

²⁵ Konstitution „*Tanta*“ 2 ff.

punkten. Der Wechsel setzt sich sogar im fünften und in den weiteren Büchern fort, obgleich diese Bücher nach der Vorrede eigentlich in Gruppen je ganz einem Aspekt zugewiesen sind. Die Digesten-Abfolge ist in vielen Schritten vom Edikt des Prätors geprägt. Das von Jahr zu Jahr erneuerte Amtsprogramm des obersten römischen Gerichtsmagistraten hatte in der ersten Hälfte des zweiten nachchristlichen Jahrhunderts auf Veranlassung Kaiser Hadrians in einer Redaktion durch den Juristen *Salvius Iulianus* eine beständige, fortan von Jahr zu Jahr unverändert weitergereichte Fassung (*edictum perpetuum*) erhalten. Seine Gehalte lassen sich ihrerseits mit Hilfe der Fundstellenangaben bei den in den Digesten bewahrten Ausschnitten aus den klassischen Kommentierungen verhältnismäßig sicher rekonstruieren.²⁶

d) Eine ähnliche Beobachtung wie in den Digesten lässt sich in *Justinians* Sammlung der kaiserlichen Erlasse, im *Codex Iustinianus* machen. Dessen zwölf Bücher folgen zwar nicht in einem Durchgang dem *gajanischen* Schema, ordnen aber die Kaisergesetze in kleineren Abschnitten so, dass bald *persona*, bald *res* und bald *actio* als Schwerpunkt spürbar wird. Die Titel 1 bis 4 des ersten Buches behandeln personenbezogen die Rollen von Kirche und kirchlichen Amtsträgern. Es folgen in Titel 5 bis 11 Verhaltensweisen, welche mit Blick auf die christliche Religion verboten werden. Titel 12 und 13 widmen sich personenbezogen Statusfragen. Titel 14 bis 18 enthalten Grundaussagen zu den Quellen des Rechts und zur Rechtsunkenntnis. Die restlichen Titel des ersten Buches enthalten Verfahrensregeln und, wiederum personenbezogen, Amtsbefugnisse. Von Verfahren und Urteilen handeln auch die Bücher zwei und drei, doch sind hier – ebenso wie in den Digesten – personale und sächliche Aspekte eingewoben. Person und Gegenstand treten in den folgenden Büchern in den Vordergrund, ohne aber Verfahrensaspekte gänzlich zu verdrängen.

e) Der rechtsunkundige Leser und auch der noch wenig bewanderte junge Jurist wird vor der Fülle der Aspekte hilflos stehen. Er benötigt eine Hinführung. Diese gibt *Justinian* selbst mit dem dritten Teil seines Gesetzeswerks: mit einem amtlichen Anfängerlehrbuch. *Justinian* lässt es mit demselben Namen *Institutiones* versehen, wie schon seit Jahrhunderten die Einleitungswerke hießen. Ausdrücklich bezieht *Justinian* sich im Vorwort nicht nur auf seinen Auftrag an Justizminister Tribonian und die hervorragenden Gelehrten *Theophilus* und *Dorotheus*, die Institutionen als Anregung für die wissbegierige Jugend als Grundbausteine (*prima elementa*) zu verfassen. Vielmehr hebt er auch das Vorbild „unseres Gaius“ (*Gaii nostri*) neben vielen weiteren unbenannten Vorbildern

²⁶ Ausgabe: Otto Lenel, Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl., 1927, Nachdruck 1956.

besonders hervor.²⁷ *Justinians* Berufung auf *Gaius* ist nicht posthume Dekoration oder geschicktes Einfangen von Aufmerksamkeit des Lesers ohne inhaltliche Deckung. Vielmehr kehrt in Aufbau, Stoffauswahl und Schwerpunktsetzung des justinianischen Einführungswerks tatsächlich das gäianische Anfängerlehrbuch wieder – auch wenn viele Einzelheiten dem zwischenzeitlich erreichten Entwicklungsstand des römischen Rechts angepasst sind.

Allem voran aber fällt die hergebrachte Dreiteilung in die Aspekte Person, Gegenstand und Klagen ins Auge. Mit denselben Worten, wie sie schon *Gaius* verwandte, heißt es auch nun am Anfang des – wie die gäianischen Institutionen – in vier Bücher geteilten Einführungswerks, dass jeder Rechtssatz sich auf Personen, Gegenstände oder Klagen beziehe und man nun zunächst die Personen betrachten wolle.²⁸ Dieser Ankündigung entsprechend widmet sich in der Tat das ganze Buch 1 nach den allgemeinen Überlegungen zum Recht (Titel 1 und 2) ab dem dritten Titel den Rechtsstellungen verschiedener Personen. Dem schließen sich die Ausführungen zu Gegenständen und ihrem Erwerb an (Buch 2 und Buch 3 Titel 1 bis 12). Dazu gehören wiederum die Obligationen (*obligationes*; Buch 3 Titel 13 bis 29 und Buch 4 Titel 1 bis 5). Zuletzt folgen die Klagen (*actiones*; Buch 4 Titel 6 bis 18). Die Obligationen erscheinen bei *Justinian* ebenso wie schon bei *Gaius* als Thema an der Grenze zwischen *res* und *actio*. Die Obligationen sind zwar noch als Unterfall zu den Gegenständen erkennbar²⁹. Sie gewinnen aber bereits insofern eine Neigung zur Identifikation mit dem Element *actio*, als die justinianische Darstellung zu dieser letzten Rubrik die eigentlich prozessualen Fragen weniger intensiv behandelt und stärkeres Gewicht auf die Bedeutung des klärungsbedürftigen rechtserheblichen Verhaltens für die gerichtliche Auseinandersetzung legt.

Mit dieser Betonung des materiellen Rechts ist die Darstellung der Klage letztlich nur eine Fortsetzung der Darstellung zur Obligation. Denn die geschilderten Obligationen gehen aus bestimmtem Verhalten hervor, und das ist eben das Kennzeichen aller Klagen. Die Klagen werden also zunächst nicht von der prozessualen Lage her betrachtet, sondern vom jeweils die Klagemöglichkeit auslösenden Handeln, vom Tatbestand aus. Die Doppeldeutigkeit des Begriffes *actio* (Handlung) mit dem aus ihr der Lehrdarstellung entstehenden Aufbauproblem (wo erscheint das klagenauslösende Verhalten: bei den Gegenständen, weil zu den Gegenständen auch die aus klagenauslösendem Verhalten erwachsenen Rechte zählen, oder bei den prozessualen Möglichkeiten?) löst *Justinian* also

²⁷ Vorrede „Imperatoriam“ zu den justinianischen Institutiones. Eine Verweisung auf die Schriften „unseres Gaius“ (*Gaii nostri*) findet man auch vor den Digesten in der Konstitution „Omnem“ (§ 1). Lies über das amtliche Lehrwerk *J. P. Meincke*, Die Institutionen Justinians, in: Juristische Schulung 1986, 262 ff.

²⁸ Institutiones 1.2.12.

²⁹ *Meincke*, Die Institutionen (oben Fn. 27), JuS 1986, 265, 266, sieht die Obligationen in Justinians Institutionen ebenfalls als noch den Gegenständen zugeordnet.

etwas anders als *Gaius*. Die beiden Aspekte von „Handlung“ (der materielle und der prozessuale) fügen sich enger zusammen. Es drängt sogar die Obligation das (für den Studienanfänger in seinen Details noch fernliegende) prozessuale Geschehen ein wenig aus dem Blickfeld und verlagert das Gewicht des Begriffes *actio* innerhalb der Doppelbedeutung mehr zu dem klagauslösenden Verhalten hin. Jedoch bleiben die grundlegende Dreiheit von Person (*persona*), Gegenstand (*res*) und Klage (*actio*) und ihre von *Gaius* vorgeführte Abfolge im Lesefortschritt gewahrt.

f) *Justinian* baut in seinen Institutionen darauf, dass auch zu seiner Zeit das Denken in Begriffen und Gliederungen gemäß den *artes liberales* als Methode, die Welt zu erklären, verlässlicher Ausgangspunkt auch aller Lehnanstrengung in der Jurisprudenz ist. Das *corpus iuris civilis* erfüllt zwar nicht schon die seit der Mitte des 18. Jahrhunderts sichtbaren strengsten Merkmale einer Kodifikation mit feinsten Aufgliederung der Systemabschnitte.³⁰ Doch ist die Einbettung des Rechts in einen systematisch angelegten und zu systematischem Arbeiten erziehenden Bildungszusammenhang unverkennbar. Gerade die gezielte Ansprache des noch heranzubildenden Juristen offenbart die angestrebte Rationalität des Rechts und belegt umgekehrt die staatstragende Funktion von Bildung. Pragmatisch gesehen handelt es sich um die möglichst effektive Gewinnung von Funktionseliten. Den hohen Rang, den Bildung für das antike Gemeinwesen genießt, kann man unmittelbar den gesammelten kaiserlichen Erlassen entnehmen. *Codex Theodosianus*, eine im Jahre 438 verkündete Sammlung kaiserlicher Erlasse³¹, und *Codex Iustinianus* überliefern unter der Rubrik *De studiis liberalibus urbis Romae et Constantinopolitanae* (Über die freien Studien der Stadt Roms und Konstantinopels)³² Gesetze der Kaiser *Valentinianus I.*, *Valens* und *Gratian* aus dem Jahre 370³³ und 372³⁴ sowie der Kaiser *Theodosius II.* und *Valentinianus III.* aus dem Jahre 425³⁵, welche den Unterricht in Privathäusern, wenn er wirklich privat und nicht von öffentlich angestellten Lehrern durchgeführt wird, schützen, den öffentlichen Unterricht in der Philosophie aber im Sinne der überkommenen Fächer regulieren und entsprechende Personalstellen vorsehen. Möglicherweise muss man Justinians *corpus iuris civilis* in seiner sichtbar akademischen Konzeption sogar als geradezu unpraktische Sammlung, hauptsächlich in der Juristenausbildung und vielleicht noch an wenigen herausgehobenen Justizzentren zur

³⁰ *H. Ankuem*, Fusion and „Transfusion“ of Legal Institutions in Justinian’s „Corpus Iuris Civilis“, in: *Juris Vincula. Studi in Onore di Mario Talamanca*, Band I, 2001, S. 113 ff.

³¹ Ausgabe: *Th. Mommsen/P. Krüger*, *Theodosiani Libri XVI*, *Volvminis I Pars Posterior*. *Textvs Cvm Apparatv*, 4. Aufl., 1971. Englische Übersetzung: *C. Pharr*, *The Theodosian Code and Novels and the Sirmundian Constitutions*, 1969.

³² Titelüberschriften von *Codex Theodosianus* 14.9 und *Codex Iustinianus* 11.19.

³³ *Codex Theodosianus* 14.9.1.

³⁴ *Codex Theodosianus* 14.9.2.

³⁵ *Codex Theodosianus* 14.9.3; *Codex Iustinianus* 11.19.1.

Hand, ansehen.³⁶ Ein solcher mutmaßlicher Mangel an unmittelbarem Einsatz der nur mit größten Mühen vervielfältigbaren Texte, ändert jedoch nichts an der nachhaltigen ideengeschichtlichen Relevanz der justinianischen Rechtsbücher.

V. Systematisches Durchdringen des *corpus iuris civilis* in mittelalterlicher und frühneuzeitlicher Wissenschaft

1. Die *Digesten* im höheren Schulunterricht

Mutmaßlich am Ende des 11. Jahrhunderts wurden die *Digesten* Justinians Gegenstand des höheren Schulunterrichts. In Bologna verwendete man die Auszüge aus den alten Juristenschriften als ideales Anschauungsgut für Übungen in Begriffs- und Aussagenlogik. Derartige Übungen waren ein Hauptbestandteil der mittelalterlichen höheren Schulbildung. Sie zählten zu dem Dreiklang aus sprachlichen Fertigkeiten, welche der aus der Antike übernommene Bildungskanon von sieben Fächern, sogenannten freien Künsten (*artes liberales*)³⁷, forderte. Die Basis bildeten Sprachlehre überhaupt (Grammatik), logische Durchdringung von Sprache (Dialektik) und die Anwendung von logisch durchdrungener Sprache zum Zweck der überzeugenden Darlegung (Rhetorik). Diese Elemente waren die „trivialen“, im Dreiklang (*trivium*) stehenden Fächer. Hinzu trat der Vierklang (*quadrivium*) aus zwei Teilgebieten der Mathematik (Arithmetik, Geometrie), Naturkunde (Astronomie) und Musik. Die Eigenheit der Bologneser Schule bestand nun seit dem Ende des 11. Jahrhunderts darin, bei der Auswahl von Übungstexten besonderes Gewicht auf die *Digesten* zu legen.

Üblicherweise lagen dem Schulunterricht Texte der griechischen Philosophen und theologische Texte zugrunde. Rechtstexte sind dem Unterricht vermutlich nicht vollkommen fremd gewesen. Doch scheint es ein Bologneser kurrikulares Experiment gewesen zu sein, den Unterricht – gewiss nur mit der Entwicklung der Zöglinge voranschreitend – nach und nach auf die Rechtstexte zu konzentrieren. Möglich wurde dies, weil eine Abschrift verfügbar geworden war, die man von der sehr alten (mutmaßlich noch zu Lebzeiten Justinians gefertigten) *Digesten*-Handschrift zog, welche die Pisaner in der Mitte des 11. Jahrhunderts in Amalfi erbeuteten. Amalfi war bis zu der Eroberung byzantinische Exklave gewesen, was die Existenz einer Handschrift an dem Ort erklärlich macht. Sobald nun die Lehrer in Bologna den Rechtstext mehr als nur gelegentlich zur Erörterung auflegten, musste sich zwangsläufig ein Streben nach gänzlicher

³⁶ T. Repgen, *Ius Commune*, in: H.-P. Haferkamp/T. Repgen (Hrsg.), *Usus modernus pandectarum. Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*. Klaus Luig zum 70. Geburtstag, 2007, S. 157 ff., 159 f.

³⁷ Siehe oben III.2.

Durchdringung, widerspruchsfreier Erschließung und Systemverständnis einstellen.

So konnte aus der zunächst nur als allgemeinbildend gedachten Verwendung der Digesten eine rechtswissenschaftliche Disziplin werden. Damit entstanden die europäischen Universitäten.³⁸ Von der juristischen Ausrichtung der Hohen Schule von Bologna profitierten Absolventen, welche in eine Verwaltungstätigkeit (bei einer Kommune, in der Kirche, bei einem Grafen oder einem Fürsten) gingen oder ihrer Zukunft als Vertragsschreiber (Notar) entgegentraten. Sie hatten nicht nur überhaupt das Formulieren erlernt, sondern auch die Möglichkeit erfahren, mit Hilfe des *corpus iuris civilis* alle Rechtsverhältnisse inhaltlich ausgewogen zu ordnen.³⁹

2. Neue Literatur

Die schulmäßige Auseinandersetzung mit dem *corpus iuris civilis* (und alsbald auch mit dem kanonischen Recht) geschah nicht nur mündlich, sondern schlug sich in einer Reihe von Literaturgattungen nieder. Für die frühe Zeit des juristischen Hochschulunterrichts wurden die Notizen namensgebend, welche die Dozenten bei stiller Lektüre und aus der Diskussion im Hörsaal verfassten – kleinere Anmerkungen am Rande oder zwischen den Zeilen ihrer Leseabschrift, Glossen, die den Wissenschaftlern die (bis etwa ans Ende des 13. Jahrhunderts reichende) Epochenbezeichnung als „Glossatoren“ eintrugen (später ausführlichere Kommentare, die aus dem 14. und 15. Jahrhundert das Zeitalter der „Kommentatoren“ machten). Dazu kamen Traktate zu ausgewählten Themen, Gesamtdarstellungen (Summen) und Vorlesungsnachschriften, aber auch besondere Schriften, welche Begriffs- und Fallabgrenzungen (*distinctiones*) oder Kontroversen (*dissensiones*) versammelten.⁴⁰

³⁸ Über die Entstehung der juristischen Fakultäten in den sich entwickelnden Universitäten lies *H. Coing*, Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm, in: *H. Coing* (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Erster Band, 1973, S. 39 ff.

³⁹ Siehe zur Entstehung der Rechtsschule von Bologna *T. Reppen*, Ius Commune (wie Fn. 36), S. 157 ff., 159 ff.; *H. Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext, 10. Aufl., 2005, § 2.I.2 (S. 37 f.), § 2.II.2 (S. 41); ders., Neuere Europäische Rechtsgeschichte, 2012, Kap. 3.III (S. 62 ff.).

⁴⁰ Über die aus dem mittelalterlichen Rechtsunterricht hervorgehenden Werkgattungen *P. Weimar*, Die legistische Literatur der Glossatorenzeit, in: *H. Coing* (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Erster Band, 1973, S. 129 ff.; *N. Horn*, Die legistische Literatur der Kommentatorenzeit, in: *H. Coing* (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Erster Band, 1973, S. 261 ff.; *K. W. Nörr*, Die kanonistische Literatur, in: *H. Coing* (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Erster Band, 1973, S. 365 ff.

Glossen und Kommentare folgen ihrer Natur nach eng der im Text des *corpus iuris civilis* angelegten Legalordnung. Sie können deswegen nur auf das Erläutern beschränkt und gar nicht durch neue Gliederung übergreifende Gesichtspunkte abbilden. Etwas anders ist es bereits mit den Summen. Auch sie folgen zwar im Wesentlichen der Legalordnung, straffen aber deren Gedankengang und decken parallele Titel aus den verschiedenen Teilen des *corpus iuris civilis* gleichzeitig ab. Die Distinktionen und Dissensionen schließlich folgen den Ideen, nachdem sie dem *corpus iuris civilis* bereits extrahiert sind. Dies führt bis zu Tabellen von Begriffen (Tatbestandsmerkmalen), welche dem in Bologna promovierten, in Pisa und in Perugia lehrenden *Bartolus de Sassoferrato* (um 1313 bis 1357) zugeschrieben werden und gedruckt überliefert sind.⁴¹ Diese Begriffsauffächerungen setzen einesteils an den gäianischen Grundbegriffen an und geben anderenteils bereits eine Vorahnung von den streng definierend-differenzierenden Ordnungen der neuzeitlichen Naturrechtslehren und der modernen Kodifikationen.

3. Humanistische neue Betonung der gedanklichen Gliederung

Zunächst jedoch setzt sich in der Frühen Neuzeit der juristische Humanismus die auf antike Philosophie zurückweisende und dadurch ihm geistesgeschichtlich unausweichliche begriffliche Gliederung des römischen Rechts fort. In „ramistischer Methode“, dem Humanisten *Petrus Ramus* (*Pierre Ramée*; 1515–1572) folgend, publizierte der Emdener Stadtsyndikus *Johannes Althusius* (*Johann Althaus*; 1557–1638) seine Sammlung juristischer Begriffsschemata als eine „Kunstfertigkeit“ des römischen Rechts, als *iuris romani ars*, so wie einst *Cicero* eine neue Gestaltung des römischen Rechts als Kunstfertigkeit gefordert hatte.⁴² Die Begriffsschemata sind das Mittel zur methodischen Durchdringung des Rechts schlechthin. In dieser Tradition stehen auch die als Lernhilfen gedachten Schautafeln des Lüneburger Gymnasialprofessors *Johannes Buno* (1617–1697).⁴³

Methodische Entfaltung der in der Fülle von Rechtsregeln geborgenen Probleme und Lösungen verbürgt Wahrheitsfindung. Daraus kann Doktrin vom Recht insgesamt oder von einzelnen seiner Gebiete folgen. Angesichts der Wandelbarkeit aller Verhältnisse wollte man die Regeln des römischen und des kanonischen Rechts nicht schon schier für sich genommen als Lehrsätze, *doctrinae*, empfinden, welche unmittelbar wissenschaftlichen Charakter aufwiesen. Viel-

⁴¹ Siehe beispielsweise *Bartolus Saxoferratus*, *Distinctionvm Tabulae*, Basileae, 1566.

⁴² *Johannes Althusius*, *Iurisprudentia Romana, Vel Potius, Iuris Romani Ars, Dvobvs Libris Comprehensa, Et Ad Leges Methodi Rameae conformata*, Herbormae, 1588.

⁴³ *Johannes Buno*, *Memoriale juris civilis, cujus pars prima institutionum justinianearum libros IV [...] continet, ohne Ort, 1670*; *Johannes Buno*, *Memoriale jvris civilis romani, quo tituli omnes et praecipue leges, quae in quinquaginta digestorum seu pandectarum libris sunt [...] exhibentur*, Hamburgi, 1673; *Johannes Buno*, *Memoriale codicis justiniani, authenticarum seu novellarum consvetudinum feudorum*, Hamburgi, 1674.

mehr bedurfte es im Anliegen humanistischer erneuter Wiederentdeckung einer methodengeleiteten Durchdringung.⁴⁴ Diese erneute methodische Erschließung war jedoch in der heutigen Rückschau den Denkgrundsätzen nach nicht wirklich neu. Immer noch handelte es sich um das Bemühen, nach den Denkmustern der Philosophie die gewaltige Sammlung des *corpus iuris civilis* fasslich zu machen. Die Kontinuität war inhaltlich sehr viel größer, als es die kräftige Schelte der Humanisten gegenüber den gewaltig angeschwollenen Kommentaren, den Traktaten und vor allem dem vielfach aus den Fugen geratenen Lehrbetrieb des Mittelalters erscheinen lässt. Der wesentliche Ertrag war die Rückbesinnung auf die Quellen selbst, welche hinter der ungeheuren Entfaltung juristischer Argumentationskunst zu verschwinden drohten.

4. Rezeption des römischen Rechts als gemeines Recht

In den Köpfen der Absolventen aus den Hochschulen in alle Teile Europas getragen, in den wissenschaftlichen Schriften gespeichert und vervielfältigt, in den Gutachten der Dozenten für Kommunen und Kirche, Fürsten und Grafen ausgestreut, war das wissenschaftlich durchdrungene römische Recht schon vor dem humanistischen Neuanatz zum gemeinen Recht, zum *ius commune* geworden, das hilfsweise immer dort eingreift, wo örtliches oder regionales Recht unvollständig oder unklar ist. Der juristische Humanismus ließ diesen Zustand nicht anzweifeln, sondern rief nach der mittelalterlichen ersten Entwicklung örtlicher und regionaler Rechtsbücher sogar eine zweite Welle der Begeisterung für das römische Recht als Muster zur Gestaltung örtlichen Rechts hervor.

VI. Lokale und territoriale Rechtsaufzeichnungen

1. Mittelalterliche und frühneuzeitliche Rechtsaufzeichnung als Nachzeichnung römischer Rechtskultur

Dichte und Umfang mittelalterlicher Jurisprudenz drängen dazu, nach einer leicht ersichtlichen Abbildung rechtswissenschaftlicher Erschließung des römischen (und des kanonischen) Rechts in den mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Rechtsaufzeichnungen der Städte und der Territorien zu suchen. Solche Aufzeichnungen sind in Fülle aus allen Gegenden Europas überliefert, in die mit der Wanderung der Studenten und Absolventen und mit der Gründung von

⁴⁴ H.-P. Ferslev, *Claudius Cantiuncula: Die didaktischen Schriften*, Diss. Köln 1967, S. 23 ff.; M. Herberger, *Dogmatik* (oben Fn. 4), S. 193 ff.; M. Schmoekel, *Die katholische Wissenschaft. Die methodische Säkularisation der Jurisprudenz im 16. Jahrhundert*, in: Ph. Büttgen (Hrsg.), *Vera Doctrina. Zur Begriffsgeschichte der Lehre von Augustinus bis Descartes*, 2009, S. 151 ff.

Universitäten die wissenschaftlich vertiefte Kunde vom römischen Recht gelangte. Wer nun allerdings zum Beispiel die Augsburger Stadtrechte von 1156⁴⁵ und 1276⁴⁶, das Gesetzbuch *Friedrichs des Zweiten von Hohenstaufen* für sein Königreich Sizilien von 1231 (den *Liber augustalis*, auch Konstitutionen von Melfi genannt)⁴⁷, den Sachsenspiegel (um 1230)⁴⁸, den Schwabenspiegel (1275)⁴⁹, das Oberbayerische Landrecht von 1346⁵⁰, Aufzeichnungen nordfranzösischen Gewohnheitsrechts (*coutumes*), das Nürnberger Stadtrecht von 1479⁵¹, das Freiburger Stadtrecht von 1520⁵², die Kursächsischen Konstitutionen von 1572⁵³, die Frankfurter Stadtrechte von 1509⁵⁴ und 1578⁵⁵ oder das Kurkölnische Landrecht von 1663 mit den erläuternden Nachträgen von 1767⁵⁶ zur Hand nimmt, wird sich auf den ersten Blick enttäuscht fühlen. Allenfalls grobe thematische Bündelungen der Stoffe, mitunter auch nach gerichtlichen Zuständigkeiten zusammengefasst, werden sichtbar, bald assoziativ voranschreitend, bald scheinbar wahllos, auch wiederkehrend, aneinandergereiht. Nach schulmäßiger Abschichtung in Kategorien, wie sie die Rechtswissenschaft von Bologna und andernorts reichlich hervorbrachte, hält das Auge weitestgehend vergebens Ausschau.

⁴⁵ Ausgaben des Augsburger Stadtrechts 1156 in: *Cb. Meyer*, Das Stadtbuch von Augsburg, insbesondere das Stadtrecht vom Jahre 1276, nach der Originalhandschrift zum ersten Male herausgegeben und erläutert, 1872, S. 309 ff.; *H. Appelt* (Bearbeiter), Die Urkunden der deutschen Könige und Kaiser, Zehnter Band, Erster Teil. Die Urkunden Friedrichs I. 1152–1158 (Monumenta Germaniae Historica, Tomus X, Pars I), 1975, S. 246 ff.; *B.-U. Hergemöller*, Quellen zur Verfassungsgeschichte der deutschen Stadt im Mittelalter, 2002, S. 188 ff. Entgegen der ausdrücklichen Datierung wurde die Urkunde möglicherweise erst im Jahre 1157 ausgefertigt. Siehe Vermerk *Appelt*, a. a. O., S. 247.

⁴⁶ Ausgabe des Augsburger Stadtrechts von 1276 in: *Cb. Meyer* (wie zuvor Fn. 45), S. 1 ff.

⁴⁷ *H. Conrad/Th. von der Lieck-Buyken/W. Wagner* (Hrsg.), Die Konstitutionen Friedrichs II. von Hohenstaufen für sein Königreich Sizilien, 1973.

⁴⁸ *P. Kaller* (Hrsg.), Der Sachsenspiegel, 2002.

⁴⁹ *H. R. Derschka* (Hrsg.), Der Schwabenspiegel, 2002.

⁵⁰ *H. Schlosser/I. Schwab* (Hrsg.), Oberbayerisches Landrecht Kaiser Ludwigs des Bayern von 1346, 2000.

⁵¹ Neue Reformation der Stat Nuremberg Nach crist gepurt Tausend vierhundert Und in dem newn undsibentzigsten Iare furgenomen, [1484], Nachdruck, herausgegeben von *G. Köbeler*, 1984.

⁵² Der Statt Fryburg im Prigow Statuten vnd Stadtrechten, 1520, in: *F. Beyerle/W. Kunkel/H. Thieme* (Hrsg.), Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, Erster Band, Erster Halbband, 1936, S. 241 ff.

⁵³ Kursächsische Konstitutionen, in: *F. Beyerle/W. Kunkel/H. Thieme* (Hrsg.), Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, Erster Band, Zweiter Halbband, 1938, S. 255 ff.

⁵⁴ Reformation der Stat Franckenfort am Meine des heiligen Römischen Reichs Cammer anno 1509, in: *F. Beyerle/W. Kunkel/H. Thieme* (Hrsg.), Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, Erster Band, Erster Halbband, 1936, S. 221 ff.

⁵⁵ Der Statt Franckfurt Am Mayn erneuerte Reformation. Wie die in Anno 1578. außgangen, 1611.

⁵⁶ Kurkölnisches Landrecht, in: *M. Maurenbrecher*, Die Rheinpreußischen Landrechte, Erster Band, 1830, S. 383 ff.; Erläuterung einiger zweifelhaften Fälle der Rechtsordnung, ebenda.

Und doch muss man feststellen, dass schon die Verschriftlichung überhaupt eine bewusste Übernahme des Ordnungswillens ist, der in der Tradition des römischen Rechts samt seiner wissenschaftlichen Durchdringung seit dem hohen Mittelalter den Zeitgenossen sichtbar war und nachahmenswert erschien. Mit Bedacht wählt im Jahr 1156 Kaiser *Friedrich I.*, als er das Augsburger Stadtrecht bestätigt, Worte über die Motivation des gesetzgebenden Herrschers, welche der kundige Leser als die Worte *Justinians* aus dessen Konstitutionen zur Einführung des *corpus iuris civilis*⁵⁷ erkennen konnte.⁵⁸ Man wusste damals, dass *Friedrich* sich (ebenso wie die oberitalienischen Städte) von den Bologneser Rechtsgelehrten beraten ließ. Dieses Beispiel belegt deutlich die Annahme⁵⁹ eines Ursachenzusammenhanges zwischen erneuerter, wissenschaftlicher Befassung mit dem römischen Recht und der Entwicklung örtlichen Rechts in der von Oberitalien bis zur Nordsee reichenden Gewinnung städtischer Verfassungen. Auch erinnert die im ersten Kapitel des Augsburger Stadtrechts von 1276 zu lesende Aneinanderreihung der Rechtsstellungen von Amtsträgern, Institutionen und Berufsständen an die Statusbeschreibungen in dem jeweils ersten Buch von *Digesten* und *Codex*⁶⁰. Ferner ist nicht zu übersehen, dass die Themenfolge in den frühneuzeitlichen Reformationen einen erheblich konzentrierteren Eindruck vermittelt als die mittelalterlichen Aufzeichnungen. Freilich geht der dort erreichte Grad an Bündelung nirgends wesentlich über den von *Codex* und *Digesten* vorgeführten hinaus, erreicht also nicht die in den Institutionen angelegte Abstraktionshöhe.

2. Verzicht auf Vollständigkeit

Als dem Umfang der örtlichen oder regionalen Rechtsaufzeichnungen hätte es unangemessen erscheinen müssen, sie einer vollkommenen Systematisierung zu unterwerfen. Auf der allgemeinen Grundlage des römisch-gemeinen (und des kanonischen) Rechts erschienen die lokalen und territorialen Aufzeichnungen, auch wenn sie oftmals beachtliches Ausmaß erreichen, lediglich als punktuelle Ergänzungen, Bekräftigungen, Klarstellungen. Nirgends wird auch nur annä-

⁵⁷ Siehe oben zu IV.2.a.

⁵⁸ Siehe dazu näher *Ch. Becker*, Die Akten des Augsburger Notars Johann Spreng (1524–1601), in: *H.-G. Hermann/Th. Gutmann/J. Rückert/M. Schmoeckel/H. Siems* (Hrsg.), Von den *Leges Barbarorum* bis zum *ius barbarum* des Nationalsozialismus. Festschrift für Hermann Nehlsen zum 70. Geburtstag, 2008, S. 477 ff., 484 ff.; *Ch. Becker*, Der Einfluss der Rechtsschule von Bologna auf das Wirtschaftsrecht in Augsburg, in: *W. Wüst/P. Fassel/R. Riepertinger* (Hrsg.), Schwaben und Italien. Zwei europäische Kulturlandschaften zwischen Antike und Moderne, 2010, S. 369 ff., 376 ff.

⁵⁹ Welche namentlich *G. Dilcher*, Das mittelalterliche Stadtrecht als Forschungsproblem, in: *Juristische Schulung* 1989, 875 ff., hervorhebt.

⁶⁰ Siehe oben IV.2.c. Die Inhaltsübersicht zum ersten Kapitel des Augsburger Stadtrechts in der Meyerschen Edition (oben Fn. 46) auf S. 2f.

hernd die Fülle der römischen (sowie der kanonischen) Rechtswelt erreicht. Es ist offensichtlich gar nicht das Bestreben der räumlich begrenzten Aufzeichnungen, diese Mannigfaltigkeit zu erreichen. Die Basis des „modern“ interpretierten römischen Rechts erscheint als allseits akzeptiert tragfähig genug, den Erfordernissen der jeweiligen Gegenwart Lösungen zu bieten – soweit eben nicht die örtlichen oder regionalen geschriebenen und ungeschriebenen Besonderheiten greifen. Es wäre unangebracht gewesen, die lokalen und territorialen Annexe mit voller Systematik zu gliedern, wenn dies ihnen den nicht beabsichtigten Anschein der Vollständigkeit hätte verleihen müssen.

Die Rezeption des römischen Rechts enthebt die Territorien und Städte von der Notwendigkeit, einen jeden regelungsbedürftigen Fall „selbst“ mit angemessenen Lösungen im Zusammenhang einer „eigenen“ Rechtsordnung auszustatten. Das lokale oder regionale Recht wächst vielmehr sogleich im Fortschritt der Wissenschaft vom römischen (und kanonischen) Recht heran. Die zur örtlichen oder landschaftlichen Rechtspflege Berufenen (deren Kompetenzen zu allgemeiner Satzung und Einzelfallentscheidung im Prozess nicht voneinander getrennt sind) entscheiden wohlabgewogen, wie viel römisches Recht und wie viel eigenständige (möglicherweise durch gutes Herkommen gestützte) oder – und das ist im zeitgenössischen Selbstbewusstsein vermutlich viel wichtiger – als eigenständig (und als wohlüberliefert) empfundene Regeln sie verwirklicht sehen mögen.⁶¹

Ausdrücklich verweisen zum Beispiel Friedrichs des Zweiten Konstitutionen von Melfi bei der Regelung von Persönlichkeitsverletzungen (*iniuria*) auf das gemeine Recht (*ius commune*).⁶² Die Reichskammergerichtsordnung vom Jahre 1495 schärft den Richtern in der Regelung ihres Amtseides die Beachtung des gemeinen Rechts ein.⁶³ Die kursächsischen Konstitutionen von 1572 sind nichts anderes als eine auf die örtlichen Verhältnisse bezogene verbindliche Klärung von Streitfragen, die sich aus dem gemeinen Recht ergaben. Die Stadtrechtsreformationen pflegen mit den in den deutschsprachigen Text eingelassenen lateinischen Schlagworten die gemeinrechtliche Begriffswelt. Eine von einem Augsburger Stadtsyndikus (*Georg Tradel*; 1530–1598) verfasste Denkschrift zur (niemals verwirklichten) Reformation des mittelalterlichen Augsburger Stadtrechts vom Ende des 16. Jahrhunderts bemüht sich um Angleichung der örtlichen Rechtsregeln an das gemeine Recht im Einzelnen.⁶⁴ Und es entspricht immerhin die in

⁶¹ Siehe am Beispiel Lübecks *A. Cordes*, Kaiserliches Recht in Lübeck. Theoretische Ablehnung und praktische Rezeption, in: *Zeitschrift für Lübeckische Geschichte und Altertumskunde*, 89 (2009), 123 ff., 129 ff.

⁶² Siehe 3.42 Konstitutionen von Melfi.

⁶³ Art. 3 Reichskammergerichtsordnung 1495. Ausgabe in: *H. Angermeier* (Bearbeiter), *Deutsche Reichstagsakten unter Maximilian I.*, Fünfter Band: Reichstag von Worms 1495, Band I, Teil 1, 1981, S. 388.

⁶⁴ *G. Tradel*, *Notwendigs Bedenckhen über die Reformationem vorgeschribner Consuetudinum*, in: *Cb. Becker* (Hrsg.), *„Consuetudines almae Reipublicae Augustanae“* von Matthaues Laimann und Georg Tradel mit „Notwendigs Bedenckhen“ von Georg Tradel, 2008, S. 32 ff.

den frühneuzeitlichen Aufzeichnungen geübte grobe thematische Bündelung als Ordnungsmethode genau dem Befund im *corpus iuris civilis*. Andreas Gaill (1526–1587), Richter am Reichskammergericht, Reichshofrat, Kanzler des kölnischen Erzstifts und Professor an der Kölner Universität, schreibt in seinen „Praktischen Beobachtungen“, dass alles Ortsrecht vom Verständnis des gemeinen Rechts her zu deuten ist.⁶⁵

VII. Naturrechtslehren: Abstraktionen des Abstrakten

1. Unmittelbarer Aufbau der Rechtssätze aus der Vernunft

Die Stadtrechte, Landrechte und Reichsgesetze bestehen ebenso wie das *corpus iuris civilis* und das aus ihm gewonnene gemeine Recht aus abstrakten Rechtssätzen (im Gegensatz zum konkreten Befehl, den das Gericht einer Partei erteilt). Mögen ihre Tatbestände noch so sehr auf hoch speziell anmutende Fälle zugeschnitten, mit Beispielen angereichert oder offenbar aus Erfahrung mit einzelnen Geschehnissen gespeist sein, so sind sie doch keine Lösung eines wirklichen Konfliktes, sondern lediglich das verbindliche Werkzeug zur Lösung einer konkreten Auseinandersetzung.

Eine doppelte Abstraktion leisten die neuzeitlichen Naturrechtslehren. Autoren wie Hugo Grotius (1583–1645), Jean Domat (1625–1696), Samuel Pufendorf (1632–1694), Christian Thomasius (1655–1728), Nicolaus Hieronymus Gundling (1671–1729), Christian Wolff (1679–1754) entwickeln Rechtssysteme, welchen das gemeine Recht (und das kanonische Recht) zwar erkennbar als Vorbild dient, die aber nicht mehr mit ihm identisch sind. Das Gebäude der Lehrsätze wird aus der Vernunft errichtet, mit welcher Gott (die Natur) den Menschen begabte.

Die Naturrechtslehren sind Idealvorstellungen. Sie sind keine unmittelbar anwendbaren Rechtssätze. Es sei denn, es begegnen einander tatsächlich zwei Menschen außerhalb der Jurisdiktion einer Gesellschaft, dort, wo keine Hoheit herrscht, wie beispielsweise auf hoher See. Oder es stoßen zwei Staaten (die ihrerseits keiner größeren Hoheit eingeordnet sind) aufeinander (hier wird aus dem auf Menschen bezogenen Naturrecht, aus der den Rechten aller menschlichen Völker nach natürlicher Vernunft gemeinsamen Grundlage, aus dem Völkergemeinrecht gemäß Justinians Institutionen⁶⁶, das Völkerrecht im modernen Sinne).

⁶⁵ A. Gaill, Practicarum observationum, tam ad processum iudicarium, praesertim imperialis camerae, quam causarum decisionum pertinentium, libri duo, Coloniae Agripinae, 1690, 1.50.8.

⁶⁶ Institutiones 1.2.1 (nach dem Vorbild von Gaius, Institutiones 1.1; siehe ferner Ulpianus Digesta 1.1.1.4). Das Völkergemeinrecht ist die menschenbezügliche Menge des Naturrechts im Unterschied zu der Menge des für alle Lebewesen geltenden Naturrechts gemäß Institutiones 1.2.pr (siehe auch Ulpianus Digesta 1.1.1.3).

Im Regelfall indes treten Rechtsfragen innerhalb einer verfassten Gesellschaft (im *status civitatis*) auf. Nun enthalten die Naturrechtslehren zwar auch und gerade für die im Gesellschaftsvertrag verbundene Gemeinschaft Lösungen zu allen erdenklichen Fällen. Aber das Naturrecht hält es für möglich, dass eine jede Gesellschaft sich besondere Gesetze und Gewohnheiten zulegt. Viele Besonderheiten, welche das gemeine Recht oder örtliches Recht kennen, kommen im Naturrecht nicht vor. Das Naturrecht steht diesen Besonderheiten nicht entgegen. Die Naturrechtslehrbücher beanspruchen keine unabänderliche Geltung in allen ihren Einzelheiten. Sie sind im Ganzen Utopien, wenngleich zahllose ihrer Sätze in den Rechtsordnungen der Gesellschaften Europas (insbesondere auch im kanonischen Recht) wiederzufinden sind und möglicherweise überhaupt erst mit Hilfe des Musters „Naturrecht“ als Bestandteile der bestimmten Rechtsordnung herausgefunden werden können.

2. Hugo Grotius

Hugo Grotius' Schrift über das Recht des Krieges und des Friedens⁶⁷ lässt ihrem Titel zufolge nicht zwingend eine Gesamtdarstellung des Rechts erwarten. Doch tritt der Autor nach der Definition des Krieges und der Frage nach seiner Gerechtigkeit⁶⁸ die Suche nach der Motivation von Kriegen an⁶⁹. Dabei stößt er auf das in den Gesellschaften vorhandene (also innerhalb einer Verfassung, das heißt im Frieden nach den ihm zugehörigen Regeln gebildete) Vermögen, worum Auseinandersetzungen zwischen den (einander ohne übergeordnete Hoheit begegnenden) Staaten entspringen. Dies nutzt *Grotius* zur Darstellung der Personen, des Eigentums und der Geschäfte, die Menschen darum tätigen.⁷⁰ Person und Eigentum erscheinen als die zu verteidigenden Güter.⁷¹ Sie repräsentieren die in der friedlichen Gesellschaft geborgene Ordnung, welche mit Aggression in Gefahr gerät. Anschließend beschreibt *Grotius* das Eigentum in seinem originären Erwerb und hinsichtlich des Verlustes⁷², dann die originären personenbezogenen (insbesondere auch die Familie betreffenden) Rechte⁷³. Darauf folgen

⁶⁷ *H. Grotius*, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, In quibus Jus Naturae Gentium, item Juris Publici praecipua explicantur, Amstelaedami, 1720 [mit den Kommentaren von *Joannes Barbeyrac*]. Ausgabe mit den Erläuterungen von *Heinrich Cocceji: Henricus de Cocceji, Grotius Illustratus Seu Commentarii Ad Hugonis Grotii De Jure Belli Et Pacis Libros Tres*, Tomus I bis Tomus III, Wratislaviae 1744 bis 1747. Ausgabe in deutscher Sprache: *H. Grotius, De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*. Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens, übersetzt von *W. Schätzel*, 1950.

⁶⁸ *H. Grotius*, *De jure belli ac pacis* (zuvor Fn. 67), 1.

⁶⁹ *H. Grotius*, *De jure belli ac pacis*, 2.1.

⁷⁰ *H. Grotius*, *De jure belli ac pacis*, 2.2 ff.

⁷¹ *H. Grotius*, *De jure belli ac pacis*, 2.1.

⁷² *H. Grotius*, *De jure belli ac pacis*, 2.2 bis 2.4.

⁷³ *H. Grotius*, *De jure belli ac pacis*, 2.5.

die Wege abgeleiteten Eigentumserwerbs⁷⁴ und hierbei Vertragslehre⁷⁵ und unerlaubte Handlungen⁷⁶. Namentlich diese aus den Gliederungsaspekten *persona*, *res* und *actio* hervorgehende thematische Bündelung von Eigentumserwerb und Obligationenrecht (als benachbarte Gehalte schon in den *gajanischen* und den *justinianischen* Institutionen auftretend⁷⁷) wird später als *Grundeinteilung* in den Büchern des französischen *Code civil* wiederkehren.⁷⁸

3. Jean Domat

Jean Domat stellt das überlieferte Zivilrecht in einer natürlichen Ordnung neu zusammen.⁷⁹ Eine einführende Abhandlung (*Traité des Loix*⁸⁰) behandelt die Gesetze überhaupt. Ihr folgt die eigentliche Darstellung. Sie beginnt mit einem Grundlagenabschnitt, einem *Livre Préliminaire*⁸¹. Er behandelt in drei Titeln das Recht im allgemeinen (*Droit en général*) sowie jeweils überblickshaft die Personen (*Personnes*) und die Sachen (*Choses*). Aus heutiger Sicht wirkt dies wie die Ausbildung eines Allgemeinen Teils. Erst danach schreitet der Autor zu den näheren Ausführungen, welche er auf der obersten Gliederungsebene zweiteilt. Der Erste Teil befasst sich mit Verbindlichkeiten (*Engagemens*) aus Übereinkunft (*Convention*) und ohne eine solche (Geschäftsführungen, Bereicherungen, Schadensereignisse). Hier steht also die Rechtshandlung im Vordergrund. Allerdings haben darin hin und wieder auch sächliche Aspekte (so bei Schilderung von Nießbrauch, Dienstbarkeit, Besitz) oder personale Aspekte stärkeres Gewicht (so bei Beschreibung der Tutoren, Kuratoren, Syndici, Direktoren und sonstiger Repräsentanten). Der Zweite Teil ist den Vermögensnachfolgen (*Successions*) vorbehalten; hier überwiegt das sächliche Moment.

4. Samuel Pufendorf

Samuel Pufendorf beginnt sein achtteiliges Werk über das Natur- und Völkerrecht⁸² mit einem ersten Buch über die Eigenschaft des Menschen als eines Mo-

⁷⁴ *H. Grotius*, *De jure belli ac pacis*, 2.7 ff.

⁷⁵ *H. Grotius*, *De jure belli ac pacis*, 2.7 ff.

⁷⁶ *H. Grotius*, *De jure belli ac pacis*, 2.17.

⁷⁷ Siehe oben zu III.3, III.4, IV.2.c.

⁷⁸ Siehe unten VIII.5.

⁷⁹ *J. Domat*, *Les Loix Civiles Dans Leur Ordre Naturel*, Ausgabe als: *Les Loix Civiles Dans Leur Ordre Naturel; Le Droit Public, Et Legum Delectus*, Nouvelle Edition, Tome Premier, A Paris, 1756.

⁸⁰ *J. Domat*, *Les Loix Civiles Dans Leur Ordre Naturel* (zuvor Fn. 79), S. 1 ff.

⁸¹ *J. Domat*, *Les Loix Civiles Dans Leur Ordre Naturel*, S. 1 ff.

⁸² *S. Pufendorf*, *De Ivre Natvrae Et Gentivm*, *Libri Octo*, 2 Bände, *Francovrti et Lipsiae*, 1759 (Nachdruck, 2 Bände, 1967).

ralwesens, über Wille, Handlung und Gesetz, mithin über Grundsätzliches von Gesetzen. Dem schließen sich sieben Bücher an, deren Gehalte jeweils mehr oder minder deutlich Aspekte der Person, der Sache oder des rechtserheblichen Verhaltens in den Mittelpunkt rücken. So handelt das zweite Buch von der Natur des Menschen, seinem Befinden im Naturzustand und dem Selbstschutz (mithin von der Person). Das dritte Buch spricht über Schädigung und Versprechen (mithin über rechtserhebliches Verhalten). Im vierten Buch führt *Pufendorf* hauptsächlich das Eigentum und Eigentumsübergänge aus (mithin Sachen). Auch die weiteren Bücher haben erkennbare Schwerpunkte im rechtserheblichen Verhalten (Buch 5 spricht über diverse Geschäfte; einige hintere Abschnitte von Buch 8 behandeln Krieg und Verträge zwischen Staaten) und nochmals bei den Personen (Ehe in Buch 6; Gemeinwesen, Herrschaft und Stellung als Bürger in Buch 7 sowie in den ersten und letzten Abschnitten von Buch 8).

Einen ähnlichen Aufbau zeigt *Pufendorfs* Lehre von der Pflicht des Menschen und Bürgers.⁸³ Im ersten Buch folgt auf die Bestimmung des Menschen als eines normorientiert Handelnden und die Beschreibung von Gesetz und Naturrecht überhaupt die Auffächerung von Pflichten gegen sich selbst und andere in persönlicher (auch das Verhältnis des einzelnen zu Herrschaft und Gemeinwesen betreffender), geschäftlicher und sächlicher Hinsicht.

5. Christian Thomasius

Christian Thomasius widmet in seinen dreigeteilten Grundlagen des Natur- und Völkerrechts⁸⁴ ähnlich wie zuvor *Samuel Pufendorf* ein erstes Buch dem Menschen als einem moralischen Wesen und den Normen überhaupt. Im zweiten und im dritten Buch entfaltet *Thomasius* eine offensichtlich von *Pufendorf* inspirierte Pflichtenlehre, die ihre Schwerpunkte von Kapitel zu Kapitel abwechselnd bald personenbezogen, bald geschäftsbezogen, bald sachbezogen setzt.

6. Nicolaus Hieronymus Gundling

Auch *Nicolaus Hieronymus Gundling* läßt in seiner Ausführung des Natur- und Völkerrechts⁸⁵ den Pflichtgedanken erscheinen, rückt ihn aber nicht mehr so sehr

⁸³ *S. Pufendorf*, *De Officio Hominis Et Civis secundum Legem naturalem Libri Dvo*, Editio quarta, Francofurti & Lipsiae, 1753. Ausgabe in deutscher Sprache: *S. Pufendorf*, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, übersetzt von *K. Luig*, 1994.

⁸⁴ *Ch. Thomasius*, *Fundamenta Juris Naturae Et Gentium Ex Sensu Communi Deducta*, In Quibus Ubique Secernuntur Principia Honesti, Justi Ac Decori, Editio Quarta, Halae & Lipsiae, 1718 (Nachdruck 1963).

⁸⁵ *N. H. Gundling*, *Ausführlicher Discovrs über das Natur- und Völcker-Recht. Nach Anleitung und Ordnung Des von Ihm selbst zum zweiten mahl herausgegebenen Ivris Natvrae Ac Gentium*, Franckfurt und Leipzig, 1734.

in den Vordergrund wie *Pufendorf* und *Thomasius*. Für die thematischen Bündelungen bedeutet diese Minderung wenig. In üblicher Weise setzt der Diskurs mit allgemeinen Reflektionen über die Gabe der Vernunft und Gewinnung menschlicher Glückseligkeit, über Naturrechtslehre und Naturrechtsprinzipien an.⁸⁶ Dem folgen Statusfragen und Zurechnungsüberlegungen, was man als personenbezogene Aspekte bezeichnen kann⁸⁷. Beginnend mit der Pflicht, niemanden zu verletzen, gelangt der Leser zu rechtserheblichem Verhalten in unerlaubter Handlung⁸⁸ und Verträgen (*pacta*)⁸⁹. Bemerkenswert ist die enge Nachbarschaft der anschließenden Beschreibung des Eigentums (*dominium*)⁹⁰ mit Auffinden des Wertes als einer nicht abstrakten Größe, sondern als eines für den Austausch (*permutatio rerum*) benötigten Preises (*pretium*)⁹¹. Später kehrt der Autor mit den Themen Ehe und Kinder⁹² sowie Herrschaft und Gemeinwesen⁹³ zu personalen Gesichtspunkten zurück.

7. Christian Wolff

Schließlich legt *Christian Wolff* sein in wissenschaftlicher Methode ausgeführtes Naturrecht vor.⁹⁴ Das Werk geht akribisch durch alle dogmatischen Institutionen des Rechts. Generelle Aspekte stehen voran, ausführliche Darlegungen zu den einzelnen Materien folgen. Strenge Systematik bündigt die ungeheure Masse der Rechtsfragen.⁹⁵ *Wolff* publizierte sein „Naturrecht“ schrittweise und dedizierte *Friedrich dem Großen* jeden Band einzeln. Ob des nach und nach erkennbar werdenden bedrohlichen Umfangs kühlte der zunächst begeisterte Dank des Monarchen zusehends ab.⁹⁶ Der erste Teil des Monumentalwerks erläutert das

⁸⁶ *N. H. Gundling*, Ausführlicher Discovrs über das Natur- und Völcker-Recht (zuvor Fn. 85), Caput I und Caput II.

⁸⁷ *N. H. Gundling*, Ausführlicher Discovrs über das Natur- und Völcker-Recht, Capita III, IV.

⁸⁸ *N. H. Gundling*, Ausführlicher Discovrs über das Natur- und Völcker-Recht, Capita V ff.

⁸⁹ *N. H. Gundling*, Ausführlicher Discovrs über das Natur- und Völcker-Recht, Capita X ff.

⁹⁰ *N. H. Gundling*, Ausführlicher Discovrs über das Natur- und Völcker-Recht, Caput XIX.

⁹¹ *N. H. Gundling*, Ausführlicher Discovrs über das Natur- und Völcker-Recht, Capita XX ff.

⁹² *N. H. Gundling*, Ausführlicher Discovrs über das Natur- und Völcker-Recht, Capita XXV ff.

⁹³ *N. H. Gundling*, Ausführlicher Discovrs über das Natur- und Völcker-Recht, Capita XXXII ff.

⁹⁴ *Ch. Wolff*, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*. Pars Prima, Francofurti & Lipsiae, 1741 (im Titelblatt Druckfehler: MDCCVLXI), bis Pars Octava, Francofurti & Lipsiae, 1748.

⁹⁵ Über *Wolffs* Überschaubarmachen des Unüberschaubaren durch Systematisierung siehe *M. Herberger*, Dogmatik (oben Fn. 4), S. 332 ff.

⁹⁶ *Lies J. R. Yashiki*, Die soziale Funktion des Gesetzbuches und des Juristen in den Rechtsvorstellungen Friedrichs des Grossen (2), in: *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* 32 (2004), 25 ff., 32 ff.

Recht überhaupt sowie die Pflichtenstellung der Person gegen sich, gegen andere und gegen Gott, also personale Aspekte. Der zweite Teil befasst sich mit dem Eigentum, das heißt mit Sachen. Im dritten Teil behandelt *Wolff* Art und Weise (*modus*) derivativen Eigentumserwerbs im allgemeinen und alle Geschäfte nach den Grundstrukturen des Versprechens (sozusagen allgemeines Schuldrecht), mithin rechtserhebliches Verhalten.

Wolff intensiviert in dieser Anordnung die bereits von *Gundlings* Darstellung gewählte Berührung von Eigentum und Verkehr um Eigentum als Nahtstelle zwischen der (vorwiegend) statischen Beschreibung der Sachzuordnung und der Dynamik des Rechtshandelns. Die *Wolffsche* Auffassung gewillkürten Eigentumserwerbs als eines Oberbegriffs für alle obligatorischen Aktivitäten steht später Modell für den französischen *Code civil*. Teile 4 und 5 des *Wolffschen* Werks führen einzelne Geschäfte aus (sozusagen als ein Besonderer Teil des Schuldrechts), Teil 6 die verschiedenen Ausprägungen des Eigentums (somit nochmals sächliche Gesichtspunkte), Teil 7 Herrschaft in der Familie (personale Fragen) und Erbfolge (sächliche Fragen), Teil 8 Herrschaft im Gemeinwesen (also nochmals personale Aspekte).

In komprimierter Form läßt *Christian Wolff* seine Überlegungen zudem als Grundsätze des Natur- und Völkerrechts erscheinen.⁹⁷ Die ausdrücklich so bezeichneten *Institutiones* sind gewissermaßen die Kurzanleitung für die Lektüre des großen wissenschaftlich durchgestalteten Naturrechts – so wie *Justinians* Institutionen der Wegweiser durch die *Digesten* sind. Auf Elementarfeststellungen zu Recht und zu den menschlichen Pflichten folgen in dem vierteiligen Buch Eigentum, Eigentumswechsel, Geschäfte, Rechte an Sachen, Herrschaft in Familie und Gemeinwesen sowie die Verhältnisse der Völker (Staaten) zueinander.

8. Wiederkehrende Anordnungen

Bereits mit diesen wenigen Beispielen aus neuzeitlichen Naturrechtslehren dürfte deutlich geworden sein, dass – bei allen Unterschieden in der Abfolge der Details und in der Ausprägung landes- oder ortseigentümlicher obrigkeitlicher Satzungen – das Recht als nach Stereotypen geordnetes Gedankengebäude vollkommen durchdringbar gemacht ist. Notwendig muss sich beim Leser längst ein Gefühl der Ermüdung eingestellt haben, weil die Schilderung der Systematik

⁹⁷ *Ch. Wolff*, *Institutiones Jure Naturae Et Gentium, In Quibus Ex Ipsa Homini Natura Continuo Nexu Omnes Obligationes Et Jura Omnia Deducuntur*, Halae Magdeburgicae, 1750; *Ch. Wolff*, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, worinn alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden*, Halle im Magdeburgischen, 1754.

zwar von Autor zu Autor fortschreitet, aber im Ergebnis eigentlich unverändert bleibt. Diese stetige Wiederholung nachzuempfinden ist Voraussetzung zum Verständnis aller Kodifikationen von der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts bis zum heutigen Tage.

Die systematische Konstanz wäre nicht zu erwarten, wenn es zur Begründung einer Naturrechtslehre genügte, sich von den Quellentexten des *corpus iuris civilis* und des *corpus iuris canonici* zu lösen. Sie ist aber unausweichlich, wenn die Naturrechtslehren die hinter den Textmassen stehenden Ordnungsprinzipien erkennen und beibehalten, welche Justinians Gesetzesredaktion ihrerseits lediglich vorgefunden hatte, welche die Durchdringung der Textkorpora seit dem hohen Mittelalter erlaubten und welche aus eben dieser Durchdringung erneut hervortraten. Die Naturrechtslehren bilden räumlich und zeitlich abstrahierte Rechtsordnungen ab und sind deswegen, allein der Vernunft folgend, notwendig auf eine systematische Entwicklung ihrer Inhalte angelegt. Diese Systematik muss aber diejenige der antiken, mittelalterlichen und neuzeitlichen römischen Rechtswissenschaft sein, weil sie den unabstreifbaren Erfahrungsschatz, den Lebenshorizont und die juristische oder philosophische Bildungssozialisation aller Autoren des neuzeitlichen Naturrechts ausmacht. Geradezu zwingend führt das Naturrecht auf die *Ulpianische* Identifikation des Rechts als einer wahren Philosophie zurück – gleichviel, ob jemand sich über Naturrecht äußert oder ob es sich um positives Recht handelt. Kennzeichnend ist beispielsweise die Feststellung des Leipziger Rechtsgelehrten *Karl Ferdinand Hommel* (1722–1781), dass die Rechtsgelehrtheit nur durch die Philosophie zu richtigen Begriffen und Aussagen gelangen könne und dass auf diesem Wege das positive Recht richtiger und aufgeklärter sei:

In allen Arten der Rechtsgelahrtheit ist die Philosophie diejenige Wissenschaft, ohne welche der Rechtsgelehrte mit wenigem Glücke arbeitet. Sie allein bringt richtige Begriffe, Schlüsse, Folgerungen und Beweise, und dadurch Ordnung, Deutlichkeit, Bestimmtheit und Anwendbarkeit in die positiven Gesetze, und in das System derselben. Ihr danken wir es in den neuern Zeiten, daß in den positiven Rechten vieles richtiger bestimmt und aufgeklärter ist, und wir finden es nachdrücklich bestätigt, daß Rom's alte Rechtsgelehrten den Begriff der Philosophie in die Bestimmung der Rechtsgelahrtheit mit Grunde aufnahmen.⁹⁸

⁹⁸ *K. F. Hommel*, Philosophische Gedanken über das Criminalrecht, herausgegeben von *K. G. Rössig*, Breslau, 1784 (Nachdruck 1998), S. 3 f.

VIII. „Naturrechtskodifikationen“

1. Ausgereifte Gestalt des Gesetzes

Für die Gesetzbücher aus der zweiten Hälfte des 18. und dem beginnenden 19. Jahrhundert hat sich die (nicht zeitgenössische) Bezeichnung als „Naturrechtskodifikationen“, „naturrechtliche Kodifikationen“ oder „Naturrechtsgesetzbücher“ etabliert.⁹⁹ Der Begriff scheint zunächst ein Widerspruch in sich zu sein, ist doch das Naturrecht von dem positiven Recht, in dem das Gesetz einen großen Anteil hat, zu trennen. Den Begriff der Naturrechtskodifikation darf man aber nicht (jedenfalls nicht allein) auf den Inhalt der Rechtssätze beziehen, sondern man muss ihn (vornehmlich) als Kennzeichnung der systematischen (vernunftgeprägten) Anlage von Kodifikationen seit der Mitte des 18. Jahrhunderts auffassen (unter Einschluss inhaltlicher Fortentwicklung gegenüber der Verschlingung von gemeinem Recht und Ortsrecht durch Anpassung an naturrechtliche Dogmen).

In dieser Zeit entwickeln sich die Gesetzbücher zu ihrer vollen Reife als Kodifikationen im anspruchsvollsten Sinne.¹⁰⁰ Die hier erreichte Ordnungskraft inspirierte die Gesetzgebung weltweit und bestimmt noch die Gesetzgebung der Gegenwart. Deswegen empfindet man in der Rückschau heute die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts und das 19. Jahrhundert als das Kodifikationszeitalter schlechthin. Die Wirkung auf die Konstruktion von Gesetzen reicht bis auf den heutigen Tag. Das Kodifikationszeitalter im Sinne einer von Kodifikationen im strengsten Sinne geprägten Rechtsordnung ist auch Gegenwart. Es würde nur niemand auf den Gedanken verfallen ein, zu Beginn des 21. Jahrhunderts geschriebenes, Gesetzbuch noch eine Naturrechtskodifikation zu nennen. Die Epoche der Naturrechtskodifikationen ist lediglich das erste halbe Jahrhundert, gewissermaßen die Aufbruchzeit der modernen Gesetzgebung.

2. Das friderizianische Projekt

a) Kennzeichnend für den von den Naturrechtslehren angestoßenen neuen Stil der Gesetzgebung ist die Vorstellung des preußischen Gesetzgebungsvorhabens in der Mitte des 18. Jahrhunderts, des *Project des Corporis Juris Fridericiani*. Auch wenn die insbesondere dem *Wolffschen* Großwerk entgegengebrachte Enthusiasmierung *Friedrichs des Großen* mit dem Voranschreiten der Bandzahlen merklich nachließ¹⁰¹, erhielt sich *Friedrich* doch eine grundsätzliche Begeiste-

⁹⁹ Siehe nur *H. Schlosser*, Grundzüge (oben Fn. 39), 5.

¹⁰⁰ Siehe oben II. zur Charakterisierung von Kodifikationen.

¹⁰¹ Siehe oben VII.7.

PROJECT
des
CORPORIS JURIS
FRIDERICIANI,

das ist,
K. Königl. Majestät in Preussen
in der Vernunft und Landes-Verfassungen
gegründetes

Sinn und Recht

worin
das Römische Recht in eine natürliche Ordnung,
und richtiges System, nach den dreien
OBJECTIS JURIS

gebracht:
Die General-Principia, welche in der Vernunft gegründet sind,
bey einem jeden Objecto festgesetzt, und die nöthige Conclusiones,
als so viel Gesetze, daraus deduciret:

Alle Subtilitäten und Fictions, nicht weniger was auf den
Teutschen Statum nicht applicable ist, ausgehasset:

Alle zweifelhafte Jura, welche in den Römischen Gesetzen
vorkommen, oder von den Doctoribus gemacht worden,
decidiret,

und folgergestalt *et cetera*

Ein JUS CERTUM und UNIVERSALE
in allen *et cetera* PROVINTZEN
statuirt wird.

Mit K. Königl. Poln. u. Chur-Sächs. wie auch Königl. Preuss. u. Chur-Brandemb.
allergnädigsten PRIVILEGIIS.

Freyherr

Zweite Auflage.

Von Velen

3 2 2 2,
In Verlegung des Wäpffenhaufes. Anno 1750.

Abbildung des Titelblatts von Project des Corporis Juris Fridericiani

rung für die vernunftgeprägte Ordnung des Gemeinwesens. Sein herrscherliches Selbstbewusstsein ließ ihn sich seinem bekannten Diktum zufolge als dessen erster Diener empfinden,¹⁰² weshalb es nur konsequent war, wenn er seiner absoluten Gesetzgebung bereitwillig die Zügel einer als höher empfundenen geistigen Ordnung anlegte und seine Gestaltungsmacht Prinzipien der Rechtsetzung unterwarf. Die ehrgebietenden naturrechtlichen Grundsätze und Grundsätze bilden eine Macht, die stärker als königliche Willkür wirkt.

b) Die Publikation des Vorhabens¹⁰³ lässt schon im Titelblatt Zielsetzung und Vorgehensweise zur Realisierung ablesen. Ausgangspunkt sind die örtlichen Verhältnisse (die „Landes-Verfassungen“) und das römische (das heißt: gemeine) Recht, mithin die über die Jahrhunderte gewachsene herrschende und von Ort zu Ort variierende Verbindung räumlich begrenzter und raumübergreifender Regeln. Diese Regel-Masse soll in eine vernunftgemäße, natürliche Ordnung gebracht werden. Das geschieht durch Aufbau des Regelwerks in einem schlüssigen System. Das „richtige“ System entfaltet sich in den drei Grundbegriffen des Rechts, den *objecta juris*. Die Grundbegriffe aufzuzählen scheint überflüssig zu sein. Jeder interessierte Leser weiß, dass es die Person, der Gegenstand und das Rechtshandeln sind. Zu den Grundbegriffen werden mit Hilfe der Vernunft allgemeine Regeln (*General-Principia*) entwickelt und dann die besonderen Regeln (*conclusiones*) im Einzelnen, so wie sich die Notwendigkeit dazu ergibt. Alle Sophistereien und Künsteleien („Subtilitäten und Fictions“), wohl begründete und unangebrachte Zweifel der übereifrigen Rechtsgelehrten, werden hierbei ebenso eliminiert wie das, was auf die Verhältnisse in Deutschland nicht passt. So entsteht ein neues Land-Recht, also ein positives Recht, das jedoch ein naturrechtliches Gerüst hat. Dieses Landrecht ist zuverlässig fasslich (*certum*) und (in Bezug auf das Territorium) universell. Die Erwähnung des Fürstennamen im Titel des Projekts offenbart das an *Justinian* und *Friedrich I. von Hohenstaufen* erinnernde Sendungsbewusstsein des preußischen *Friedrich*.

3. *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*

a) Das preußische Gesetzbuch benötigte beinahe die ganze zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts bis zu seinem endgültigen Inkrafttreten als Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten im Jahre 1794. Bereits in der Mitte des 18. Jahr-

¹⁰² *Friedrich II. von Preußen*, *Réfutation du Prince de Machiavel* [„L'Anti-Machiavel“], Ausgabe in: *Th. Besterman* (Hrsg.), *Studies on Voltaire and the Eighteenth Century*, Volume V, 1958, S. 169 ff., Kapitel 1 (S. 175): *Il se trouve que le souverain, bien loin d'être le maître absolu des peuples qui sont sous sa domination, n'en est lui-même que le premier domestique.*

¹⁰³ *Project des Corporis Juris Fridericiani*, das ist Sr. Königl. Majestät in Preussen in der Vernunft und Landes-Verfassungen gegründetes Land-Recht, 2. Auflage, Halle, 1750.

hunderts hingegen gelingt die bayerische Kodifikation. Sie löst sich bei weitem nicht so stark wie das preußische Gesetzbuch vom gemeinen Recht. Im Gegenteil liest das bayerische Gesetzbuch von 1756, der *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*¹⁰⁴, sich mehr als ein Leitfaden durch das römische Recht, durchsetzt mit lateinischen Begriffen und Zitaten aus dem *corpus iuris civilis*, überall juridisches Wissen voraussetzend und nicht in neu formulierten Regeln zu spontanem Verständnis des Lesers ausdrückend.

Gleichwohl fällt die Selbstbezeichnung des Herrschers im bayerischen Gesetzbuch nach dem Muster des seit dem Mittelalter sogenannten *Codex Iustinianus* auf. Darin drückt sich die Behauptung einer Neuschöpfung aus. In der Tat erlebt der Leser eine bislang nicht realisierte straffe Ordnung der Materie eben nach den vernunftgemäßen Kriterien, welche das friderizianische Projekt für Preußen in Aussicht stellte. Das bayerische Gesetzbuch verdrängt das gemeine Recht zwar nicht, sondern bereitet ihm lediglich eine neue Zugänglichkeit. Aber es überwindet seine Einteilung in die mehreren Zusammenstellungen, welche Justinians Redaktion wählte, um die Herkunft des ausgewählten Materials deutlich erkennbar zu halten. Was das *corpus iuris civilis* – thematisch notgedrungen wiederkehrend – aus den alten Juristenschriften, getrennt davon aus dem Archiv der kaiserlichen Kanzlei und als Neufassung des gajanischen Anfängerlehrbuchs je eigens aufzeichnete und was um Novellen noch bereichert wurde, das bündelt das bayerische Zivilgesetzbuch in einem Durchgang. Auch wenn das konsequente Haften an den Begriffen und Klagearten des gemeinen Rechts und die fortwährenden Verweisungen in das weitergeltende *corpus iuris civilis* den *Codex Maximilianeus* nicht wirklich zu einem voraussetzungslos lesbaren Buch machen können, erzielt Bayern mit der gedanklichen Anordnung doch einen wesentlichen Fortschritt zu möglichst fasslicher Gesetzgebung:

b) Im ersten von vier Teilen des *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* treten zunächst allgemeine Erwägungen über Rechte und Pflichten sowie die Quellen des Rechts zutage¹⁰⁵. Unter anderem ist hier ausgedrückt, dass das römische Recht weiterhin hilfsweise gilt, soweit das Landesrecht keine besondere Regelung aufweist.¹⁰⁶ Den allgemeinen Bestimmungen folgen die Rechte und Pflichten der nach ihren Ständen angesprochenen Personen, familiäre Verbindungen, Pflegschaften, Vormundschaften und Leibeigenschaft¹⁰⁷ – mithin alles, was zum Gesichtspunkt „Person“ gehört. Dem schließen sich in einem zweiten Teil die Regelungen zu Pflichten und Rechten in Ansehung von Hab und Gut an¹⁰⁸ – also

¹⁰⁴ Ausgabe: *Codex Maximilianeus Bavaricus, Civilis. Oder Neu Verbessert- und Ergänz-Chur-Bayrisches Land-Recht*, München, 1756.

¹⁰⁵ *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*, 1.1 und 1.2.

¹⁰⁶ *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*, 1.2.9.

¹⁰⁷ *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*, 1.3 bis 1.8.

¹⁰⁸ *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*, Zweyter Theil.

der Aspekt „Sache“. Der vierte Teil behandelt Conventionen, Quasi-Contracte, Bezahlung, weitere Verbindlichkeiten, Delikte und Lehen – das heißt hauptsächlich rechtserhebliches Verhalten mit einem gewissen Einschlag zu Sachen.

Der dazwischen liegende dritte Teil behandelt die Erbfolge¹⁰⁹; dies ist wegen der Frage nach Sukzession überhaupt¹¹⁰ und Erbfolge ohne letztwillige Verfügung (*ab intestato*¹¹¹) zum einen eine Fortsetzung des Themas Sache, enthält aber mit den Regelungen über Testamente, Codicille und weiteren Themen gewillkürter Vermögensnachfolge¹¹² überwiegend Elemente rechtlich erheblichen Verhaltens. Es leuchtet ein, das Thema der Vermögensnachfolge als Brücke zwischen das Sachenrecht und das Obligationenrecht zu setzen. Diese bei den Naturrechtslehrern (beispielsweise *Grotius* und *Wolff*)¹¹³ schon eingesetzte Brückenfunktion wird später der französische *Code civil* für seine höchstmögliche Verdichtung auf drei Teile nutzen. Im Gesamtbild zeigt sich eine strenge Ausrichtung der vier Teile des bayerischen *Codex* auf die kurz zuvor im friderizianischen Projekt betonten drei Grundbegriffe des Rechts, wie sie zuvor noch kein Gesetzbuch als Gliederungsprinzip aufgewiesen hatte. Dabei ist hier wie auch in allen folgenden Zivilgesetzbüchern der Grundbegriff *actio* auf die Erzeugung einer Rechtsposition aus menschlichem Verhalten an sich reduziert und seiner prozessualen Komponente entkleidet, indem das gerichtliche Verfahren überall gesonderten Kodifikationen vorbehalten bleibt.

4. Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten

a) Nach einem halben Jahrhundert der Konzeption und Reifung wird im Jahre 1794 das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten¹¹⁴ wirksam. Seine Einleitung stellt Grundregeln zum Umgang mit dem Gesetz und Grundsätze des Rechts auf. Derartige General-Überlegungen der bezifferten Gliederung des Gesetzbuches voranzuschicken (und nicht wie noch im bayerischen *Codex* den Anfang eines ersten Teils zu machen) wird kurz darauf im französischen *Code civil* wiederkehren. Diese Disposition dient der klareren Hervorhebung des Drei-Punkte-Schemas, weil die Zählung der drei Hauptbegriffe unbelastet bleibt.

Die drei Hauptbegriffe geben zwar keine Dreiteilung des preussischen Gesetzestextes vor. Das Allgemeine Landrecht zerfällt vielmehr auf der obersten Gliederungsebene in nur zwei Teile. Aber der erste Teil beginnt mit drei Titeln,

¹⁰⁹ *Codex Maximilianus Bavaricus civilis*, Dritter Theil.

¹¹⁰ *Codex Maximilianus Bavaricus civilis*, 3.1.

¹¹¹ *Codex Maximilianus Bavaricus civilis*, 3.12.

¹¹² *Codex Maximilianus Bavaricus civilis*, 3.2 bis 3.11.

¹¹³ Siehe oben zu VII.

¹¹⁴ Ausgabe: *H. Hattenbauer* (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, 3. Aufl., 1996.

die exakt die drei Begriffe als Ausgangspunkte aller weiteren Bestimmungen abbilden. Sie handeln „Von Personen und deren Rechten überhaupt“¹¹⁵, „Von Sachen und deren Rechten überhaupt“¹¹⁶ sowie „Von Handlungen und den daraus entstehenden Rechten“¹¹⁷. Die drei ersten Titel zeigen die im friderizianischen Projekt angekündigten General-Prinzipien auf der Basis der drei Rechtsobjekte *persona*, *res*, *actio* (also hinausgehend über das Präliminar-Buch in der Darstellung von *Domat*, welches nur zu Person und Sache Grundsätzliches sagte¹¹⁸). Alles andere ist aus den Elementen gewonnene Deduktion (*conclusiones*).

b) Man erkennt hier bereits den Plan eines Allgemeinen Teils gemäß dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1896 – insbesondere wenn man darauf schaut, dass sich im Allgemeinen Landrecht die beiden folgenden Titel mit Willenserklärungen¹¹⁹ und Verträgen¹²⁰ im allgemeinen beschäftigen. In der Anordnung des Allgemeinen Landrechts hingegen verstehen sich die Titel 4 und 5 des Ersten Teils schon als – wenngleich noch sehr abstrakte – Folgerungen aus den Grundaussagen der ersten drei Titel. Die Folgerungen in Titeln 4 und 5 sind ebenso dem Hauptaspekt „Rechtshandlung“ (*actio*) zuzurechnen wie der Titel 6, welcher unerlaubte Handlungen beschreibt¹²¹. Titel 7 (betreffend Gewahrsam und Besitz)¹²² und 8 (betreffend Eigentum)¹²³ wechseln das Thema zur Sache hin. Ab Titel 9 erscheinen die Regeln zum Eigentumserwerb (Erwerbung des Eigentums unter Lebendigen¹²⁴). Sie bergen nach naturrechtlichem Vorbild (zum Beispiel nach *Grotius*¹²⁵ und wegen Verwendung des Eigentumserwerbs als Oberbegriff insbesondere nach *Wolff*¹²⁶) unter anderem den gesamten Geschäftsverkehr. Hier ist der Aspekt der Rechtshandlung betont. Später kehrt das Allgemeine Landrecht zu mehr statischer Betrachtung von Eigentum, also zum Aspekt Sache, zurück und behandelt Eigentum mehrerer Inhaber, Lehen, Rechte an Sachen.¹²⁷

c) Der zweite Teil des Allgemeinen Landrechts widmet sich Ehe und Familie¹²⁸, also vornehmlich personalen Aspekten, allerdings verknüpft mit sächlichen

¹¹⁵ Allgemeines Landrecht 1.1.

¹¹⁶ Allgemeines Landrecht 1.2.

¹¹⁷ Allgemeines Landrecht 1.3.

¹¹⁸ Siehe oben VII.3.

¹¹⁹ Allgemeines Landrecht 1.4.

¹²⁰ Allgemeines Landrecht 1.5.

¹²¹ Allgemeines Landrecht 1.6.

¹²² Allgemeines Landrecht 1.7.

¹²³ Allgemeines Landrecht 1.8.

¹²⁴ Allgemeines Landrecht 1.11.

¹²⁵ Siehe oben VII.2.

¹²⁶ Siehe oben VII.7.

¹²⁷ Allgemeines Landrecht 1.17 bis 1.23.

¹²⁸ Allgemeines Landrecht 2.1 bis 2.4.

Gesichtspunkten bei Regelung des Familienvermögens¹²⁹. Die anschließenden Bestimmungen zu Gesinde¹³⁰ und Gesellschaften¹³¹, zu den Ständen (Bauern Bürger, Adel)¹³², zu Beamten¹³³ und Kirchen¹³⁴, zu Schule¹³⁵, Staat¹³⁶, Vormundschaft¹³⁷ und (zum Abschluss des ersten Teils) Anstalten¹³⁸ sind wiederum personal angesetzt (auf den nächsttieferen Gliederungsebenen zuweilen mit deutlich sachbezogenem Einschlag, zum Beispiel beim Umgang mit herrenlosen Sachen¹³⁹). Der letzte Titel kehrt mit den Verbrechen¹⁴⁰ nochmals zur Rechts-handlung zurück. Es zeigen sich mithin in der Durchführung deutliche Schwerpunkte, doch wechseln sie einander wiederkehrend ab. Nicht hingegen folgen die landrechtlichen Konklusionen zu den drei Hauptbegriffen (auch hier *actio*, Rechts-handlung, nurmehr rein materiellrechtlich aufgefasst) in je einem einzigen Zuge.

5. Code Civil des Français

a) Die stärkste Zuspitzung wagt dann jedoch im Jahre 1804 der *Code Civil des Français*¹⁴¹. Wie das preußische Allgemeine Landrecht (und auch entsprechend dem Vorbild des *Traité des Loix* von Jean Domat¹⁴²) schickt das französische Zivilgesetzbuch in einem Vorwegtitel (*Titre Préliminaire*) Grundregeln zur Wirkung der Gesetze voran. Dann aber legt der *Code* in radikaler Komprimierung das Schema der drei Hauptbegriffe auf der höchsten Gliederungsebene über das gesamte Gesetz. Es zerfällt in drei Bücher. Das erste widmet sich den Personen (*Livre I^{er}. Des personnes*). Das Zweite Buch behandelt die Güter mit den verschiedenen Abstufungen des Eigentums (*Livre II. Des biens, et des différentes modifications de la propriété*), mithin die Sachen. Und das Dritte Buch enthält unter der Angabe, die verschiedenen Arten und Weisen des Eigentumserwerbs zu regeln (*Livre III. Des différentes manières dont on acquiert la propriété*),

¹²⁹ Allgemeines Landrecht 2.4.

¹³⁰ Allgemeines Landrecht 2.5.

¹³¹ Allgemeines Landrecht 2.6.

¹³² Allgemeines Landrecht 2.7 bis 2.9.

¹³³ Allgemeines Landrecht 2.10.

¹³⁴ Allgemeines Landrecht 2.11.

¹³⁵ Allgemeines Landrecht 2.12.

¹³⁶ Allgemeines Landrecht 2.13 bis 2.17.

¹³⁷ Allgemeines Landrecht 2.18.

¹³⁸ Allgemeines Landrecht 2.19.

¹³⁹ Allgemeines Landrecht 2.16.

¹⁴⁰ Allgemeines Landrecht 2.20.

¹⁴¹ Ausgabe: Code Civil Des Français, À Paris, XII – 1804. Geraffter Überblick zu Konzeption und Wesenszügen des französischen Zivilgesetzbuches durch K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., 1996, § 7.

¹⁴² Siehe oben VII.3.

alle Rechtsübergänge, Rechtsgeschäfte, Delikte und sonstige Schuldverhältnisse, mithin die Rechtshandlungen (ohne prozessualen Aspekt).

b) Die Zusammenfassung der Rechtshandlungen unter der Rubrik des Eigentumsübergangs hatte sich in den Naturrechtslehren (Eigentumserwerb als ein Fall von Rechtshandlungen bei *Grotius*¹⁴³, Eigentumserwerb als Oberbegriff für Rechtshandlungen bei *Wolff*¹⁴⁴) angekündigt und findet nähere Vorbilder in der Themenabfolge des bayerischen *Codex*¹⁴⁵ sowie in dem ähnlich bezeichneten Titel¹⁴⁶ des preußischen Allgemeinen Landrechts¹⁴⁷. Eine Besonderheit des französischen Gesetzbuches liegt indessen darin, dass nun sämtliche Schuldverhältnisse, vertragliche wie nichtvertragliche, auch wenn sie nichts mit einem Eigentumswechsel gemein haben, bis hin zum Delikt unter die Überschrift vom Eigentumserwerb gefasst werden. Der Eigentumserwerb ist hier also lediglich ein nicht strikt aufzufassender stellvertretender Begriff – *pars pro toto*. Er meint *actio*.

c) Mit dem Stichwort „Eigentumswechsel“ gelangt im Dritten Buch des *Code civil* gewissermaßen Dynamik in die vorangehende statische Betrachtung der Personen und der Gegenstände. Nun entfaltet sich das Zivilrecht als ein Verkehr unter den Rechtsteilnehmern um Rechtsobjekte. Die Objekte werden neu zugeordnet und die Rechtsteilnehmer gehen Bindungen aneinander ein. Die Repräsentation aller im dritten Buch geregelten Rechtshandlungen durch den besonders markanten Vorgang eines Eigentumswechsels ist zugleich Erklärung für das dem mitteleuropäischen Recht fremd anmutende, bis auf den heutigen Tag fortgeltende Erfordernis, dass jedes Geschäft eine rechte Motivation haben muss: Kein Vertrag (*convention*) ohne gesetzeskonformen und sittengemäßen und der öffentlichen Ordnung nicht zuwiderlaufenden Beweggrund (*cause licite*).¹⁴⁸ Im heutigen deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch¹⁴⁹ erscheinen Obligation und obligationsgemäße Leistung scharf voneinander getrennt. Die Leistung vollzieht sich wirksam, auch wenn möglicherweise eine Obligation fehlt. Insbesondere ist nach heutigem deutschen Recht der Eigentumserwerb „abstrakt“ möglich¹⁵⁰, also gänzlich ohne Verpflichtung beispielsweise aus Kauf. Die Beteiligten müssen nicht einmal zumindest denken, es bestehe eine Verpflichtung. Aber der grund-

¹⁴³ Siehe oben VII.2.

¹⁴⁴ Siehe oben VII.7.

¹⁴⁵ Siehe oben 3.

¹⁴⁶ Allgemeines Landrecht 1.11: Von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums unter Lebendigen.

¹⁴⁷ Siehe zuvor 4.

¹⁴⁸ Art. 1108, 1131–1133 *Code civil*.

¹⁴⁹ Zum Aufbau des deutschen BGB unten 7.

¹⁵⁰ Namentlich im Falle einer beweglichen Sache gemäß § 929 Satz 1 BGB durch eine isolierte Einigung über den Eigentumswechsel in Verbindung mit der Aushändigung.

losen Leistung schließt sich eine Rückforderungsmöglichkeit an. In seiner Regelung zur Kondiktion¹⁵¹ kennt also auch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch sehr wohl den Rechtsgrund. Er erscheint lediglich nicht als positiv angeführtes Merkmal für das wirksame Geschäft, sondern als negativ formuliertes Merkmal, um ein unerwünschtes Ergebnis (den wirksamen Empfang der Leistung ohne Anspruch auf sie) im Interesse des Leistenden zu korrigieren. Überdies kann Gesetzwidrigkeit¹⁵² oder Sittenwidrigkeit¹⁵³ außer der Leistungsverpflichtung auch die Leistung selbst – wenn sie an und für sich einen Rechtsakt darstellt – ungültig sein; das ist ebenfalls ein negatives Merkmal.

Im französischen Gesetzbuch ist die positive Verwendung des Rechtsgrundes (*cause*) als Erfordernis zum Schuldvertrag eine aus der systematischen Kennzeichnung des Dritten Buches hervorgerufene Vereinigung römischer und gemeinrechtlicher Vertragslehre mit dem ebenfalls römischen und gemeinrechtlichen Satz, dass eine Übereignung durch Übergabe (*traditio*) nur mit einem geeigneten Grund, einem rechtlich anerkennenswerten Titel (*iusta causa; iustus titulus*) wirksam ist – wobei es dem römisch-gemeinen Recht freilich genügte, wenn der Grund von den Beteiligten angenommen wurde, mochte er auch in Wirklichkeit fehlen oder mochten die Parteien unterschiedliche Auffassungen von der Art des Grundes haben.¹⁵⁴ Die deutsche Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts wird die gemeinrechtliche kausale Anknüpfung des Eigentumswechsels abstreifen. Das französische Gesetzbuch hingegen verleiht der Verknüpfung von Eigentumsübergang und Grund für ihn ein systembestimmendes Gewicht:

Der *Code civil* nimmt den Eigentumswechsel mit seiner Hervorhebung in der Überschrift für das Dritte Buch zum Muster für Anspruchsbeziehungen überhaupt. Damit steigt zwangsläufig das gemeinrechtliche *causa*-Erfordernis (*titulus*-Erfordernis) auf eine höhere Ebene und wird als *cause licite* zum Merkmal aller Geschäfte. Die zum Eigentumserwerb benötigte Kausalität verschmilzt so mit einer anderen *causa*, mit der rechten Motivation zu einem nicht in die überlieferten Kategorien passenden Vertrag, der *causa* für einen „nackten“, von den Parteien frei ersonnenen Vertrag (*pactum nudum*). In jahrhundertelanger mühsamer Diskussion hatte das gemeine Recht den Vertrag als universelles Gefäß für jegliches Anliegen entwickelt. Doch blieb, insbesondere in der französischen Literatur des 18. Jahrhunderts, als ein notwendiger Beleg für die Ernsthaftigkeit der Willensbildung das einschränkende Merkmal zurück, dass für die Übereinkunft der Vertragspartner ein Grund (*causa; cause*) erkennbar zu sein habe. Diesen Weg hatte ein *Ulpian*-Zitat in den *Digesten* gewiesen. Man konnte dort

¹⁵¹ § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 oder Satz 2 BGB.

¹⁵² § 134 BGB.

¹⁵³ § 138 BGB.

¹⁵⁴ Siehe zum Beispiel *Institutiones* 2.1.41; *Digesten* 41.1.10.5, 41.1.36.

lesen, dass der nackte Vertrag (*nuda pactio*) keine Wirkung hat, weil er keine Grundlage (*causa*) hat.¹⁵⁵

Wenn man *Ulpian's* Befund als ausnahmslos hinnimmt, kann es nie einen wirksamen „nackten“ Vertrag geben. Der „nackte“ Vertrag ist eben deswegen „nackt“, weil er keinen guten Grund für seine Geltung vorzuweisen vermag. Man kann aber den Befund von Unklagbarkeit des „nackten“ Vertrages nicht nur als Gleichsetzung von „nackt“ und „unbegründet“ empfinden. Vielmehr kann man ihm auch den Hinweis entnehmen, dass die ergebnisoffene Suche nach einem Geltungsgrund möglich ist, das heißt, im Einzelfall doch ein geltungstiftender Grund auffindbar sein mag. Die Unklagbarkeit ist dann zwar überwiegende Beobachtung. Von dieser Regel kann es aber Abweichungen geben. So gelangt man zur Aussage, dass ein untypischer und deswegen nur auf den ersten Blick nackter Vertrag wirksam sein mag, wenn er nun doch einmal einen guten (also die Nacktheit bedeckenden) Grund aufweist (namentlich den Wunsch nach Leistungsaustausch, ein von den Vertragsparteien gewolltes Synallagma).¹⁵⁶

d) Ist es aber der gute Grund, welcher dem Vertrag seine Wirkkraft gibt, so muss dieser für alle Geschäfte gelten – auch für die wohlüberlieferten, typischen, nicht „nackt“ erscheinenden, sondern mit dem Gewand ihrer uralten Klagbarkeit bekleideten Verträge. Bei den von alters her anerkannten Verträgen wie etwa Kauf, Miete, Gesellschaft, Schenkung und so fort, macht man sich in der Regel keine prinzipiellen Gedanken über ihre Gültigkeit, weil sie so geläufig sind. Ihnen als spezifizierten Verträgen (*contractus specificati*) gesteht das gemeine Recht ohne weiteres zu, dass sie ihren Rechtsgrund in sich selbst tragen, ihrer selbst Grund sind (*qui sunt causa suiipsius*).¹⁵⁷ Das steht im Gegensatz zum frei erfundenen und nicht wenigstens mit der Förmlichkeit einer Stipulation (dessen für sich genommen grundlegende Funktion im Mittelalter freilich umstritten war, was die Stipulation zu einer kausalen Anknüpfung neigen ließ) bekleideten Geschäft. Der Grund eines wohleingeführten Geschäftes ist nur ein selbstverständlicher Befund, kein Aufmerksamkeit forderndes Merkmal, welches in jedem Einzelfall überprüft werden müsste.

¹⁵⁵ Digesten 2.14.7.4.

¹⁵⁶ Zur Entwicklung der Lehre vom *pactum nudum* und der Rolle der *causa* hierbei lies *Alfred Söllner*, Die *causa* im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, Diss. Frankfurt am Main, 1958; *K.-P. Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985; *K. Luig*, *Causa* und *Innominatvertrag* in der Vertragslehre zur Zeit des Naturrechts, in: *Letizia Vacca* (Hrsg.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. II Congresso Internazionale ARISTEC. Palermo-Trapani, 7–10 giugno 1995, 1997, S. 217ff.; *Y. Ruland*, Die *Causa* der Obligation. Rechtshistorische und rechtsvergleichende Perspektive nach Einführung des *Nieuw Burgerlijk Wetboek* in den Niederlanden, 2004; *T. Bremkamp*, *Causa*. Der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts, 2008.

¹⁵⁷ *Baldus de Ubaldis* (1327–1400), In *Quartum & Quintum Cod. Lib. Commentaria*, Venetiis, 1599, Nachdruck 2004, Rdn. 23 f. zu C.4.30.13 (fol. 83v.).

Von dem Augenblick an aber, in welchem der Grund als verbindendes Merkmal aller Geschäfte herausgestellt wird, ist er unausweichlich Prüfungsgesichtspunkt (jedenfalls theoretisch; praktisch wird man sich auf die Prüfung in denjenigen Fällen beschränken, wo wegen Gesetzes-, Sitten-, Ordnungswidrigkeit Bedenken bestehen). Und mit der Exposition der *cause* als Systemkriterium wird die Wahl des Eigentumserwerbs als Muster der Rechtsbeziehungen in der Bezeichnung des Dritten Buches im *Code civil* perfekt. Der in der Überschrift benannte Eigentumserwerb führt weiter zum Vertrag, und der Vertrag lenkt seinerseits den Blick auf alle Obligationen (auch auf die nichtvertraglichen).

Noch deutlicher als im französischen Original wird die systembedingte Ausstrahlung des Titels zum Eigentumserwerb in das ganze Vertragsleben in dem nach dem Vorbild des *Code civil* verfassten niederländischen Zivilgesetzbuch: Im *Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland* vom Jahre 1809¹⁵⁸ spricht die Überschrift zum Dritten Buch von den verschiedenen Arten und Titeln, auf welche und kraft welcher Eigentum erlangt wird.¹⁵⁹ Wie im *Code civil* erscheint daraufhin als allgemeines Erfordernis für „Verträge oder Konventionalverbindlichkeiten“ (*contracten of conventionele verbindtenissen*) der gesetzmäßige Beweggrund, die erlaubte Ursache (*wettige oorzaak; geoorloofde oorzaak*).¹⁶⁰ Weitergehend als das französische Gesetzbuch legt so das niederländische schon in der Bezeichnung des Dritten Buches mit dem Begriff des Titels (welcher beim Eigentumserwerb dasselbe wie Ursache bedeutet) die gedankliche Verbindung zum Vertrag und damit zum Obligationenrecht offen.

6. Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch

a) Gleichauf mit dem preußischen und dem französischen Gesetzbuch gibt das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch vom Jahre 1811¹⁶¹ in einer Einleitung Regeln über das bürgerliche Gesetz überhaupt vor. Die darauf folgende Dreiteilung des Gesetzbuches lässt äußerlich vermuten, dass auch die weitere Darstellung des österreichischen Gesetzbuches dem französischen Muster exakter Wiedergabe der Grundbegriffe in je einem Hauptabschnitt folgt. Bei näherer Betrachtung ist das jedoch nicht der Fall. Vielmehr enthält der dritte Teil einige übergreifende Regelungen zu den ersten beiden Teilen, gewissermaßen als ein nachgereicherter Allgemeiner Teil – der allerdings nicht in einer Gesamtschau

¹⁵⁸ *Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland*, erschienen 1809 in der Koninklijke Staatsdrukkerij.

¹⁵⁹ *Derde Boek. Van verschillende wijze en titeln, op en uit krachte van welke eigendom verkregen wordt.*

¹⁶⁰ Art. 1021, 1047–1049 *Wetboek Napoleon*.

¹⁶¹ Ausgabe: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, I. Theil bis III. Theil sowie Alphabetisches Register, Wien, 1811.

von den Grundbegriffen ausgeht, sondern nur einige Aspekte um Befestigung, Änderung, Aufhebung, Verjährung und Ersitzung von Rechten behandelt.

b) Das Schwergewicht liegt in den ersten beiden Teilen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. Der Erste Teil behandelt die Personen (*Erster Theil. Von dem Personen-Rechte*). Der Zweite Teil führt die Sachen aus (*Zweyter Theil. Von dem Sachenrechte*). Die Sachen werden dort aber zunächst eingeteilt. Unter anderem unterscheidet § 292 ABGB körperliche Sachen von unkörperlichen, das heißt Rechten. Die Rechte trennt § 307 ABGB wiederum nach dinglichen Rechten und persönlichen Sachenrechten. Damit enthält der zweite Teil nichts anderes als eine Gliederung gemäß den Hauptbegriffen Sache (*res*) und Rechtshandlung (*actio*). Denn nach den geschilderten begrifflichen Auffächerungen widmet sich eine Erste Abteilung den dinglichen Rechten und führt Besitz, Eigentum und Erbfolge aus¹⁶², also das Element Sache. Die Zweite Abteilung regelt die persönlichen Sachenrechte¹⁶³ und stellt sich als das vollständige Obligationenrecht heraus, behandelt also das Element Rechtshandlung. Somit ist auch das österreichische Zivilgesetz vollkommen auf die drei Grundbegriffe hin konzipiert – was selbstverständlich hier ebensowenig wie in den anderen Gesetzbüchern sagen will, dass inhaltliche Anliegen neben dem systematisierenden Ordnungswillen keine oder lediglich eine untergeordnete Rolle gespielt hätten¹⁶⁴.

7. Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch¹⁶⁵ endlich verzichtet auf einen Vorschaltitel über das Gesetz im allgemeinen, wie er in Bayern, Preußen, Frankreich und Österreich begegnet war. Jedoch bildet es das erste seiner fünf Bücher als einen Allgemeinen Teil aus, worin, wie in den ersten Titeln der preußischen Kodifikation die drei Grundbegriffe eine erste Entfaltung erfahren: Natürliche Person und Verbände erscheinen im Abschnitt 1 (§§ 1 ff., 21 ff. BGB), Sachen in Abschnitt 2 (§§ 90 ff. BGB), Rechtshandlungen ab Abschnitt 3 (§§ 104 ff. BGB). Die weiteren Bücher führen dann alle Rechtsverhältnisse im Einzelnen aus. Die

¹⁶² §§ 309 ff. ABGB.

¹⁶³ §§ 859 ff. ABGB.

¹⁶⁴ Siehe beispielsweise über die rechtspolitischen Vorstellungen, welche *Franz von Zeiller*, der Redaktor des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, zu Beginn des 19. Jahrhunderts in den Vordergrund rückte, *B. Schilcher*, Rechtsprinzipien als Grundlage von Kodifikationen. Was der Legist Franz v. Zeiller heute noch zur nationalen und europäischen Rechtsentwicklung beitragen kann, in: *J. Desput/G. Kocher* (Hrsg.), *Franz von Zeiller. Symposium der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz und der Steiermärkischen Landesbibliothek* am 30.11.2001, 2003, S. 21 ff.

¹⁶⁵ Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 18. August 1896, Reichs-Gesetzblatt 1896, 195.

Schuldverhältnisse in Buch 2 haben ihr Schwergewicht beim rechtserheblichen Verhalten, das Sachenrecht in Buch 3 seiner Bezeichnung entsprechend bei den Sachen. Das Familienrecht in Buch 4 ist eine zumeist personale Thematik mit vermögensbezogenen (sächlichen) Aspekten. Das Erbrecht in Buch 5 schließlich ist als Regelwerk der Vermögensneuzuordnung überwiegend sächlich orientiert, enthält aber mit den letztwilligen Verfügungen und anderen willkürlichen Gestaltungen auch starke Anteile an Rechtshandlungen.

8. Fazit

Allen zuvor umrissenen Gesetzbüchern ist der strenge Ordnungswille gemein. Er prägt weltweit eine unüberschaubare Anzahl von Gesetzbüchern, die seit der Mitte des 18. Jahrhunderts bis zur Gegenwart entstanden und entstehen. Besonders häufige Nachahmung fand das französische Gesetzbuch.

IX. Systematisierung des angelsächsischen Common Law

1. England und Vereinigte Staaten von Amerika

a) Nicht allein die Gesetzbücher Kontinentaleuropas und anderer Erdteile spiegeln das Ringen um vernunftgeleitete Gliederung von Recht. Auch die aus der Analyse der Fälle gespeiste angelsächsische Rechtsordnung entwickelte eine kodifikationsähnliche systematische Ordnung. Englische und nordamerikanische Wissenschaft des 18. und des 19. Jahrhunderts bildet das *Common Law* in eben den aus der naturrechtlichen Neudurchdringung des römischen Rechts hervorgetretenen Kategorien ab. Dies ist nicht bloß abstrakte Übernahme einer Struktur aus fremdem Recht, sondern hat auch einen inhaltlichen Grund in gemeinsamer Verwurzelung im römischen Recht. Das römische Recht ist aus angelsächsischer Perspektive nicht nur eine antike Vergangenheit (insofern: *Roman Law*), sondern hat im Mittelalter eine gelehrte Präsenz¹⁶⁶ (insofern: *Civil Law*), neben welcher sich nach und nach, allmählich vorwiegend, eine Lehre vom englischen, aus örtlicher Rechtsüberzeugung und Tradition erwachsenden, gemeinen Recht¹⁶⁷ (*Common Law*; ergänzt um Billigkeitsentscheidungen im Gerichtshof

¹⁶⁶ Siehe nur im 12. Jahrhundert *Vacarius* mit seinem Studienbuch zum römischen Recht, welches in Anbetracht der Vermögensverhältnisse des studentischen Leserkreises als Buch der Armen (*Liber pauperum*) populär wurde. Englisch-lateinische Ausgabe: *F. de Zulueta* (Hrsg.), *The Liber Pauperum of Vacarius*, 1927.

¹⁶⁷ Beispielsweise im 13. Jahrhundert *Henry de Bracton*, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*. Lateinisch-englische Ausgabe: *S. E. Thorne* (Übersetzer), *Bracton, On the Laws and Customs of England*, 4 Bände, 1968 bis 1977.

des königlichen Kanzlers: *equity*) im Unterschied zum kontinentaleuropäischen, römisch bleibenden *ius commune* ergibt.¹⁶⁸

b) Bereits die mittelalterliche Wissenschaft vom englischen Recht eignete sich die Gliederungsweise des römischen Rechts an – oder besser gesagt: die Wissenschaft vom englischen Recht erwuchs aus der Wissenschaft vom römischen Recht. So stellt im 13. Jahrhundert *Henry de Bracton* (um 1210 bis 1268) seine Gesamtdarstellung des englischen Rechts¹⁶⁹ unter die *gajanische* Grundannahme¹⁷⁰, dass jede rechtliche Aussage sich auf die Aspekte Person, Sache oder rechtliches Verhalten zurückführen lässt: *Quod omne ius pertinet vel ad personam, vel ad res, vel ad actiones.* – *That all law relates either to persons, things or actions.* Dementsprechend beschreibt *Bracton* das englische Recht im Einzelnen mit einer den Grundbegriffen folgenden Einteilung. Diese aus dem römischen Recht gewonnene Systematik erhält sich über die Jahrhunderte trotz zunehmender inhaltlicher Verselbständigung des englischen Rechts gegenüber seinen römischen Ausgangspunkten aufrecht. Eine in England und eine in den Vereinigten Staaten von Nordamerika verbreitete neuzeitliche Lehrdarstellung sollen zur Veranschaulichung des Bemühens aufgezeigt werden, die Fülle der Einzelgesichtspunkte durch eine tradierte Systematik, getragen von einem durch neuzeitliche Naturrechtslehren erneuerten Ordnungswillen, zu bändigen.

c) Ab dem Jahr 1765 veröffentlichte der englische *Solicitor General* (Kronanwalt) *William Blackstone* (1723–1780) seinen in rascher Auflagenfolge erscheinenden Überblick über das englische Recht.¹⁷¹ Eine Einführung behandelt das Studium des Rechts, das Wesen des Rechts und das englische Recht mit seinem Geltungsgebiet überhaupt. Das erste von vier Büchern widmet *Blackstone* sodann der Person (*Of the Rights of Persons*). Das Zweite Buch gilt den Gegenständen (*Of the Rights of Things*) unter Einschluss des Rechtsverkehrs – also den Aspekten Sache und Rechtshandlung. Das Dritte Buch handelt von Privatdelikten (*Of Private Wrongs*), und das vierte von Öffentlichen Delikten (*Of Public Wrongs*), mithin jeweils von Rechtshandlungen. In sich sind die Bücher nach Rechtsinstituten tiefer gegliedert. Die mit der kontinentalen Entwicklung gleiche Durch-

¹⁶⁸ *H. Peter*, Römisches Recht und englisches Recht, 1969; *P. Stein*, Römisches Recht und Europa, 1996, S. 107 ff., 144 ff.; *R. Zimmermann*, „Common law“ und „civil law“, Amerika und Europa, in: *R. Zimmermann* (Hrsg.), Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht, 1995, S. 1 ff. Über die Rechtsordnungen Schottlands und Südafrikas, worin britisches Gewohnheitsrecht und römisches Recht miteinander verschmolzen, *R. Zimmermann*, Common law und *ius commune*: Unkodifizierte Mischrechtsordnungen im Vergleich, in: *J. Basedow u. a.* (Hrsg.), Aufbruch nach Europa. 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, 2001, S. 851 ff.

¹⁶⁹ *Bracton*, On the Laws and Customs of England (oben Fn. 167).

¹⁷⁰ Siehe oben III.1.

¹⁷¹ *W. Blackstone*, Commentaries on the Law of England. In Four Books, 8. Aufl., 4 Bände, Oxford, 1778.

dringungsweise gab möglicherweise den Anstoß für die Schaffung von Ausgaben der *Blackstoneschen* Übersicht in französischer¹⁷² und in deutscher Sprache¹⁷³.

d) In den Zwanziger Jahren des 19. Jahrhunderts gab der New Yorker Richter *James Kent* (1763–1847) erstmals seine – ebenfalls vielfach neuaufgelegte – Gesamtdarstellung des nordamerikanischen Rechts zum Druck.¹⁷⁴ Nach einem Überblick über das Völkerrecht (im modernen Sinne verstanden als das Recht im Verkehr der Staaten untereinander) folgen als Zweiter Teil das Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und als Dritter Teil eine Lehre von den Rechtsquellen der nordamerikanischen Staaten (örtliche Statuten, Gerichtsentscheidungen, Common Law und Civil Law, das heißt römisch-gemeines Recht). Nach diesen Grundlegungen erscheinen im Vierten Teil die Personen (*rights of persons*) und im Fünften und im Sechsten Teil das Eigentum (*personal property; real property*) mit Einschluss aller Geschäfte, also die Gesichtspunkte Sache und Rechtshandlung. Somit verfolgt auch *Kent* den hergebrachten und von den Naturrechtslehren durch die Abstraktion vom römischen Recht neu ins Bewusstsein gerufenen Gliederungsansatz.

2. Übereinstimmungen mit kontinentaleuropäischer Rechtssystematik und Rechtsdogmatik

Von der Übereinstimmung römisch-gemeiner und angloamerikanischer Rechtswissenschaft in solchen Grundpositionen ausgehend lassen sich leicht auch in den weiteren gedanklichen Ebenen bis hin zu bestimmten Erfordernissen und Lösungen Gemeinsamkeiten beobachten. Sie sind im Ganzen gewichtiger als die unlegbar im Einzelnen gewachsenen und bestehenden Unterschiede.¹⁷⁵

Mitunter lässt sich überdies beobachten, dass die Trennung verschiedener Auffassungen nicht zwischen europäischem Kontinent und britischer Insel verläuft, sondern auf dem Kontinent selbst bei Gleichheit eines Teils mit dem angelsächsischen Verständnis. Oben war bereits davon die Rede, dass der französische *Code civil* für die Bestandskraft eines Vertrages neben Willensübereinstimmung, Geschäftsfähigkeit und Bestimmtheit eines Vertragsgegenstandes einen erlaub-

¹⁷² *W. Blackstone*, *Commentaires sur les loix anglaises*, 5 Bände, A Bruxelles, 1774 bis 1776.

¹⁷³ *W. Blackstone/J. Gifford*, *Handbuch des Englischen Rechts*, im Auszuge und mit Hinzufügung der neueren Gesetze und Entscheidungen, 2 Bände, Schleswig, 1822 und 1823.

¹⁷⁴ Ausgabe: *J. Kent*, *Commentaries on American Law*, 4 Bände, 13. Aufl., Boston, 1884.

¹⁷⁵ *R. Zimmermann*, *Historische Verbindungen zwischen civil law und common law*, in: *P.-Cb. Müller-Graff* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 1993, S. 47 ff.; *R. Zimmermann*, *Heard Melodies are sweet, but those unheard are sweeter ...*. *Conditio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Privatrechts*, in: *AcP* 93 (1993), 121 ff.; siehe ferner die Beiträge in: *R. Zimmermann* (Hrsg.), *Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht* (oben Fn. 168).

ten Beweggrund (*cause licite*) verlangt.¹⁷⁶ Das unterscheidet die französische Dogmatik von der deutschen. Nach Auffassung des deutschen Rechts trägt ein Vertrag seinen Geltungsgrund stets ungefragt in sich, ohne dass es noch dessen besonderer Ermittlung bedarf. Insbesondere braucht ein Versprechen (obligatorischer Vertrag) zu seiner Gültigkeit nicht darauf untersucht zu werden, ob es hinreichend motiviert ist. Erst auf der im deutschen Recht gedanklich streng vom Versprechen abgeschiedenen Ebene des Leistungsvollzuges wird der Grund erheblich. Denn wenn eine Leistung keinen Grund in einem Schuldverhältnis oder einer Zweckbestimmung hat, ist sie zwar vorläufig wirksam, aber als ungerechtfertigte Bereicherung rückforderbar.¹⁷⁷

Das englische Recht hingegen entwickelte den Gedanken von der wohl-
abwägenden Überlegung (*consideration*), ohne welche ein Veräußerungsgeschäft nicht wirken kann¹⁷⁸ – was nichts anderes als die dem romanischen Rechtskreis eigentümliche Suche nach einem Beweggrund für das Geschäft ist. Unbequemlichkeiten für den Geschäftsverkehr entfaltet das Erfordernis des Beweggrundes nicht. Der grundsätzlich erlaubte Wunsch nach Leistungsaustausch (die Motivation, für die eigene Leistung die Gegenleistung des Vertragspartners zu empfangen) oder der Wunsch nach einseitiger Begünstigung des Partners (ihn durch ein Geschenk zu bereichern) genügt. Und andererseits gestattet auch das deutsche Gesetzbuch keine unlauter (*gesetzwidrig, sittenwidrig*) begründeten Geschäfte (§§ 134, 138 BGB).

X. Europäisches Zivilgesetzbuch

Auf der Grundlage einer Erfahrung systematisch veranlagter Gesetzgebung oder Beschreibung von Recht kann es keine unüberwindlichen Schwierigkeiten auf dem Weg zu einem europäischen Zivilgesetzbuch geben. Zu Lösungen im Einzelnen sind noch unzählige Aussprachen zu führen und ebenso zur Frage, mit welcher Geschwindigkeit welche inhaltliche Reichweite der Rechtsvereinheitlichung anzustreben ist. Aber die schon zahlreichen von Arbeitsgruppen oder einzelnen Verfassern gewonnenen Übersichten über die in Europa existierenden Privatrechte, aus Gesamtschau nationaler Rechte gewonnene Teilansätze zu möglichem gemeinschaftlichen Gesetzesrecht und sogar auch der (dringlichst der Zügelung bedürftende) Wildwuchs schon vorhandener Fragmen-

¹⁷⁶ Siehe oben VIII.5.c und d.

¹⁷⁷ Siehe oben VIII.5.c mit Verweis auf § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 oder Satz 2 BGB in Fn. 151.

¹⁷⁸ *W. Blackstone*, Commentaries on the Law of England (oben Fn. 171), Band 2, S. 295 f. Der Verfasser ordnet dies innerhalb des von den Sachen handelnden Zweiten Buches an, und zwar im Kapitel 20, das der Veräußerung von Sachen durch Geschäft (*Of Alienation by Deed*) gilt.

te einheitlichen europäischen Privatrechts¹⁷⁹ zeigen bereits die Realisierbarkeit eines gemeinschaftlichen Gesetzbuches aus der Gestaltungskraft systematischer gedanklicher Durchdringung.

¹⁷⁹ *Ch. von Bar/R. Zimmermann* (Hrsg. der deutschen Ausgabe), Kommission für Europäisches Vertragsrecht, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, 2002; Teil III, München, 2005; *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke u. a.* (Hrsg.), Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition, 2009; *Ch. von Bar/E. Clive* (Hrsg.), Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, 6 Bände, 2009; *K. Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Privatrechts, 2003; *F. Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien, 3. Aufl., 2009. Siehe auch *O. Remien*, Ansätze für ein Europäisches Vertragsrecht, in: ZVglRWiss 87 (1988), 105 ff.; *R. Zimmermann*, Konturen eines Europäischen Vertragsrechts, in: JZ 1995, 477 ff.; *E.-M. Kieninger*, 100 Jahre BGB – Zeit für ein Europäisches Zivilgesetzbuch?, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1996, 1997, S. 245 ff.; *K. Luig*, The History of Roman Private Law and the Unification of European Law, in: ZEuP 1997, 405 ff.; *E. Bucher*, Rechtsüberlieferung und heutiges Recht, in: ZEuP 2000, 394 ff.; *St. Grundmann*, Harmonisierung, Europäischer Kodex, Europäisches System der Vertragsrechte. Die Perspektiven der Kommissionsmitteilung zum Europäischen Vertragsrecht, in: NJW 2002, 393 ff.; *N. Jansen/R. Zimmermann*, Was ist und wozu der DCFR?, in: NJW 2009, 3401 ff.