Dietmar Willoweit

Der Usus modernus oder die geschichtliche Begründung des Rechts

Zur rechtstheoretischen Bedeutung des Methodenwandels
im späten 17. Jahrhundert

I. Die Forschungslage

Seit der Mitte des 17. Jahrhunderts sind in der Jurisprudenz Veränderungen methodischer Art zu beobachten, die in der Forschungsliteratur mit durchaus verschiedenartigen Akzentuierungen als Prozeß wissenschaftlicher Reifung und Anpassung an die Bedürfnisse der Praxis gedeutet und als Usus modernus bezeichnet werden. Franz Wieacker hielt die Rezeption des gelehrten Rechts erst mit seiner „Assimilation“ für vollendet. Diese aber „vollzog sich erst langsam und mühsam, seit praktische Erfahrung und zunehmende Vertrautheit und Reife des Umgangs mit den europäischen Dokumenten des gemeinen Rechts die deutschen Juristen befähigte, die besonderen Aufgaben in ihrem Land ... angemessen zu erfassen. Diese Juristen haben zum ersten Mal eine deutsche Gemeinrechtswissenschaft ... konsolidiert ...“ und eine „gemeinrechtliche Dogmatik geschaffen, aus der noch die heutige deutsche Rechtswissenschaft und die deutschen Kodifikationen vom Naturrecht bis zur Gegenwart leben“¹. Helmut Coing versteht unter dem Usus modernus pandectarum die Anwendung des gelehrten Rechts überhaupt, die sich aufgrund der ihm immanenten Vernunft und Billigkeit gerechtfertigt habe, wenn sich auch im Rechtsleben jener Zeit das gemeine Recht und die überlieferten lokalen und territorialen Rechte „gegenseitig durchdrungen“ hätten². Einige Autoren betonen besonders die „anpassende Veränderung“ des römisch-kanonischen Rechts durch den Usus modernus pandectarum „an die zeitgenössischen Vorstel-

¹ Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Göttingen 1967) 204 f.

² Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I (München 1985) 13, 26. Ähnlich schon Gustav Boehmer, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung*, Bd. II, 1 (Tübingen 1951) 56: Usus modernus ist das „im Laufe der jahrhundertelangen Rezeption durch Verbindung römischen und deutschen Rechtsgeistes, römischer und deutscher Rechtsinstitute entstandene ‚gemeine Recht‘“.

lungen und Bedürfnisse“³, wobei aber das „Corpus Iuris Civilis ... immer noch geglaubte Autorität und Verpflichtung“ geblieben sei⁴. Oft werden die Bedürfnisse der gerichtlichen Praxis als Grund und Ziel der methodischen Bemühungen des *Usus modernus* genannt. Ein „wissenschaftlicher Brückenschlag“ vom antiken römischen Recht zur Praxis sei daher erforderlich gewesen⁵, ein Vorgang, der freilich dadurch erleichtert wurde, daß die Vertreter des *Usus modernus* „die Theorie ... mit praktischer juristischer Tätigkeit“ verbunden haben⁶. Daher wird der *Usus modernus* auch als eine „Wissenschaft der forensischen Praxis oder der tatsächlichen Rechtsanwendung“ bezeichnet⁷. Die Bedeutung des deutschen Rechts in diesem Zusammenhang kommt eher seltener zur Sprache. Am präzisesten wohl bei Gunter Wesener, der die Besonderheit des deutschen *Usus modernus* darin erblickt, „daß er die deutschen Partikularrechte nicht mehr als Mißverständnisse des gemeinen Rechts behandelt ..., sondern in abweichenden deutschen Rechtsübungen nunmehr gewohnheitsrechtliche Abänderungen des gemeinen Rechts erblickt“⁸. Hans Schlosser spricht von der „Verarbeitung des eigenständigen deutschen Rechts“⁹, während Karl Kroeschell die jetzt festzustellende Beachtung einheimischer deutscher Rechtsinstitute betont, „die bleibenden wissenschaftlichen Leistungen des *Usus modernus* zu bezeichnen“ aber für schwierig hält¹⁰.

Angesichts der Fülle und Vielfalt des juristischen Schrifttums im 17. und 18. Jahrhundert kann dieses Fazit in einem der führenden rechtsgeschichtlichen Lehrbücher der Gegenwart kaum überraschen. An eine Geschichte der Institutionen jener Zeit ist mangels genügender Vorarbeiten nicht zu denken, und auch die allgemeinen Charakterisierungen des *Usus modernus*, die wir uns gerade vergegenwärtigt haben, lassen kaum erkennen, ob dieser Epoche der Jurisprudenz zwischen Mittelalter und Aufklärung eine eigenständige Bedeutung zukommt oder nicht. Wieackers Annahme einer „konsolidierten Gemeinrechtswissenschaft“ verträgt sich nur schwer mit den von anderen Autoren gewählten Topoi, die eher auf einen unsystematischen Pragmatismus des *Usus modernus* hinweisen¹¹.

Daß hier ungelöste Forschungsprobleme zu bewältigen sind, liegt auf der Hand. Wenn mit dem angeblich neu gewonnenen Praxisbezug und der Einbezie-

³ Gerhard Köbler, *Deutsche Rechtsgeschichte* (München 51996) 137. Ähnlich Friedrich Ebel, *Rechtsgeschichte*, Bd. II (Heidelberg 1993) 34.

⁴ Hans Hattenhauer, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts* (Heidelberg 41996) 14.

⁵ Karl Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 3 (Opladen 1989) 10.

⁶ Rudolf Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte* (Wien 21996) 140.

⁷ Marcel Senn, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriß* (Zürich 1997) 154.

⁸ Gerhard Wesenberg, Gunter Wesener, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte* (Wien 41985) 116.

⁹ Hans Schlosser, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte* (Heidelberg 81996) 65.

¹⁰ Kroeschell, (wie Anm. 5) 11.

¹¹ Die Ergebnisse der im November 1997 auf dem Monte Verità bei Ascona durchgeführten Tagung konnten in dem vorliegenden Beitrag nicht mehr berücksichtigt werden. Vgl. die damaligen Referate in ZNR 21/1 (1999).

hung der deutschen Partikularrechte in die Arbeit der Juristen diese eine „neue Freiheit“ erworben habe, wie so oder ähnlich formuliert wurde¹², dann muß in methodischer Hinsicht etwas geschehen sein, was die Begründung der für Rechtsprobleme gefundenen Lösungen betrifft. Nachdrücklich hat die Forschung in diesem Zusammenhang auf die Widerlegung der sogenannten Lotharingischen Legende, also der Behauptung, Kaiser Lothar III. habe 1137 das römische Recht förmlich in Kraft gesetzt, durch Hermann Conring hingewiesen¹³. Wenn die Autorität des römischen Rechts nachhaltig darunter leiden konnte, daß die Zeitgenossen einen legitimierenden Gesetzgebungsakt vermißten, dann kann die Bedeutung der jetzt festzustellenden Veränderungen nicht nur darin liegen, daß statt römischem auch deutsches Recht angewendet und ein engerer Praxisbezug hergestellt wurde. Es muß eine grundsätzlichere Bedeutungsebene geben. Die These der folgenden Überlegungen lautet: Im Usus modernus tritt ein neues Verständnis für das Problem der Rechtsgeltung zutage, in dem sich der Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts ankündigt.

Diese These soll zunächst exemplarisch am Problem der Ebenbürtigkeit demonstriert werden. Die Vermutung, daß der dabei festzustellende gravierende Methodenwandel der Jurisprudenz den Zeitgenossen bewußt geworden und theoretisch diskutiert worden sein muß, wird uns in einem zweiten Schritt zur Untersuchung einer wissenschaftlichen Kontroverse führen, die im späten 17. und in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts den Übergang von einem noch immer traditionellen, wenn auch juristisch geprägten Rechtsdenken zum Rechtspositivismus markiert¹⁴.

II. Ein Fallbeispiel: die Ebenbürtigkeit

Standesrechtliche Fragen spielten in der alteuropäischen Gesellschaft naturgemäß eine hervorragende Rolle. Wie für die meisten Rechtsprobleme am Anfang der Neuzeit, konnten die Antworten dem gemeinen Recht entnommen werden. Wer dort nachschlug, fand zu der sozialgeschichtlich so brisanten Frage, wie der Status der Ehegatten und ihrer Kinder im Falle einer standesungleichen Verbindung zu beurteilen ist, eine ganz herrschende Meinung. Nur wenige Autoren können hier

¹² Kroeschell, (wie Anm. 5) 10; Wieacker, (wie Anm. 1) 207: „... ein freieres Verhältnis zu den römischen Quellen“; Hoke, (wie Anm. 6) 140: „Das neue emanzipierte Verhältnis ... zu den Quellen des römischen Rechts ...“.

¹³ Wieacker, (wie Anm. 1) 206; Kroeschell, (wie Anm. 5) 10; Hoke, (wie Anm. 6) 140; Wesenberg, Wesener, (wie Anm. 8) 116; Schlosser, (wie Anm. 9) 66; Senn, (wie Anm. 7) 155; Ebel, (wie Anm. 3) 34f.

¹⁴ Roderich v. Stintzing, Ernst Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 2. Abth. (München, Leipzig 1884) 186. Eine erste wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dieser Kontroverse bietet Klaus Luig, Conring, das deutsche Recht und die Rechtsgeschichte, in: Michael Stolleis (Hrsg.), Hermann Conring (1606–1681). Beiträge zu Leben und Werk (Berlin 1983) 355ff., 382ff.

zu Wort kommen. Die prominenteste Abhandlung des 16. Jahrhunderts über die Standesfragen des Adels aus der Feder des königlich französischen Hofrates Andreas Tiraquell informierte ihre Leser in der folgenden Weise: „Mulier ignobilis, si nubat nobili, quod nonnumquam fit astrorum vi, ... ea quidem efficitur nobilis ex nostris legibus, quae uxores clarissimas et illustres pronunciant, quae viris clarissimis et consularibus nupserunt, illis quoque maritorum dignitatem, quaecunque ea sit, impartiuntur ...“¹⁵

Wir dürfen darauf verzichten, den antiken Quellen im einzelnen nachzugehen, sondern halten lieber fest, daß die standesungleiche Ehe kein lebensfremdes Konstrukt von Juristen gewesen ist, sondern offenbar von den Sternen geboten sein konnte. Den Adelsstand und die Würde, welche die Frau durch die Verehelichung mit einem Adligen erwarb, verlor sie auch im Witwenstand nicht¹⁶. Umgekehrt gilt aber, „... si vir ignobilis ducat uxorem nobilem, nihil dignitatis, honoris, nobilitatis ex eo sibi comparat ...“¹⁷

Für diese maßgebliche Bedeutung des Standes des Ehemannes gab es eine schöne scholastische Begründung, die sich vor allem auch zugunsten der Kinder des ungleichen Paares auswirkte: „Nam a solo patre deducitur nobilitas. Hoc est .. liberos accipere formam a patre, a matre vero naturam ... Nam forma ex iure civili est, et nobilitas non ex natura dependet, sed ex iure civili ...“¹⁸

Wer die viel spätere fürstenrechtliche Literatur des deutschen Reiches kennt¹⁹, wird nicht ohne Überraschung feststellen, daß die Herkunft von Kindern aus standesungleichen Ehen die Nachfolge auch in fürstliche Würden des Reiches nicht hinderte: „Liberos ... licet a patre principe, comite etc., matre vero ignobili procreati, non defraudandos esse, omnino persuasum habeo. Juris etenim est plusquam manifesti liberos patris conditionem in consequendis honoribus, dignitatibus et gente ... non matris sequi ... Sic filiis taliter prognatis non obest, quo minus succedant in feudis et allodialibus.“²⁰

Die Lehensfähigkeit von Kindern eines einfachen Mädchens hatte in der Mitte des 16. Jahrhunderts der als Gutachter vielbeschäftigte Wittenberger Rechtslehrer Hieronymus Schürpf selbst für den Fall bejaht, daß der adelige Kindsvater seinen Nachwuchs erst durch nachfolgende Ehe legitimierte²¹. Dies sei Rechtsauffassung aller deutschen und italienischen Spruchkollegien, liest man noch hundert Jahre später²². In Deutschland haben sowohl Autoren adelsrechtlicher Traktate des

¹⁵ Andreas Tiraquellus, *Commentarius de nobilitate et de iure primogeniorum*, Ex postrema auctoris recognitione (Basel 1561) 112 (Cap. XVIII n. 1).

¹⁶ Tiraquellus, (wie Anm. 15) 113 (Cap. XVIII n. 5).

¹⁷ Tiraquellus, (wie Anm. 15) 115 (Cap. XVIII n. 15).

¹⁸ Matthias Stephanus, *Tractatus de nobilitate civili* (Frankfurt 1617) 69 (Cap. V n. 51).

¹⁹ Vgl. etwa Hermann Rehm, *Modernes Fürstenrecht* (München 1904) 151 ff. zur Ebenbürtigkeit.

²⁰ Georg Schubhard, *Tractatus methodicus de austregiis Sacri Romani Imperii*, posthum. Ed. (Heidelberg 1663) 140 (Cap. III n. 114 sq.) und 142 (Cap. III n. 117).

²¹ Hieronymus Schürpf, *Consilia* (Frankfurt 1551) Cent. I, Cons. I.

²² Schubhard, (wie Anm. 20) 142 (n. 117).

17. Jahrhunderts²³ wie auch Darstellungen des Reichslehenrechts bis weit in das 18. Jahrhundert hinein diese Doktrin verteidigt²⁴. Ihre Begründung stützt sich auf die *opinio communis doctorum*, die durch eine lange Kette von Autoritäten belegt wird – bei den Autoren des 16. Jahrhunderts noch beginnend mit den Quellen des römischen Rechts und der mittelalterlichen Jurisprudenz, im 17. Jahrhundert dann zunehmend deutsche Juristen zitierend, die alle unmittelbar auf den Schultern ihrer italienischen Kollegen des Spätmittelalters stehen. Eine beeindruckende Kontinuität vom 13. bis zum späten 17. Jahrhundert wird sichtbar, und dies sicher nicht nur für die hier erörterte Rechtsfrage. Die „Praxis“, die nach heute verbreiteter Auffassung ja ein Kriterium des neuen Usus modernus sein soll, hatten diese Juristen als Gutachter oder bei der Erörterung zeitgenössischer Exempel allesamt im Blick.

Im ersten Drittel des 18. Jahrhunderts begegnen wir jedoch Autoren, die ganz anders argumentieren. Zum Beispiel an der Juristenfakultät Jena Georg Melchior Ludolph, der zwar die „regula“ kennt, nach welcher die nichtadelige Ehefrau am Stand des adeligen Ehemannes teilhat, indessen Zweifel äußert, ob dieser Rechtsatz besser begründet ist, „quam leges Germaniae, quae ad reservata Imperatoris dignitatum collationem refererunt, permitterent“²⁵.

Ludolph prüft daher die „patrias leges“, findet dort die verschiedenen Stände, Fürsten und Herren, Ritter und Knechte, und kommt zu dem Ergebnis, daß die Erhebung in den höheren Adelsstand stets dem König vorbehalten war, während die Aufnahme in den niederen Adel durch denjenigen erfolgte, dem diese Rechtsmacht zustand²⁶. Daraus folgt die generelle Notwendigkeit eines Nobilitierungsaktes, der durch die bloße Eheschließung nicht überflüssig werden kann: „Porro opus erit collatione dignitatis nova, a superiore impetranda, si nobilis plebejam sibi jungat matrimonio. Hujus enim adhuc dignitas civilis nulla. Matrimonium esse modum eam acquirendi, nostris moribus non probatur.“²⁷

Die einheimischen Sitten stehen nicht nur der Anwendung des römischen Rechts, sondern der Verbindlichkeit einer seit Jahrhunderten in Juristenkreisen gepflegten herrschenden Meinung entgegen. Es wird nun üblich, die spätantiken Volksrechte und die mittelalterlichen Rechtsbücher zu zitieren, Beispiele aus der deutschen Vergangenheit zu erörtern und daraus normative Schlußfolgerungen zu

²³ *Nicolaus Myler von Ehrenbach*, *Gallogia personarum imperii illustrium* (Stuttgart 1664) 112 sqq. (Cap. V Sect. III n. 48 sqq.); *ders.*, *Aurea Bulla Caroli IV. imperatoris illustrata Martini Rumelini* (Tübingen, Frankfurt 1702) 456 (Pars II Diss. III Additio zu thesis 32); *Philipp Knipschildt*, *Tractatus politico-historico-juridicus de juribus et privilegiis nobilitatis et ordinis equestris S. R. I. liberi et immediati* (Kempten 1693) 149 sq. (Cap. VIII n. 25 sq.).

²⁴ *Johann Wilhelm Itter*, *De feudis imperii commentatio methodica* (Frankfurt/Main 1685) 714 sqq. (Cap. XIV n. 9); *Caspar Heinrich Horn*, *Jurisprudentia feudalis* (Wittenberg 1741) 130 sq. (Cap. VI n. 10).

²⁵ *Georg Melchior Ludolph*, *De jure foeminarum illustrium Tractatus nomico-politicus ad jura Germaniae potissimum accomodatus* (Jena 1711) 16 (Sect. I § 3).

²⁶ *Ludolph*, (wie Anm. 25) 18 sqq. (Sect. I § 6 sqq.).

²⁷ *Ludolph*, (wie Anm. 25) 25 (Sect. I § 10).

ziehen. In einem bekannten, schon in deutscher Sprache verfaßten adelsrechtlichen Handbuch liest man etwa:

„Gleiche Vermählungen wurden nur unter Hertzogen, Fürsten, Grafen und Herrn oder Frey-Herrn geschlossen ... Wer aber aus den hohen Adels-Personen eines Ministerialis Tochter oder eine aus dem heutigen niedern Adel hey Rathete, der hatte eine Mißhey Rath, ungleiche Ehe oder unrechtmäßige Vermählung getroffen. Sollten nun die Kinder als Kinder, welche man zum hohen Adel rechnet, regardiret, geehret und zur Lehns-Folge gelassen werden; so musste die Mutter nebst den bereits gebornen Kindern für freygebohrne und adeliche durch ein Kayserlich diploma erklärt werden ... Nahm ein Freyer oder heutiger von Adel eine frembde Magd zur Ehe, so wurde er nach dem Lege Salica ... selbst ein Knecht ... Die Sachsen hatten einen rechten Abscheu vor der Vermischung der Stände durch die ungleichen Heyrathen, welches man aus ihren Gesetzen damahls gar wohl abnehmen kann...“²⁸

Mit Überlegungen dieser Art war die einst herrschende Meinung so untergraben worden, daß Kaiser Karl VII. 1742 in seiner Wahlkapitulation den Ausschluß der „aus ohnstrittig notorischer Miß-Heurath erzeugten Kinder eines Standes des Reichs“ von den Titeln, Ehren und Würden des Vaters zugestand²⁹. Der in dieser Frage wirksam gewordene politische Druck³⁰ ist vielleicht auf gravierende sozialgeschichtliche Ursachen zurückzuführen, die hier auf sich beruhen müssen. Voraussetzung für das exklusive deutsche Ebenbürtigkeitsrecht, das sich erst seit dieser Zeit durchsetzte, war jedoch eine methodische Neuorientierung der Juristen, die nunmehr den Rückgriff auf tatsächliche oder vorgebliche einheimische Rechtsvorstellungen des Mittelalters gestattete. Die Auswirkungen dieses Legitimationsverlustes, den das römische Recht und die mit ihm verbundene juristische Lehrtradition erlitten, sind auch auf anderen Problemfeldern der Jurisprudenz zu beobachten. Erinnert sei nur an die seit dem letzten Drittel des 17. Jahrhunderts zahlreiche Anhänger gewinnende Lehre, die Rechte der deutschen Fürsten leiteten sich von einer ursprünglichen germanischen Stammesgewalt, nicht vom Kaisertum her, was die juristische Argumentationslage zwischen den beiden politischen Gegenspielern umkehrte und nicht zuletzt die geistlichen Territorien als spätere Herrschaftsgebilde unter Rechtfertigungsdruck setzte³¹. Die Überlegung, daß sich derart tiefgreifende Veränderungen des juristischen Argumentationsstils unter den Augen der sonst so diskussionsfreudigen Zeitgenossen nicht stillschweigend vollzogen haben können, bestätigt sich rasch. Wir kehren zurück zur Frage des *Usus modernus*.

²⁸ Christian Gottlieb Riccius, Zuverlässlicher Entwurff von dem landsäßigen Adel in Teutschland (Nürnberg 1735) 466, 467; vgl. a. Johann August Hellfeld, De matrimonio inaequali iuris principia sistens dissertatio, in: Burcard Gotthelf Struve, Jurisprudenciae heroicae seu iuris quo illustres utuntur privati, Pars II (Jena 1744) 17 sqq. (Cap. II Sect. I).

²⁹ Johann Jacob Moser, Ihro Römisch-Kayserlichen Carls des Siebenden Wahl-Capitulation. Mit Beylagen und Anmerckungen (Frankfurt/Main 1742) 74 (Art. XXII § 4).

³⁰ Moser, (wie Anm. 29) 566 (Ad § 4).

³¹ Dietmar Willoweit, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt (Köln 1975) 159ff., 226ff.; ferner ders., Die Lehnsnachfolge der per subsequens matrimonium Legitimierten als methodisches Problem des *Usus modernus*, in: ZNR 21/1 (1999) 115ff.

III. Die Kontroverse um die Rezeption des römischen Rechts

Im Jahre 1682 publizierte der sonst wenig bekannt gewordene Rechtslehrer Johann Georg von Kulpis unter einem Pseudonym als „Civis Germanus“ eine *Dissertatio epistolica* über die alten deutschen Gesetze und die Autorität des römischen Rechts, die in den folgenden Jahrzehnten einen lebhaften Disput in der deutschen Jurisprudenz auslöste³². Kulpis beruft sich ausdrücklich auf die erstmals 1643 publizierte Schrift Hermann Conrings „*De origine iuris Germanici*“³³ und schickt sich an, Konsequenzen zu ziehen. Mit der seit Conring endgültig vollzogenen Widerlegung der Lotharingischen Legende war für Kulpis der Geltungsgrund des römischen Rechts entfallen. Denn die Reichskammergerichtsordnung von 1495 habe das römische Recht nur unter Vorbehalt der örtlichen Statuten rezipiert. Die praktische Bedeutung der tatsächlich vorrangigen Geltung des einheimischen Rechts werde von allen bestätigt, die mit der Judikatur des Reichskammergerichts zu tun haben; das deutsche Recht werde zwar auf den Universitäten nicht gelehrt, aber in den Gerichten bewahrt³⁴. Dann wird unser Autor grundsätzlicher:

„Caeterum leges Germanicas veteres nec hodie suam vim penitus amisisse aliis etiam argumentis potest demonstrari ...“, denn „... praesumptionem ... circa leges ... facit, ut recte dicere possis, quaecumque leges olim promulgatae, ac vim suam habere iussae sunt, eae adhuc valent, donec doceantur abrogatae: fit autem abrogatio non aliter ac contraria lege aut consuetudine, ast nulla sanctio abrogatoria hactenus potuit afferri et consuetudines hodiernas plerasque ex istis legibus descendere observavimus.“³⁵

Die ältere germanische Gesetzgebung ist auch durch das römische Recht nicht außer Kraft gesetzt worden, weil dieses seit der Gründung der deutschen Universitäten im 15. Jahrhundert Autorität nur für den Lehrbetrieb gewonnen hat³⁶. Das *Corpus Iuris* hat für Deutschland nicht wegen der Gesetzgebung Justinians Bedeutung, „sed ut systema aliquod jurisprudentiae“³⁷. Aus diesen Umständen ergibt sich die Regel, daß in den einzelnen deutschen Provinzen das ältere einheimische Recht in Kraft geblieben ist, soweit nicht nachgewiesen werden kann, daß römisches Recht wirklich rezipiert wurde³⁸.

³² *Conrad Sincerus* (= *Johann Georg von Kulpis*), *De Germanicarum legum veterum ac Romani iuris in republica nostra origine, autoritateque praesenti dissertatio epistolica* (o.O. 1682). Zum Autor: NDB 13 (Berlin 1982) 280 ff. Die früheste Darstellung des damals noch aktuellen wissenschaftlichen Streites gibt *Burcard Gotthelf Struve*, *Historia iuris* (Jena 1718) 542 sq.; ferner *Luig*, (wie Anm. 14) 382 ff.

³³ In: *Hermann Conring*, *Opera omnia*, ed. *Johann Wilhelm Göbel*, Tom. VI (Braunschweig 1730, Neudr. Aalen 1973) 77 sqq. – Zu Conring vgl. die Beiträge in dem nur Conring gewidmeten, von *Stolleis* herausgegebenen Sammelband (wie Anm. 14) und die Charakterisierung von *Dietmar Willoweit*, Hermann Conring, in: *Michael Stolleis* (Hrsg.), *Staatsdenker in der frühen Neuzeit* (München 1995) 129 ff.

³⁴ *Kulpis*, (wie Anm. 32) 26 f. Als Gewährsleute bezieht sich der Autor u. a. auf Meichsner, Gail, Mynsinger, Wesenbeck.

³⁵ *Kulpis*, (wie Anm. 32) 29.

³⁶ *Kulpis*, (wie Anm. 32) 50 sqq., 56 sq.

³⁷ *Kulpis*, (wie Anm. 32) 57.

³⁸ *Kulpis*, (wie Anm. 32) 62.

Die in der rechtsgeschichtlichen Forschung im Vordergrund stehende Rezeptionsproblematik, also das Verhältnis von einheimischem und gelehrtem Recht, das schon die mittelalterliche Statuentheorie zu klären versuchte³⁹, interessiert für unsere Fragestellung weniger als die moderne Rechtslogik, die in den Darlegungen von Kulpis zutage tritt. Einmal eingeführtes Recht bleibt in Kraft, bis es durch ein späteres abweichendes Gesetz oder durch eine gegenteilige Rechtsgewohnheit aufgehoben wird. Für die Weitergeltung einer Norm spricht damit eine Vermutung, bedarf doch die Aufhebung als Faktum des Beweises: „(leges Romanae) mutationem inferunt, quae, cum facti sit, probari debet“⁴⁰. Obwohl Kulpis stets in den Bahnen von Conrings „De origine iuris Germanici“ wandelt, geht er doch mit dieser spezifisch juristischen Zuspitzung über ihn hinaus. Conring hatte zwar ausführlich die frühmittelalterlichen Volksrechte und die späteren Zeugnisse der einheimischen Rechtsentwicklung, Rechtsbücher und Kaisergesetzgebung, erörtert und auch Belege für die fortdauernde Geltung lokalen Rechts gefunden⁴¹. Aber sein zentrales rechtspolitisches Anliegen war der Nachweis, daß römisches Recht – mangels eines kaiserlichen Gesetzgebungsaktes – nirgendwo so rezipiert worden ist, daß es nicht dem fürstlichen Gesetzgebungsrecht zu weichen hätte, mag an vielen Orten auch mit obrigkeitlicher Billigung rezipiertes Recht in Gebrauch gekommen sein⁴². Nicht zufällig schließt Conrings Buch mit einem Kapitel „De ratione leges in usum publicum corrigendi“⁴³. Es ging dem Helmstedter Politologen und Polyhistor um die Freiheit des Gesetzgebers in den deutschen Staaten, nicht um das vor allem Juristen angehende Problem der Rechtsgeltung.

Daher hatten für Kulpis noch zwei andere, von ihm auch benutzte Autoren große Bedeutung, die ein Menschenalter vor Conring bereits ähnliche Gedankengänge entwickelten und dabei gerade auch der Frage der Rechtsgeltung ihr besonderes Interesse zuwandten. Friedrich Lindenbrog, Herausgeber einer 1613 erschienenen Sammlung älterer deutscher Rechtsquellen spottete nicht nur, man möge ihm doch jenes Gesetz Kaiser Lothars III. über die Einführung des römischen Rechts einmal zeigen, sondern zog daraus unter Berufung auf Baldus schon jene Konsequenz, mit der Kulpis später so viel Aufsehen erregte:

„...cum lex non dicatur sublata per non usum, sed per contrarium ei legi usum ... sic etiam cuius contrarius usus non ostenditur, ea utique perpetim manere putatur ... Idcirco verissime concludo, leges (Germaniae) ... quatenus id ratio suadeat, et tempora permittant, non tantum

³⁹ Vgl. dazu Wolfgang Wiegand, Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit (Ebelsbach 1977); ders., Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel „Habere fundatam intentionem“, in: Sten Gagnér, Hans Schlosser, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Festschrift für Hermann Krause (Köln, Wien 1975) 126–170; Luig, (wie Anm. 14) 360 ff. u. passim.

⁴⁰ Kulpis, (wie Anm. 32) 62.

⁴¹ Conring, (wie Anm. 33) 88 sqq. (Cap. I–XIX), 146 sqq. (Cap. XXV–XXX), 161 sqq. (Cap. XXXI–XXXIII).

⁴² Conring, (wie Anm. 33) 168 sqq., 170 (Cap. XXXIII).

⁴³ Conring, (wie Anm. 33) 177 sqq. (Cap. XXXV).

apud Germanos in foro utiliter proferri, sed iuri quoque Romano, pro statu Provinciarum, recte praeferrri posse.“⁴⁴

Lindenbrog bekennt, daß er seinen Codex deutschen Rechts deshalb herausgegeben habe, weil er dieses, soweit es sinnvoll ist und die Zeiten es gestatten, für anwendbar halte. Im frühen 17. Jahrhundert freilich vermochte noch niemand mit solchen Bemerkungen die Geschlossenheit der humanistischen Jurisprudenz und die Macht ihrer Autoritäten zu brechen. Doch kündigt sich ein Wandel des Zeitgeistes, der sich immer mehr der Geschichte zuwandte, an. Der andere Autor, dessen Bedeutung sowohl für Conring wie für Kulpis nicht zu unterschätzen ist, war der Verfasser der erstmals 1612 erschienenen Speyerer Chronik, Christoph Lehmann⁴⁵. In diesem bedeutenden Geschichtswerk des deutschen Späthumanismus kommen ausführlich die königlichen Privilegierungen, aber auch das Landrechtsbuch, also der Schwabenspiegel, zur Sprache, so daß der Autor schließlich zu der Schlußfolgerung gelangt:

„Dieweil dann die Reichsstätt und derselben benachbarte Land und Leut am Rheinstrom ... die von Fränckischen Königen eingeführte und hernach von Keyser Carolo M. vernewerte und verbesserte Recht und Gesetz der Teutschen Völcker in ihrem Wesen beständig erhalten und in keine Historie zu finden, daß ein Keyser oder König dieselbe alte Gesetz und Recht der Teutschen abgeschafft oder andere Recht an deren statt anzunehmen geboten ...“ bis zum Erlaß der Reichskammergerichtsordnung von 1495⁴⁶.

Erst Conrings Werk hat freilich bewirkt, daß dieses Rechtsdenken die Verbindlichkeit der Autoritäten des *ius commune* in Frage zu stellen begann. Beiläufig geschah das kaum zufällig bei einem deshalb viel zitierten Juristen aus Helmstedt⁴⁷, gründlicher wurde der Kanon der humanistischen Jurisprudenz aber erst nach dem Erscheinen der Schrift von Kulpis in den achtziger und neunziger Jahren in Frage gestellt. In diesen Zusammenhang gehört der Begriff des *Usus modernus pandectarum*. Der von Samuel Stryk für seine Publikation im Jahre 1690 gewählte Buchtitel⁴⁸ ist von seinem Autor erstmals 1667 verwendet worden⁴⁹. Was er damit sagen wollte, teilt er dem Leser ausführlich im ersten Kapitel „De usu et auctoritate iuris Romani in foris Germaniae“ mit. Es geht darin schon, wie in der For-

⁴⁴ Friedrich Lindenbrog, *Codex legum antiquarum* (Frankfurt 1613) Prolegomena ohne Paginierung.

⁴⁵ Christoph Lehmann, *Chronica der freyen Reichs-Statt Speyer* (1612, benutzt: Frankfurt/Main 1662).

⁴⁶ Lehmann, (wie Anm. 45) 336 sqq., 337 (Lib. IV, cap. 21).

⁴⁷ Heinrich Hahn, *Observata theoretico-practica ad Matthaei Wesenbeccii in L libros digestorum commentarios et in Reinhardi Bachovii notas et animadversiones* (Helmstedt 1668) 415 (Ad Dig. Lib. XII Tit. VI: De conditione indebiti N. IV a.E.); dazu Luig, (wie Anm. 14) 381 f.

⁴⁸ Samuel Stryk, *Specimen usus moderni pandectarum ad libros V priores* (Frankfurt, Wittenberg 1690).

⁴⁹ Alfred Söllner, Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Deutschland, Österreich, den Niederlanden und der Schweiz, in: Helmut Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. II,1 (München 1977) 501 FN 3.

schungsliteratur angenommen, um die Anpassung des Rechts an die Gerichtspraxis – aber nicht deshalb, weil dieser Praxisbezug bisher gefehlt hat, sondern um dem einheimischen Recht auch in der Wissenschaft Anerkennung zu verschaffen. Der erste Satz des Werkes, das einer ganzen Epoche der Jurisprudenz den Namen gab, lautet: „Germaniam olim sine leges fuisse, non magis verisimile est, quam rempublicam aliamve societatem civilem sine leges salvam esse posse.“⁵⁰

Stryk schildert sodann in Anlehnung an Conring den Gang der deutschen Rechtsgeschichte, um zu klären, in welchem Umfang deutsches Recht anzuwenden ist. Nicht der moderne Gebrauch der Pandekten ist Gegenstand dieses Einführungskapitels, sondern der Gebrauch der einheimischen deutschen Rechte oder genauer: die Feststellung, daß und in welchem Umfang diese in der forensischen Praxis heranzuziehen sind. Stryk geht vorsichtiger zu Werke als Kulpis. Ihm liegt an einer „media via“. Daher räumt er ein, daß seit 1495 Kaiser und Reichsstände wiederholt bestimmten oder davon ausgingen, das justinianische Recht sei für ein gemeines Recht des Reiches zu halten⁵¹. Daraus ergebe sich aber nicht, daß in Deutschland allein das römische Recht maßgebend ist, weil die Reichsgesetzgebung stets auch auf die rechtmäßigen hergebrachten Gebräuche hingewiesen habe. Auch Samuel Stryk hat das Ziel vor Augen, in Abkehr von einer übermächtigen Tradition gemeinrechtlicher Quellen und Autoritäten die Geltung des einheimischen deutschen Rechts zu begründen. Sein Zwischenergebnis lautet: „Eatenus jus civile in causis decidendis imperio observandum, quatenus honesta et rationabilis consuetudo, aut recentior lex imperii doceri nequit. His enim deficientibus, demum statur juri Justiniano.“⁵²

Der Vorrang des einheimischen Rechts wird von Stryk nicht, wie von Kulpis, durch eine Rechtsvermutung abgesichert. Das Vorliegen der einheimischen, vom römischen Recht abweichenden Rechtsgewohnheiten ist nachzuweisen, es sei denn, diese sind so „notorisch“ bekannt wie etwa die sächsischen⁵³. Aber diese Hürde ließ sich nunmehr, anders als am Anfang der Neuzeit, auf der Grundlage rasch zunehmender historischer Kenntnisse in vielen Fällen leicht nehmen, wie das erörterte Beispiel der Ebenbürtigkeit zeigt. Die großen Quellensammlungen von Lindenbrog, vor allem Goldast⁵⁴, später Lünig⁵⁵ und anderen boten eine Fülle von Rechtsstoff, aus welchem für viele praktisch wichtige Fragen Lösungen gewonnen werden konnten, die von der gemeinrechtlichen Tradition abwichen. Daher darf wohl auch der Vermittlungsversuch Johann Schilters nicht überschätzt werden⁵⁶. Obwohl er, anders als Kulpis, keinen Nachweis für die Rezeption des

⁵⁰ Stryk, (wie Anm. 48) 1 (Discursus praeliminaris § 1).

⁵¹ Stryk, (wie Anm. 48) 17 sqq. (Discursus praeliminaris §§ 24 sqq.) 20 sq. (§ 27).

⁵² Stryk, (wie Anm. 48) 21 (Discursus praeliminaris § 28).

⁵³ Stryk, (wie Anm. 48) 25 (Discursus praeliminaris § 31).

⁵⁴ Vgl. mit weiteren Nachweisen Rudolf Hoke, Goldast, in: HRG, Bd. 1 (Berlin 1971) Sp. 1735 ff.

⁵⁵ Vgl. mit weiteren Nachweisen Notker Hammerstein, Lünig, in: HRG, Bd. 3 (Berlin 1984) Sp. 101 f.

⁵⁶ Wieacker, (wie Anm. 1) 208; distanzierter Luigi, (wie Anm. 14) 382 ff.

römischen Rechts verlangt, gilt auch für ihn die Regel: „... quoties iuris Romani principium principiis iuris patrii repugnat, praesumi iuri patrio Germanos uti, nisi iuris Romani dispositio lege vel consuetudine recepta probetur“⁵⁷.

Für den Fall des Widerspruchs zwischen deutschem und römischem Recht sprach also eine Vermutung zugunsten des einheimischen Rechts, wie dies auch Kulpis angenommen hatte. Solche Widersprüche ließen sich jetzt aus mittelalterlichen Rechtsbüchern, aus Land- und Stadtrechten, besonders auch aus der großen Fülle mittelalterlicher Urkunden oft genug ermitteln. Alle diese Quellen begegnen in der Literatur des Usus modernus wieder. Es handelt sich nicht um eine Methode, die das Pandektenrecht praktikabler gemacht hätte, sondern um die Beantwortung von Rechtsfragen und die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten mit Hilfe der Texte des einheimischen Rechts.

Die entscheidende Veränderung lag also nicht darin, daß jetzt deutsches mit gelehrttem gemeinem Recht irgendwie zu einer „konsolidierten Gemeinrechtswissenschaft“ verschmolzen wurde. Vielmehr brach man auf breiter Front mit der Methode der späthumanistischen Jurisprudenz, Lösungen durchaus praktischer Rechtsprobleme allein oder doch in erster Linie durch den Rückgriff auf das römische Recht und die Autoritäten der gemeinrechtlichen Literatur zu finden. Dies ist die Zäsur, die zu denken gibt. An ihr ändert sich auch nichts dadurch, daß natürlich auch schon im juristischen Schrifttum des 16. und frühen 17. Jahrhunderts auf einzelne Statuten, Reichsabschiede usw. hingewiesen wird, wie andererseits für viele Fragen das römische Recht auch nach der Wendung zum Usus modernus maßgebend bleibt. Neu war die erst jetzt eröffnete Möglichkeit, in geeigneten, nicht eben seltenen Fällen eine juristische Problemlösung mit älteren „deutschrechtlichen“ Quellen zu suchen.

Es lohnt sich, einen Blick auf die Gegner des Usus modernus in dem genannten Sinne zu werfen. Erst 1713 erschien eine, gleichfalls anonym publizierte Streitschrift, die ausdrücklich gegen Kulpis zu Felde zog⁵⁸. Der wenig bekannte Autor hält Kulpis entgegen, neues Recht könne auch durch stillschweigende Zustimmung dessen, der zur Gesetzgebung berufen ist, eingeführt werden, was ohne Zweifel schon im Spätmittelalter, jedenfalls aber unter den deutschen Herrschern seit König Maximilian I. geschehen sei⁵⁹. Daher könne auch von einer Fortgeltung der frühmittelalterlichen Volksrechte nicht gesprochen werden, denn diese seien nichts anderes als Rechtsgewohnheiten gewesen und hätten als solche einer fortdauernden Anwendung und Bestätigung bedurft⁶⁰. Damit ist auch dem wichtig-

⁵⁷ Johann Schilter, *Praxis iuris Romani in foro Germanico* (1675, benutzt: Frankfurt, Leipzig 1713) 250 (Exercitatio XII § 11); vgl. a. ebda., 5 sq. (Exerc. I § 12) u. 5 nota a (§ 11). – Ebenso ders., *Institutiones iuris ex principiis iuris naturae, gentium et civilis, tum romani, tum germanici ad usum fori hodierni accomodatae* (Leipzig 1685) 17 (Lib. I Tit. II n. 17).

⁵⁸ *Anonymus* (Caspar Heidelbergmann), *Diatribae historico-iuridicae de receptione iuris Romani eiusdemque ac legum Germaniae veterum uti et Saxonici ac Svevici speculorum in foris usu auctoritateque praesenti Jo. Georgii de Kulpis ac eius quorundam sectatorum doctrinae opposita* (o.O. 1713).

⁵⁹ Heidelbergmann, (wie Anm. 58) 13 sqq. (Sect. I §§ 4 sqq.).

⁶⁰ Heidelbergmann, (wie Anm. 58) 37 (Sect. I § 13).

sten Argument von Kulpis, jedes Gesetz gelte, bis es durch ein gegenteiliges Gesetz oder eine abweichende Gewohnheit aufgehoben worden sei, die Spitze genommen. Denn jene spätantiken Rechtsaufzeichnungen haben durch mehrhundertjährigen, abweichenden Rechtsbrauch die „vis legum scriptarum“ verloren, werde in deutschen Gerichten doch nicht nach geschriebenem Recht, sondern nach Gewohnheit geurteilt⁶¹. Das römische Recht, als Ganzes rezipiert, habe daher die Vermutung seiner Geltung für sich, solange nicht gegenteilige Gesetze oder Gewohnheiten nachgewiesen werden⁶².

Die wenig originelle und weitgehend auch folgenlose Schrift wäre der Erwähnung nicht wert, wenn sie nicht belegen würde, daß nunmehr auch die Verfechter des römischen Rechts und Gegner der um sich greifenden, historisierenden Aufwertung des alten deutschen Rechts auf derselben Ebene argumentieren mußten, wie dessen Anhänger. Der Streit konnte nur noch darum gehen, wann und wie welches Recht in Kraft gesetzt oder derogiert worden ist. Kaum mehr denkbar erscheint die Berufung auf das ältere *ius commune* als fraglos, wie auch immer geltendes Reichsrecht. Ebenso fremdartig hätten die Zeitgenossen – vielleicht nicht für alle, aber doch sehr viele Rechtsfragen – die schlichte Berufung auf die Autorität von Juristenpersönlichkeiten des Mittelalters und der frühen Neuzeit empfunden. Offenbar niemals wurde ein Streit zwischen Vertretern der bis dahin herrschenden, autoritätengestützten Jurisprudenz des Humanismus und Vorkämpfern eines geschichtlich argumentierenden Rechtsdenkens ausgetragen. Die Zeiten hatten sich gewandelt. So, wie sich die Aristoteliker spätestens mit dem Tode Hermann Conrings 1681 von der Bühne der Wissenschaft verabschiedeten, um den Naturrechtlern Platz zu machen, so fand auch in der Mitte des 17. Jahrhunderts die letzte noch an der italienischen Jurisprudenz ausgebildete Juristengeneration keine Nachfolger mehr, als man begann, die Tiefen der Geschichte zu überblicken.

Einer der bedeutendsten Juristen jener Zeit freilich, Christian Thomasius, hat diesen Methodenwandel auch ausdrücklich zur Sprache gebracht. Sein Einstieg in die Debatte mit einer Dissertation, die ausdrücklich dem Stand der Kontroverse gewidmet ist, erscheint auf den ersten Blick pragmatisch⁶³. Ausgehend von der Tatsache, daß an den Universitäten nur römisches Recht gelehrt werde, obwohl dieses, wie alle ernst zu nehmenden Rechtslehrer wußten, nur „in subsidium“ rezipiert worden sei⁶⁴, fragt Thomasius nach der faktischen Bedeutung des römischen Rechts in der forensischen Praxis. Die These lautet: Die Gesetze Kaiser Justinians würden in deutschen Gerichten nur in geringem Umfang angewandt⁶⁵. Die von Thomasius dafür gegebene Begründung stellt die bisherige Methode der Jurisprudenz prinzipiell in Frage. Man müsse zwischen dem Gelehrten, der rät

⁶¹ *Heidelmann*, (wie Anm. 58) 37 sqq. (Sect. I § 14).

⁶² *Heidelmann*, (wie Anm. 58) 42 sqq. (Sect. II §§ 1 sqq.); 48 sqq. (Sect. III §§ 1 sqq.).

⁶³ *Christian Thomasius*, *Dissertatio iuridicam inauguralem de ritu formando statu controversiae: An legum juris Justinianei sit frequens an exiguus usus practicus in foris Germaniae?* (Halle 1715).

⁶⁴ *Thomasius*, (wie Anm. 63) 1 sqq. (§ 1).

⁶⁵ *Thomasius*, (wie Anm. 63) 8 (§ 4).

und ermahnt, und dem Gesetzgeber, der „pro suo arbitrio“ entscheidet, was im Staat zu tun oder zu lassen ist, unterscheiden. Mit Gesetzgebung in diesem Sinne dürfe auch die Einzelfallentscheidung von Rechtsgelehrten nicht verwechselt werden. Denn diese, dem richterlichen Amte nahestehend, könne niemals andere Juristen binden, so daß es erlaubt ist, von Ulpian oder Papinian abzuweichen⁶⁶. Das Gesetz als „regula universalis“ wird scharf von der „applicatio legis generalis ad casum speciale“ unterschieden⁶⁷. Viele Grundsätze des justinianischen Rechts werden nicht deshalb befolgt, weil die römischen Gesetze das anordnen, sondern als Entlehnungen aus dem Naturrecht, als Gebote gesunder Vernunft, ist doch die Anwendung des römischen Rechts den Gerichten niemals befohlen worden⁶⁸.

Nachdem Thomasius auf diese Weise die Verbindlichkeit des römischen Rechts selbst verneint hat, wendet er sich gegen die in der täglichen Arbeit der Rechtsgelehrten viel wichtigeren juristischen Klassiker, deren Autorität aus zwingenden methodischen Gründen niemals hinreicht, ein Ergebnis zu rechtfertigen. Denn topische Argumente, die eine für einen ähnlichen Sachverhalt gefundene Norm auf einen anderen Sachverhalt anwenden, setzen damit auch Ähnliches und Unähnliches gleich, weil Ähnlichkeit immer auch Unähnlichkeit bedeutet. Daher können sich in demselben Fall die einen auf diese Normen und Autoritäten berufen, die anderen auf jene – mit widersprüchlichen Ergebnissen:

„Argumenta topica a simili non possunt allegari ut usus practicus juris Justiniani. Simile enim non est idem et omne simile est etiam dissimile. Et nihil est in toto terrarum orbe, quod non convenientiam aliquam habeat cum aliis omnibus rebus et negotiis nec ullum jus est in toto hoc terrarum orbe, quod non aliquam in quodam territorio comparationis convenientiam habeat cum moribus nostris. Propterea ... utraque pars pro se allegat talia, et tamen una saltem obtinet sententiam pro se, unum collegium iuridicum allegat has leges et hos doctores, aliud in eadem causa, pro contraria sententia allegat alias. Si ergo hae allegationes facerent usum practicum, haberemus usum practicum contradictorium in eadem causa.“⁶⁹

Wohl selten wurde der Schlußstrich unter eines der eindrucksvollsten Kapitel europäischer Rechtsgeschichte so deutlich gezogen, wie hier. Thomasius argumentiert gegen die humanistische Jurisprudenz auf zwei Ebenen, einer historischen und einer methodischen. Unter der logischen Voraussetzung, daß juristische Doktrin, Einzelfallentscheidung und allgemeines Gesetz klar unterscheidbar sind, schrumpft die Geltungschance des römischen Rechts so weit, wie nicht seine Verbindlichkeit durch irgendeinen Rezeptionsvorgang, den man sich dann nur als einen Gesetzgebungsakt vorstellen kann, nachgewiesen ist⁷⁰. Eine Pflicht, der opinio communis doctorum zu folgen, läßt sich von diesem Ansatz her überhaupt nicht mehr begründen. Wenn schon die Jurisprudenz der Römer als bloße Doktrin normative Kraft nur durch einen Rezeptionsakt erlangen könnte, dann niemals die Literatur der mittelalterlichen Juristen, die ihrerseits jene Doktrin nur

⁶⁶ Thomasius, (wie Anm. 63) 8 (§ 4); 14 sq. (§ 9).

⁶⁷ Thomasius, (wie Anm. 63) 16 sq. (§ 10).

⁶⁸ Thomasius, (wie Anm. 63) 18 sq. (§ 12), 32 (§ 18).

⁶⁹ Thomasius, (wie Anm. 63) 36 sq. (§ 20).

⁷⁰ Thomasius, (wie Anm. 63) 31 sq. (§ 18).

kommentierten. Ihrer Autorität zu folgen, erweist sich auch aus methodischen Gründen als unvertretbar, weil topisches Argumentieren verschiedene Antworten zuläßt⁷¹.

Ein weiterer Aspekt, der um die Wende zum 18. Jahrhundert die weitere Herrschaft des römischen Rechts massiv und unwiderleglich zu beeinträchtigen schien, war die landesherrliche Gesetzgebungsgewalt. Viel zitiert wurde eine Dissertation aus der 1621 gegründeten Universität Rinteln, deren Landesherr ausdrücklich die Lehre des einheimischen Rechts eingeschärft hatte⁷². Thomasius war im übrigen bemüht, seine These von der begrenzten Berücksichtigung römischen Rechts in deutschen Gerichten durch eine Reihe von Dissertationen zu untermauern⁷³. Die weitere Diskussion, die sich noch einige Jahre hinzog⁷⁴, kann für unsere Fragestellung vernachlässigt werden.

IV. Das Problem der Rechtsgeltung am Vorabend der Aufklärung

Die skizzierte Diskussion spiegelt einen Methodenwandel wider, dessen Bedeutung sich nicht in dem Gewinn größerer Freiheit gegenüber dem römischen Recht erschöpft. Natürlich hat das Verhältnis von römischem und deutschem Recht nach der wissenschaftsgeschichtlichen Entwicklung des 19. Jahrhunderts mit dem Schulenstreit zwischen Romanisten und Germanisten die spätere Forschung besonders interessiert. Hinter der rasch zunehmenden Akzeptanz des einheimischen Rechts in der zeitgenössischen Jurisprudenz des späten 17. und des 18. Jahrhunderts verbirgt sich jedoch eine Veränderung des Rechtsdenkens, die sich besser beurteilen läßt, wenn wir den Blick auf einen repräsentativen Autor werfen, der von Conrings bahnbrechender Schrift noch nicht beeinflußt war.

⁷¹ Vgl. a. Willoweit, Rechtsgrundlagen (wie Anm. 31) 109ff.

⁷² Heinrich Ernst Kestner, *Dissertatio academica de conjunctione juris Romani cum jure patrio* (Rinteln 1719).

⁷³ *Dissertatio inauguralis de usu juris paterni Romanorum secundum mores Germaniae et jus Borussicum revisum* (Halle 1694); *Dissertatio inauguralis juridica de usu exiguo s(enatus) c(onsul)ti Vellejani in foris Germaniae* (Halle 1724); *Dissertatio juridica de usu practico tituli institutionum de his, qui sui vel alieni juris sunt* (Halle 1712); *Larva legis aquiliae detracta actioni de damno dato, receptae in foris Germanorum* (Halle 1730); *Theses inaugurales de usu practico doctrinae difficillimae juris Romani de culparum praestatione in contractibus* (Halle 1731).

⁷⁴ Caspar Heinrich Horn, *De praerogativa morum Germaniae in concursu cum legibus receptis* (Wittenberg 1702); Ernst Joachim Westphal, *De juris Romani indole et obligandi diversa ratione ac dignitate in foris apud Romanos et Germanos exercitatio historica et juridica forensis* (Rostock, Leipzig 1726); Johann Gottfried Schaumburg, *De autoritate legum Germaniae antiquarum et in illa receptarum ex ratione legis et intentione legislatoris diiudicanda* (Wittenberg 1732); Ernst Johann Friedrich Mantzel, *Dissertatio inauguralis juridica: An et quatenus juri Rom. competat praerogativa prae veteri jure Germ. in decidendi controversiis judicialibus* (Rostock 1736); Johann Ulrich Cramer, *Programma de praesumptione pro jure Romano contra mores antiquos Germanorum* (Marburg 1737).

Viel zitiert wurde als Vertreter einer antiquierten Position ein britischer Autor Namens Arthur Duck, dessen Werk über die Anwendung und Autorität des römischen Rechts in den europäischen Staaten auch im Reich nachgedruckt und verbreitet worden war⁷⁵. Für diesen Autor besteht kein Zweifel daran, daß „communiter receptum est ab omnibus iurisconsultis Germanis, ius Romanum“, und zwar dergestalt, daß dem römischen Recht „vim legis in omnibus imperii territorii“ zukomme und es von allen Untertanen des Reiches zu befolgen sei⁷⁶.

Wie ein von Rechtsgelehrten rezipiertes Recht Gesetzeskraft erhalten soll, überlegt Duck nicht. Das römische Recht werde bei den Deutschen „integra et incorrecta“ bewahrt. Die Möglichkeit einer Derogation dieses Rechts durch Statutarrechte kennt zwar auch Duck. Aber diese spielen in Deutschland deshalb keine Rolle, weil sie, nachdem Kaiser Lothar das römische Recht „wieder“ in Kraft gesetzt habe, diesem angepaßt wurden⁷⁷. Wie sich die Rezeption durch die Jurisprudenz und der angebliche Gesetzgebungsakt Kaiser Lothars III. zueinander verhalten und wie man sich daneben die Gesetzgebung Karls d. Großen für die Sachsen und die Anpassung des Sachsenspiegels an das römische Recht – wovon auch die Rede ist – vorstellen soll, bleibt völlig unklar. Von den logischen Fragen, die seine Formulierungen aufwerfen, hat Duck allenfalls eine Vorahnung. Für ihn ist das bei den Deutschen fortlebende Reich ein Hort des römischen Rechts, dem sich alle anderen Rechtsaufzeichnungen untergeordnet haben. Das rechtslogische Problem der Geltung ist allenfalls ansatzweise bewußt geworden. Die Autorität von Kaiser und Reich überwölbt noch alle Fragen dieser Art. Franz Wieacker hat mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß die Überzeugung, Kaiser Lothar III. habe das römische Recht durch Gesetz eingeführt, erst spät, mit der bisher so genannten „praktischen Rezeption“ aufgekommen ist. Die Herausbildung oder Beachtung dieser Überlieferung sei erst möglich geworden, als es nach dem Absterben der hochmittelalterlichen Auffassung, das römische Recht sei ursprüngliche Rechtsordnung des Reiches, „einer neuen Legitimation des römischen Rechts bedurfte“⁷⁸. Es fragt sich in der Tat, ob die Zäsur zwischen dem älteren traditionellen Rechtsdenken und den Autoren des Usus modernus nicht schon viel früher in der Berufung auf den angeblichen Gesetzgebungsakt Kaiser Lothars III. aufzusuchen ist. Denn seitdem man diese Begründung für die Rezeption des römischen Rechts für notwendig hielt, muß das mit dem Recht verbundene Geltungsproblem im Prinzip erkannt worden sein. Wahrscheinlich ist es aber weniger das Verblassen

⁷⁵ Arthur Duck, *De usu et autoritate juris civilis Romanorum in dominiis principum Christianorum* (1653, benutzt: Leipzig 1668). Zum Autor: *Dictionary of National Biography* 16 (London 1888) 87 ff.

⁷⁶ Duck, (wie Anm. 75) 167 (Lib. II Cap. II Nr. 10).

⁷⁷ Duck, (wie Anm. 75) 168 (Lib. II Cap. II Nr. 11) u. 168 sqq. (Nr. 12).

⁷⁸ Wieacker, (wie Anm. 1) 145. Zum Stand der modernen Rezeptionsforschung vgl. Wolfgang Sellert, *Zur Rezeption des römischen und kanonischen Rechts in Deutschland von den Anfängen bis zum Beginn der frühen Neuzeit: Überblick, Diskussionsstand und Ergebnisse*, in: Hartmut Boockmann, Ludger Grenzmann, Bernd Moeller, Martin Staehelin (Hrsg.), *Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit, I. Teil* (Abh. d. Ak. d. Wiss. in Göttingen, Philol.-hist. Kl., Dritte Folge Nr. 228) (Göttingen 1998) 115 ff.

der mittelalterlichen Reichsidee gewesen, die das neue Legitimationsbedürfnis entstehen ließ, als das Vordringen des Gesetzesrechts seit der Mitte des 15. Jahrhunderts, das wiederum ursächlich zusammenhängt mit der Verbreitung der Juristen und der Verbürgerlichung der Jurisprudenz⁷⁹. Da zunehmend Recht in Gesetzen formuliert und durch sie förmlich in Kraft gesetzt wurde, hätte das römische Recht ohne einen solchen Gesetzgebungsakt an einem Legitimationsdefizit gelitten. Eindringlich spricht für diesen Kausalzusammenhang die Entstehungszeit der Lotharischen Legende im frühen 16. Jahrhundert, als sich der Gesetzgebungsstaat voll zu entfalten beginnt⁸⁰. Der Reichsgedanke dagegen beeinflusst offenkundig noch einen Autor wie Duck.

Was schon Arbeiten wie die früher erwähnten von Lindenbrog und Lehmann⁸¹ auszeichnete und sich in Conrings Untersuchung „De origine iuris Germanici“ breit entfalten konnte, war ein rationales Geschichtsdenken, das – für die Vergangenheit!⁸² – Sein und Sollen, historische Ursachen und politische Ansprüche, die sich aus der Reichsidee herleiteten, zu unterscheiden verstand. Diese Fähigkeit zu einem kausalen Geschichtsdenken dürfte es gewesen sein, die auch ein neues, geschärftes Verständnis der mit dem Recht verbundenen Geltungsproblematik ermöglicht hatte. Nunmehr waren in der Vergangenheit Ereignisse aufzusuchen, mit denen dieses oder jenes Recht seinen Anfang genommen hatte. Ein breites Spektrum denkbarer Varianten bot sich an und wurde von den Autoren in jeweils verschiedener Weise durchgespielt: die Gesetzgebung Kaiser Justinians für das Reich, die Gesetze der germanischen Könige und besonders Karls d. Großen, der Erlass deutscher Statuten seit dem 13. Jahrhundert, die Rezeption des römischen Rechts durch Gewohnheit der Rechtsgelehrten oder auch der Gerichte mit Billigung der Obrigkeiten, die gewohnheitsmäßige Außerkraftsetzung einheimischen Rechts, die gesetzliche Einführung des römischen Rechts, wenn schon nicht durch Kaiser Lothar III., dann doch durch die Reichskammergerichtsordnung von 1495, der ausdrückliche Befehl dieses Gesetzes, einheimische Statuten zu beachten, die ausdrücklichen Hinweise auf das gemeine Recht in den Reichsgesetzen des 16. Jahrhunderts, die tatsächliche Anwendung deutschen Rechts in den Gerichten, die vom römischen Recht abweichende deutsche Gesetzgebung, schließlich das Verständnis des Rezeptionsprozesses als eines auf die Gelehrtenkultur be-

⁷⁹ Dietmar Willoweit, Juristen im mittelalterlichen Franken, in: Rainer Christoph Schwinges (Hrsg.), Gelehrte im Reich. Zur Sozial- und Wirkungsgeschichte akademischer Eliten des 14. bis 16. Jahrhunderts (ZHF, Beih. 18) (Berlin 1996) 225 ff., 258 ff., 262; ders., Die Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen. Rationales und traditionales Rechtsdenken im ausgehenden Mittelalter, in: Boockmann u. a., (wie Anm. 78) II. Teil (Abh. d. Ak. d. Wiss. in Göttingen, Philol.-hist. Kl., Dritte Folge, Göttingen ca. 1999).

⁸⁰ Wieacker, (wie Anm. 1) 145 m. w. Nachw.; Luig, (wie Anm. 14) 372; Inge Mager, Hermann Conring als theologischer Schriftsteller – insbesondere in seinem Verhältnis zu Georg Calixt, in: Stolleis, (wie Anm. 14) 55 ff., 59 ff.

⁸¹ Vgl. o. Anm. 44 und 45.

⁸² Zur durchaus noch anders, aristotelisch geprägten „Politik“ Conrings vgl. Willoweit, (wie Anm. 33) 132 ff.; Horst Dreitzel, Hermann Conring und die politische Wissenschaft seiner Zeit, in: Stolleis, (wie Anm. 14) 135 ff.

schränkten Vorganges, der die forensische Praxis gar nicht berührt habe. Alle diese Aspekte konnten in verschiedener Weise bewertet und kombiniert werden. Ihnen ist gemeinsam, daß sie die Frage der Rechtsgeltung an historische Akte oder Prozesse knüpfen, oder umgekehrt, daß historische Vorgänge als Geltungsgrund des Rechts begriffen werden. Zugleich wurde damit die Rechtsordnung als eine sich verändernde und veränderbare reflektiert. Das Problem der Rechtsgeltung drängt sich damit so unumgehrbar auf, daß man ihm durch die Berufung auf die Autorität des römischen Rechts oder seine Rezeption schlechthin nicht mehr ausweichen kann.

Unter diesen Umständen mußte das römische Recht unter Rechtfertigungsdruck geraten. Die bekanntgewordenen und jetzt in Drucken vorliegenden frühmittelalterlichen und deutschen Rechtsquellen des Hochmittelalters forderten als historische Zeugnisse von nicht zu bezweifelnder Faktizität gleichsam Geltung ein, d.h. man konnte die Frage gar nicht mehr umgehen, wie der Geltungsanspruch dieser einst offenbar in Kraft gesetzten oder für geltendes Recht erachteten Rechtstexte in der eigenen Gegenwart zu beurteilen war. Dabei hatte man nicht nur den Satz „*lex posterior derogat leges priores*“ zu beachten, sondern auch mit geltungsbegründenden oder geltungsbegrenzenden Gewohnheiten zu rechnen. Die immer wiederkehrende Berufung auf gewohnheitsrechtliche Entwicklungen dieser oder jener Art bezeugt die Praxisnähe der an diesem Diskurs beteiligten Autoren, und ferner, daß ein blanker Gesetzespositivismus den Juristen jener Zeit noch fernliegt. Doch, ob Gesetz oder Gewohnheit – einen geltungsbegründenden oder geltungsaufhebenden Akt oder Vorgang mußte nachweisen, wer sich auf die Verbindlichkeit von Recht der einen oder anderen Art berufen wollte. Aus den Autoritäten der juristischen Literatur konnten Normen jetzt nicht mehr hergeleitet werden. Insofern muß man von einer umfassenden Delegitimierung der juristischen Doktrin sprechen, die für alle Beteiligten an der Diskussion über das römische und deutsche Recht galt. Die jetzt allein mögliche Rechtsbegründung war eine solche geschichtlicher Art. Sie läßt sich – erstmals in der alteuropäischen Geschichte als „positivistisch“ bezeichnen. Den Übergang zum Gesetzespositivismus durch Ausdehnung des gesetzlich geregelten Rechtsraumes hat dann seit der Aufklärung der Staat besorgt.