

**Winfried Trusen**

**(Würzburg)**

**ZUR REZEPTION DES RÖMISCHEN RECHTS IN DEUTSCHLAND**



## ZUR REZEPTION DES RÖMISCHEN RECHTS IN DEUTSCHLAND

Das Problem der Rezeption des römischen Rechts stellt sich den Rechtshistorikern in vielen Ländern Europas. Wir haben es mit einem überterritorialen Phänomen zu tun. Nur wenn man diese Erkenntnis im Auge behält, fügen sich die national verschieden gefärbten Mosaiksteine zu einem Gesamtbild zusammen. — Mir obliegt die Aufgabe, einige Aspekte des Teilbildes der Entwicklung in Deutschland zur Darstellung zu bringen.

Man hat hier in der Vergangenheit die verschiedensten Gründe für die Rezeption des römischen Rechts gesucht und gefunden. Die Gesamtdarstellung von Belows<sup>1</sup> führt sie im einzelnen auf, so daß ich darauf nicht näher einzugehen brauche. Aus den angeführten Gründen ragt einer heraus, den man schon sehr früh findet: die Auffassung von der Weitergeltung des römischen Rechts als dem *Kaiserrecht*, das man im endenden 15. und beginnenden 16. Jahrhundert als verpflichtend angenommen habe. Diese Vorstellung sei geradezu das „trojanische Pferd“<sup>2</sup> der Rezeption gewesen, die Konsequenz jenes Glaubens „die Rezeption selbst“<sup>3</sup>.

Schon im vorigen Jahrhundert meldeten sich kritische Stimmen<sup>4</sup>. In unserer Generation betonte Wieacker<sup>5</sup>, die Vorstellung des Kaiserrechts und seines Anteils an der praktischen Rezeption sei jahrhundertlang völlig bedeutungslos gewesen. Dann hat H. Krause<sup>6</sup> durch seine außerordentlich instruktiven und materialreichen Untersuchungen festgestellt, daß jener Begriff weitaus vielschichtiger ist, als man bisher gemeinhin vermutet hat. Es sei völlig unmöglich, seit den Zeiten Barbarossas „Kaiserrecht“ mit römischem Recht einfach gleichzusetzen. Die frühere Auffassung könnte also nicht richtig sein, auch wenn sie von den Juristen der vergangenen Jahrhunderte als Gemeinplatz angesehen wurde.

Am Rande taucht bei Krause jedoch ein Gedanke auf, der nicht übersehen werden darf. Er meint, der Vorgang sei im Grunde unerklärlich, wenn nicht dasselbe Jahrhundert, das das Andringen des römischen Kaiserrechts erlebte, gleichzeitig das Jahrhundert der *Kaisersehnsucht* gewesen wäre, in dem die Kaiseridee „mehr das Pathos des Rechts als der Politik“ angenommen

<sup>1</sup> Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland. Hist. Bibl., hrg. v. d. Red. d. Hist. Zschr., Beiheft X (1927).

<sup>2</sup> H. Krause, *Kaiserrecht und Rezeption* (Heidelberg 1952).

<sup>3</sup> Brinz, *Lehrbuch der Pandekt* (1873)

<sup>4</sup> Hier sei vor allem auf die verschiedenen Arbeiten von Muther hingewiesen.

<sup>5</sup> *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952) 69; vgl. jetzt 2. Aufl. (1967) 140, 145.

<sup>6</sup> S. Anm. 2.

hatte<sup>7</sup>. Das mag für viele Gelehrte und Praktiker durchaus stimmen, kaum jedoch für die Kreise, die in der Praxis für die Rezeption durch ihre Gesetzgebung verantwortlich waren: Kirche, Landesherrn und Städte. Sie können im Spätmittelalter wohl nicht als Träger der Kaiseridee angesprochen werden, profitierten sie doch alle vom Zusammenbruch des imperialen Universalismus.

Die alte Ordnung des heiligen römischen Reiches war im 15. Jahrhundert nicht mehr vorhanden. Der Kaiser hatte weder die *auctoritas*, noch die *potestas*, *pax* und *iustitia* zu gewährleisten. Aber gerade darum blieb die Sehnsucht nach einem starken Kaiser, der noch einmal Frieden, Gerechtigkeit und Einigung bringen wird. Sie gewann neue Gestalt in den Kreisen, die sich unterdrückt und ungerecht behandelt fühlten, vor allem im *Bauern*tum. Man rief nach einer Reform und erhoffte sich ihre Verwirklichung durch einen neuen Kaiser, einen anderen Karl oder einen Friedrich, der noch im Berge schlafe. So schauten der sog. oberrheinische Revolutionär aus der Zeit Maximilians I. und andere, wie der Schwarzwald sich öffnet und Kaiser Friedrich kommt rasch „uff ein wissen pfert und wirt han ein bogen in siner hand und im ist die kron von got geben, gewalt zu haben, alle welt zu zwingen“ und er wird „gut gesetz machen auf Erden“<sup>8</sup>. Was ist aber das „gut gesetz“? Konnte man es mit dem römischen Recht als Kaiserrecht identifizieren? Weder vom Text selbst noch von der ganzen Tendenz der Verfasser ergibt sich das. Ja, im Gegenteil: man verdammt das erstere. Es ist bemerkenswert, daß in keiner der Kaiserprophetien, die uns bekannt sind, eine ausdrücklich positive Einstellung zum römischen Recht nachgewiesen ist. In Oberdeutschland verbindet man zwar die sich in den Prophetien niederschlagende Kaisersehnsucht mit der Erwartung des Kaiserrechts. Aber dieses ist nichts anderes als die alte, von Gott stammende und sich im Kaiser verkörpernde Ordnung. Es geht um die Beseitigung von Unrecht und die Aufrichtung der alten Rechte. Schon im 14. Jahrhundert hieß es: „Di reht geleich pringt her wider der selbe Kaiser her.“<sup>9</sup> Der Kaiser ist der oberste Gerichtsherr, in dessen Macht es liegt, das Unrecht zu bannen.

Krause betont mit Recht: „Der 'arme Mann' wußte nichts von Justinian, er wollte das Recht, wie er es dunkel in sich selber fühlte, wie es ihm als göttlich, als alt, als kaiserlich vorschwebte, so zog er aus, sich selbst 'vor Schaden zu behütten, das Wort Christi, die Gerechtigkeit Gottes und das kayserlich Recht zu uffnen“<sup>10</sup>. Die Forderung und schließlich der Aufstand der Bauern ist ohne die ideelle Verbindung mit einer Kaiseridee nicht zu denken. Die *renovatio* des Reiches war für den bäuerlichen Menschen meist eine durch den neuen Kaiser sich vollziehende *renovatio*. Er dachte sie aber als die Leistung eines Kaisers, der aus den Armen und Kleinen hervorgehen, ein Bauer sein werde, wie der oberrheinische Revolutionär meint<sup>11</sup>, mehr noch: „Ein keiser soll nüz eigens han, sunder allein von dem gemein nutz leben“. Sein Recht soll nur an den Wert seiner Persönlichkeit geknüpft

<sup>7</sup> Ebd. 147.

<sup>8</sup> Vgl. im einzelnen W. Peuckert, Die große Wende (1948, reprogr. Nachdruck 1967) 213 ff.

<sup>9</sup> Meistersingerlied; vgl. R. Schröder, Die deutsche Kaisersage (1891) 18.

<sup>10</sup> Zit. von H. Krause, a. a. O., 145.

<sup>11</sup> Peuckert, a. a. O., 241. Vgl. die Edition von Haupt, Westdt. Zschr. für Geschichte und Kunst, Erg. H. 8 (1893) 77 ff.

sein, denn „der eigennutz der regenten ist zu gemein worden, wan si den gemeinen man umb daz sin bringen, so sagen si, uns ist recht geschehen, und zu fürchten soll, daz kan nit abgestellt werden, der gemein man mach dan ein ordnung und stell die unbillichen beschwernus ab“<sup>12</sup>. Der erwartete Retter erschien nicht, und so wollte man selbst „die unbillichen beschwernus“ abstellen. Dennoch war die Bauernbewegung, auch dann, als nicht der erwartete Retter erschien, ausgesprochen kaiserfreundlich<sup>13</sup>. Der Kaiser wurde auch jetzt noch als Hort des alten Rechts, um das man kämpfte, angesehen. Dagegen wollte man nichts wissen von den „Doctores der kayserlichen Rechten“<sup>14</sup>. Man hatte zu schlechte Erfahrungen mit ihnen gemacht. Je stärker sich die sozialen Gegensätze zuspitzten, um so mehr merkte man, daß gerade mit Hilfe des römischen Rechts und seiner gelehrten Interpreten die Herren die Realisierung ihrer Ansprüche verwirklichten. Hier also konnte das römische Recht als Kaiserrecht wohl kaum eine Resonanz finden.

Aber wie steht es nun mit den *Humanisten*, wie steht es mit der von ihnen vertretenen Kaiseridee und ihrer rechtlichen Ausprägung? Hier wird eine eigenartige zwielichtige Erscheinung sichtbar. Die sog. „Wiederbelebung des klassischen Altertums“ ist nur zu einem geringen Teil durch die alte Kaiseridee erweckt und gefördert worden. Ja, im 16. Jahrhundert wird weithin dem politischen und kirchlichen Romgedanken die Absage erteilt. Die neue Kaiseridee der deutschen Humanisten löst sich weitgehend von Rom. Ihre Vorstellung kennt nur selten eine Identifizierung von Kaiserrecht und römischem Recht.

Hinzu kommen die nicht gerade sehr schmeichelhaften Ansichten über Glossatoren und Kommentatoren. Gewiß, der humanistische Bildungstrieb und die Hinwendung zu den Quellen des Altertums haben ihren Beitrag zur Rezeption des römischen Rechts in Deutschland gezahlt. Auf das Konto des „Kaiserrechts“ ist das jedoch nicht zu buchen.

Dazu tritt noch etwas, was nicht übersehen werden darf: Nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen Ländern war die Verbindung von Kaiseridee und Recht einer Wandlung unterlegen. Konnten noch die Glossatoren in der Formel: „Unum sit jus, cum unum est imperium“ die Einheit des Rechts als Folge der Einheit des Imperiums fordern und die Könige unter die Jurisdiktion des Kaisers stellen<sup>15</sup>, so wurde im Laufe des Spätmittelalters diese Begründung — wenn auch manchmal noch zitiert — zu einer unrealistischen Farce. Mit der Entstehung und Entwicklung der Nationalstaaten wurde die alte Idee vom universalen Kaiserreich und seines einen Oberhauptes als Schöpfer des Rechts erschüttert<sup>16</sup>. Positives „Kaiserrecht“ hat damals in Deutschland keinen Verpflichtungsgrad auf Grund des Satzes „imperator condit

<sup>12</sup> Haupt, a. a. O., 210.

<sup>13</sup> Krause, a. a. O., 144 f.

<sup>14</sup> Ebd.

<sup>15</sup> z. B. Cynus, Com. zum Cod. Just. I, 1, 1: „Temporaliter sub imperio omnes populi omnesque reges sunt, sicut sunt sub papa spiritualiter“

Vgl. auch: E. Landsberg, Die Quaestiones des AZO (Freiburg Br. 1888) 86 Nr. XIII.

F. Calasso, I glossatori e la teoria della sovranità (Firenze 1945) 70 ff. 82.

Kantorowicz, Studies in the Glossators of the Roman law (Cambridge 1938) 94, 100, 201.

<sup>16</sup> S. Mochi Onory, Fonti canoniche dell' idea moderna dello Stato (Milano 1951) 26 A. 1, mit Literaturhinweisen.

legem" erlangt, immer nur im Zusammenwirken von Kaiser und Reich, d. h. der ständischen Vertretung, abgesehen von den Privilegien. Es war selbstverständlich, daß sich die aufsteigenden Nationalstaaten nicht mit der an das römische Recht angelehnten Auffassung, daß im Vergleich zum Imperator die übrigen Könige nur Provinzvorsteher, „reges provinciarum“, „reguli“ seien<sup>17</sup>, befreunden konnten. Versuchte der französische König auch gelegentlich, nach dem Imperium zu greifen, so hatte er das eigentlich gar nicht mehr nötig, um seine Souveränität zu sichern. Die Fundierung seiner Rechte ergab eine außerordentlich bedeutsame Entwicklung auf einem anderen Gebiet, die bisher viel zu wenig beachtet worden ist. Diese vollzog sich nicht auf dem legistischen, sondern auf dem kanonistischen Sektor der Rechtswissenschaft<sup>18</sup>.

Wir können bei den frühen kanonistischen Glossatoren<sup>19</sup> meist die gleiche Sicht wie bei ihren legistischen Kollegen beobachten. Auch für sie gab es noch den „imperator super omnes gentes“, den „imperator princeps mundi et dominus“. Man bestätigte noch, daß „omnes nationes et omnes provinciae sub eo sunt“, bzw. daß „omnia sunt in potestate imperatoris“<sup>20</sup>. Auch für sie war das römische Recht das kaiserliche Recht par excellence, das alle binde, „qui subsunt romano imperio“<sup>21</sup>. Aber schon Huguccio scheint das Argument des Kaiserrechts nicht mehr zu genügen. So unterwirft er im Anschluß an die Summa Lipsiensis alle, die die lateinische Sprache sprechen, dem römischen Recht<sup>22</sup>. Für die spätere Entwicklung weitaus wichtiger war sein drittes Argument, nach dem auch die Franzosen, Engländer und anderen Ultramontani durch das römische Recht gebunden werden: „Item saltem ratione pontificis subsunt romano imperio; omnes enim christiani subsunt apostolice et ideo tenentur vivere secundum leges romanas, saltem quas approbat ecclesia“. Römisches Recht bindet also nicht nur ratione imperii, sondern auch ratione pontificis. Beide Rechtsgrundlagen werden noch von der alten Schule verbunden. Das Imperium wird mit der Herrschaft über die Christenheit identifiziert. Aber schon in der Summa Reginensis erhält der zweite Grund die Oberhand. Römisches Recht bindet nicht, weil es Kaiserrecht ist, sondern weil es von der Kirche bestätigt wurde.

Daneben erhält der neue Satz in der Rechtswirkung Geltung: Römisches

<sup>17</sup> R. Schlierer, Weltherrschaftsgedanke und Altdeutsches Kaisertum. (Diss. Tübingen 1934) 86—95.

W. Holtzmann, Das mittelalterliche Imperium und die werdenden Nationen. Arbeitsgem. f. Forschung d. Landes Nordrhein—Westfalen, Geisteswiss. Abh., H. 7 (1953).

<sup>18</sup> Vgl. Mochi Onory, a. a. O.; R. Castillo Lara, Coaccion Ecclesiastica y Sacro Romano Imperio (Augustae Taurinorum 1956); W. Ullmann, Medieval Papalism. The political theories of the medieval canonists (London 1949); ders., The growth of papal government in the middle ages. (London 1955).

<sup>19</sup> z. B. Johannes Teutonicus, ad v. venerabilem:

„... Est autem imperator ille super omnes reges... et omnes nationes sub eo sunt... Ipse enim est princeps mundi et dominus“...

G. Post, Some unpublished glosses (ca. 1210—1214) on the translatio imperii and the two swords. Archiv f. kath. Kirchenrecht 117 (1937) 408.

<sup>20</sup> Vgl. G. Post, Some unpublished glosses on the translatio imperii and the two swords. Arch. f. kath. Kirchenrecht 117 (1937) 407 f.; Gillmann, ebd. 120, 205 f., A. 6.

<sup>21</sup> Vgl. F. Maaßen, Beiträge zur jur. Literatur d. Mittelalters. S. B. Wien 24 (1857) 79—81.

<sup>22</sup> Mochi Onory, a. a. O., 174.

Recht bindet nicht, weil es Kaiserrecht ist, sondern weil und soweit es vom Landesherrn als Gesetzgeber anerkannt wurde.

Die „*potestas edicendi et constituendi*“, das wird schon im 12. Jahrhundert besonders festgestellt, ist kein Vorrecht des Kaisers und diesem nicht definitiv übertragen, sondern sie steht dem *rex in regno suo* genauso zu.

In dem unaufhaltsamen Prozeß der Nationalisierung des Abendlandes war das Prinzip des *unum ius* für das ganze Imperium nicht mehr zu halten. So war es auch in den sich vom Reiche ablösenden Staaten nicht möglich, dem römischen Recht auf Grund seiner *kaiserlichen* Autorität Geltung zu verschaffen. Der Schluß war ganz natürlich: „*Quaelibet regio potest sibi imponere legem et ita Francigene et Hispani non obligantur Romanis legibus*“, <sup>23</sup> es sei denn, sie würden sie als ihre eigenen Gesetze rezipieren, nicht aber aufgrund kaiserlicher Autorität.

Dieselbe Erscheinung ist innerhalb Deutschlands zu beobachten. Der entscheidende Gesetzgeber ist im 15. und 16. Jahrhundert, dem Zeitalter der Rezeption des römischen Rechts in die weltliche Gerichtspraxis, nicht Kaiser und Reich, sondern der Landesherr, der auf diesem Gebiet weithin zum „*imperator in territorio suo*“ geworden ist.

Das Kaiserrecht als entscheidender Faktor der Rezeption ist zwar in den Auffassungen einzelner Juristen dieser Zeit wiederzufinden, in der historischen Wirklichkeit kann man davon jedoch kaum etwas feststellen.

Wie kommt es nun aber zu dieser Rezeption in Deutschland? Welches sind die entscheidenden Faktoren der rechtsgeschichtlichen Entwicklung? Man hat früher von zwei Stadien gesprochen, von einer theoretischen und einer praktischen Rezeption, und man tut es auch heute noch. Man kam einfach um die vielfältigen Quellenaussagen nicht herum, die vereinzelt seit dem 11. dann in immer stärkerem Maße seit dem 12. und 13. Jahrhundert den Niederschlag römisch-rechtlicher Normen in Deutschland bezeugten. War es zunächst die Auseinandersetzung zwischen Kaisertum und Papsttum, die z. T. mit rechtlichen Argumenten ausgefochten wurde, so trat immer stärker das römische Privatrecht in den Vordergrund. Theoretisch blieb aber weder das eine noch das andere. In einer Zeit, die ganz allgemein auf eine Verwissenschaftlichung hinzielte, deren Niederschlag wir auch in der Theologie und der Philosophie finden, gewann nun das gelehrte Recht, das sich auf der Grundlage der justinianischen Kompilation und der neuen kirchenrechtlichen Sammlungen entwickelte, die Bedeutung einer *ratio scripta* <sup>24</sup>. Das nun auch in Deutschland ermöglichte Studium des römischen Rechts zeigte seine Folgen. Das gelehrte *ius commune* fand seinen Niederschlag in Rechtsbüchern, in der Gesetzgebung und Literatur <sup>25</sup>.

Die unglückselige Trennung der deutschen Rechtshistoriker in Romanisten, Germanisten und Kanonisten brachte es mit sich, daß nur sehr wenige Forscher den Blick über den Zaun ihres eigenen Arbeitsgebietes warfen und eine Gesamtschau der rechtlichen Entwicklung vernachlässigt wurde. So übersah man weithin die Tatsache, daß in Deutschland seit dem 13. Jahr-

<sup>23</sup> *Laurentius Hispanus*, Rosarium, zit. bei Mochi Onory, a. a. O. 245.

<sup>24</sup> Vgl. Wieacker (1967) 55 ff.

<sup>25</sup> Im einzelnen H. Coing, Römisches Recht in Deutschland. *Jus romanum mediæ ævi*, pars V, 6 (Mediolani 1964) und W. Trusen, Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland (Wiesbaden 1962).

hundert das römische Recht subsidiär Eingang in die Judikatur fand, allerdings noch nicht bei den weltlichen, sondern bei den geistlichen Gerichten.

Man könnte vielleicht annehmen, die *geistliche Gerichtsbarkeit*<sup>26</sup> betreffe nur einen Bereich, der für die Entwicklung des weltlichen Rechts geringe Bedeutung besitze. Das ist jedoch keinesfalls richtig, denn große Gebiete, die heute zum Zivilrecht gezählt werden, fielen damals in die Kompetenz des geistlichen Gerichts. Dazu gehörte das Eherecht in weitestem Sinne, also auch die Entscheidungsgewalt über eheliches Güterrecht und Unterhaltsstreitigkeiten, ferner Auseinandersetzungen über letztwillige Verfügungen, *causae beneficiales*, *patronatus*, *decimarum*, Fälle, die das Wucherherbot berührten u. a. Eine besondere Rolle spielte die Kompetenz des geistlichen Gerichts bei eidlich bekräftigten Verträgen, die damals weithin üblich waren. *Ratione personarum* unterstanden infolge des sich immer stärker durchsetzenden *privilegium fori* alle Kleriker seit der Tonsur dem geistlichen Gericht, selbst ihre Dienstleute. Auch für Kreuzfahrer und die *personae miserabiles* war eine konkurrierende Kompetenz gegeben. Infolge des geregelten Verfahrens mit seinem Instanzenzug und der besseren Exekutionsmöglichkeit kam es in immer größerem Umfang zu *Prorogationen* in rein weltlichen Streitfällen. Dazu traten die umfangreichen Tätigkeitsbereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Schiedsgerichtsbarkeit. Der weltlichen Obrigkeit gelang es erst nach gründlicher Reform der eigenen Gerichte, die Inanspruchnahme der kirchlichen Jurisdiktion einzuschränken.

Von besonderer Bedeutung für die Rezeption des römischen Rechts war die Umwandlung der kirchlichen *Gerichtsverfassung* seit dem Ende des 12. Jahrhunderts. Die in der Form des altdeutschen Gerichts ausgeübte Jurisdiktion der Bischöfe auf Diözesansynoden und beim *Send* wurde abgelöst durch selbsturteilende Einzel- oder Kollegialrichter, die in der Kenntnis des kanonischen und des römischen Rechts ausgewiesen sein mußten. Nach dem Vorbild der päpstlichen *iudices delegati* setzten die Bischöfe ebenfalls delegierte Richter ein. Wie in Frankreich so entwickelte sich auch in Deutschland aus dieser Institution die Bestellung eines ständigen Richters, des *Offizials*, als *alter ego* des Bischofs.

Entscheidend für die spätere Entwicklung wurde die Einführung des römisch-kanonischen *Zivilprozesses*, der neben dem Richter die Heranziehung gelehrter oder halbgelehrter Rechtskundiger notwendig machte. Der weitaus größte Teil der deutschen Studenten, die sich dem *ius utrumque* an italienischen und französischen Universitäten widmete, fand zunächst Aufnahme im Gerichtswesen und in der Verwaltung der Kirche. Das Erscheinen von einflussreicher und zusammenfassender Literatur, von Prozeßhandbüchern und von alphabetischen juristischen Lexika seit dem 13. Jahrhundert basiert auf Erfordernissen dieser Praxis.<sup>27</sup> Die in Urkunden immer stärker anzutreffenden gelehrten Formeln, wie etwa der *Rechtsverzichte*, sind nur verständlich im Hinblick auf das dort geltende Prozeßrecht.<sup>28</sup>

Bei der Übernahme des römisch-kanonischen Verfahrens in die *Praxis weltlicher Gerichte* seit der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts zeigen sich Parallelererscheinungen zu der Entwicklung bei den geistlichen Gerichten zwei-

<sup>26</sup> Für das Folgende vgl. W. Trusen, a. a. O., 34 ff.

<sup>27</sup> Ebd., 125 ff.

<sup>28</sup> Ebd., 91 ff.

hundert Jahre früher. Man kann sie nicht erklären, wenn man die zeitgenössische *Rechtsquellenlehre* übersieht. Sie wird eigentlich rezipiert, nur mittelbar römischrechtliche und kanonistische Normen.

Im Zusammenhang mit der Einführung des Zivilprozesses stand die Frage nach dem in diesem Verfahren anzuwendenden Recht. Hier liegt ein Kernproblem der Rezeptionsgeschichte, das bisher nur unzureichend in den Blick der Forscher gekommen ist. In diesem Rahmen seien einige Ausführungen über den Zusammenhang von Zivilprozeß und Rechtsquellenlehre gestattet, die an anderer Stelle ausführlicher dargelegt werden sollen.

Man wird zunächst fragen müssen, welche Stellung die Rechtsgelehrten damals dem römischen Recht selbst einräumten. Daß es in der geistlichen Gerichtsbarkeit subsidiär gebraucht wurde und das kanonische Recht nicht verdrängen konnte, liegt auf der Hand. Für den Bereich der zivilen Gerichtsbarkeit wurde das Verhältnis von römischem Recht und den vom Landesherrn erlassenen Normen, den partikulären Statuten und *consuetudines* von besonderer Wichtigkeit. Wir wiesen bereits oben darauf hin, wie sich auch in der Theorie die Konsolidierung der Nationalstaaten abzeichnete und damit verbunden die Gesetzgebungsrechte einer Prüfung unterzogen wurden. Auch hier läuft die Entwicklung auf dem Gebiet der Kanonistik weiter als auf dem der Romanistik.

Neben die eigene juristische Individualität der *regna* trat in der Lehre die der *civitates*. Ausgangspunkt weiterer Überlegungen bot oft die Glosse zum Canon „*Scitote*“ des *Decretum Gratiani*<sup>29</sup>, wobei man eine Ausweitung auf das weltliche Gebiet vornahm. Die politische Wirksamkeit, die sich in der Entstehung der *regna* und *civitates* als Gemeinwesen eigener Ordnung zeigte, mußte zwangsläufig zur Verteidigung der herkömmlichen Rechte gegenüber der von den Glossatoren zunächst noch vertretenen unbedingten Vormachtstellung des römischen Rechts führen<sup>30</sup>. Simon von Bisignano identifizierte im 12. Jahrhundert das *ius humanum* mit den *leges regum*<sup>31</sup>. Wie aber im Bereich seines Gebietes der Kaiser oder König als Gesetzgeber betrachtet wurde, so mußte man schließlich auch im Bereich des kommunalen Gebietes der *civitas* das gleiche Recht zugestehen. In diesem Sinne benutzte der unbekannte Autor der Stuttgarter Glossen (1181—85) den Satz aus Isidors *Ethymologie*: „*Jus civile est quod quisque populus vel civitas sibi proprium divina humanae causa constituit*“<sup>32</sup>, um an ihm das Gesetzgebungsrecht der *civitas* zu beweisen. Das Verhältnis des *ius civile* zur *lex* wird bestimmt: „*Ius civile non derogat legi generaliter, sed in eo loco, ubi est institutum*“<sup>33</sup>, d. h. auf Grund des *consensus civium*.

Diese These blieb durchaus nicht unbestritten<sup>34</sup>. Dennoch scheint sie im Lager der Kanonisten bald den Vorrang besessen zu haben, zumal auch für den Kirchenstaat auf eine Anfrage des Bischofs von Ancona entschieden wurde, daß die „*lex quam cives sibi statuerunt*“ in dem Falle vorangehe, in

<sup>29</sup> c. 2 C. VI, q. 3.

<sup>30</sup> Belege bei *Mochi Onory*, a. a. O., 132 ff.

<sup>31</sup> *J. Juncker*, Die Summa des Simon von Bisignano und seine Glossen. ZRG. kan. Abt. 15 (1926) 333.

<sup>32</sup> l. V, c. 5 = c. 8 D. I.

<sup>33</sup> Gl. zu c. 8 D. I.

<sup>34</sup> Belege bei *Mochi Onory*, a. a. O., 242 ff.

dem die „lex illa iuri communi contradicat“, falls eine päpstliche confirmatio vorliege<sup>35</sup>.

Die Auffassung von der *Subsidiarität des römischen Rechtes* breitete sich bei den Kanonisten immer mehr aus<sup>36</sup>. Die Legisten waren begrifflicherweise davon nicht so schnell zu überzeugen. Besonders der Versuch einer Harmonisierung von Gesetz und consuetudo konnten nicht immer zum Erfolg führen. Azo meinte, die consuetudo schein zwar die „conditrix, abrogatrix et interpretatrix legis“ zu sein<sup>37</sup>. Das umstrittene Problem war aber dabei, ob bei der Bildung der consuetudo die auctoritas beim Volke oder beim princeps liege. Zur Lösung unterscheidet Azo zwischen der consuetudo specialis und generalis<sup>38</sup>. Die erstere, von anderen auch consuetudo municipalis genannt, wurde durch die civitates begründet. Sie konnte nach dem Glossator eine lex scripta in dem von ihr selbst zugelassenen Rahmen nicht aufheben. Das war jedoch nur bei der consuetudo generalis, die mit Wissen des Fürsten eingeführt worden war, möglich. Aber auch Azo gab zu, daß der Richter, der geschworen hätte, zu urteilen „secundum leges prout ei melius visum fuerit“ nicht meinedig würde „si secundum consuetudinem iudicat in eo loco ubi est“<sup>39</sup>.

Allmählich begann man, den universellen und permanenten Wert des römischen Rechts mit Vorbehalten zu beurteilen<sup>40</sup>. Schließlich bezogen auch die Legisten den von den Kanonisten geprägten Satz auf die Kommunen: „Qui in territorio suo tantum jus habet quantum imperator in imperio“. Daraus folgte der Vorrang der Statutargesetzgebung,<sup>41</sup> die ihrerseits aber an das göttliche und an das Naturrecht<sup>42</sup> gebunden war. In der Theorie erlangte das römische Recht endgültig durch die Autorität des Baldus den Subsidiaritätscharakter: „Ubi cessat statutum, habet locum jus civile“<sup>43</sup>.

Ohne dieses Fundament wären die Anfänge der Rezeption des römischen Rechts in der weltlichen Gerichtsbarkeit Deutschlands nicht denkbar, denn

<sup>35</sup> F. v. Schulte, Literaturgeschichte der Compilationes Antiquae. S. B. Wien 66 (1870) 55.

<sup>36</sup> Vgl. Paulus Hungarus, Notabili: „Per contrariam consuetudinem derogatur iuri communi“. G. M. Dénes, I notabili di Paolo Ungaro canonista bolognese del secolo XIII (Roma 1944) 56. — Stephanus Tornacensis, Summa, c. 5 Dist. I, v. nec differt: „Consuetudo etiam praeponitur legi scriptae“. Ein unbekannter Glossator sagt: „... sicut enim moribus utentium nonnullae in contrarium leges abrogatae sunt, ita moribus utentium confirmantur“; v. Schulte, Decretistarum Jurisprudentiae Specimen (Gießen 1868) XIV.

<sup>37</sup> Er bezieht sich auf D. 1, 3, 32 u. 38; J. 1, 2, 9.

Vgl. R. Wehrle, De la coutume dans le droit canonique (Paris 1928) 141 ff.; L. Buisson, König Ludwig IX. der Heilige und das Recht (Freiburg Br. 1954) 51 ff.

<sup>38</sup> Diese Unterscheidung findet sich auch schon bei Sicard von Cremona in seiner Summa zum Decret (um 1180). Vgl. St. Kuttner, Mélanges de Ghellinck, II, 783—87; Mochi Onory, a. a. O., 133 A. 1.

<sup>39</sup> Lect. in Cod., lib. VIII, tit. LIII: Quae sit longa consuetudo.

<sup>40</sup> So z. B. Buoncompagno in seiner Rhetorica novissima (1235): „Civile ius non debet plurimum commendari, quoniam per ipsum vel cum ipso non regitur centesima pars orbis terrarum et, quod est viturabile, per statuta rusticorum iugiter evanescit et plebiscita popularia sibi auctoritatem subripiunt et favorem...“ A. Gaudenzi, Bibl. jurid. II, 289.

<sup>41</sup> So z. B. Tancred v. Corneto, Compendiosa XII, 24 (Urbino 1494) f. 169 a: „Statutum... prevalet et rumpit legem in illo municipio“.

<sup>42</sup> Vgl. Gandinus, Quaest. statut. VIII, 59: „Non valet statutum, si est contra ius naturale, quia jura naturali sunt immutabilia“.

<sup>43</sup> In Dig. vet. I, 1, 9 n. 1.

das Prinzip der Subsidiarität wurde schon frühzeitig von den Rechtsgelehrten hierhergetragen. Nur auf diesem Wege wurde unbeanstandet der Einlaß gewährt. Bereits im Jahre 1402 beschloß der Rat der Stadt Lüneburg, daß nach dem Stadtrecht und den Privilegien subsidiär das sächsische Landrecht, nach diesem das Kaiserrecht und das geistliche Recht als Urteilsnorm heranzuziehen seien<sup>44</sup>. Die „iurisprudencia frisiaca“ aus dem 15. Jahrhundert wollte römisches Recht als Kaiserrecht für die Urteile subsidiär benutzt wissen<sup>45</sup>. In Sachsen gelangte die Glosse, welche den Sachsenspiegel mit den gelehrten Rechten verband, zu gesetzlichem Ansehen<sup>46</sup>. Theoderich von Bocksdorf betonte den subsidiären Charakter der gemeinen leges in Sachsen<sup>47</sup>, was schließlich auch die Leipziger Oberhofordnung von 1488 schriftlich festlegte.<sup>48</sup> Wir gehen sicher nicht fehl, wenn wir vermuten, daß durch den Einfluß der Rechtsgelehrten auch in anderen Gebieten und in manchen Städten die hilfsweise Benutzung der gelehrten Rechte im 15. Jahrhundert stattfand, auch wenn keine schriftliche Norm dafür angegeben wurde.

Entscheidend für die weitere Entwicklung scheint die nach der Ordnung des Reichskammergerichts von 1495 festgesetzte subsidiäre Heranziehung des römischen und geistlichen Rechts gewesen zu sein<sup>49</sup>. Schon das Hamburger Stadtrecht von 1497 empfiehlt am Schluß der Vorrede, in zweifelhaften und nicht behandelten Fällen das gemeine Recht heranzuziehen<sup>50</sup>. Im selben Jahr hielt auch in Hessen-Kassel durch die Gerichtsordnung der kanonische Prozeß seinen Einzug und mit ihm die Subsidiarität des gelehrten Rechts. In der Hofgerichtsordnung von 1500 wurden die Richter und Beisitzer angewiesen, „nach gemeynen keyserlichenn beschriebenn Rechten, auch nach reddelichen und erbarn Statuten, Ordenungen und Gewonheten unsers Fürstenthumbs und Landtschaft, wo die für sie bracht werden“, zu richten und zu urteilen.<sup>51</sup>

Die Subsidiarität des römischen Rechts wurde im Laufe des 16. Jahrhunderts mit Ausnahme weniger Gebiete überall in Deutschland gesetzlich anerkannt<sup>52</sup>. Ausschlaggebend dabei war natürlich die Rangfolge der Normen, die durchaus nicht überall gleich war. Wäre es nur bei einer allgemeinen Anerkennung des gemeinen Rechts und der darüber in Italien entstandenen Lehre geblieben, so wäre durchaus notwendigerweise keine solch tiefgreifende Rechtsänderung erfolgt; denn nach der Auffassung der Kommentatoren hätte dabei keine Außerkräftsetzung von deutschem Reichsrecht, Landesrecht oder Partikularrecht vorgenommen werden dürfen. In diesem Sinne sehen wir die gemeinen Rechte im 15. Jahrhundert noch überall nach dem primär anzuwendenden deutschen Recht stehen. Die Anwendung der örtlichen Gewohnheiten und des Landrechts stehen noch in den meisten Gerichtsordnungen des 16. Jahrhunderts vor der subsidiären Geltung des gemeinen Rechts. Die

<sup>44</sup> O. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen (Braunschweig 1864, Neudr. 1965) I, 652, A. 121 (hier 1401!), II, 111, 326.

<sup>45</sup> Ed. Hettema (1834/5); I § 15. Vgl. auch I, §§ 9, 24; XXXIII § 11.

<sup>46</sup> Vgl. Stobbe, a. a. O., I, 652, A. 120; II, 125.

<sup>47</sup> Ebd., I, 625.

<sup>48</sup> Ebd., II, 125.

<sup>49</sup> Art. 3.

<sup>50</sup> Lappenberg, Die ältesten Stadt-, Schiff- und Landrechte Hamburgs (1845) 170.

<sup>51</sup> Tit. 2, Stobbe, a. a. O., II, 131.

<sup>52</sup> Einzelbeispiele bei C. G. v. Wächter, Gemeines Recht Deutschlands (1844) 198 ff.; O. Stobbe, a. a. O., II, 125 ff.; Th. Muther, Zur Geschichte der Rechtswissenschaft und der Universitäten in Deutschland (1876) 140 ff.

Kodifikationen in Norddeutschland befinden sich noch bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts weitgehend auf dieser Grundlage. Als Beispiele seien hier nur angeführt das Hamburger Stadtrecht von 1605<sup>53</sup>, das Rügenwalder Stadtrecht von 1609,<sup>54</sup> das Stolper Stadtrecht,<sup>55</sup> und die Hofgerichtsordnung für das Fürstentum Lauenburg von 1621.<sup>56</sup> Auch in der Schwäbischen Landgerichtsordnung von 1618 heißt es, bei Lücken der Gesetzgebung sollen „die alte löbliche Gebräuch, Gewohnheiten und da dieselbe nicht befunden, das gemein geschriebene Recht, und was demselben zum ebenmäßigsten ist, und nach dem allen ein Ehrbarer guter besonderer Verstand, Arbitrium boni viri ex aequo et bono statt haben und vermög derselben gehandelt und procedirt werden“<sup>57</sup>.

Es ist auch nicht so, daß das deutsche Recht vollkommen aus der Wissenschaft verbannt werden sollte. In den Statuten der Universität Gießen wurde den Professoren der Rechtswissenschaft das *ius francorum et saxonum* besonders empfohlen.<sup>58</sup> Ähnliches betonen auch die Statuten der Universität Rinteln.<sup>59</sup> Von diesen Fakten her ist es verständlich, wenn Carl Philipp Kopp 1769 sagen konnte: „Man sihet also wohl, daß es der Gesetzgeber Schuld nicht ist, wenn man das römische Recht mit Hintansetzung der einheimischen vorgezogen und demselben ein größeres Ansehen als ein *ius subsidiarium* billig haben sollte, beigelegt hat“<sup>60</sup>.

In der Praxis sah es jedoch ganz anders aus. Wenn man auch von den gelehrten Richtern Kenntnisse des einheimischen Rechts *wünschte*, so wurden sie doch selten *verlangt*. Hier lagen die Verhältnisse anders als in England, wo das römische Recht zunächst in ähnlicher Weise eindrang wie in Deutschland. Doch dort wurden Kenntnisse im englischen Recht gefordert, die man an eigens dafür eingerichteten Lehranstalten sich aneignen mußte. Auch in Frankreich mußten die Richter die *coutumes* kennen. In Deutschland dagegen übernahm man sehr rasch die italienische Theorie, daß von einem gelehrten Richter nur die Kenntnis des gemeinen Rechts gefordert werden dürfe. Es sei Aufgabe der Parteien, das mit dem gemeinen Recht nicht übereinstimmende partikuläre Recht beizubringen, wie es bereits ausdrücklich die Reichskammergerichtsordnung verlangte. Damit wurde der subsidiäre Charakter des gelehrten Rechts aufgewertet, denn die partikulären Rechte gehörten nicht zu denen, die die *curia* kennen mußte. In der Formulierung, daß nur

<sup>53</sup> Epilog (hinter IV, 69). Dasselbe fordert die Gerichtsordnung von Stade. Vgl. Stobbe, a. a. O., I, 2, 127.

<sup>54</sup> Hier steht an erster Stelle das Lübisches Recht, in subsidium soll man richten „nach den Landes Constitutionen und dem *jus civile sive commune*, wie von Alters gebräuchlich gewesen“.

<sup>55</sup> Auch dort gebührt dem Lübisches Recht der Vorrang. Der Notar Peter Andreae setzt in Parenthese: „Quatenus longo usu et consuetudine receptum est, sonsten deficiente statuto et more Civitatis wird nach dem *Jure civili* gesprochen“. Vgl. Stobbe, a. a. O., I, 2, 129.

<sup>56</sup> Diese bestimmt in Anlehnung an das Lauenburger Stadtrecht von 1599 die Reihenfolge: Statuten, Gewohnheiten des Fürstentums, sächsisches Recht, Kaiserrecht.

<sup>57</sup> Stobbe, a. a. O., 132.

<sup>58</sup> Hert, *De Consultat. legib. et iudic. in special. R. G. J. rebuspubl.*, § 15 p. 4 32 (Tom. II, vol. I Opusc.); C. Ph. Kopp, Ausführliche Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und Civil-Gerichten in den Fürstlich-Hessen-Casselischen Landen, I, 1, 2, (Cassel 1769) 66.

<sup>59</sup> Ch. G. Riccius, Zuverlässiger Entwurf von Stadt-Gesetzen oder Statutis (1740) 270.

<sup>60</sup> a. a. O., 66.

„redliche, erbare und leidliche“ Ordnungen Berücksichtigung finden sollten, wurde eine weitere Schranke gesetzt, die nach dem Ermessen der gelehrten Richter in Wirkung treten konnte. Dieses Prinzip wurde von den meisten Hofgerichtsordnungen übernommen<sup>61</sup>. Daß nur die Kenntnis des gemeinen Rechts von den gelehrten Richtern verlangt wurde<sup>62</sup>, beweisen auch die Anweisungen, keine unnötigen Allegationen aus dem *ius commune* vorzunehmen, weil, wie die Mainzer Hofgerichtsordnung betont, „unser Hofrichter und Beisitzer desselben sich von selbst recht werden wissen zu erinnern und sie unbedacht nicht lassen“, dagegen seien „Statuta, Gewohnheiten, Gebrauch und Herkommen gleich andern *factis* gebührend vorzulegen“, da „dieselben nicht in gemeinen beschriebenen Rechten, sondern in *facto*, das ist in der Tat und Geschicht stehen und befunden werden“<sup>63</sup>.

Allerdings dürfen landesherrliche Bemühungen um das einheimische Recht nicht übersehen werden. Hier seien nur die vielen Versuche der Landgrafen von Hessen-Kassel zur Kodifikation ihres Landrechts und der Gewohnheiten im 16/17. Jahrhundert genannt. Sie verliefen ergebnislos, weil die damit beauftragten Juristen nicht mitmachten. „Die Arbeiter bemühten sich mehr, das römische Recht auf deutsch zu übersetzen und in eine gewisse Ordnung zu bringen, als aus den Landesbräuchen allgemeine Sätze herauszuziehen und daraus ein auf unsere Verfassung sich schickendes Recht zu entwerfen“<sup>64</sup>.

Auch in Württemberg wurden auf Veranlassung von Herzog Christoph Städte und Ämter des Herzogtums aufgefordert, Lokalrechte und Gebräuche als Grundlage der Schaffung eines neuen Landrechts einzusenden. Die Stände waren der Auswertung und Harmonisierung dieses Rechtsmaterials nicht gewachsen, so daß die Gesetzgebungsarbeit schließlich auf ihren Wunsch von den herzoglichen Räten geleistet werden mußte, die dem gemeinen Recht weithin den Vorzug gaben<sup>65</sup>. Das Bestreben, Land- und Stadtrechte mit dem *ius commune* zu konformieren ist auch in anderen Territorien so deutlich festzustellen, daß darüber nicht viel gesagt zu werden braucht<sup>66</sup>.

Die stärkere Romanisierung zeigt sich auch bei manchen Gerichtsordnungen seit der Mitte des 16. Jahrhunderts in der bewußten Ausschaltung der Gewohnheiten und der alten Rechte<sup>67</sup>. Wie die Wolfenbütteler Hofgerichtsordnung von 1559, so sollte das Solmsers Landrecht von 1571 nur durch römisches Recht ergänzt werden. Auch in Heinrichstadt wurde 1592 an die Stelle des abgeschafften Sachsenrechts das gemeine Kaiserrecht gesetzt. Im 17.

<sup>61</sup> Vgl. die hessischen Hofgerichtsordnungen 1500 und 1527, die Mainzer 1516, die Braunschweiger 1559, die von Lüneburg und Münster 1571, Sponheim 1586, Kurpfalz 1582 und 1610.

<sup>62</sup> Eine Ausnahme, die allerdings wohl auch theoretisch bleibt, zeigt die Württemberger Hofgerichtsordnung von 1587, in der vom Hofrichter gefordert wurde, daß er „insonderheit dieser Hofgerichts- und Landordnung nach Landrechten wohl erfahren“ sei, während z. B. die Sponheimer Hofgerichtsordnung von dem Hofrichter und den Beisitzern nur verlangte, daß sie „der gemeinen kaiserlichen Rechten und Reichsordnungen wohl kundig und erfahren seien“.

<sup>63</sup> Vgl. auch ähnliche Bestimmungen in den Prozeßordnungen von Lüneburg, Braunschweig, Münster, Kurpfalz, Wismar, Mecklenburg-Güstrow u. a.

<sup>64</sup> Kopp, a. a. O., I, 1, 2, S. 86.

<sup>65</sup> Kunkel, Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, I, 2 (1938) XXII f.

<sup>66</sup> Ebd., XI ff.

<sup>67</sup> Belege zum Folgenden in den Abhandlungen Anm. 52.

Jahrhundert wurde an vielen Orten die Anwendung des Gewohnheitsrechts untersagt, so z. B. 1607 im Wildenburgischen Landrecht, im Kurkölnischen Landrecht von 1663, im Kurtrierer Landrecht von 1688 und im Stadtrecht von Braunschweig von 1675. Diese Beispiele lassen sich vermehren.

Warum man über die in Italien übliche Subsidiarität in Deutschland im Laufe der Zeit hinausging, ist sicher auf viele Gründe zurückzuführen. Die Schwierigkeit für den praktischen Juristen, deutsches und römisches Recht, vielleicht im selben Fall, anzuwenden, darf nicht übersehen werden. Sicher spielte auch die Bequemlichkeit und die Neigung, die gemeinrechtliche Lehre formalistisch auf die Behandlung von deutschem Ortsrecht anzuwenden, eine Rolle. Das wesentliche aber ist, daß das von der spätmittelalterlichen Wissenschaft entwickelte Prinzip der Subsidiarität selbst in Frage gestellt wurde. Ansätze dazu waren schon in Italien vorhanden. Bereits in der ersten, von Albertus Gandinus formulierten Theorie des Statutarrechts, in dessen 1286 geschriebenen „*Quaestiones statutorum*“<sup>68</sup>, war zwar der Vorrang des örtlichen Rechts festgestellt, aber es wurde auch der Satz betont: „*Statutum municipale est interpretandum et in melius reformandum*“<sup>69</sup>. Auf Deutschland bezogen, haben die Juristen sehr schnell „eine Verbesserung“ und Reformation der Lokalrechte durchgeführt, die mehr oder weniger stark romanistisch war. Entscheidend ist aber, daß durch den Humanismus und die damit verbundene „elegante Jurisprudenz“ infolge der maßlosen Verehrung der fremden Rechte der Sinn für die Subsidiarität oder Gleichberechtigung gegenüber dem deutschen Recht weithin schwand. Das Prinzip des Zurückgreifens „*ad fontes*“ brachte eine Vergötterung des *Corpus Iuris Civilis* mit sich, während man die Rechtsentwicklung des Mittelalters einschließlich der „*scholastischen*“ Arbeiten der Glossatoren und Kommentatoren mit Verachtung strafte. So meinte Fuchsberger in der Vorrede zu seiner Institutionen-Übersetzung von 1535, wenn man zum alten deutschen Recht zurückkehre, dann werden wieder hervorbrechen „die erst vyhisch wildhait, darin die menschen ainsam in den wäldern sich mit aichel speysten, ein yeder stärker den schwächern bezwang“<sup>70</sup>. Vigelius prophezeite, das Reich werde ein Raub der Türken und dem mohammedanischen Recht unterworfen, wenn man sich vom römischen Recht lossage<sup>71</sup>.

Bei solch einer Einstellung ist es verständlich, daß man auch die Subsidiarität, die ja von den Kommentatoren vertreten wurde, vielfach in ihr Gegenteil verkehrte. Nicht selten benutzte man dabei das deutschrechtliche Prinzip: Altes Recht gilt vor neuem Recht, um mit Hilfe des Alters der Digesten das „jüngere“ deutsche Recht auszuschalten oder seine spätere Ableitung darzutun<sup>72</sup>. Man braucht sich dann nicht zu wundern, daß „alles für

<sup>68</sup> *Ed. v. Gaudenzi*, *Bibl. jurid.* III, 157—214. Vgl. auch das Kap. *De statutis et eorum observantia* in seinem *Tract. de maleficiis*, ed. v. *Kantorowicz*, *A. Gandinus*, II, 381—397.

<sup>69</sup> *Quaest. statut.* X, 160.

<sup>70</sup> *Stobbe*, a. a. O., I, 2 113 A. 8.

<sup>71</sup> Vgl. *Methodus de retractu* (Basel 1586) 20; *Constitutiones Carolinae* (Basel<sup>3</sup> 1603).

<sup>72</sup> Auch in der vom Jahre 1592 datierten Vorrede der Prager Bürger zum böhmischen Stadtrecht (Leipzig 1607 u. 1614) heißt es in diesem Sinne: Das römische Recht hatten die christlichen Länder angenommen, „und ob wol etliche Länder jhnen eine sonderliche ordnung auffgericht, so sind sie doch alle aus diesen Kayserlichen Rechten entsprungen und herkommen, dann uber dieselben Rechte nichts gründlicher und rechtmessigers erfunden werden mag“.

böse Gewohnheiten gehalten wurde, was man den römischen Grundsätzen sich nicht vereinigen ließe<sup>73</sup>. Nicht selten meinte man, wie Langenbeck, man solle die einheimischen Gesetze und Gewohnheiten nach dem gemeinen Kaiserrecht „boghnen und duden“, wie man nur immer könne<sup>74</sup>.

Der entscheidende Grund für die immer stärker werdende Zurückdrängung des Gewohnheitsrechtes liegt nicht allein in der Abneigung jener Juristengeneration ihm gegenüber und auch nicht in ihrer Unkenntnis, sondern ist zuletzt auf die Übernahme gemeinrechtlicher Verfahrensnormen und die über sie entwickelten wissenschaftlichen Anschauungen zurückzuführen. Hier wie auch auf anderen Gebieten haben Legisten und Kanonisten gemeinsam die Fundamente für die Lehre von der gerichtlichen Anwendung des Gewohnheitsrechtes gelegt, die für die weitere Entwicklung in Deutschland ausschlaggebend werden sollte. Die entscheidend gewordene Auffassung, daß im allgemeinen das Gewohnheitsrecht im Prozeß von der sich darauf berufenden Partei zu *beweisen* sei, findet sich in den ersten Spuren bereits bei den Glossatoren<sup>75</sup>. Wenn auch der Richter *ex officio* die Rechtsnormen kennen mußte, so darf das aber beim nicht notorischen Gewohnheitsrecht keineswegs vorausgesetzt werden. Nur das *ius scriptum* wurde als sicher und bestimmt angesehen. Man meinte, jedes nicht geschriebene Recht hänge von Tatsachen ab und diese unterlägen dem Beweise<sup>76</sup>. Das kanonische Recht schien diese Auffassung zu bekräftigen<sup>77</sup>. Sie finden wir bei den Kommentatoren bereits als *sententia communis*.

Wir brauchen uns also nicht zu wundern, wenn sich die in Deutschland tätigen Gelehrten denselben Anschauungen anschlossen<sup>78</sup>, zumal viele von ihnen in Italien ihre Ausbildung erhalten hatten und das deutsche Partikular- und Gewohnheitsrecht meist nur sehr wenig kannten. Auch in die Gesetzgebung fand diese Doktrin Eingang<sup>79</sup>.

<sup>73</sup> C. H. Kopp, a. a. O., I, 1, 2; 86.

<sup>74</sup> Glosse z. Hamburger Stadtrecht, L. 11; Stobbe, a. a. O., I, 2, 121 A 26.

<sup>75</sup> Als Beispiel Azo ad l. 1 C. VIII, 52 (Quae sit longa consuetudo) ad v. probatis: „Debet enim probare qui allegat consuetudinem“. „(Jus) non scriptum... est necesse probari, ut hic dicitur“. Vgl. S. Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, I. Teil (Breslau 1899) 125 f.

<sup>76</sup> Gl. probatis iis: „At hic (ius) non scriptum pendet ex facto, quod factum est necesse probari, ut hic dicitur“.

<sup>77</sup> Vgl. c. 8 X de consuet. 1, 4, c. ult. X de off. archid. 1, 23.

<sup>78</sup> Vgl. M. Kling, Das ganze Sechsische Landrecht mit Text u. Gloss (Leipzig 1572), Vorrede: „Lex semper loquitur et est in viridi observantia nisi sit sublata per statuta vel consuetudines speciales. Die kan kein gelerter wissen, wie es hin und wider auffm Lande gehalten wird“. Perneder, Institutiones (Ingolstadt 1559). Fol. 5 b: „... dieweil dieselben on mittel in der geschicht steen, müssen sie durch die allegierend parthey allwegen probiert werden“. Ähnlich: Heinrich von Birnbaum (de Pyro), Super Institutis, I, 2 § 3; Nider, De vigore consuetudinis, Hs. Mainz, Stadtbibliothek, Cod. I, 6, fol. 207 b ff; Zasius, Consil. I, 5 n. 108 ff; Fichard, Consil. I, 12 n. 6 ff.; II, 43 n. 1—2; Mynsinger Observ. V, 96 n. 1, Resp. CXXI n. 3; Petrus Ravennas, De consuetudine, Tract. univ. jur II, fol. 381 f., 384—389; Gail, Observ. I 36 n. 16; Wesenbeck, Comment. p. 23 und Consil. XXXIV n. 30; Carpzwow, Decis. Saxon. III n. 21; Mevius, Decis. Vismar, I 45 n. 3.

<sup>79</sup> So z. B. in der Wormser Reformation von 1498, III, 3 tit. 11, wonach unvordenkliche Gewohnheiten von fünf Zeugen bewiesen werden sollten. Nach den Frankenhäuser Statuten von 1558, II, art. 52 soll die Beachtung der Gewohnheit „über 30 jhar und tagk“ bewiesen werden. Der Gegenbeweis ihrer Unterbrechung ist zugelassen. Auch nach dem Württembergischen Landrecht von 1555, I, 2 sollen Gewohnheiten nur dann beachtet werden, wenn sie „gerichtlich fürgebracht und

Allerdings diskutierte man in Deutschland ebenso wie in Italien gewisse Ausnahmen von der Beweispflicht. Diese ergaben sich aus dem Problem des Kennenmüssens der anzuwendenden Normen durch den Richter nach dem Grundsatz: „Curia novit iura“. Dieses Kennenmüssen durfte auch nach Ansicht mancher Rechtsgelehrter dort vorausgesetzt werden, wo es sich um notorisches Gewohnheitsrecht handelt<sup>80</sup>. Das nahm man vor allem da an, wo es in glaubwürdiger Weise aufgezeichnet war oder fest im Rechtsbewußtsein der Bevölkerung verankert war. So weist z. B. Oldendorp<sup>81</sup> darauf hin, daß die consuetudo der männlichen Erbfolge bezüglich der Immobilien in Hessen so „manifesta apud omnes“ sei, daß sie keines Beweises bedürfe. Ähnlich äußerte sich auch Wesenbeck<sup>82</sup> gegenüber einer consuetudo in Mecklenburg. Er ist der Auffassung, im Gegensatz etwa zu Fichard, daß hier eine Allegation überflüssig sei, weil der Richter jene Normen kennen und, auch wenn sie dem „ius“ widersprächen, supplieren müßte. Im letzten Punkt gehen jedoch die Meinungen auseinander<sup>83</sup>.

Bei der Geltendmachung des Gewohnheitsrechts sollte das Beweisverfahren des römisch-kanonischen Zivilprozesses zu Grunde gelegt werden<sup>84</sup>.

Hier konnten z. B. frühere *Gerichtsurteile* die Einführung einer consuetudo nachweisen. Über die Anzahl der notwendigen judiziellen Akte war man sich jedoch nicht einig<sup>85</sup>. Auch die Beweisführung durch „Akten oder öffentlichen Instrumenten“<sup>86</sup> war möglich, wenn man aus diesen auf einen stillschweigenden Konsens des Volkes schließen konnte.

In der Praxis war allerdings ein Beweis des Gewohnheitsrechtes durch Kodifikation, Gerichtsurteil oder Urkunde meist nicht möglich. So mußte

---

bewiesen werden“. Am Schluß der Hamburger Statuten-Gerichtsordnung von 1605 heißt es: „Jedoch da sich jemand auf ein redliche in dieser stat wol hergebrachte Gewohnheit... gründen würde, soll der Parthey solche angezogene Gewohnheit zu beweisen zugelassen seyn“. Schließlich weist auch die Reichshofratsordnung von 1654 Tit. I § 15 den Präsidenten und die Reichshofräte an, die „gebührliche allegirte und probirte“ guten Ordnungen und Gewohnheiten in Acht zu nehmen. Ähnlich verhält es sich bei der Hessischen Hofgerichtsordnung von 1500, tit. 2 und der Mainzer Hofgerichtsordnung von 1516, tit. 9, sowie der Pfälzischen Hofgerichtsordnung von 1582, tit. 6 § 2. Wenn die Reichskammergerichtsordnungen von 1495 und 1555 für die Berücksichtigung des Gewohnheitsrechts nur deren Vorbringen („die für sy bracht“) verlangen, ohne seinen Beweis zu erwähnen, so wurden dabei ohne Zweifel die allgemeinen Grundsätze hinsichtlich der Beweispflicht als maßgebend vorausgesetzt. Vgl. S. Brie, Festschrift für F. Dahn I (1905) 160 A. 151.

<sup>80</sup> Vgl. *Petrus Ravennas*, a. a. O., 381, 385. *Rochus Curtius*, De statutis sive de consuetudine, Tract. univ. jur. II, 371, 385, 387.

<sup>81</sup> Consil. Marburg, II n. 111; ad c. 34—36 D. de leg.; Opera I, p. 100—102.

<sup>82</sup> Consil. I, n. 40; XXXIV n. 30.

<sup>83</sup> *Coler*, Decis. Germaniae XCVIII n. 14 u. 15; *Gail*, Observ. I, 36 n. 16; II, 31 n. 17 — dagegen: I, 31 u. 5 *Mevius*, Decis. Vismar. II, 377 u. 3. Vgl. S. Brie, Festschrift F. Dahn (1905), 161.

<sup>84</sup> Über gemein- und landesrechtliche Normen des Beweisverfahrens vgl. N. Meurer, *Liberey Keyserlicher, Auch Teutscher Nation Landt und Statt Recht* (1582) f. 49a—82.

<sup>85</sup> Vgl. *Perneder*, *Institutiones*, 5b: „Es ist auch von nöten, das um denselben zehen jaren zum wenigsten zway mal darnach gehandelt oder geurthailt und sollichen gebrauch in angeregter zeit nit angefochten worden, das auch demselben nichts widerwertiges beegendt sey“.

<sup>86</sup> *Gobler*, *Der Rechten Spiegel* (Frankfurt 1550) XIX b.

hier der *Zeugenbeweis* im Sinne einer *probatio facti* eintreten. Nach *Bartolus*<sup>87</sup> brauchte sie nicht in der gewöhnlichen Weise vorgenommen zu werden, wenn der Zeuge ein anerkannter *homo peritus*, etwa ein Advokat oder ein guter Procurator sei. Bei einer solchen Persönlichkeit genüge es, wenn sie festgestellt, „*quod ita est consuetudo*“, weil ja den „*peritis in arte*“ in dem, was sie einsehen und erkennen, zu glauben sei. Dagegen ist *Baldus*<sup>88</sup> der Meinung, daß auch in diesen Fällen der übliche Beweis gefordert werden müsse.

In der Praxis des Reichskammergerichts scheint die Beweiskraft einer Aussage eines Doktors auch angenommen worden zu sein, wenn wir *Mynsinger*<sup>89</sup> Glauben schenken dürfen. Auch *Wesenbeck*<sup>90</sup> trat für diese Auffassung ein, die in Deutschland allerdings noch sehr bestritten wurde.

In der Regel genügten im Prozeß zum Beweise zwei Zeugen<sup>91</sup>. So war in Deutschland die Ansicht verbreitet, es gebühre sich auch hier „zum wenigsten, das solch *probatio* mit zweyen glaubhaften zeugen beschehe“<sup>92</sup>. Zuweilen wurde jedoch eine größere Anzahl gefordert.<sup>93</sup> Sicher erfolgte das deshalb, weil hier nicht nur Einzelakte, sondern die *frequentia usus* bewiesen werden mußte.

Über den Gegenstand der Beweisführung sagte *Gobler*: „Es sollen aber solche Zeugen drei ding bekündigen und mit war machen. Erstlich, da solche Gewonheyte gebraucht sey. Zum anderen, daß sie mehrmals gebraucht, oder in brauch gewesen sey. Zu dritten, daß sie von langer Zeit her in übung und gebrauch gewesen sey“<sup>94</sup>.

Auch der Gegenbeweis für das Nichtvorhandensein einer *consuetudo* war nach allgemeiner Lehrauffassung zugelassen. *Perneder* betonte daher, es werde „dann durch jemandt zu recht genug ausgeführt oder bewisen, daß sollichen alten rechten oder gebreuchen allwegen oder mehrer theils gestracks widerwertigs gehandelt und erkennt worden sey“<sup>95</sup>.

Die zahlreichen Forderungen, die man für einen echten Beweis einer *consuetudo* aufstellte, können hier nicht einmal angedeutet werden. Die Forderungen für die Praxis liegen auf der Hand, und sie machen sich auch in der deutschen Entwicklung bemerkbar. Gewiß kann man die Einstellung der *opinio communis* nicht überall als feindlich gegenüber dem Gewohnheitsrecht bezeichnen. Es wird in der Theorie meist anerkannt. Aber durch die Er-

<sup>87</sup> Rep. d. 1 de quibus (D. I, 3, 32) in 4. q. principali, princ. Weitere Autoren bei *R. Curtius*, a. a. O., 370. Diese Auffassung scheint im Laufe des 16. Jahrhunderts Schule gemacht zu haben, wobei die Gelehrten hier ja pro domo sprachen. Vgl. *Seb. Medices*, a. a. O., 114 nr. 12, und *Petr. Ravennas*, a. a. O., 388.

<sup>88</sup> An mehreren Stellen, bes. zu 1. fin. C. de fideicomm. (C. VI, 42, 32), 1. post dotem ff. solu. matrim., in princ. (D. 24, 3, 40).

<sup>89</sup> *Observat. V.*, 96 n. 2—3.

<sup>90</sup> *Consil. XIII*, n. 100 u. ö.

<sup>91</sup> Vgl. *Rotschitz*, *Processus juris* (Leipzig 4, 1623) p. I, a. 30 n. 3 ff. p. 65 b.; *König*, *Practica und Prozeß der Gerichtsleuffte* (Leipzig 1625) cap. 80, p. 402. Er betont, daß zwar nach sächsischem Recht sieben Zeugen verlangt werden, „aber das ist wider die gemeinen Rechte ut in c. in omni et c. licet universis de testib. Auch so wird das Sachsenrecht des orts bey uns jetzund im gebrauch nicht gehalten“.

<sup>92</sup> *Perneder*, *Institutiones* (1551) 5 b.

<sup>93</sup> In der Wormser Reformation von 1498, III, 3 tit. 11 werden fünf Zeugen verlangt. Nach *Gobler*, *Der Rechten Spiegel* (1550) XIXb muß eine *consuetudo contra legem* sogar durch zehn Zeugen bewiesen werden.

<sup>94</sup> a. a. O., XIX b.

<sup>95</sup> *Institutiones*, 6 a.

fordernis der Beweisbarkeit und ihre Schwierigkeit wurde es in der Praxis immer stärker aus dem Gerichtsgebrauch gedrängt. Es lag weitgehend in der Macht des Richters, eine behauptete gewohnheitsrechtliche Norm als ungenügend bewiesen abzulehnen.

Ohne Frage war die Feststellung der zeitgenössischen italienischen Juristen auch für Deutschland weithin zutreffend, nämlich, „das breuch und gewohnheit schwärlich bewisen werden“<sup>96</sup>.

Anders war es nur dort, wo von der Obrigkeit gebilligte schriftliche Aufzeichnungen vorhanden waren. Hier konnte durch Offenlegung der Bücher Beweis erhoben werden<sup>97</sup>. In diesem Zusammenhang entsteht die Frage, ob nicht bereits manche der schriftlichen Fixierungen von Land- und Stadtrechten durch das Erfordernis ihrer Beweisbarkeit im Zivilprozeß vor den geistlichen Gerichten Deutschlands seit dem 13. Jahrhundert entstanden. Jedenfalls ist es darauf weithin zurückzuführen, daß das einheimische Recht sich dort gegenüber dem *ius commune* im Rezeptionszeitalter besser behauptete, wo es aufgezeichnet war. Das trifft vor allem für die Gebiete sächsischen Rechts zu.

Aber, auch wenn das Vorhandensein einer langjährigen *consuetudo* nicht zu bestreiten war, konnte der Richter aufgrund anderer Erfordernisse, die die zeitgenössische Lehre an das Gewohnheitsrecht stellte, dieses als Urteilsnorm abweisen. Die *consuetudo* mußte nicht nur vorhanden sein, sondern es war nötig, daß sie sich als *rationabilis* erwies.

Dieses Erfordernis der *rationabilitas* stützte sich zunächst auf Grundlagen, die im römischen Recht zu finden sind, nach denen eine der *ratio* widersprechende Gewohnheit nicht gültig sei<sup>98</sup>. Das auf patristischer Basis beruhende kanonische Recht brachte neue Gesichtspunkte der Beurteilung<sup>99</sup>. Nach ihm ist das Gewohnheitsrecht wie jede andere rechtliche Norm nicht bindend, wenn es dem *ius naturale* und der *ratio* widerspricht. Der *ratio* aber widerspricht alles, was mit der religiösen Wahrheit und der *lex divina* nicht übereinstimmt<sup>100</sup>.

Während die Glossatoren, abgesehen von der Frage des Irrtums bei der Einführung eines Gewohnheitsrechts, verhältnismäßig wenig zur Lösung des Problems der *Rationabilität* beigetragen haben, obwohl sie allgemein schlechten Gewohnheiten rechtliche Geltung absprachen<sup>101</sup>, finden wir bei den Kommentatoren darüber bedeutend mehr<sup>102</sup>. Bei ihnen macht sich vor allem

<sup>96</sup> So *Perner*, ebd. Vgl. auch ähnliche Angaben bei *Seb. Medices*, a. a. O., 114; *Rochus Curtius*, Tract. univ. jur. II, S. 370 b. Bei ihnen wird erwähnt, daß *Hostiensis* den Beweis eines Gewohnheitsrechts als „quasi impossibilis“ angesehen hätte. Auch *Abbas* (*Nicolaus de Tudeschis*) betont im cons. 53, inc. „*Praedicta causa*“, „quod est difficillimum probare consuetudinem et quod multi credunt probare consuetudinem et aberrant“.

<sup>97</sup> *Petrus Ravennas* lehrte an deutschen Universitäten, das Gewohnheitsrecht sei seiner Natur nach nicht schriftlich, doch „circa tamen observantiam, et ut melius possit memoria commendari, potest redigi in scriptis ad memoriam eius, ut videmus in usibus feudorum. Et licet consuetudo redigatur in scriptis, permanet consuetudo... Et si est redacta in scriptis, superioris vel populi autoritate, hunc eo casu probatur consuetudo per apertionem librorum“. Tract. univ. jur. II, fol. 381.

<sup>98</sup> *Celsus* D. 1, 3, 39 und C. 8, 52, 2. Vgl. *Brie*, Gewohnheitsrecht, 25, 31 f.

<sup>99</sup> Ebd., 67 ff.

<sup>100</sup> Vgl. C. 4—9 Dist. 8.

<sup>101</sup> Vgl. *Brie*, a. a. O., 114 ff.

<sup>102</sup> ebd., 152 ff.

der Einfluß des kanonischen Rechts und der Lehren seiner Bearbeiter bemerkbar<sup>103</sup>.

Daneben taucht bei der Deutung des Begriffs der Irrationabilität eine römisch-rechtlich fundierte Verletzung der *utilitas publica* auf, welche ein Gewohnheitsrecht ungültig mache. Eine theoretische Weiterentwicklung dieses Fragenbereichs ist vor allem den Kanonisten zu danken<sup>104</sup>. Von ausschlaggebender Bedeutung für die weitere Entwicklung war die Auffassung Innozenz' IV.<sup>105</sup>, daß auch eine *consuetudo* nicht Geltung habe, die vom Gesetz verworfen werde. Hostiensis erklärte allerdings, es gebe keine sicheren Regeln, die über Rationabilität oder Irrationabilität von Gewohnheiten aufgestellt werden könnten. Deshalb müsse die Entscheidung darüber dem Richter überlassen werden<sup>106</sup>. Mit der Aufnahme in die Glosse zum Liber Sextus<sup>107</sup> erlangte diese Ansicht allgemeine Anerkennung. Dabei bezog man sich oft auf die Regel, daß das, was nicht vom Rechte determiniert sei, in der Ermessensentscheidung des Richters liege<sup>108</sup>. Allerdings habe dieser die Pflicht, „in informando animum suum habere respectum ad alias theorias et coniecturas“. Das blieb jedoch meist theoretisch.

Selbstverständlich forderte man auch in Deutschland für das Gewohnheitsrecht die Grundeigenschaften, welche man in der Lehre von einem gültigen Gesetz verlangte, nämlich, daß es „iusta, honesta, possibilis“ sei, daß es „religioni congruat, disciplinae conveniat, saluti proveniat“, nicht incerta oder obscura sei, bzw. das bonum commune fördere<sup>109</sup>. Nicht immer einfach war

<sup>103</sup> ebd., 155.

<sup>104</sup> ebd., 177 ff.

<sup>105</sup> ad c. 5 X I, 4 nr. 4.

<sup>106</sup> Summa ad h. t. nr. 2 und Lect. ad c. 9 X I, 4.

<sup>107</sup> Gl. rationabilis ad c. 1 de constit. in VI<sup>o</sup> 1, 2.

<sup>108</sup> Vgl. *Rochus Curtius*, a. a. O., 354 mit zahlreichen Allegationen. *Petrus Ravennas* lehrte in Deutschland: „Et videtur communis opinio, quod relinquatur iudicis arbitrio, quae consuetudo dicatur rationabilis et quae non“, a. a. O., S. 385. „Quomodo autem consuetudo dicatur irrationabilis relinquendum est arbitrio iudicis considerantur circumstantias loco, tempore, utilitate publica et similibus; Archi, in § leges 4. dist. Dd. in c. fide consue“. a. a. O., S. 382 b. Auch *Tengler*, Laienspiegel (Straßburg 1511) f. 27 b. legte die Entscheidung in die Hand des Richters. Vgl. auch *Johannes Nider*, a. a. O., f. 209 b; *Ulrich Tengler*, a. a. O., f. 27 b: „Von ersten, das sollich gewonheit menschlicher vernunft nit widerwertig, sonderlich auf gut sittlich ursachen gegründet, auch gemainen nutz erspreißlich und von den verstaendigen richtern dafür gehalten werd“. *Gobler*, Der Rechten Spiegel, fol. XIX b: „So wirt auch wol ein Gewonheyt in etlichen fällen verworffen, nemlich, wo sie dem Göttlichen wort unnd Gesatz, dem gemeynen nutz und geystlicher freyheit zuwider und entgegen, der seelen heyl fehrlich und durch ein irrumb eingefürt werde“. Ebenso verwirft *Heinrich von dem Birnbaum*, Super Institutis (s. l. s. a.) I, 2 § 3, Gewohnheiten gegen das jus naturale, divinum et gentium, die libertas ecclesiae, die publica utilitas und bes. Verbot. Vgl. *Gierke*, Gen. R. III 653, A. 16. *Hermann de Hagis Frisie*, Declarationes titularum utriusque juris (s. l. d. a., Haaf. 14126/7) II, betont: „Hic sciendum quod consuetudo que non est iuri divino, naturali vel gentium contrario iuri positivo preiudicat, dummodo fuerit rationalis“. Nach *Johannes Nider* hebt nur eine consuetudo rationabilis die lex auf, a. a. O., 215 a, vgl. 209 b, 213 b.

<sup>109</sup> *Tengler*, a. a. O., 27 b: „Wann wenn sie der vernunft mangelt, so mag sie kein krafft haben. Angesehen das die gewonheit dem rechten nachfolgen. Nun soll jedes recht in jm halten vernünfftig ursachen, wann es entlich auff gemainen nutz gesetzt. Wo dann ein gewonheit gemainem nutz erspreißlich, so ist sie für vernünfftig zu achten in massen das alles ein yeder verstendiger Richter zu messigen haben mag“.

es für den Richter, das *bonum commune* festzustellen.<sup>110</sup> Schwierig gestaltete sich die Erkenntnis auch bei anderen Gründen, welche die *consuetudo irrationabilis* werden lassen. Gobler verweist dabei auf das Urteil der Juristen: „Von solchen Fällen allen dieweil sie hie alle zu erzelen und zu erklären zu lang, mann weiter die Rechtsgelehrten und erfarnen, wo sie fürfallen, raths fragen mag<sup>111</sup>“. Besonders war das Problem der *Einführung* sehr umstritten, über deren Rechtmäßigkeit und Rationabilität der Richter meist allein zu entscheiden hatte. Auf diesem Gebiet drang das auf dem römischen Recht basierende obrigkeitliche Denken immer stärker vor. Das vom Volke ausgehende Recht des späten Mittelalters erfuhr so eine grundlegende Kritik. Bindendes Recht konnte nach der zeitgenössischen Gelehrtenansicht nur von dem ausgehen, der die *potestas legem condendi* besitzt. Aber nach römischem Recht hatte ja das Volk seine Gesetzgebungsgewalt auf den Fürsten übertragen. Wie ließ sich nun ein auf dem *consensus populi* beruhendes Gewohnheitsrecht begründen? Hier arbeitet man mit der Fiktion einer, oft stillschweigenden, Billigung oder Duldung durch die obrigkeitliche Gewalt, die man meist da voraussetzen glaubte, wo es sich um eine *consuetudo praeter legem* handelte<sup>112</sup>. Für sie galt daher die Vermutung, daß sie *rationabilis* sei, während die *consuetudo contra legem* zunächst als *irrationabilis* präsumiert wurde<sup>113</sup>. Für den Prozeß bedeutete das also, daß derjenige, der eine *consuetudo contra legem* anführte, außer Einzelhandlungen, aus denen diese hervorging, noch beweisen mußte, daß sie *rationabilis* sei<sup>114</sup>. So vertrat man die Auffassung, daß dort kein Gewohnheitsrecht entstehen könne, wo das Gesetz dieses ausdrücklich verwerfe<sup>115</sup>.

Von großem Einfluß auf die zivilistische Lehre der Rezeptionszeit ist ohne Zweifel die Einstellung des kanonischen Rechts zum Gewohnheitsrecht geworden. Ein wichtiger Grund zur Abfassung der kanonischen Sammlungen lag ja darin, dem Überwuchern des Herkommens Einhalt zu gebieten. Während allerdings die *consuetudo praeter legem* uneingeschränkt zugelassen wurde, war die Abänderung eines in Wirksamkeit getretenen Gesetzes durch die Gewohnheit in der Regel nicht statthaft<sup>116</sup>, und wenn, dann nur nach einem Zeitraum von 40 Jahren.

Wir dürfen auch jene Auffassung nicht übersehen, welche die *consuetudo* gegenüber der *lex* aus dem Grunde der Rationabilität völlig als unwirksam beurteilt wissen wollte. Wenn das römische Recht die *ratio scripta* sei, so

<sup>110</sup> Der Rechten Spiegel, fol. XIX b.

<sup>111</sup> Vgl. *Joh. Nider*, a. a. O., 209 b, 210 a; *Petrus Ravennas*, a. a. O., 383 b.

<sup>112</sup> Vgl. *Joh. Nider*, a. a. O., 216 a.

<sup>113</sup> *Rochus Curtius*, a. a. O., 354. Vgl. auch *Petrus Ravennas*, a. a. O., 385: „Si autem consuetudo est contra legem tunc eoipso dicitur irrationabilis, non enim debent inferiores propria voluntate venire contra id quod a superiore statutum est... quasi prima facie presumatur irrationabilis, nam arguitur temeritas eorum qui contra ius inducunt consuetudinem“. Vgl. auch ebd., 384.

<sup>114</sup> Vgl. *Petrus Ravennas*, a. a. O., 382 b: „Consuetudo contra ius autoritate et utilitate non valet, nisi habet expressum consensum principis vel ex certa scientia toleratur per principem“.

<sup>115</sup> Vgl. *Petrus Ravennas*, a. a. O., 384: „Si ius commune resistit consuetudini declarando ipsam irrationabilem vel ipsam improbando, tunc nova consuetudo contra illud ius non potest“. „... Si praecedit lex derogatoria ad consuetudinem non valet consuetudo sequens, sec. Bar. in l. de quibus ff. de legi., quem refert Abb. in d. capit. fin“.

<sup>116</sup> c. 4 D XI, c. 3 D. IV. Vgl. *Brie*, Gewohnheitsrecht, 78 f., 188.

argumentierte man, dann könne alles, was diesem widerstreitet, nicht rationabilis sein.<sup>117</sup> Dagegen wandte man ein,<sup>118</sup> es sei durchaus möglich, daß sich die ratio aequitatis im Widerspruch zur ratio stricti iuris befinde, wenn man den Einzelfall betrachte. Aus der Verschiedenheit der Umstände sei bisweilen eine consuetudo nicht nur praeter legem, sondern auch contra legem gerechtfertigt, und zwar nicht als abrogatio, sondern als derogatio, wenn die sonstigen oben genannten Voraussetzungen zuträfen<sup>119</sup>. Allerdings sei grundsätzlich die Herbeiführung einer Konkordanz anzustreben<sup>120</sup>.

Sobald der kanonische Prozeß eingeführt war, konnte der gelehrte Richter nach dessen Verfahrensregeln und der Lehre der zeitgenössischen Jurisprudenz handeln. Formal wurde zwar oft die Anweisung der Territorialgesetze befolgt, nach Gewohnheitsrecht zu richten, indem man aber das schwierige Beweisverfahren und die Prüfung der Rationabilität vorschaltete, waren von vornherein die Aussichten nur sehr gering, auf diesem Wege zum Recht zu kommen. So gingen die Parteien, besonders, wo sie durch Gelehrte vertreten wurden, weithin dazu über, ihre Ansprüche auf die gemeinrechtlichen Normen zu beziehen. Gewiß ist diese Entwicklung nicht überall einheitlich verlaufen, aber es dürfte kein Zweifel darüber bestehen, daß das Zurückdrängen des deutschen Rechts, aber auch seine Erhaltung dort, wo es schriftlich fixiert war, in bedeutendem Maße auf die Übernahme des kanonischen Prozeßrechts und der Rechtsquellenlehre zurückzuführen ist.

<sup>117</sup> Rotschitz, a. a. O., p. I, a. 36 n. 16: Nichtigkeit, „wo das Urteil were gesprochen wider die beschriebene Recht“.

<sup>118</sup> Vgl. Johannes Nider, a. a. O., fol. 215 f. in Anlehnung an Johannes Andreae.

<sup>119</sup> Ebd., 216 a.

<sup>120</sup> Petrus Ravennas, a. a. O., in Anlehnung an „c. cum dilectus, de consue. sec. Bal. in l. si de interpretatione ff. de legibus“. Vgl. auch *Summa Astesana*, XI, 47: „Item sicut iura reducuntur ad concordiam cum iuribus, . . . sic et consuetudo iuri vel privilegio contrario reducitur ad concordiam per interpretationem“.