

IUS ROMANO-GERMANICUM – ZUR RECHTSQUELLENLEHRE DES USUS MODERNUS PANDECTARUM

Gunter Wesener*

1. Einleitung

Definition und Datierung des *Usus modernus pandectarum* sind umstritten¹. Helmut Coing² versteht darunter das Recht, wie es im Zeitraum zwischen circa 1500 und 1800 in den gemeinrechtlichen Ländern, auch außerhalb des Reiches, praktiziert worden ist. Hans Schlosser³ behandelt nunmehr den *Usus modernus pandectarum* in einem Kapitel

1 Dazu K. Luig, Samuel Stryk (1640-1710) und der „*Usus modernus pandectarum*“, in: M. Stolleis (Hg.), Die Bedeutung der Wörter, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, FS für St. Gagnér zum 70. Geburtstag (München 1991) 219-223 [nun in: K. Luig, Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht (Goldbach 1998) 91*-94*]; ders., *Usus modernus*, HRG V (1998) Sp. 628-636; ders., Gemeines Recht, HRG, 2. Aufl., II (2012) Sp. 69-71; J. Schröder, Deutscher *Usus modernus*, in: Der Neue Pauly, Bd. 13 (Stuttgart 1999) 746-749; vgl. R. Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, I (München/Leipzig 1880), 652-655; W. Rütten, Das zivilrechtliche Werk Justus Henning Böhmers, Ein Beitrag zur Methode des *Usus modernus pandectarum* (Tübingen 1982), 5ff.; W. Wiegand, Die privatrechtlichen Rechtsquellen des *Usus modernus*, in: D. Simon (Hg.), Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, Frankfurt am Main 1986 (= *Ius Commune/Sonderhefte*, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 30, Frankfurt am Main 1987) 237-252, R. Voppel, Der Einfluß des Naturrechts auf den *Usus modernus*, Eine Untersuchung anhand der Literatur zum geltenden Recht im 17. und 18. Jh. (= Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte 11, Köln/Berlin u.a. 1996), 7-19; G. Schiemann, *Usus modernus* und Gesetzgebung, in: B. Dölemeyer/D. Klippel (Hgg.), Gesetz und Gesetzgebung im Europa der frühen Neuzeit (= ZHF, Beiheft 22, Berlin 1997) 157-170; C. Schott, Gesetzesinterpretation im *Usus modernus*, ZNR 21 (1999) 45-84; D. Willoweit, Der *Usus modernus* oder die geschichtliche Begründung des Rechts, Zur rechtstheoretischen Bedeutung des Methodenwandels im späten 17. Jahrhundert, in: ders. (Hg.), Die Begründung des Rechts als historisches Problem (= Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien 45, München 2000) 229-245; U. Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 5. Aufl. (München 2008) 163-172; J.M. Rainer, Das Römische Recht in Europa (Wien 2012) 123-129; H. Schlosser, Neuere Europäische Rechtsgeschichte (München 2012) 129-140; M. Heger, Recht im „Alten Reich“ – Der *Usus modernus*, in: Zeitschrift für das Juristische Studium I (2010) 29-39; G. Wesener, Zur Verflechtung von *Usus modernus pandectarum* und Naturrechtslehre, in: H. Koziol/P. Rummel (Hgg.), Im Dienste der Gerechtigkeit. FS für F. Bydlinski (Wien/New York 2002) F. Harrer/H. Honsell/P. Mader (Hgg.), Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly (Wien 2011) 571-592; ders., Die Epoche des *Usus modernus pandectarum* in Österreich, in: J. Egger/G. Kabbe (Hgg.), FS für K. Ebert zum 70. Geburtstag (Innsbruck 2012) 241-264, m.w.N.

2 Europäisches Privatrecht, Bd. I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985, Bd. I, 4.

3 Neuere Europäische Rechtsgeschichte (nt. 1) 129-140.

* Em. o. Universitäts-Professor, Karl-Franzens-Universität Graz.

„Forensische Jurisprudenz in Europa“, womit er die forensische Orientierung betont und stellt dem *Usus modernus* die italienische „*Giurisprudenza pratica*“ als Parallele an die Seite. Sinnvoll erscheint die Abgrenzung der Epoche mit dem Inkrafttreten der Reichskammergerichtsordnung von 1495 und den naturrechtlichen Kodifikationen an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert⁴. Die Kernphase des *Usus modernus* ist allerdings die Zeit zwischen 1600 und 1750⁵. Benannt ist die Epoche nach dem Hauptwerk von Samuel Stryk (1640-1710) „*Specimen usus moderni pandectarum*“ (Frankfurt u. Wittenberg 1690-1712); man könnte sie aber auch, jedenfalls für das Heilige Römische Reich, nach einem Werk Johann Schilters (1632-1705) als Periode der „*Praxis juris Romani in foro Germanico*“⁶, des *Jus Romano-Germanicum*, oder nach dem „kleinen Struve“, einem Institutionenkompendium Georg Adam Struves (1619-1692), als „*Iurisprudentia Romano-Germanica forensis*“ (Jena 1670)⁷ bezeichnen.

Aufgrund der Werke von fünf bedeutenden Vertretern des *Usus modernus*, Stryk, Schilter, Struve, Heineccius und Höpfner, soll die Rechtsquellenlehre dieser Epoche beleuchtet werden.

2. Johann Schilter (1632-1705)

Johann Schilters (1632-1705)⁸ Rechtsquellenlehre⁹ ist von großer Bedeutung. In seiner

- 4 So G. Köbler, *Bilder aus der deutschen Rechtsgeschichte* (München 1988) 238f.; ders., *Deutsche Rechtsgeschichte*, 6. Aufl. (München 2005) 139f.; Luig, Samuel Stryk (nt. 1) 220 [bzw. Römisches Recht, 92*]. – Als Abschluss des *Usus modernus* kann man den umfangreichen Pandektenkommentar von Christian Friedrich von Glück (1755-1831) ansehen; so A. Hirata, *Die Vollendung des usus modernus pandectarum: Christian Friedrich Glück (1755-1831)*, in: ZRG RA 123 (2006) 330-343.
- 5 Schröder, *Deutscher Usus modernus* (nt. 1) 746.
- 6 Straßburg 1686 u. 1698; Jena 1698; *Editio tertia emendata*, Frankfurt/Leipzig 1713. Vgl. A. Eisenhart, Schilter, Johann, in: ADB, Bd. 31 (1890) 266-268; R. Schulze, Schilter, Johann, HRG IV (1990) Sp. 1405-1409; K. Luig, Samuel Stryk (nt. 1) 221 [bzw. Römisches Recht, 93*]; ders., Schilter, Johann, NDB, Bd. 22 (2005) 774-775.
- 7 Dazu Luig, HRG V Sp. 56f.; eingehend J. Finzel, Georg Adam Struve (1619-1692) als Zivilrechtler (Frankfurt am Main 2003) 35ff., 57ff.; Bibliographie 143ff.
- 8 Biographische Angaben bei A. Eisenhart, ADB 31 (1890) 266-268; R. Stintzing/E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft II* (München/Leipzig 1884) 185ff.; III/1 (1898) Text 55ff., Noten 32ff.; R. Schulze, HRG IV (1990) Sp. 1405-1409; K. Luig, NDB 22 (2005) 774f.; F.L. Schäfer, *Juristische Germanistik Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht* (Frankfurt am Main 2008) 64-66, 127-129.
- 9 Dazu Stintzing/Landsberg, *Geschichte* (nt. 8) II 185ff., insbes. 187f.; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Göttingen 1996), 208; W. Wiegand, *Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel „habere fundatam intentionem“*, in: *Festschrift für H. Krause* (Köln/Wien 1975) 126ff., insbes. 129 nt. 12 u. 13; ders., *Die privatrechtlichen Rechtsquellen des Usus modernus* (nt. 1) 237-252; K. Luig, *Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, in: *Ius Commune* 3 (1970) 79f. [nun in: Luig, *Römisches Recht* (nt. 1) 376*f.]; ders., Conring, *das deutsche Recht und die Rechtsgeschichte*, in: M. Stolleis (Hg.), *Hermann Conring (1606-1681), Beiträge zu Leben und Werk* (Berlin 1983), 355-395, insbes. 380-387 [nun in: Luig, *Römisches Recht* (nt. 1) 319*-359*, insbes. 344*-351*]; P. Bender, *Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft (= Rechtshistorische Reihe 8, Frankfurt am Main 1979)*, 32f.; J. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)*, München 2001, 115ff.; P. Oestmann, *Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und*

berühmten Schrift „De origine iuris Germanici“ vom Jahre 1643¹⁰ hatte Hermann Conring die Auffassung widerlegt, dass das römische Recht, das Recht Justinians, auf Befehl und Veranlassung Kaiser Lothars III. an den italienischen Universitäten (Kap. 21) sowie in Deutschland (Kap. 24) *in complexu* durch Gesetz eingeführt worden sei („Lothar-Legende“)¹¹. Conring lehrte, das römische Recht gelte in Deutschland nur Satz für Satz kraft tatsächlicher Anwendung (*usu sensim receptum*), also nur im Einzelnen kraft Gewohnheitsrechtes¹². Die Praxis hielt allerdings auch nach Conring weitgehend an einer praktischen Rezeption in Bausch und Bogen (*lege latum in complexu*) fest¹³. Conrings Auffassung wurde von Heinrich Hahn (1605-1668)¹⁴, Johann Georg Kulpis¹⁵ und später etwa von Georg Beyer (1665-1714) und Christian Thomasius vertreten¹⁶. Kulpis wendet sich 1682 gegen eine *fundata intentio* zugunsten des römischen Rechts und bestreitet dessen Charakter als *ius commune*¹⁷.

Schilter replizierte noch in demselben Jahre in den neu begründeten Leipziger „Acta eruditorum“ (Nov. 1682, p. 396f.) und fügte diese Entgegnung später der zweiten Auflage seiner Exercitationes ad Pandectas (bereits unter dem Titel „Praxis juris Romani in foro Germanico“, Exercit. II Additamentum ad § 12) ein¹⁸. Hier entwickelt Schilter seine eigene Meinung, die er als „Tertia et media sententia“ bezeichnet¹⁹. Schilter führt aus, dass es über die Geltung des römischen Rechts drei Meinungen gebe²⁰. Nach der ersten sei das römische Recht als ausschließlich gültiges Gesetz durch Kaiser Lothar

Partikularrecht im Alten Reich (Frankfurt am Main 2002) 256; dazu J. Weitzel, ZRG Germ. Abt. 124 (2007); A. Daniel, *Gemeines Recht. Eine systematische Einordnung der Rechtsfigur und ihrer Funktion sowie die Bestimmung der inhaltlichen Probleme aus der Sicht des 18. Jahrhunderts* (Berlin 2003) 92f., 110f., 188f.; dazu Wesener, ZRG Germ. Abt. 122 (2005) 629-635, insbes. 633f.; W. Dannhorn, *Römische Emphyteuse und deutsche Erbleihe, Ein Beitrag zur Entstehung der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht* (Köln/Weimar/Wien 2003) 173ff., 313f. Vgl. auch Lit. oben nt. 1. Zu Schilters Methodenlehre J. Schröder, *Die privatrechtliche Methodenlehre des Usus modernus*, in: D. Simon (Hg.), *Acten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages* (wie oben nt. 1) 253-278, insbes. 255ff.

- 10 Deutsche Übersetzung: „Der Ursprung des deutschen Rechts“, hg. von M. Stolleis (= Bibliothek des deutschen Staatsdenkens, Bd. 3, Frankfurt am Main/Leipzig 1994).
- 11 Dazu eingehend E. von Moeller, *Hermann Conring, Der Vorkämpfer des deutschen Rechts* (Hannover 1915); K. Luig, Conring (nt. 9) 372f. [nun in: Luig, *Römisches Recht* (nt. 1) 336*f.].
- 12 Schröder, *Recht als Wissenschaft* (nt. 9) 115.
- 13 Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 208.
- 14 Luig, Conring (nt. 9) 381f. [nun in: Luig, *Römisches Recht* (nt. 1) 345*f.]. Zu H. Hahn Jöcher, *Allgemeines Gelehrten-Lexicon II* (1750) s.v.; Stintzing/Landsberg, *Geschichte* (nt. 8) II 230ff.
- 15 *Dissertatio epistolica de Germanicarum legum veterum, ac Romani iuris in republica nostra origine, autoritateque praesenti* (Leipzig 1682 unter dem Pseudonym Conradus Sincerus erschienen), in: Kulpis, *Dissertationes academicae* (Straßburg 1705) 352ff. Vgl. Stintzing/Landsberg, *Geschichte* (nt. 8) II 185f., 249f.; Wiegand, *Herkunft und Ausbreitung* (nt. 9) 130 (nt. 15); Luig, Conring (nt. 9) 382 [nun in: Luig, *Römisches Recht* (nt. 1) 346*f.]; Schröder, *Recht als Wissenschaft* (nt. 9) 115 (nt. 111); Daniel, *Gemeines Recht* (nt. 9) 93f. – Zu Kulpis siehe oben nt. 15.
- 16 Luig, Conring (nt. 9) 385 [nun in: Luig, *Römisches Recht* (nt. 1) 349*f.].
- 17 Wiegand, *Herkunft und Ausbreitung* (nt. 9) 130 Fn. 15.
- 18 Stintzing/Landsberg, *Geschichte* (nt. 8) II 186f.; Wiegand, *Herkunft und Ausbreitung* (nt. 9) 129 Fn. 12; Luig, Conring (nt. 9) 384 [nun in: Luig, *Römisches Recht* (nt. 1) 348*f.].
- 19 Zu Schilters früherem Standpunkt vgl. Luig, Conring (nt. 9) 382f. [nun in: Luig, *Römisches Recht* (nt. 1) 346*f.].
- 20 Dazu Stintzing/Landsberg, *Geschichte* (nt. 8) II 187.

oder Kaiser Maximilian eingeführt worden. Diese alte scholastische Ansicht (*sententia vulgaris ac scholasticorum et legistarum*), welche von den Italienern nach Deutschland übertragen wurde, sei mit Recht von Kulpis/Sincerus verworfen worden. Dieser vertrete die gerade entgegengesetzte Richtung: das römische Recht sei *nec solum, nec principaliter receptum*; das germanische Recht sei das primäre Recht und das römische habe nur insoweit Geltungsanspruch, als die Rezeption eines jeden Satzes durch Gesetz, Gewohnheit oder Gerichtsgebrauch nachzuweisen sei²¹.

Seine „*media sententia*“ beschreibt Schilter mit folgenden Worten:

... praeter ius patrium ... receptum superioribus seculis fuisse etiam ius Romanum, non peculiari constitutione, sed usu et consuetudine fori, ita ut *fundatam intentionem habeat allegans legem Romanam* iuris Justiniani, nec oporteat observantiam eius probare, sed reo incumbat probare, illam propter contrarium ius Germanicum non potuisse recipi. Hanc sententiam imprimis defendimus in his commentariis ad pandectas per totum ...

Das römische Recht sei nicht durch eine besondere Konstitution, sondern *usu et consuetudine fori* rezipiert worden, so dass derjenige, der sich auf das römische Recht Justinians beruft, die *fundata intentio* für sich habe und nicht dessen *observantia* beweisen müsse²². Diese Stellungnahme zugunsten des römischen Rechts schwächt Schilter aber dadurch ab, dass er auch dem deutschen Recht die *fundata intentio* zuerkennt: „utroque et Romano et Germanico iure fundari intentionem in foro posse, quatenus hoc illi non contrariatur“ (p. 40)²³. Auf diesem Wege kommt Schilter zum Ergebnis, dass es „in Deutschland zwei gemeine Rechte nebeneinander gebe, das einheimische und das fremde, beide vollständig gültig, beide einander vollständig fremd“²⁴. Schilter sieht aber, dass ein solches *duplex ius commune* zu einem *ius vagum* führe. Abhilfe könne nur der Gesetzgeber schaffen, wobei die Wissenschaft aber entscheidende Vorarbeit zu leisten habe²⁵:

Interea quominus vagum ius doceamus, utriusque iuris principia ac fundamenta penitus sunt eruenda, et solidius ponenda, mores utriusque populi et status diversae Reipubl. rite discernendi, et quae secundum has normas receptabilia sint, accuratius diiudicandum ...

Prinzipien und Grundlagen beider Rechte müssten sorgfältig erschlossen und dargelegt werden; zu erkennen sei, was deutschen Sitten und Verhältnissen entspreche²⁶. Schilter

21 Luig, Conring (nt. 9) 384 [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 348*].

22 Vgl. Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) II 187; Wiegand, Herkunft und Ausbreitung (nt. 9) 129 Fn. 12.

23 Noch weitergehend Schilter, Anmerkung zu § 11 der Exercitatio I. Vgl. Wiegand, Herkunft und Ausbreitung (nt. 9) 129 Fn. 12; Luig, Conring (nt. 9) 383 [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 347*]. – Zu H. Hahn oben nt. 14. – Vgl. ferner Schilter, Exercit. VIII § 40; vgl. dazu Wesener, Zur Lehre vom Erbvertrag im deutschen Usus modernus pandectarum und im Naturrecht, in: Wege europäischer Rechtsgeschichte. Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag (Frankfurt am Main 1987) 607-622, insbes. 616.

24 Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1 Text 58; vgl. Luig, Institutionenlehrbücher (nt. 9) 79 [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 9) 376*]; ders., Conring (nt. 9) 384 [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 348*].

25 Vgl. Luig, Conring (nt. 9) 384f. [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 348*f.].

26 Vgl. Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1 Text 58.

kommt es darauf an, die deutschrechtlichen Elemente und Institute herauszuarbeiten und in seiner „Praxis iuris Romani in foro Germanico“ darzustellen. Zu Recht wird Schilter als Begründer der Wissenschaft vom Deutschen Privatrecht angesehen²⁷.

Statuten und Provinzialgesetze sind *contra ius commune* grundsätzlich nicht extensiv auszulegen, aber diese *restrictio sei cum grano salis* anzuwenden (Schilter, Exercit. I § 11f.)²⁸.

3. Samuel Stryk (1640-1710)

Auch Samuel Stryk (1640-1710)²⁹ folgt in seinem „Discursus praeliminaris de usu et auctoritate iuris Romani in foris Germaniae“, den er seinem „Specimen usus modernus pandectarum“ (1690-1692; 10. Aufl. 1746-1780) vorangestellt hat, im Wesentlichen der *media sententia* Schilters³⁰.

4. Georg Adam Struve (1619-1692)

Georg Adam Struves (1619-1692)³¹ Rechtsquellenlehre hat eine eingehende Darstellung durch *Jan Finzel*³² gefunden³³. *Sedes materiae* ist hauptsächlich *Syntagma iurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum concinnatum*³⁴ 2, 32ff. In der Klärung

27 So Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1 Text 55; nun W. Dannhorn, Römische Emphyteuse (nt. 9) 173, 313f. Vorbehalte bei K. Luig, Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht, in: Ius Commune I (1967) 195-222 [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 395*-422*].

28 Dazu Daniel, Gemeines Recht (nt. 9) 110f.

29 Luig, Samuel Stryk (nt. 1) 219-223 [nun in: Luig, Römisches Recht, 91*-94*]; G. Kleinheyser/J. Schröder (Hgg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 5. Aufl. (Heidelberg 2008) 419-423 (m.w.N.); R. Domingo, in: R. Domingo (Hg.), Juristas universales II (Madrid/Barcelona 2004) 446-451.

30 Wiegand, Herkunft und Ausbreitung (nt. 9) 129 (Fn. 18); Luig, Conring (nt. 9) 385 [nun in Luig, Römisches Recht (nt. 1) 349*]; ders., Samuel Stryk (nt. 1) 219-235, insbes. 222-228 [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 91*-107*, insbes. 94*-228*]. – Zu Stryk vgl. Voppel, Der Einfluß des Naturrechts (nt. 1) 153ff.

31 Biographische Angaben bei Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) II 146ff.; A. Eisenhart, ADB 36 (1893) 677-681; J. Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert (Frankfurt am Main 1979) 12ff.; ders., Recht als Wissenschaft (nt. 9) 106ff. und passim; P. Bender, Die Rezeption des römischen Rechts (nt. 9) 33f.; P. Ch. Klemm, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen in der Doktrin des usus modernus pandectarum untersucht anhand der Pandektenkommentare von Struve, Lauterbach und Stryk (Basel/Frankfurt am Main 1984) 32ff.; Kleinheyser/Schröder (Hgg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 537; Voppel, Der Einfluß des Naturrechts (nt. 1) 137ff.; G. Lingelbach, Rechtswissenschaft und Aufklärung in der Geschichte der Alma Mater Jenensis, in: Recht und Rechtswissenschaft im mitteldeutschen Raum. Symposium für R. Lieberwirth anlässlich seines 75. Geburtstags, hg. von H. Lück (Köln/Weimar/Wien 1998) 105ff., insbes. 109f.; K. Luig, HRG V (1998) Sp. 52-58; vgl. ders., NDB 22 (2005) 774; J. Finzel, Georg Adam Struve (1619-1692) als Zivilrechtler (nt. 7); dazu G. Wesener, ZRG Germ. Abt. 121 (2004) 725-728; R. Domingo, in: R. Domingo (Hg.), Juristas universales II (nt. 29) 400-402; G. Wesener, Zur Rechtsquellenlehre und zum Privatrechtssystem Georg Adam Struves (1619-1692), in: Ius Romanum Schola Sapientiae. Pocta Petrovi Blahovi K 70. Narodeninám (Trnava 2009) 515-529 (m.w.N.).

32 Struve (nt. 7) 79ff.; vgl. Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) II 162ff.; Luig, HRG V 53ff. – Zum Verhältnis der Rechtsquellen zueinander Schröder, Recht als Wissenschaft (nt. 9) 110ff., insbes. 115ff.

33 Zur Rechtsquellenlehre Schilters s. oben im Text.

34 2. Aufl. 1655/1663; 9. Aufl. Frankfurt am Main 1710.

der Rechtsquellenfragen wird ein Hauptverdienst Struves gesehen³⁵. Struve teilt die Rechtsquellen nach ihrem Geltungsbereich in folgender Weise ein³⁶: neben den gemeinen Rechten (*iura communia*) gibt es im Reich partikulare Rechte (*iura particularia*).

Struve ist bemüht, eine Erklärung für die Geltung des römischen Rechts zu finden³⁷. Die Lotharische Legende hat auch für ihn keine Bedeutung. Er sucht eine staatliche Zustimmung zum Vorgang der Rezeption des römischen Rechts und sieht eine zumindest stillschweigende Zustimmung der Kaiser und Reichsstände zur Rezeption darin, dass die Lehre des römischen Rechts in öffentlichen Schulen und der Gebrauch vor Gericht überhaupt zugelassen wurde: *consensu saltem tacito Imperatorum ac Statuum Germaniae ejus professionem in Scholis publicis & usum in foro admittentium* (Syntagma 2, 35).

Im Gegensatz zu Hermann Conring sieht Struve (Syntagma 2, 35) in der Zustimmung der Stände zur Reichskammergerichtsordnung von 1495 die Bestätigung der Geltung des römischen Rechts auch in den Territorien³⁸. Neben den Reichsgesetzen gehörten zu den *iura communia* das römische und das kanonische Recht, aber nur *quatenus sc(ilicet) sunt recepta* (Iurisprudentia 1, 2, 15)³⁹. Das römische Recht hatte aber die Vermutung der Geltung für sich; diese Vermutung ist widerlegt, wenn im Einzelfall ein anderer Gebrauch nachgewiesen werden kann⁴⁰. Partikulare Rechte mussten jedenfalls vor dem Reichskammergericht allegiert und bewiesen werden⁴¹.

Die Relativierung der Rechtsanwendungsregeln in der Gerichtspraxis hat nunmehr *Peter Oestmann*⁴² aufgezeigt: „Eine hierarchische Ordnung der Rechtsquellenvielfalt existierte allenfalls in Ansätzen. ... Mit einer *fundata intentio* ließ sich der Rechtspluralismus kaum bewältigen“⁴³.

5. Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741)

Während Johann Gottlieb Heineccius' (1681-1741)⁴⁴ Tätigkeit in Franeker (1724 bis 1727) entstanden seine beiden Lehrbücher des römischen Rechts, das Institutionenlehrbuch (1725) und das Pandektenlehrbuch (1728), welche größte Verbreitung fanden.

35 Vgl. Luig, HRG V Sp. 53ff.

36 Finzel, Struve (nt. 7) 80f.

37 Dazu Finzel, Struve (nt. 7) 82f.

38 Finzel, Struve (nt. 7) 83f.

39 Finzel, Struve (nt. 7) 99f.

40 Finzel, Struve (nt. 7) 100.

41 Dazu Wesener, Rechtsquellenlehre (nt. 31) 522.

42 Rechtsvielfalt vor Gericht (nt. 9) passim, insbes. 669ff.; dazu J. Weitzel, ZRG Germ. Abt. 124 (2007) 600-603; vgl. G. Wesener, ZRG Germ. Abt. 122 (2005) 629f.

43 Oestmann, Rechtsvielfalt vor Gericht (nt. 9) 682.

44 R. Stintzing, ADB 11 (1880) 361-363; Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1, Text 179ff., Noten 12ff.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 223; R. Lieberwirth, NDB 8 (1969) 296f.; E. Bussi, HRG II (1978) Sp. 55-57; Chr. Bergfeld, Johann Gottlieb Heineccius und die Grundlagen seines Natur- und Völkerrechts, in: J.G. Heineccius, Grundlagen des Natur- und Völkerrechts, übersetzt von P. Mortzfeld, hg. von Chr. Bergfeld (Frankfurt am Main/Leipzig 1994) 507-532; M. Tanaka, Bemerkungen zu J. G. Heineccius (1681-1741) als Privatrechtsdogmatiker, in: A. García y García/P. Weimar (curant.), Miscellanea Domenico Maffei dicata. Historia – Ius – Studium III

Aus der intensiven Beschäftigung mit der Entstehungsgeschichte der deutschen Partikularrechte und der Entwicklung der einzelnen Institute⁴⁵ entstand das zweibändige Werk der „*Elementa iuris Germanici tum veteris tum hodierni*“ (Halle 1735-1736)⁴⁶. Klaus Luig⁴⁷ bezeichnet das Werk als „die erste Gesamtdarstellung des deutschen Privatrechts als wissenschaftliches System“. Dem Titel nach handelt es sich um ein Studienbuch, ist aber dem Umfang und der Qualität nach eher als ein Handbuch anzusehen. Heineccius unternimmt als Erster eine Darstellung der deutschrechtlichen Bestandteile des *Usus modernus*, also des *Ius Germanicum*⁴⁸. Dieses besteht für ihn⁴⁹ aus den gemeinsamen Prinzipien der alten germanischen Rechte und der mittelalterlichen und neueren deutschen Partikularrechte. Er will das *Ius Germanicum* in einem vollständigen System dem römischen Recht gegenüberstellen, dessen subsidiäre Geltung und Wert für die deutsche Rechtswissenschaft er durchaus anerkennt⁵⁰. Auch in den „*Elementa iuris Germanici*“ geht es Heineccius um die Feststellung der leitenden Prinzipien, die vielfach mit denen des römischen Recht überein zustimmen scheinen; in vielen Punkten freilich bestehen Abweichungen⁵¹.

Die „*Elementa iuris Germanici*“ folgen dem justinianischen Institutionensystem. Die Rechtsquellenlehre hat Heineccius aus dem ersten Buch herausgenommen und in ein besonderes Prooemium gestellt.

In seinen „*Elementa iuris Germanici*“ unternimmt Heineccius eine zusammenhängende Darstellung der deutschrechtlichen Elemente des *Usus modernus*, also des *Ius Germanicum*. Dieses *Ius Germanicum* will er in einem vollständigen System dem römischen Recht gegenüberstellen, dessen subsidiäre Geltung und Wert für die deutsche

(Goldbach 1995) 543-618; Feenstra, Heineccius in den alten Niederlanden. Ein bibliographischer Beitrag, TRG 72 (2004) 297-326; Chr. Bergfeld, Pufendorf und Heineccius, in: F. Palladini/G. Hartung (Hgg.), Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung (Berlin 1996) 225-235; M. J. Schermaier, Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB (Wien/Köln/Weimar 2000) 267ff.; P. de Pablo Contreras, in: R. Domingo (Hg.), *Juristas universales II* (nt. 29) 522-524; H. Kümper, in: Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon XXV (Nordhausen 2005) Sp. 553-558; eingehend P. Wardemann, Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741). Leben und Werk (= Europäische Hochschulschriften II, 4577, Frankfurt am Main 2007), mit Werkverzeichnis (S. 95-132); dazu G. Wesener, ZRG Germ. Abt. 126 (2009) 591-593; Kleinheyer/Schröder, Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 503f.; G. Wesener, Einleitung zum Nachdruck von J. G. Heineccius, *Opera omnia*, Genf 1744-1748 (Frankfurt am Main 2010), m.w.N.

45 Dazu eingehend Wardemann, Heineccius (nt. 44) 44ff.

46 Weitere Ausgaben Halle 1746; Venedig 1751 u. 1770; Halle 1836; vgl. Wardemann, Heineccius (nt. 44) S. 99 Nr. 52. In *Opera omnia* (nt. 44) VI.1. Vgl. Stintzing/Landsberg, *Geschichte* (nt. 8) III/1, Text 188f., Noten 129.

47 Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht (nt. 27) 195-222, insbes. 214-222 [nun in Luig, *Römisches Recht* (nt. 1) 395*-422*, insbes. 414*-422*]; ders., *Deutsches Privatrecht*, HRG, 2. Aufl., I (2008) Sp. 993-1003, insbes. Sp. 996f. Vgl. Schäfer, *Juristische Germanistik* (nt. 8) passim, insbes. 107-109.

48 Zu Halle 1738 erschien von Heineccius ein „*Corpus iuris Germanici antiqui quo continentur leges Francorum Salicae et Ripuariorum*“. Vgl. Stintzing/Landsberg, *Geschichte* (nt. 8) III/1 Noten 128.

49 Prooemium § 1, §13.

50 Luig, *Die Anfänge der Wissenschaft* (nt. 27) 214 [nun in Luig, *Römisches Recht* (nt. 1) 414*].

51 Vgl. Bergfeld, J.G. Heineccius (nt. 44) 519.

Rechtswissenschaft er vollauf anerkennt⁵². Im Verhältnis zu den *leges et statuta, necnon mores patrii singularum civitatum et gentium* kommt dem rezipierten Justinianischen Recht nur subsidiäre Geltung zu⁵³.

Aufschlussreich für das Verhältnis von deutschem Recht, römischem Recht und Naturrecht sind Heineccius' Ausführungen in den „Elementa iuris Germanici“ (Lib. II Tit. XII § 341) zum Vertragsrecht⁵⁴. Diejenigen Sätze des römischen Rechts, die mit den Prinzipien des Naturrechts übereinstimmen, seien in Deutschland rezipiert worden, nicht hingegen die Eigenheiten, die Subtilitäten, des römischen Rechts. Das Naturrecht habe, so Heineccius⁵⁵, als *recta ratio* bei allen Völkern Geltung.

6. Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1743-1797)

Bereits 1767 fungierte Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1743-1797)⁵⁶ als Herausgeber der „Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum, commoda auditoribus methodo adornata“ des Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741)⁵⁷. Die erste Auflage dieses überaus beliebten und weit verbreiteten Institutionenlehrbuchs war 1725 in Franeker erschienen, eine Titelausgabe dieser Edition 1726 in Amsterdam⁵⁸. Die Auflage Göttingen 1778⁵⁹ wurde schon von Höpfner bearbeitet⁶⁰. Die Auflage Göttingen 1782 (Editio secunda emendatior)⁶¹ hat bereits „die bleibende Höpfner'sche Form, inhaltlich ganz umgearbeitet, mit Tabellen und neuerer Literatur“⁶².

52 Luig, Die Anfänge der Wissenschaft (nt. 27) 214 [nun in Luig, Römisches Recht (nt. 1) 414*]; ders., Deutsches Privatrecht, HRG, 2. Aufl., I (2008) Sp. 996f. Vgl. Tanaka, Bemerkungen zu J. G. Heineccius (nt. 44) 616f.

53 Heineccius, Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum [Opera omnia (Tom. V.), Prooemium § 17.

54 Wardemann, Heineccius (nt. 44) 51f.

55 Elementa iuris Germanici, II, Anm. zu § 49.

56 A. Eisenhart, Höpfner, Ludwig Julius Friedrich, ADB 13 (1881) 109-112 (mit älterer Lit.); Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1 Text 442ff., Noten 284f.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 224; A. Söllner, Ludwig Julius Friedrich Höpfner – ein Mitglied der Gießener Juristenfakultät im 18. Jahrhundert, in: O. Triffterer/F. v. Zezschwitz (Hgg.), Festschrift für W. Mallmann (Baden-Baden 1978) 281-292; J. Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ (nt. 31) 53; ders., Vorlesungsverzeichnisse als rechtsgeschichtliche Quelle, in: Die Bedeutung der Wörter. Festschrift für St. Gagnér zum 70. Geburtstag (München 1991) 383-401, insbes. 395 [nun in: J. Schröder, Rechtswissenschaft in der Neuzeit. Geschichte, Theorie, Methode. Ausgewählte Aufsätze (Tübingen 2010) 375-389, insbes. 384f.]; M. Plohmman, Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1743-1797). Naturrecht und positives Privatrecht am Ende des 18. Jahrhunderts (Berlin 1992); dazu Rezension von G. Wesener, ZRG Germ. Abt. 112 (1995) 597-601; J.M. Rainer, Das Römische Recht in Europa (Wien 2012) 278.

57 Siehe oben nt. 44.

58 Feenstra, Heineccius (nt. 44) 306f., zu weiteren niederländischen Auflagen 307f.

59 Wardemann, Heineccius (nt. 44) S. 109 Nr. 67.

60 Elementa iuris civilis ... passim limavit et polivit libellus D. Lud. Jul. Frid. Hoepfner.

61 Wardemann, Heineccius (nt. 44) S. 110 Nr. 75.

62 So Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1, Noten 285. Weitere Ausgaben 1784, 1787 (editio tertia emendatior), 1788, 1790, 1792 (ed. quarta emendatior), 1793, 1795, 1796, 1806 (ed. quinta

In Anlehnung an diese Bearbeitung der „Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum“ entstand Höpfners einflussreichstes Hauptwerk, sein „Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe“ (1. Aufl. Frankfurt am Main 1783; 6. Aufl. ebd. 1798)⁶³.

Die „Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum“ des Heineccius verdanken ihren großen Erfolg wohl der axiomatischen Methode, welche in dem Werke zur Anwendung kommt⁶⁴. Die axiomatische Methode ist als eine Abart der mathematisch-demonstrativen Methode anzusehen, die von der Wolff-Schule vertreten wurde⁶⁵. Die axiomatische Methode ist stark von Thomasius beeinflusst⁶⁶. An der Legalordnung wurde von Heineccius festgehalten; die axiomatische Methode betrifft die Gliederung innerhalb der einzelnen Titel. Es wird zunächst eine Beschreibung des Hauptbegriffes gegeben, dann zu einer Definition vorgegangen. Aus diesen Definitionen werden die obersten Rechtsregeln für das behandelte Rechtsinstitut als unmittelbare Folgesätze, sogenannte Axiome, erschlossen. Aus den Axiomen leitete Heineccius Folgesätze ab, die zusammenhängend dargestellt wurden.

Diese axiomatische Methode wurde von Höpfner sowohl bei seiner Bearbeitung der „Elementa iuris civilis“ des Heineccius wie auch in seinem Institutionenkommentar übernommen⁶⁷. Mit seinem „theoretisch-praktischen Kommentar“ verfolgte Höpfner primär didaktische Ziele; er knüpfte an die Tradition der Institutionenkommentare des 16. und 17. Jahrhunderts an⁶⁸. Es gelang ihm Theorie und Praxis miteinander zu verbinden⁶⁹.

Im Aufbau des Kommentars folgte Höpfner der Gliederung der Heineccischen Institutionen⁷⁰, denen die Buch- und Titelfolge der Institutionen Iustinians zugrunde liegt. Höpfners Kommentar bietet „einen Überblick über die europäische Zivilrechtsdogmatik“⁷¹. Er bildet „ein eindrucksvolles Beispiel für die Zivilrechtslehre am Ende der Epoche des Usus modernus und an der Schwelle zur aufkommenden Historischen Rechtsschule“⁷².

legitima); siehe Wardemann, Heineccius (nt. 44), Anhang II, S. 110ff. Nr. 77, 85 u. 86 87, 89, 97, 98, 101, 106, 109, 120.

63 Vgl. Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1, Text 443f., Noten 285; Söllner, Höpfner (nt. 56) 290f.; Plohmann, Höpfner (nt. 56) 73ff.; Wesener, ZRG Germ. Abt. 112 (1995) 597ff.

64 Dazu Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1, Text 184f., Noten 127; Schröder, Recht als Wissenschaft (nt. 9) 183; eingehend Wardemann, Heineccius (nt. 44) 23ff.; vgl. Wesener, Heineccius, Einleitung (nt. 44) im Text bei Fn. 29ff.

65 Dazu Schröder, Recht als Wissenschaft (nt. 9) 180ff.; vgl. Wesener, Heineccius, Einleitung (nt. 44) IV (bei Fn. 111ff.).

66 So Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1, Text 110 u. 194f.; vgl. R. Lieberwirth, NDB 8 (1969) 297.

67 Vgl. Plohmann, Höpfner (nt. 56) 74.

68 Vgl. Plohmann, Höpfner (nt. 56) 75.

69 Söllner, Höpfner (nt. 56) 291.

70 Dazu Plohmann, Höpfner (nt. 56) 73.

71 Plohmann, Höpfner (nt. 56) 253.

72 So Plohmann, Höpfner (nt. 56) 252.

Zur Frage der Rezeption des römischen Rechts führt Höpfner im Prooemium seines Commentars über die Heineccischen Institutionen⁷³ (§ 15) aus⁷⁴:

... nur das Justinianeische Recht ist in Deutschland angenommen, und zwar nur die Theile desselben, die zur Zeit der Aufnahme vorhanden waren, und welche mit Glossen versehen sind. ... Am Ende des 15ten Jahrhunderts wurde seine gesetzliche Autorität durch ein öffentliches Reichsgesetz, die Kammergerichtsordnung vom Jahr 1495 bestätigt. Weil aber das Ansehen der Glossatoren in den damaligen Zeiten so groß war, dass man sie beynahe wie Gesetzgeber ehrte, so wurde nichts vom Römischen Recht in Deutschland aufgenommen, als was mit Glossen versehen war; *quidquid non recepit glossa, id non recepit forum*, ist die gemeine Regel⁷⁵.

Zur Frage der Geltungsweise des römischen Rechts in Deutschland erklärt Höpfner (Commentar, Prooemium § 17): „das Römische Recht ist zwar im Ganzen (*in complexu*) angenommen, aber doch nur als ein Hilfsrecht (*in subsidium*)“⁷⁶. Es habe *fundatam intentionem* für sich, finde aber doch nur in den Fällen Anwendung, wo keine deutschen Gesetze oder Gewohnheiten vorhanden seien. „Ist also in einem gegebenen Falle ein Stadtrecht, oder Stadtbrauch, ein Landrecht, oder ein Landesbrauch, ein allgemeines deutsches Reichsgesetz, oder eine allgemeine deutsche Gewohnheit vorhanden, so muß das Römische Recht nachstehen“⁷⁶.

Keine ausdrückliche Regelung findet sich bei Höpfner zum Verhältnis des Naturrechts zum römischen Recht⁷⁷. Ein Vergleich der 1. mit der 6. Auflage des Commentars zeigt Höpfners „zunehmende Orientierung an der naturrechtlichen Begrifflichkeit“⁷⁸. Aufbau und Inhalt des Titels „De iustitia et iure“ werden stark von seinem Naturrecht geprägt.

7. *Conclusio*

Die Rechtsquellenlehre des *Usus modernus* sowie die Rechtsanwendungspraxis der frühen Neuzeit waren keineswegs einheitlich. Auf verschiedenen Wegen erfolgte die Begründung der Geltung, ja des Vorrangs, des römisch-gemeinen Rechts.

In der Gerichtspraxis beriefen sich die Parteien naturgemäß auf jene Normen, welche für ihren Rechtsfall günstig waren, und versuchten deren Geltung zu begründen. Sehr treffend spricht Peter Oestmann⁷⁹ von „Rechtsvielfalt vor Gericht“. Besonders betont er die richterliche Entscheidungsfreiheit und Begründungsvielfalt.

73 6. Aufl. (1798).

74 Vgl. Plohmann, Höpfner (nt. 56) 75f.

75 In einer Anmerkung hierzu verweist Höpfner hinsichtlich des großen Ansehens der Glosse auf Heineccius, *Historia iuris civilis Romani ac Germanici* [Opera omnia (nt. 44) Tom. IV.] Lib. I § 417.

76 Zu dieser Materie verweist Höpfner auf eine Schrift von Adolph Dietrich Weber: *Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts* (Schwerin 1782).

77 Vgl. Plohmann, Höpfner (nt. 56) 76.

78 Plohmann, Höpfner (nt. 56) 83.

79 *Rechtsvielfalt vor Gericht* (nt. 9 u. 42) passim, insbes. 669ff.

Dem verehrten Jubilar verdanken wir mehrere wertvolle Studien über Hugo Grotius. Dieser war nicht nur „Vater des Natur- und Völkerrechts“, sondern als der Verfasser der „Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid“ ein Vertreter des *Usus modernus pandectarum*⁸⁰. Die Rechtsquellenlehre des *Usus modernus* wird daher vielleicht das Interesse des Jubilars finden.

Abstract

The subject of this contribution is the doctrine of the sources of law during the period of the *Usus modernus pandectarum*. This period may also be called the time of the *Jus Romano-Germanicum* or *Praxis juris Romani in foro Germanico* (according to a work by Johann Schilter). This study is based on works of five important representatives of this tradition: Schilter, Stryk, Struve, Heineccius and Hoepfner. Johann Schilter represents the so-called *media sententia*. Roman law was applicable in the Holy Roman Empire not in terms of a special constitution, but by *usu et consuetudine fori*. A party who invoked Roman law had the benefit of *fundata intentio* and did not have to prove its *observantia*. But German law also had a *fundata intentio*. When there were contradictions between the two, the legislator had to decide with the help of case law. Samuel Stryk essentially followed Schiller's theory of compromise. For Georg Adam Struve the consent of the *Stände* (social stations) to the *Reichskammergerichtsordnung* of 1495 meant that the validity of Roman law was acknowledged in the territories. To the *iura communia* belong the imperial acts of law, Roman and canon law. Roman law was presumed to be valid. Johann Gottlieb Heineccius presented the *Ius Germanicum* as a complete system together with Roman law. In his *Elementa iuris Germanici* one may find the leading principles of German law. The axiomatic method used by Heineccius was adopted by Ludwig J.F. Höpfner in his adaption of Heineccius' *Elementa iuris civilis* and his commentary on Justinian's *Institutiones*. The doctrine of the sources of law during the period of the *Usus modernus pandectarum* was not uniform at all. The jurists tried in different ways to justify the validity of Roman law in the Holy Roman Empire.

80 Vgl. K. Wellenschmied, Zur Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid des Hugo Grotius, TRG 20 (1952) 389ff., insbes. 435ff.; G. Wesenberg/G. Wesener, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. (Wien/Köln 1985) 141; J.M. Rainer, Das Römische Recht in Europa (2012) 166.