

Recht im „Alten Reich“ – Der Usus modernus

Von Prof. Dr. Martin Heger, Berlin*

Die Reform des Jurastudiums in den letzten Jahren hat dazu geführt, dass die Bedeutung der Grundlagenfächer außerhalb entsprechender Schwerpunktbereiche weiter abgenommen hat. Gleichwohl sind Grundkenntnisse in der Rechtsgeschichte nicht nur für das Verständnis einiger heutiger Rechtsinstitutionen von Bedeutung; der Blick auf die Andersartigkeit der deutschen Rechtsordnung in der Vergangenheit ist vielmehr auch unter dem Gesichtspunkt eines historischen Rechtsvergleichs von Interesse und macht dabei deutlich, dass das, was dem heutigen deutschen Juristen als Kernbestand einer Rechtsordnung überhaupt gilt, seinerseits zeitbedingt ist. Das dürfte das Verständnis für abweichende Lösungen in anderen Ländern vertiefen.

I. Einleitung

Als „Altes Reich“ bezeichnen Historiker das Hl. Römische Reich Deutscher Nation in der frühen Neuzeit, als der Glanz des mittelalterlichen Kaiserreichs längst erloschen war, das Reich in seiner tradierten Form aber noch rund 300 Jahre fortbestanden hat. Aus rechtshistorischer Sicht lässt sich dieses Reich datieren auf die Zeit zwischen 1495 – dem Jahr des Wormser Reichstags mit seinen grundlegenden Beschlüssen¹ – bis 1806,² als mit der Niederlegung der Deutschen Kaiserkrone durch Franz II. das Reich endgültig unterging und vollends durch die modernen Territorialstaaten abgelöst wurde. Wenn man vom Recht in diesem Reich spricht, muss man sich aber vergegenwärtigen, dass es damals nie nur eine Rechtsquelle gegeben hat. Die territoriale Zerrsplitterung wie auch die unterschiedlichen Rechtstraditionen in den einzelnen Teilgebieten des Reichs führten vielmehr dazu, dass es stets nebeneinander verschiedene Rechtsquellen gegeben hat. Allgemein anerkannt war freilich, dass dem rezipierten römischen als dem gemeinen Recht im gesamten Reich besonderes Gewicht zukommen sollte; sein – aus damaliger Sicht – „moderner Gebrauch“ – der „usus modernus pandectarum“ – war daher Kernbestand der zeitgenössischen Rechtswissenschaft wie Rechtspraxis.

II. Vom modernen Gebrauch des römischen Rechts

1839 betitelte der berühmte Rechtsgelehrte *Friedrich Carl v. Savigny* (1779-1861) sein Torso gebliebenes Alterswerk als „System des heutigen Römischen Rechts“.³ Er versuchte darin, das zeitgenössische gemeine Recht, das im wesentlichen aus dem rezipierten römischen Recht, dem *Corpus Iuris Civilis Justinians* bestand, nach allgemeinen Gesetzmäßig-

keiten zu systematisieren und damit einer für das 19. Jahrhundert zeitgemäßen Anwendung zugänglich zu machen.

Doch war dies nicht der erste Versuch, das im hohen und späten Mittelalter in Deutschland übernommene römische Recht in zeitgemäßer Weise wissenschaftlich zu bearbeiten und auf anstehende Rechtsfälle anzuwenden. Auch in der frühen Neuzeit, von Mitte des 16. Jahrhunderts bis hin zur französischen Revolution und Napoleon, war man bemüht um eine Anwendung der römischen Rechtsregeln in zeitgemäßer, damals moderner Weise. Programmatisch dafür genommen werden darf der Titel eines mehrbändigen Pandektenkommentars des „damals berühmtesten Juristen“, *Samuel Stryk*, erschienen in den Jahren 1690 bis 1709,⁴ – „Usus modernus pandectarum“, der zeitgemäße Gebrauch des römischen Rechts in der Gestalt, die es unter *Justinian* erhalten hatte, und vor allem von dessen Kernstück, den *Digesten* oder griechisch *Pandekten*. Damit bekam eine bereits über hundert Jahre vor *Stryk* entstandene Richtung in der Rechtswissenschaft ihren Namen: Für die Rechtshistoriker ist diese Zeit bis heute die des *Usus modernus* (*pandectarum*). Und als solche fristet sie im Schatten größter Namen der deutschen Jurisprudenz von dem oben genannten *Savigny* über *Jhering* bis *Windscheid*⁵ im 19. Jahrhundert ein kärgliches Dasein. Das allerdings durchaus zu Unrecht. Auch die Epoche des *Usus modernus* bedeutete einen wichtigen Schritt auf dem Weg zur Herausbildung einer modernen Rechtswissenschaft. *Franz Wieacker*, einer der bedeutendsten Rechtshistoriker des 20. Jahrhunderts, bezeichnet die Epoche des *Usus modernus* als „längste[n] und vielleicht [...] wichtigste[n] Abschnitt der Geschichte des römischen Rechts in vielen europäischen Ländern und zumal in Deutschland“.⁶

III. Der Usus modernus pandectarum

Mit der Rezeption⁷ wurde das römische Recht in der Gestalt des *mos Italicus*⁸ im späten Mittelalter auch in Deutschland zum gemeinen Recht (*ius commune*). Bedeutender noch als die stoffliche Übernahme des justinianischen Privatrechts war dabei allerdings die Übernahme der Methoden wissenschaftlicher Bearbeitung des Rechtsstoffes,⁹ wie sie seit der Wiederentdeckung der *Digesten* im 12. Jahrhundert zunächst von den Glossatoren und dann von den Kommentatoren entwickelt worden waren. Gegenstand der (Voll-) Rezeption war

⁴ *Wesel*, Geschichte des Rechts, 3. Aufl. 2006, S. 370.

⁵ Zu diesem *Rückert*, JuS 1992, 902.

⁶ *Wieacker* (Fn. 3), S. 205; in die gleiche Richtung *Söllner*, in: *Coing* (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. 2, Teilbd. 1, 1977, S. 500, 506 f. und *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1995, Rn. 251.

⁷ Dazu *Schildt*, Jura 2003, 450.

⁸ *Wieacker* (Fn. 3), S. 133; *Koschaker*, Europa und das römische Recht, 4. Aufl. 1966, S. 223.

⁹ *Kiefner*, in: *Erler/Kauffmann* (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Sp. 970 f.

* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, europäisches Strafrecht und neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ Dazu *Laufs*, JuS 1995, 665.

² Vgl. nur *K.-P. Schroeder*, JuS 2006, 577.

³ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 396. – Zu *Savigny* vgl. *Coing*, JuS 1979, 86; *Kleinheyer/Schröder*, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 5. Aufl. 2008, S. 366 ff.

damit genau genommen die Rechtswissenschaft des *ius commune*¹⁰, ihr „historischer Gesamtsinn“ daher vor allem ein Prozess der „Verwissenschaftlichung des Rechtslebens“¹¹. Diese „Methodenrezeption“¹² ist nicht notwendig an das *Corpus iuris* gebunden, wenngleich insbesondere auf dem Gebiet des Privatrechts die justinianische Kompilation zumeist den Ausgangspunkt wissenschaftlicher Bearbeitung bildete. Zum *Corpus iuris* zählten z.Z. der Rezeption mit den *Libri Feudorum*¹³ aber auch erst im Mittelalter entstandene Rechtsquellen zum Lehnrecht, die von Glossatoren und Kommentatoren ebenfalls wissenschaftlich bearbeitet wurden. Dazu kam bereits seit dem 14. Jahrhundert eine „[halb] gelehrte Rechtsliteratur in Deutschland“¹⁴, deren Rechtsquelle z.B. der Sachsenspiegel war.

Usus modernus meint dann die an die Epoche der Rezeption anschließende, im „16. Jahrhundert beginnende und mit den naturrechtlichen Kodifikationen endende Epoche der Rechtsgeschichte [...], in der das [...] in Deutschland rezipierte römisch-kanonische Recht als *ius commune* die Grundlage von Rechtslehre und Rechtsprechung bildete“¹⁵. Im Unterschied zur humanistischen bzw. eleganten Jurisprudenz und zum Naturrecht ist Gegenstand des Usus modernus die zeitgemäße Anwendung des römischen Rechts in der Praxis.¹⁶ Als Weiterführung des *mos Italicus*¹⁷ handelt es sich um ein gesamteuropäisches Phänomen.¹⁸ Mit dem partikularen und gemeinen Recht standen sich in der frühen Neuzeit zwei Rechtskreise gegenüber; die Suche nach der „richtigen“ Rechtsquelle ist charakteristisch für den *usus modernus*.¹⁹ Gemäß § 3 RKG²⁰ gebührte dabei dem Partikularrecht zwar

Vorrang vor dem subsidiär geltenden gemeinen Recht; nach der rezipierten italienischen Statutentheorie waren die Statuten aber eng und nur im Sinne des römischen Rechts auszulegen²¹ („*statuta sunt stricte interpretanda*“²²).

Wieder mit *Wieacker* gesprochen, ist der „Usus modernus [...] die lange und vielseitige Epoche zwischen der spätmittelalterlichen Jurisprudenz und ihrer Rezeption in Deutschland und der geistigen Revolution des Vernunftrechts“²³. Gegenstand der damaligen Rechtswissenschaft „war nicht mehr [nur] das *Corpus Iuris* in seiner wissenschaftlichen Aufarbeitung durch die *accursische* Glosse und die Konsiliatoren, sondern die römischen und deutschen Bestandteile der Territorialrechte und des allgemeinen gemeindeutschen Privat-, Prozeß-, Straf-, Staats- und Kirchenrechts in ihrer Anwendung in der aktuellen Praxis der oberen Gerichte“²⁴. Insofern ging es – entgegen den Worten vom „Usus modernus *pandectarum*“ – durchaus um mehr als nur einen zeitgemäßen Gebrauch der *Digesten* als des geltenden Rechts. Das gemeine Recht im Usus modernus bestand zwar in seinem Kern aus dem römischen Recht, doch war dieses inhaltlich durch bestehende Territorialrechte nicht unerheblich modifiziert worden.

Mit dem Usus modernus sollte keine neue Kodifikation des Rechts nach zeitgemäßen Regeln geschaffen werden. Solche Ambitionen, die unmittelbar zuvor in der Epoche der humanistischen Jurisprudenz aufgekommen, aber nicht in die Tat umgesetzt worden waren,²⁵ entstanden erst wieder unter dem Einfluss der Naturrechtslehren²⁶ und an diese zeitlich anschließend während des gesamten 19. Jahrhunderts im Zuge nationaler Einigungsbewegungen²⁷ und liberaler Modernisierungsvorstellungen.

Kennzeichnend für den deutschen Usus modernus war es vielmehr, dass er dem bestehenden, zumeist deutschrechtlich

¹⁰ *Kiefner* (Fn. 9), Sp. 970, 972.

¹¹ *Wieacker* (Fn. 3), S. 131. – Ebenso *Sellert*, in: Boockmann u.a. (Hrsg.), *Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit*, Bd. 1, 1998, S. 115, 144; *Wesenberg/Wesener*, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 4. Aufl. 1985, S. 81. Vgl. auch *Heger*, *Der Nießbrauch in usus modernus und Naturrecht*, 2004, S. 24 f.

¹² *Kiefner* (Fn. 9), Sp. 970, 973.

¹³ Zu deren Rezeption *Stolleis*, in: *Cordes/Lück/Werkmüller/Schmidt-Wiegand* (Fn. 9), Sp. 984, 988 ff.

¹⁴ *Kiefner* (Fn. 9), Sp. 970, 974.

¹⁵ *Luig*, in: *Erler/Kauffmann* (Fn. 9), Bd. 5, 1998, Sp. 628; ähnlich *Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 1, 1985, S. 4; *Heger* (Fn. 11), S. 25. – *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 115, bezeichnen mit *usus modernus* zeitlich nur das 17. und 18. Jahrhundert.

¹⁶ Vgl. *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 118.

¹⁷ Vgl. *Schiemann*, *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, 1993, 1/400, S. 3.

¹⁸ Vgl. *Holthöfer*, *Ius Commune* 2 (1969), 130.

¹⁹ *Wiegand*, in: *Simon* (Hrsg.), *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*, 1987, S. 237 f.

²⁰ Nach § 3 RKG von 1495 haben die Beisitzer am RKG zu urteilen „nach des Reichs gemeinen Rechten, auch nach redlich erben und leidlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten der Fürstentumb, Herrschaften und Gerichte, die für sie pracht werden“ (zit. nach *Wesenberg/Wesener* [Fn. 11],

S. 84). – Zur Geschichte des RKG *Diestelkamp*, *Rechtsfälle aus dem Alten Reich*, 1995, S. 11 ff.

²¹ *Coing* (Fn. 15), § 16 III, IV; *Trusen*, *Römisches und partikuläres Recht*, S. 101 ff.; *Dilcher*, in: *Bader/ders.*, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1999, S. 766; *Luig*, in: *Stolleis* (Hrsg.), *Hermann Conring (1606-1681), Beiträge zu Leben und Werk*, 1983, S. 355 (S. 358 ff.).

²² Vgl. *Trusen* (Fn. 21), S. 109 ff.; *Diestelkamp*, *Recht und Gericht im Heiligen Römischen Reich*, S. 481, 497.

²³ *Wieacker* (Fn. 3), S. 214.

²⁴ *Wieacker* (Fn. 3), S. 214.

²⁵ Vgl. *Troje*, in: *Max-Planck-Institut für Geschichte* (Hrsg.), *Festschrift für Hermann Heimpel zum 70. Geburtstag am 19. September 1971, 1972*, S. 110.

²⁶ Sieht man von dem Vorschlag des Philosophen *Leibniz* ab, der allerdings nichts weiter als eine Neukodifizierung des (geltenden) römischen Rechts anstrebte (vgl. *Eisenhardt* [Fn. 6], Rn. 253).

²⁷ Zu dem Streit zwischen *Savigny* („Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“) und *Thibaut* („Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches“) über die Notwendigkeit einer nationalen Kodifikation nach dem Erfolg der Freiheitskriege gegen Napoleon 1814, *Wieacker* (Fn. 3), S. 390 ff.

orientierten, geschriebenen und ungeschriebenen Partikularrecht die Kraft zuschrieb, als praktiziertes Gewohnheitsrecht das gemeine (römische) Recht, in der damaligen Gelehrtensprache das *Ius commune*, zu modifizieren. Das war gedanklich ein weiterer Schritt weg von der schieren Schriftgläubigkeit des Mittelalters, in der man in den Rechtsbüchern *Justinians* geschriebene Vernunft (*ratio scripta*) erblickte, deren wörtlichen Ausdruck aufgrund ungeschriebener Rechtsbräuche bestimmter Regionen in Frage zu stellen, sich kein Jurist getraut hätte. Nicht umsonst „klebte“ die Glosse zu den Digesten neben diesen am Rand des Textes und erläuterte Wort für Wort.

Unterstützt wurde die Präferenz für das geschriebene römische und damit gegen das (zumeist) ungeschriebene einheimische Recht dadurch, dass in den Gesetzen *Justinians* das Recht des Kaisers des Heiligen Römischen Reichs deutscher Nation gesehen wurde. Grundlage dieser Auffassung war die sog. „Lotharische Legende“, wonach Kaiser Lothar III. 1135 das römische Recht durch Reichsgesetz ausdrücklich rezipiert habe.²⁸ Das stellte zwar bereits den Anspruch an den *Corpus Iuris Civilis* als quasi göttliches Recht in Frage, musste doch hier ein ordentlicher Rechtssetzungsakt des obersten weltlichen Herrschers zur Legitimation herhalten. Dementsprechend war die „Lotharische Legende“ auch erst ein Produkt des ausgehenden 15. Jahrhunderts, einer Zeit, in der transzendente Erwägungen für sich allein nicht mehr zur Rechtfertigung gesetzlicher Normierung herhalten konnten.²⁹ Aber zugleich stärkte es die absolute Autorität der Gesetzesbücher, waren sie doch in den Augen der damaligen Untertanen und ihrer Nachfahren durch kaiserliche Anordnung die höchste Rechtsquelle. Mit der Widerlegung der „Lotharischen Legende“ von *Hermann Conring*³⁰ in der Schrift „*De Origine Iuris Germanici*“ von 1643³¹ entfiel neben der mittelalterlich-transzendentalen auch die neuzeitlich-rationale Grundlage für eine absolute und universelle Geltung der Gesetzbücher *Justinians* als allein geltendes Recht in Deutschland. *Conring* lehrte im Gegenteil, das römische Recht sei nur als Gewohnheitsrecht durch Praxis und Lehre in Deutschland rezipiert worden („*usu receptum*“).³² Es könne

²⁸ *Wieacker* (Fn. 3), S. 145; *Wesel* (Fn. 4), S. 366.

²⁹ Solche transzendentale Erklärungsmuster wirkten in der einfachen Bevölkerung aber noch nach. So wurde in den „*Miltenberger Artikeln*“ aus der Zeit der Bauernkriege (ca. 1524/25) eine Beachtung des kaiserlichen als des „guten alten Rechts“ gefordert (vgl. *Thieme*, JuS 1981, 549 [552]). – *Hattenhauer*, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Aufl. 1996, Rn. 26, verweist darauf, dass die Vorstellung der „*translatio imperii*“, wonach das römische Recht als Kaiserrecht unmittelbar geltendes Recht im Hl. Römischen Reich Deutscher Nation war, noch in das 19. Jahrhundert hineinreichte.

³⁰ Zu Leben und Werk *Conrings*, der gar kein Jurist gewesen ist, gleichwohl aber als Begründer der deutschen Rechtsgeschichte gilt, *Herberger*, JuS 1982, 484; *Kleinheyer/Schröder* (Fn. 3), S. 103 ff.

³¹ *Wieacker* (Fn. 3), S. 206.

³² *Eisenhardt* (Fn. 6), Rn. 254.

daher durchaus auch durch heimisches Recht inhaltlich modifiziert werden.³³ Allerdings ist wohl weder die gerichtliche Praxis noch die damalige Rechtswissenschaft durch die bahnbrechende Schrift von 1643 wesentlich beeinflusst worden.³⁴ *Conrings* Werk scheint vielmehr erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts „wiederentdeckt“ worden zu sein.³⁵

IV. Vorgeschichte des Usus modernus

Zeitlich folgte die Epoche des Usus modernus der der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, ein Vorgang, der sich in mehreren Stufen vom hohen und späten Mittelalter bis weit in das 16. Jahrhundert hineinzog. Erst mit Abschluss dieser Rezeption galt im ganzen Reichsgebiet zumindest subsidiär das römische Recht.³⁶ Aber auch die damals entstandenen bzw. reformierten Stadt- und Landrechte waren in z.T. außerordentlich massiver Weise durch das römische Recht beeinflusst. Lücken in denselben schloss man sowieso mit den Regeln des gemeinen Rechts, dessen Anwendung nur insoweit zurückgedrängt war, als das jeweilige Partikularrecht eigene (geschriebene) Regeln enthielt. Viele der Stadt- und Landrechte enthielten freilich bewusst Lücken, wenn und weil die Regeln des römischen Rechts insoweit Anwendung finden sollten. Die Epoche der Spätrezeption und der Entstehung dieser Partikularrechte bzw. ihrer „Reformationen“, wie die Erneuerungen dieser Gesetze genannt worden waren, ging einher mit der Entstehung des Humanismus nördlich der Alpen. Der vielleicht größte deutsche Jurist jener Tage, *Ulrich Zasius* (1461-1535),³⁷ war nicht nur der Verfasser des bekannten Freiburger Stadtrechts von 1520³⁸ sondern auch Lateinlehrer, Professor und Ratssyndikus, wissenschaftlich eng verbunden mit berühmten Humanisten seiner Zeit, wie z.B. *Erasmus von Rotterdam*.³⁹

³³ Vgl. ausführlich zu *Conrings* Rechtsquellenlehre *Stintzing/Landsberg*, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Bd. 2, 1884, S. 3 ff., 16 ff., 165 ff.

³⁴ Selbst zu Beginn des 19. Jahrhundert beschäftigte sich *Savigny* mit der „Lotharischen Legende“, ohne *Conrings* Leistung mehr als 150 Jahre zuvor zu erkennen (vgl. *Hattenhauer* [Fn. 29], Rn. 26).

³⁵ *Herberger*, JuS 1982, 484 (486).

³⁶ Für das Reichskammergericht war die subsidiäre Geltung des römischen als des gemeinen Rechts in der Reichskammergerichtsordnung von 1555 angeordnet worden (*K.-P. Schroeder*, JuS 1978, 368 [372]). Folge war, dass anders lautendes Partikularrecht, sofern es von einer Partei behauptet worden war, auch bewiesen werden musste. Auch wenn letzteren danach im Zweifel der Vorrang gegenüber dem römisch-kanonischen Recht zukommen sollte, verstärkte sich in Wirklichkeit die Tendenz, das römische Recht anzuwenden, zumal das Reichskammergericht vom Grundsatz „*statua stricte sunt interpretenda*“ ausging (vgl. *Laufs*, JuS 1995, 665 [669]).

³⁷ Dazu *K.-P. Schroeder*, JuS 1995, 97.

³⁸ Dazu *Knoche*, Ulrich Zasius und das Freiburger Stadtrecht von 1520, 1957.

³⁹ *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 10. Aufl. 2005, S. 72.

Die vom Humanismus geprägte Umgangsweise der Rechtswissenschaft mit dem römischen Recht wurde auch als „mos Gallicus“, als französische Umgangsart, bezeichnet. Ihr „Ideal [war] die Rekonstruktion einer umfassend historisch begründeten, humanistisch gebildeten und deshalb eleganten Rechtswissenschaft“⁴⁰. Ihre Hauptvertreter, wie *Alciatus*, *Cuiacius* und *Donellus*, erreichten eine „bessere Interpretation besserer Texte“ dadurch, dass sie „die römischen Quellen stärker [...] sprachwissenschaftlich-geschichtlich betracht[en] und die einzelnen Stellen textkritisch untersuch[en]“⁴¹. *Dionysius Gothofredus* (1549-1622) „veröffentlichte 1583 eine humanistisch gebesserte kritische Ausgabe“ des *Corpus Iuris*.⁴² Von ihnen wurde zum ersten Mal der Stoff des gemeinen Rechts systematisiert „und damit die Zivilrechtswissenschaft der neueren Zeit konstituiert“⁴³. Diese Richtung in der Rechtswissenschaft der frühen Neuzeit wurde vor allem in den Niederlanden im 17. und 18. Jahrhundert durch die sog. „elegante Jurisprudenz“ fortgeführt, die in ihrer praktischen Richtung die eher praktisch-pragmatischen Ziele des *Usus modernus* mit der humanistischen Vorgehensweise zu verbinden suchte.⁴⁴

Die Epoche des *Usus modernus pandectarum* reichte bis Anfang des 19. Jahrhunderts, wenn auch bereits im 17. Jahrhunderts beginnend mit dem berühmten Niederländer Völkerrechtler *Hugo Grotius* (1583-1645; „De Bellis ac Pacis liberis“), in Deutschland mit *Samuel von Pufendorf* (1632-1694)⁴⁵, das Zeitalter der Naturrechtslehren⁴⁶ aufkam.⁴⁷ Beide Rechtsepochen bestanden über längere Zeit nebeneinander. Der *Usus modernus* bestimmte dabei weiterhin sowohl das praktische als auch das wissenschaftliche Rechtsleben. Erst die Naturrechtsphilosophie im 18. Jahrhundert, die in berühmten Persönlichkeiten wie *Kant* und *Hegel* gipfelte, konnte den Naturrechtslehren über einzelne, vor allem völkerrechtliche, Bereiche hinaus, einen bedeutenderen Einfluss auf das Recht und die Gerichtspraxis in der damaligen Zeit geben.

Die Abgrenzung des *Usus modernus* von den teilweise zeitgleich daneben bestehenden Richtungen der eleganten Jurisprudenz und des Vernunftrechts lässt sich in Anlehnung an *Wesenberg/Wesener* so ausdrücken: Das Bemühen der humanistischen Juristen war auf ein antiquarisches, für die damalige Praxis nicht sehr nützlich sammelndes des römischen Originalstoffes gerichtet, während das Naturrecht ein *de lege ferenda* erst zu schaffendes Recht untersuchte. Der

Usus modernus war insoweit positivistisch, als er dasjenige Recht zu ermitteln suchte, das in der damaligen Zeit in Deutschland Geltung beanspruchte und in der Gerichtspraxis Verwendung fand.⁴⁸

V. Das geistesgeschichtliche Umfeld des *Usus modernus*

Der *Usus modernus* umspannte dabei so bedeutsame geschichtliche Epochen wie das Zeitalter der Glaubensspaltung in Europa und den Absolutismus, die Aufklärung⁴⁹ sowie in seiner Endphase die französische Revolution und *Napoleon*. In Deutschland war die Zeit des *Usus modernus* zugleich die Spätphase des Hl. Römischen Reiches deutscher Nation, das von Glaubensgegensätzen zerrissen und im Dualismus von Reich und Territorien langsam aufgerieben worden war, bis es schließlich 1806 unter dem Druck *Napoleons* ein Ende fand. Und ebenso wie von der historischen Rechtsschule der *Usus modernus* weitgehend ignoriert worden war, wurde das Reich in seiner Spätphase von einer preußen-fixierten Geschichtsschreibung des 19. Jahrhunderts geradezu karikiert.⁵⁰

VI. Hauptvertreter des *Usus modernus* in der Rechtswissenschaft

Als „wichtigste Namen“ des *Usus modernus* nennt *Uwe Wesel*⁵¹ die sächsischen Juristen *Benedikt Carpzov* (1595-1666), den „Vater des deutschen Strafrechts“, *Georg Adam Struve* (1619-1692), den Verfasser des „kleinen Struv“, der allgemein den damaligen Vorlesungen zugrunde gelegt worden war,⁵² *Samuel Stryk* (1640-1710), den „Civilisten seiner Zeit“, *Justus Henning Böhmmer* (1674-1749), dessen Lehrbuch „*Introductio in ius Digestorum*“ von *Landsberg* als das beste des *Usus modernus* eingestuft wird,⁵³ *Johann Gottlieb Heineccius* (1681-1741), zu seiner Zeit „in Europa der bekannteste deutsche Jurist“⁵⁴, und *Augustin Leyser* (1683-1752), „eine[n] der angesehensten Juristen des späten *Usus modernus* und der Frühaufklärung“ und Verfasser 11bändiger Meditationen über die Pandecten,⁵⁵ dazu *Johann Brunnemann* (1608-1672), *David Mevius* (1609-1670), dessen Entscheidungssammlung des (damals schwedischen) Obertribunals von Wismar große Bedeutung erlangt hatte,⁵⁶ den Tübinger *Wolfgang Adam Lauterbach* (1618-1678), dessen posthum veröffentlichtes Compendium iuris von nicht weniger als elf Schriftstellern erläutert wurde,⁵⁷ und – als zeitlichen Abschluss der Epoche – *Christian Friedrich Glück* aus Erlangen, dessen insgesamt 34bändige Kommentierung allein der

⁴⁰ Schlosser (Fn. 39), S. 71.

⁴¹ Köbler, Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte, S. 382 Art. „mos Gallicus“.

⁴² Köbler (Fn. 41), S. 203 Art. „Godefroy, Denis“.

⁴³ Wieacker (Fn. 3), S. 107

⁴⁴ Wieacker (Fn. 3), S. 222

⁴⁵ Zu *Pufendorf* s. *K.-P. Schroeder*, JuS 1995, 959; *Kleinheyer/Schröder* (Fn. 3), S. 349 ff.; der Wortlaut des Textes von *Pufendorf*, den er unter dem Pseudonym *Severinus de Monzambano* veröffentlicht hatte, findet sich (auf Deutsch) bei *Hattenhauer* (Fn. 29), Rn. 55.

⁴⁶ Vgl. dazu *Pöggeler*, JA 1997, 339.

⁴⁷ Köbler, Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 2005, S. 148 f.

⁴⁸ *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 118

⁴⁹ Dazu *Hattenhauer* (Fn. 29), Rn. 42 ff.

⁵⁰ *Link*, JZ 1998, 1 (7).

⁵¹ *Wesel* (Fn. 4), S. 371.

⁵² *Schlosser* (Fn. 39), S. 78.

⁵³ *Rütten*, Das zivilrechtliche Werk Justus Henning Böhmers, 1982, S. 2.

⁵⁴ *Wesel* (Fn. 4), S. 371.

⁵⁵ *Schlosser* (Fn. 39), S. 103.

⁵⁶ *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2004, S. 484.

⁵⁷ *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 117.

ersten 28 Digestentitel bereits in die Anfänge der „Historischen Schule“ im 19. Jahrhundert reichte. Des weiteren werden als Protagonisten der vorzustellenden Rechtsepoche genannt:⁵⁸ *Hermann Conring* (1606-1681), *Johann Schilter* (1632-1705), *Christian Thomasius* (1655-1728), der von vielen allerdings bereits der Frühaufklärung zugerechnet wird,⁵⁹ *Wiguläus Xaverius Aloysius Kreittmayr* (1705-1790), der Verfasser und Kommentator des „Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis“ von 1756 – des bedeutendsten vom Usus modernus geprägten Gesetzgebungswerks⁶⁰ –, sowie *Ludwig Julius Friedrich Höpfner* (1743-1797), der den Institutionen-Kommentar von *Heineccius* – bereits auf Deutsch – erläutert hatte.

Als moderne Rechtswissenschaft prägte der Usus modernus auch den Lehrbetrieb an den deutschen Universitäten. Gab es zuvor Vorlesungen und Lehrstühle jeweils für Institutionen⁶¹, Digesten und den Codex, d.h. für die drei Teile der Corpus Iuris, entstanden nunmehr auch Lehrstühle für das Lehnrecht und das „vaterländische Recht“, so in Tübingen 1727.⁶²

Am bekanntesten ist die Epoche des Usus modernus für das Zivilrecht, doch auch auf straf- und staatsrechtlicher Ebene wirkte dieser durchaus einflussreich. Das lag z.T. in einer noch nicht ausgeprägten Trennung der verschiedenen Zweige der Jurisprudenz, aber auch darin, dass in der damaligen Zeit es durchaus nicht unüblich war, dass Gelehrte zu verschiedenen Bereichen publizierten. So hat der im Strafrecht besonders berühmte Leipziger Professor *Benedikt Carpzov* auch zahlreiche Schriften zu Fragen des Zivil-, Kirchen- und Staatsrechts veröffentlicht.⁶³ Unter seinem Einfluss hatte der Leipziger Schöppenstuhl, das angesehenste sächsische Gericht der damaligen Zeit, auf dem Sachsenspiegel beruhendes sächsisches Recht mit dem rezipierten römischen Recht zum „gemeinen Sachsenrecht“ verschmolzen.⁶⁴

VII. Zivilrecht im Usus modernus

Der Schwerpunkt der heutigen rechtsgeschichtlichen Betrachtungen zum Usus modernus liegt sicherlich auf dem Zivilrecht.⁶⁵ Das liegt vor allem daran, dass es den Hauptteil der

Digesten und damit das Kernstück des – auf zeitgemäße Weise unter Einschluss partikularrechtlicher Regelungen – anzuwendenden Rechts bildete. Abgelehnt von den Juristen des Usus modernus wurden vor allem solche Regeln des römischen Rechts, deren Inhalt mit der rechtlichen Realität im damaligen Deutschland nicht vereinbar schien. Juristen wie *Kreittmayr* und *Höpfner* sprachen ihnen wegen ihrer „Subtilität“ die Geltung ab. Umgekehrt hat die Rechtswissenschaft im Usus modernus – trotz des grundsätzlichen Festhaltens am überkommenen römischen als dem gemeinen Recht, wenn auch modifiziert durch gewohnheits- oder partikularrechtliche Regelungen – noch für das heutige Zivilrecht Bedeutendes geleistet. Nach *Wieacker* müsste eine Geschichte privatrechtlicher Institutionen fast immer von der Gestalt ausgehen, die diese zuerst in der Lehre des Usus modernus gefunden hatten.⁶⁶

Gegenstand des Zivilrechts im Usus modernus waren grundsätzlich die Digesten, deren Inhalt durch partikularrechtliche Regelungen oder auch überkommenes Gewohnheitsrecht z.T. erheblich modifiziert wurde. Am römischen Recht hielten die Juristen im Usus modernus dabei grundsätzlich fest. Mit *Hattenhauer*⁶⁷ gesprochen: „Der Usus modernus hat das römische Recht nicht durch Auslegung beseitigt“. Zugleich berücksichtigten die Juristen des Usus modernus aber auch partikularrechtliche Einflüsse und den Gerichtsgebrauch der damaligen Zeit, sozusagen die herrschende Rechtsprechung. Dadurch wurde das gemeine Recht inhaltlich nicht unerheblich modifiziert. Zahlreiche Rechtsinstitute sind in der Zeit des Usus modernus erst neu entstanden. Wichtige Rechtsgebiete, wie das Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, aber auch große Teile des See- und Bergrechts bildeten sich überhaupt erst in der frühen Neuzeit heraus.⁶⁸

Grundsätzlich hielt der Usus modernus aber am überkommenen Aktionensystem des römischen Rechts fest. Im Begriff der „Actio“⁶⁹ verband sich danach unverändert das materielle subjektive Recht mit dem dafür im Prozess gewährten Rechtsschutz.⁷⁰ Die Trennung von materiellem und prozessualen Recht erfolgte erst im österreichischen ABGB von 1811. Der Begriff des „Rechtsgeschäfts“ war dem Usus modernus noch unbekannt, nicht aber dessen Inhalt.⁷¹

Im Bereich des Personenrechts war die Frage bedeutsam, ob auf die Leibeigenen die strengen Regeln des römischen Sklavenrechts Anwendung finden sollten. Dagegen regte sich im Usus modernus, namentlich von *Mevius*, scharfer Protest, der aber nicht dazu führte, dass das Institut der Sklaverei allgemein abgelehnt worden wäre.⁷²

chen Normen des Usus modernus *Wesener*, in: Simon (Fn. 19), S. 279.

⁶⁶ *Wieacker* (Fn. 3), S. 205.

⁶⁷ *Hattenhauer* (Fn. 29), Rn. 28.

⁶⁸ *Wieacker* (Fn. 3), S. 241.

⁶⁹ Dazu allgem. *H. Kaufmann*, JZ 1964, 482.

⁷⁰ *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 122.

⁷¹ *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 122 f.

⁷² *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 121 f.

⁵⁸ *Köbler* (Fn. 41), S. 597 Art. „usus modernus pandectarum“.

⁵⁹ *Köbler* (Fn. 41), S. 393 Art. „Naturrecht“ nennt ihn denn auch den „klassische(n) Vertreter des deutschen Vernunftrechts, zugleich aber einen bedeutenden Juristen der Zeit des Usus modernus (S. 597 Art. „usus modernus pandectarum“).

⁶⁰ *Wesener*, ZNR 19 (1997), 300; vgl. die Anm. in der Vorrede von *Kreittmayr*, zit. bei *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 118; etwas anders *Schlosser* (Fn. 39), S. 113 f., der den Codex Maximilianeus als „naturrechtliche Kodifikation“, auf die allerdings der Einfluss des Naturrechts selbst schwach geblieben sei, bezeichnet. – Zu *Kreittmayr* vgl. *Kleinheyer/Schröder* (Fn. 3), S. 244 ff.

⁶¹ Zu den Institutionen *Justinians* s. *Meincke*, JuS 1986, 262.

⁶² *Wieacker* (Fn. 3), S. 210

⁶³ *Wieacker* (Fn. 3), S. 217 f.; *Hattenhauer* (Fn. 56), S. 485 f.

⁶⁴ *Eisenhardt* (Fn. 6), Rn. 256.

⁶⁵ Zur privatrechtlichen Methodenlehre im Usus modernus *J. Schröder*, in: Simon (Fn. 19), S. 253. Zu den privatrechtli-

Am im römischen Recht enthaltenen Verbot der Stellvertretung und des Vertrags zugunsten Dritter fühlte man sich im *Usus modernus* nicht mehr gebunden, ohne jedoch diese Institute rechtlich auszuformen. Vielmehr nahm man bei einem Auftrag eine Außenwirkung an, welche faktisch einer Stellvertretung gleichkam. Den Vertrag zugunsten Dritter erreichte man teilweise über eine Forderungsabtretung des Versprechensempfängers.⁷³

Im Sachenrecht wurde, anders als im römischen Recht, auch die Möglichkeit eines ideellen Besitzes, der nicht auf tatsächlicher Sachherrschaft gründete, anerkannt.⁷⁴ Die bereits im hohen Mittelalter ausgebildete Teilung des Eigentums in Ober- und Unter- bzw. Nutzeneigentum („*dominium utile*“)⁷⁵ wurde beibehalten. Überkommene deutsche Gesamthandgebilde wurden römischen Instituten wie der Gesellschaft und der Gemeinschaft zugeordnet. Neu war allerdings das sog. „alte solidarische Gesamteigentum“ („*dominium plurium in solidum*“), das sich deutlich von dem römischen Miteigentum nach Bruchteilen unterschied.⁷⁶ Der Eigentumsübergang erfolgte durch *titulus* und *modus*. Der obligatorische (Kauf-) Vertrag als *titulus* und die Übergabe der Sache (*traditio*) als *modus* bewirkten – noch ohne einen abstrakten Übereignungsvertrag – den Übergang des Eigentums auf den Erwerber.⁷⁷

Besonders stark war die rechtsgestaltende Kraft des *Usus modernus* auf dem Gebiet der Dienstbarkeiten oder Servituten. Der römischen Servitutenlehre wurden als deutschrechtliche Dienstbarkeiten verschiedenste Berechtigungen auch aus dem Bereich des Lehns- und Hofrechts unterstellt.⁷⁸ So wurde die Rechtsposition des Lehnsmannes (Vasall) an seinem Lehnsgut zumeist als Nutzeneigentum mit dem wesentlichen Inhalt eines vererblichen Nießbrauchs eingestuft.⁷⁹

Im Schuldrecht setzte sich die Lehre vom formfreien Konsensualvertrag nach und nach gegen die Unterscheidung zwischen grundsätzlich nicht klagbaren formfreien Vereinbarungen und bestimmten förmlichen Verträgen durch. Diese Vertragsfreiheit, die nunmehr auch dem römischen Recht unbekanntere Verträge, wie z.B. den Erbvertrag, ermöglichte, wird von vielen als die bedeutendste Errungenschaft des *Usus modernus* überhaupt angesehen.⁸⁰ Der Konsens konnte allerdings regelmäßig nicht durch Schweigen erteilt werden und musste ernsthaft, wechselseitig, wahr und vollendet sein.⁸¹

Während die früheren Vertreter des *Usus modernus* eine Forderungsabtretung noch grundsätzlich ablehnten, setzte sich im Verlauf desselben die Ansicht durch, aufgrund entgegenstehenden deutschen Rechts seien die römischen Regeln, die ein Abtretungsverbot enthielten, in Deutschland gar nicht rezipiert worden. Sie seien vielmehr eine italienische Beson-

derheit – eben eine „Subtilität“ – gewesen, und könnten daher in Deutschland kein Zessionshindernis darstellen.⁸²

Sofern es dem Verkäufer nicht gelang, dem Käufer wirksam das Eigentum an einer Sache zu verschaffen, weil diese durch einen Dritten als Berechtigten an sich genommen worden war, hatte der Käufer nach dem sog. Eviktionsprinzip gegen seinen Vertragspartner einen Anspruch auf Eviktionshaftung, die nach Wahl des Gläubigers entweder auf Rückzahlung des Preises und Schadensersatz oder auf das Doppelte des Preises, wenn eine entsprechende Abrede getroffen worden war, gerichtet war.⁸³ Ein Eigentumsverschaffungsanspruch gegen den Verkäufer – wie er heute in §§ 433, 434 BGB enthalten ist – wurde erst Ende des 18. Jahrhunderts anerkannt. Die Sachmängelgewährleistung war stark eingeschränkt. Außer bei Vieh galt der Grundsatz „Augen auf, Kauf ist Kauf“.⁸⁴

Während das römische Recht einen Schadensersatzanspruch nur für Vermögensschäden anerkannt hatte, wurde dieser im *Usus modernus* auf der Grundlage des deutschrechtlichen Wergeldes um einen Schmerzensgeldanspruch erweitert. Voraussetzung beider Ansprüche war die Rechtswidrigkeit der Verletzung und ein Verschulden.⁸⁵ Als Verschuldensgrade kannte der *Usus modernus* neben dem Vorsatz schwere, leichte und leichteste Fahrlässigkeit.⁸⁶

Erhebliche Fortschritte bewirkte der *Usus modernus* auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts. Begründet durch *Carpzov* führte der sog. „sächsische Prozessstil“ zu einer Abkehr vom römisch-kanonischen Artikelprozess,⁸⁷ wie er noch 1530 für das Reichskammergericht festgeschrieben worden war.⁸⁸ Bei diesem musste der Kläger seinen Vortrag in einzelne, von einander scharf abgegrenzte Positionen zerlegen, auf die der Beklagte einzeln antwortete.⁸⁹ Diesem äußerst langwierigen Verfahren wurde von den „sächsischen Praktikerjuristen“ ein summarisches entgegengesetzt, das im „jüngsten Reichsabschied“ von 1654 für das Reichskammergericht übernommen wurde. Danach musste der Kläger bereits in der Klage alles Prozessrelevante vortragen, so dass das zeitintensive Hin- und Her beendet worden war.⁹⁰

VII. Strafrecht im *Usus modernus*

Auch das Strafrecht hat sich in der Epoche des *Usus modernus* eigenständig entwickelt.⁹¹ Es entstand das gemeine deutsche Strafrecht und die Strafrechtswissenschaft. Aus heutiger Sicht mag manches – vielleicht sogar das meiste – als „Thea-

⁷³ *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 123.

⁷⁴ *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 124 f.

⁷⁵ Dazu *Olzen*, JuS 1984, 328 (331 f.).

⁷⁶ *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 125 f.

⁷⁷ *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 127.

⁷⁸ *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 126 f.

⁷⁹ *Stein*, Römisches Recht und Europa, 1996, S. 134.

⁸⁰ So von *Luig* (Fn. 15), Sp. 628 ff.

⁸¹ *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 128 f.

⁸² *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 129 f.

⁸³ *Coing* (Fn. 15), § 87 II. 2.

⁸⁴ *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 130 f.

⁸⁵ *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 132 f.

⁸⁶ *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 129; zu den einzelnen Fahrlässigkeitsstufen *H.-J. Hoffmann*, Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, 1968, S. 111 ff.

⁸⁷ *Schlosser* (Fn. 39), S. 79 f.

⁸⁸ *K.-P. Schroeder*, JuS 1978, 368 (369); davor galt weitgehend ein ungeschriebenes Verfahrensrecht (ebenda).

⁸⁹ *Köbler* (Fn. 41), S. 31 Art. „Artikelprozeß“.

⁹⁰ *Schlosser* (Fn. 39), S. 80 f.

⁹¹ Zum Strafrecht im Mittelalter *Hirte/Hübisch*, JA 2009, 606.

ter des Schreckens⁹² erscheinen: Folter, Hexenprozesse, Verdachtsstrafen, grausame Todesstrafen, Kabinettsjustiz, um nur eine Auswahl der Kritikpunkte aufzuzeigen, die seit der Aufklärung einen rechtshistorische Blick zurück erschweren.

Dieses „Gruselkabinett“ strafrechtlicher und prozessualer Vorgehensweisen soll nicht bestritten werden. Doch auch hier entstand gerade in der Zeit des Usus modernus mancher Ansatz zur Besserung. Vieles ist allerdings nicht unbedingt ein Werk des Usus modernus als rechtswissenschaftlicher Epoche. So wurden die Hexenprozesse⁹³ zuerst von dem Jesuitenpater *Friedrich v. Spee* (1591-1635)⁹⁴ um 1630 massiv angegriffen.⁹⁵ Der erste deutsche Jurist⁹⁶, der sich mit dieser Thematik – aus heutiger Sicht – in „moderner“, d.h. dem Hexereiverbrechen und dem dazugehörigen Prozeß ablehnender, Weise auseinandersetzte, war *Christian Thomasius* (1655-1728)⁹⁷. Doch dieser „trägt [bereits] – nach verbreiteter Auffassung – die deutsche Frühaufklärung“⁹⁸, war mithin weniger dem herrschenden Usus modernus, als vielmehr der gerade erst aufkommenden Naturrechtslehre verbunden. Noch vor *Thomasius* hatte sich allerdings dessen Lehrer⁹⁹, der berühmte Zivilrechtler *Stryk* als erster bedeutender Jurist gegen den Hexenwahn gewandt. Urteile, die nur auf einem evtl. unter der Folter erzielten Geständnis beruhten, hielt er nicht für zulässig und die Ketzerei als bloßen Gedanken nicht für eine strafbare Handlung.¹⁰⁰

Die größte Figur des strafrechtlichen Usus modernus war – angesichts der traditionellen Bedeutung des sächsischen Rechts für die Rechtentwicklung in Deutschland nicht verwunderlich – ein sächsischer Jurist: *Benedikt Carpzov* (1595-

1666)¹⁰¹, den manche für den „praktisch wie wissenschaftlich bedeutendsten deutschen Juristen der Epoche“¹⁰², ja sogar für den Begründer der deutschen Rechtswissenschaft¹⁰³, zumindest aber für „den Vater des deutschen Strafrechts“¹⁰⁴ mit „europäische[m] Ansehen“¹⁰⁵ halten. Der Kriminologe *Bock*¹⁰⁶ nennt ihn denn auch als Hauptvertreter seiner Epoche im straftheoretischen Denken, die er allerdings mit „Mittelalter“ überschreibt, was deutlich zum Ausdruck bringt, welche Meinung heute über das Strafrecht der frühen Neuzeit vorherrschend ist. Wenngleich die Zahl der Hexenprozesse z.T. erheblich übertrieben wurde, ist doch zu konstatieren, dass *Carpzov*, wie zu Anfang seiner Laufbahn aber auch *Thomasius*¹⁰⁷ und eine Vielzahl anderer berühmter Juristen als Mitglieder von Strafgerichten oder von Juristen-Fakultäten, denen die Akten mit der Bitte um eine rechtliche Entscheidung übersandt worden waren,¹⁰⁸ nicht nur nichts gegen derartige Verfahren (mit ihren ganzen schauerlichen Begleitumständen) unternommen, sondern darauf beruhende Schuldsprüche durchaus mitgetragen hatten.¹⁰⁹ Die Folge war dann zumeist die Verbrennung der betreffenden – „vom Satan besessenen“ – Person.¹¹⁰

Aber auch außerhalb des „*crimen magiae*“ war das gemeine deutsche Strafrecht in der Epoche des Usus modernus nicht von „modernen“ Fragen des Zwecks vom Strafen „gefangen“. Strafgrund war schlicht Gottes Wille.¹¹¹ Dies stellte einen erheblichen Unterschied zum vorhergehenden Humanismus dar, der – einer relativen Straftheorie folgend – „zur Besserung, zur Erhaltung der allgemeinen Sicherheit, zur beispielhaften Abschreckung anderer von entsprechender

⁹² So der Buchtitel einer Darstellung über das Strafrecht und Strafverfahren in der frühen Neuzeit des Historikers *Richard van Dülmen* (3. Aufl. 1988).

⁹³ Diese waren allerdings nicht erst eine Erscheinung des Usus modernus. Ihren Ausgang nahmen sie vielmehr mit der Hexenbulle „*Summis desiderantes*“ (1484) von Papst Innozenz VIII. und – diese auf die Praxis übertragend – dem „Hexenhammer“ (*Malleus maleficarum*) der Inquisitoren *Jacob Sprenger* und *Heinrich Institoris* von 1487; vgl. *Nesner*, in: *Schwaiger* (Hrsg.), *Teufelsglaube und Hexenprozesse*, 1991, S. 85 – Zur Neuzeit vgl. nur *Hirte/Hübsch*, JA 2009, 606, (610 f.).

⁹⁴ Zu dessen Leben *Waider*, JuS 1970, 377; *Großfeld*, JZ 1995, 273; zur „*Cautio criminalis*“ v. Spees *Jerouschek*, ZStW 108 (1996), 243; *Hattenhauer* (Fn. 56), S. 489.

⁹⁵ Bereits im 16. Jahrhundert kam Kritik von dem Arzt *Johann Weiher*, der der Reformation zugewandt war (vgl. *Jerouschek*, JuS 1995, 576 [579]; *ders.*, ZStW 108 [1996], 243; *Großfeld*, JZ 1995, 273 [274]).

⁹⁶ *Friedrich der Große* soll den Ausspruch getan haben, dass *Thomasius* es das weibliche Geschlecht verdanke, wenn es in Frieden alt werden könne (vgl. *Rüping*, ZStW 109 [1997], 381 [383] m.w.N.).

⁹⁷ *Jerouschek*, JuS 1995, 576.

⁹⁸ *Rütten* (Fn. 53), S. 9 m.w.N.

⁹⁹ *Jerouschek*, JuS 1995, 576 (577).

¹⁰⁰ *Eisenhardt* (Fn. 6), Rn. 369.

¹⁰¹ Vgl. *Lipp*, JuS 1995, 387; *Kleinheyer/Schröder* (Fn. 3), S. 90 ff.; ein Vergleich dieser beiden großen sächsischen Juristen findet sich bei *Rüping*, ZStW 109 (1997), 381; zu den strafrechtlichen Beiträgen eines Symposiums an der Universität Leipzig 1996 aus Anlass seines 400. Todestages *Jerouschek*, ZStW 109 (1997), 391.

¹⁰² *Eisenhardt* (Fn. 6), Rn. 256 unter Hinweis auf *Kleinheyer/Schröder*.

¹⁰³ *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5. Aufl. 2007, S. 59.

¹⁰⁴ *Schwaiger*, in: *Ders.* (Fn. 93), S. 155.

¹⁰⁵ *Hattenhauer* (Fn. 56), S. 485.

¹⁰⁶ *Bock*, JuS 1994, 89 (91).

¹⁰⁷ *Jerouschek*, JuS 1995, 576 f.; ausführlich zu diesem Fall: *Hammes*, JuS 1978, 584 (585 f.).

¹⁰⁸ Vgl. die Beschreibung des Verfahrens der Aktenversendung in der frühen Neuzeit bei *Jerouschek*, JuS 1995, 576.

¹⁰⁹ Solche zustimmenden Gutachten der Juristenfakultäten sind für Tübingen noch 1713 und für Helmstedt 1714 bezeugt (vgl. *Schwaiger* [Fn. 104], S. 164).

¹¹⁰ *Hammes*, JuS 1978, 584 (585); allerdings ist die Zahl von 20.000 Todesurteilen, an denen *Carpzov* mitgewirkt haben soll, nach neueren Erkenntnissen nicht haltbar (vgl. *Rüping*, ZStW 109 [1997], 381 [384] m.w.N.; *Boehm*, ZStW 61 [1942], 300).

¹¹¹ *Bock*, JuS 1994, 89.

Verderbnis und auch zur Genugtuung der Verletzten“ strafen wollte.¹¹²

Die Strafen waren außerordentlich hart und in Teilen entwürdigend. Allerdings bewirkte die Rechtsprechung der juristischen Fakultäten in der frühen Neuzeit oft eine gewisse Abmilderung der als besonders grausam empfundenen Straffolgen. Verhängt wurden auch bloße Verdachtsstrafen. Beweisschwierigkeiten sollten nach *Carpzov* nicht unbedingt eine Verurteilung scheitern lassen.¹¹³ Der Grundsatz „in dubio pro reo“ geht zwar auf das römische Recht zurück, wurde aber erst 1811 für die Neuzeit formuliert.¹¹⁴ Zuvor geduldete Bereiche, wie die Bettelei, wurden in der frühen Neuzeit mit z.T. drakonischen Strafen belegt.¹¹⁵

Doch das Strafrecht in der frühen Neuzeit brachte auch einige erhebliche Fortschritte. Hier gab es zuerst Ansätze zu einer reichsweiten Kodifizierung des Straf- und Strafverfahrensrechts in der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V. (Constitutio Criminalis Carolina) von 1532, dem bekanntesten Gesetz des Hl. Römischen Reiches überhaupt,¹¹⁶ das bis „zur großen Erneuerung des Strafrechtsdenkens durch die Aufklärung im ausgehenden 18. Jahrhundert“ für die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft trotz seiner zumeist nur subsidiären Geltung einen „tragfähigen Boden“ abgab.¹¹⁷ Wenn es sich auch dabei um ein deutsches Gesetz handelte, abgefasst in deutscher Sprache,¹¹⁸ darf nicht übersehen werden, dass es auch hier – wie generell im gemeinen Strafrecht¹¹⁹ – „in [den] Grundlagen um römisch-kanonisches Recht“ ging, „das den deutschen Rechtszuständen angepaßt worden war“.¹²⁰

Darin wurde die Folter grundsätzlich, sieht man vom Sonderfall der Hexenprozesse ab, rechtlich geregelt und dadurch eingeschränkt¹²¹: Es durfte nur noch dann zur „peinlichen Befragung“ geschritten werden, wenn bereits der halbe Beweis der Strafbarkeit des Angeklagten, beispielsweise durch eine ihn belastende Zeugenaussage, erbracht worden

war.¹²² Bedenkt man, dass heute zur Verurteilung voller Beweis bereits durch eine einzige Zeugenaussage erbracht werden kann, was damals nicht ausreichte,¹²³ sieht man, dass im „normalen“ Strafverfahren die Folter durchaus zurückgedrängt werden sollte.¹²⁴ Auch die aus dem Mittelalter überkommenen Leumundszeugnisse und ähnliche „Beweismittel“ wurden durch eine (zumindest ernstlich versuchte) Tataufklärung ersetzt, wenn auch Zeugenaussagen und insbesondere das Geständnis des Angeklagten immer noch den absolut höchsten Beweiswert hatten.

Das Verbrechen wertete das gemeine Recht der frühen Neuzeit als rechtswidriges und schuldhaftes menschliches Verhalten, wobei allerdings eine dogmatische Trennung von Rechtfertigungs- und Schuldtausschlussgründen fehlte.¹²⁵ Jedenfalls war aber die Schuld Voraussetzung der Strafbarkeit. Sie entfiel bei fehlender Zurechnungsfähigkeit. Schuldarten waren Vorsatz und Fahrlässigkeit.¹²⁶ Allerdings gab es auch eine Zurechnung „zufälliger Erfolge“ über die Lehre vom „dolus indirectus“. Danach „will“ der Täter einer objektiv gefährlichen Handlung alle nach allgemeiner Erfahrung aus ihr resultierenden Erfolge.¹²⁷ Dies weitete die Vorsatzstrafbarkeit weit in den Bereich bloßer Fahrlässigkeit des Täters hinsichtlich des konkreten Taterfolges aus.¹²⁸

Im Gegensatz zu den äußerst vage umschriebenen Tatbeständen davor, wurden in der Carolina die einzelnen Straftaten nunmehr klar beschrieben (z.B. Meineid, Totschlag, Mord).¹²⁹ Die Carolina folgte dabei aus heutiger Warte dem Grundsatz „nulla poena sine lege“ (keine Strafe ohne Gesetz); dieser spielte im gemeinen Recht bis zum ausgehenden 18. Jahrhundert allerdings keine Rolle,¹³⁰ weil er mit dem göttlichen Ursprung des Strafanspruchs nicht vereinbar war.¹³¹

Carpzov setzte sich im übrigen dafür ein, dass im Zweifel die mildere Strafe verhängt, Angehörige höherer Stände nicht privilegiert und ein rationales Beweisverfahren angewandt werden sollten.¹³²

¹¹² *Theodoricus*, Collegium criminale, 1618 (zit. nach *Rüping/Jerouschek* [Fn. 103], S. 59).

¹¹³ *Eisenhardt* (Fn. 6), Rn. 368.

¹¹⁴ *Köbler* (Fn. 47), S. 212.

¹¹⁵ Vgl. *Bindzus/Lange*, JuS 1996, 482 (484).

¹¹⁶ Vgl. dazu *Hattenhauer* (Fn. 56), S. 424; *Hirte/Hübsch*, JA 2009, 606 (610); *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846, 2002, S. 41 ff.

¹¹⁷ *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 296; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 141 ff., weist darauf hin, dass noch im 17. Jahrhundert einige landesrechtliche Strafrechtskodifikationen inhaltlich erheblich auf der CCC beruhen.

¹¹⁸ Abgedruckt bei *Buschmann*, Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit, 1998, S. 103 ff.

¹¹⁹ Vgl. *D. Bock*, ZIS 2006, 7.

¹²⁰ *Hattenhauer* (Fn. 29), Rn. 30

¹²¹ Noch nach der Tiroler Halsgerichtsordnung von 1499 stand es im Ermessen des Richters, unter welchen Bedingungen er ein Geständnis durch Folter erzwingen wollte (vgl. *Rüping/Jerouschek* [Fn. 103], S. 50).

¹²² Vgl. *Jerouschek*, ZStW 108 (1996), 243 (258 f.); zu Vollbeweis und Torturinterlokut *Jerouschek*, JuS 1995, 576.

¹²³ „Unus testis – nullus testis“ bzw. „Zweier Zeugen Mund tut der Wahrheit kund“ (vgl. *Mitteis/Lieberich*, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl. 1992, § 43 II 6 d).

¹²⁴ Dazu kam, dass für die Folter in schwierigeren Fällen nach Art. 28 CCC die nächste Juristen-Fakultät um Rat angegangen werden sollte (vgl. *Jerouschek*, JuS 1995, 576).

¹²⁵ Vgl. *Schaffstein*, Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und ihre Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930.

¹²⁶ Zum dolus eventualis in der Lehre von *J.S.F. Böhmer* vgl. *Scheffler*, Jura 1995, 349.

¹²⁷ *Rüping/Jerouschek* (Fn. 103), S. 52.

¹²⁸ Zur Weiterentwicklung der „Vorsatzvermutung“ (praesumptio doli) *Waider*, JuS 1972, 305.

¹²⁹ *Eisenhardt* (Fn. 6), Rn. 364.

¹³⁰ *Köbler* (Fn. 41), S. 405 Art. „(nulla) poena sine lege“

¹³¹ Vgl. *Rüping/Jerouschek* (Fn. 103), S. 60, der ein Messen der Strafrechtslehre *Carpzovs* am Grundsatz nullum crimen nulla poena sine lege als „unhistorisch“ bezeichnet.

¹³² *Eisenhardt* (Fn. 6), Rn. 368.

VIII. Staatsrecht im Usus modernus

Auch auf staatsrechtlicher Ebene veränderte sich viel in der Zeit des Usus modernus, selbst wenn diese Epoche im Nachhinein, aus der Perspektive der Zeit nach der französischen Revolution (1789), als „Anciën Regime“ in die Geschichtsbücher eingehen sollte.¹³³ Vorzuschicken ist allerdings, dass von einem Staatsrecht im modernen Sinne, von Verfassungs- und Staatsorganisationsrecht oder gar von Grundrechten im heutigen Sprachgebrauch keine Rede sein konnte. Rechtsinstitute wie Freiheit und Gleichheit wurden im Usus modernus vollkommen anders verstanden. Noch das 18. Jahrhundert war geprägt durch „gesetzliche Maßnahmen einer Gesellschaftspolitik, welche das Zivilrecht bewusst in ihren Dienst nahm, um Stände und Schichten zu trennen, lebensfähig und im Gleichgewicht zu halten“.¹³⁴ Die Zugehörigkeit zu einem Stand vermittelte daher (nur) den Standesgenossen gleiche Rechte und Pflichten, grenzte sie damit aber gegenüber Angehörigen anderer Stände ab.¹³⁵ Diese für das Anciën Regime charakteristische Standesgebundenheit von Rechten und Pflichten¹³⁶ blieb zunächst auch durch den Gedanken an ständische Freiheiten im älteren Naturrecht unangetastet, bis dieser im letzten Viertel des 18. Jahrhunderts durch eine Verbindung des Freiheits- mit dem Gleichheitsbegriff abgelöst wurde.¹³⁷

Der auf lehnsrechtliche Bindungen errichtete „Staat“, sei es das Reich oder auch die sich immer selbständiger entwickelnden Territorien, war Grundlage des frühneuzeitlichen Staatsrechts. Dieses bildete sich erst langsam aus dem überkommenen und privatrechtlichen Vorstellungen verhafteten Lehnsrecht, wie es seit Beginn der Neuzeit auch an einzelnen deutschen Universitäten gelehrt worden ist.

Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Lehnsherrn, auf höchster Reichsebene dem deutschen König, und seinen Lehnsnehmern, den Reichsfürsten, wurden weiterhin durch die lehnsrechtlichen Aufzeichnungen der Libri feudorum aus dem hohen Mittelalter geprägt. Ganz verhaftet in der privatrechtlichen Vorstellungswelt der damaligen Zeit wurde darin das Recht des Vasallen als ein „vererblicher Nießbrauch“ eingeordnet.¹³⁸ Dieses Denken in privatrechtlichen Begriffen auf der staatsrechtlichen Ebene drückte sich schön in der Aussage des Kurfürsten Moritz von Sachsen gegenüber dem

Herzog Albrecht von Bayern aus, wonach die deutschen Stände in der Gefahr stünden, ihre Freiheit zu verlieren und „in ewige servitut“, zu geraten, d.h. nur noch über ein – modern gesprochen – beschränkt dingliches Recht am eigenen Territorium verfügen zu können.¹³⁹

Damit blieb formal der bereits aus dem hohen Mittelalter stammende, auf lehnsrechtlichen Bindungen der Fürsten zu ihrem König beruhende Staatsaufbau bestehen, verkommt aber in der frühen Neuzeit immer mehr „zur leeren Form“.¹⁴⁰ Hinter seiner Fassade änderte sich aber so gut wie alles. Weichenstellungen für die Neuzeit waren der Wormser Reichstag von 1495 mit seinen grundlegenden Beschlüssen¹⁴¹ sowie die Reformation ab 1517¹⁴² und die daraus resultierenden Augsburger Reichstagsbeschlüsse von 1530 und 1555 („cuius regio eius religio“). Die Religionsverfassung des Reiches, im konfessionellen Zeitalter zugleich Teil der Staatsverfassung, wurde dadurch und durch den Westfälischen Frieden von 1648¹⁴³ maßgeblich gebildet. Grundsatz war die Parität der beiden, später – als ab 1648 auch die Reformierten gleichberechtigt worden waren – drei Konfessionen.

In seinen „Sechs Büchern über die Republik“ von 1576 wurde auf staatstheoretischer Ebene durch den Franzosen *Jean Bodin* der Begriff der Souveränität als entscheidendes Merkmal jedes Staates entwickelt.¹⁴⁴ Diese Erkenntnis musste für das Reich grundlegende Konsequenzen haben, war doch entweder den Reichsfürsten oder dem Kaiser, nach *Bodin* aber nicht beiden die volle Souveränität in ihrem jeweiligen Staatsgebiet gegeben. In der folgenden wissenschaftlichen Diskussion über diese Gedanken im Hinblick auf das Deutsche Reich entstand um 1600 die deutsche Staatsrechtswissenschaft, bezeichnet als „Reichspublizistik“¹⁴⁵. Ab dieser Zeit wurde es auch an den Universitäten gelehrt.¹⁴⁶ Der erste bedeutende Professor des *Ius publicum* war *Dietrich Reinkingk* (1590-1664) in Gießen.¹⁴⁷ Und ebenso wie es beim zivilrechtlichen Usus modernus um den zeitgemäßen Gebrauch des römischen Rechts unter Berücksichtigung des Partikularrechts ging, handelte das *Ius publicum*, das sich erst zu Beginn des 17. Jahrhunderts vom *Ius Civile* gelöst hatte,

¹³³ Vgl. *Thieme*, JuS 1981, 549 und dazu z.T. abl. *Hofmann*, JuS 1982, 167 – Eine Gesamtdarstellung der Geschichte des Hl. Römischen Reichs Deutscher Nation von 1495 bis 1806 legte 1999 *G. Schmidt* vor (Geschichte des Alten Reiches, Staat und Nation in der Frühen Neuzeit 1495-1806).

¹³⁴ *Leiser*, ZRG (GA) 93 (1976), 1 (15).

¹³⁵ Vgl. *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, 1966, S. 206 ff.

¹³⁶ Vgl. auch *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl. 1962, S. 141: „die durch die staatlichen Herrschaftsverhältnisse geschaffene bürgerliche Ungleichheit verkürzt nicht die aus der natürlichen Gleichheit sich ergebende Pflicht, sich gegenüber jedermann gesellig zu verhalten“.

¹³⁷ *Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, S. 160 ff.

¹³⁸ *Stein* (Fn. 79), S. 134; *Heger* (Fn. 11), S. 102 f.

¹³⁹ *Duchardt*, Deutsche Verfassungsgeschichte 1495-1806, 1991, S. 90. Vgl. auch *G. Schmidt* (Fn. 133), S. 97 ff., 155 f., 169 u. 178.

¹⁴⁰ *Mitteis*, Der Staat des hohen Mittelalters, 7. Aufl. 1962, S. 424; *Heger* (Fn. 11), S. 101 f. – Krit. *H.K. Schulze*, Grundstrukturen der Verfassung im Mittelalter, Bd. 1, 3. Aufl. 1995, S. 72 f.

¹⁴¹ Dazu *Laufs*, JuS 1995, 665.

¹⁴² Zu deren rechtlichen Folgen *Heckel*, JuS 1967, 489.

¹⁴³ Dazu *Link*, JZ 1998, 1 (3 ff.).

¹⁴⁴ Vgl. *Hoven*, JuS 2007, 10; *Kleinheyer/Schröder* (Fn. 3), S. 74 ff.; *Stintzing/Landsberg* (Fn. 33), S. 34.

¹⁴⁵ Zu deren Hauptvertretern im 17. und 18. Jahrhundert *Wesel* (Fn. 4), S. 365

¹⁴⁶ Ab 1604 las ein Kanonist in Heidelberg Lehnsrecht (vgl. *Wieacker* [Fn. 3], S. 210).

¹⁴⁷ *Wesel* (Fn. 4), S. 373. – *Reinkingk* vgl. *Kleinheyer/Schröder* (Fn. 3), S. 360 ff.

vom öffentlichen Recht des „heutigen Hl. Römischen Reichs Deutscher Nation“.¹⁴⁸

Auch hier ging es um die Frage, inwieweit das öffentliche Recht aus alten römischen Regeln¹⁴⁹ oder aus den älteren deutschen Quellen wie der „Goldenen Bulle“ von 1356 und dem „Ewigen Landfrieden“ von 1495 entwickelt werden sollte. Die Anknüpfung an das römische Recht war für den Kaiser günstiger und wurde daher von der kaiserlichen Reichspublizistik vertreten. Durchgesetzt hat sich aber die reichsständische Publizistik, die das Staatsrecht des Reiches auf die heimischen Quellen aufbauen wollte. Das *Ius publicum* wurde damit, anders als das Zivilrecht in der Zeit des *Usus modernus*, von „der Vorherrschaft der gemeinen römisch-kanonischen Jurisprudenz“ losgelöst.¹⁵⁰

Die frühneuzeitliche Streitfrage, ob der König bzw. Kaiser volle Souveränität hatte, so dass das Reich nach *Bodin* als Monarchie eingestuft werden konnte, wurde zuerst 1608 in der Reichspublizistik beantwortet: „Das Reich ist souverän, der Kaiser auch, aber nicht allein. Es ist eine mit aristokratischen Elementen gemischte Monarchie“.¹⁵¹ Die nach dem Ende des Dreißigjährigen Krieges¹⁵² ganz offensichtliche Entwicklung hin zu souveränen Territorialstaaten machte das „Heilige Römische Reich Deutscher Nation“ zu dem Gebilde eigener Art, von *Pufendorf* resignierend bezeichnet als „irgendwie irregulärer (Staats-) Körper und einzigartiges Monstrum“ („irregulare aliquod corpus et monstro simile“)¹⁵³. Der Streit um die Zuerkennung der Souveränität in den einzelnen Territorien mündete schließlich 1677 im Vorschlag einer Deutung des Reiches als „ständischem Bundesstaat“ durch den Rechtsphilosophen *Leibniz*.¹⁵⁴

Die Lehnverfassung des Reiches blieb formal bis 1806 bestehen,¹⁵⁵ doch waren bereits 1521 die Dienst- und Treuepflichten der Reichsvasallen durch Matrikularbeiträge der Reichsstände abgelöst worden.¹⁵⁶ Auch wenn die Territorialfürsten formal unverändert lehnsrechtlich und damit persönlich dem König als Lehnsherrn verpflichtet blieben, stellte die Ablösung der konkreten Verpflichtung zum Kriegsdienst durch eine Art von außerordentlichen Steuern einen fundamentalen Unterschied dar. An die Stelle von persönlich zu erbringenden Diensten im Militär und als Ratgeber – lehnsrechtlich geschuldet war (militärische) Hilfe und Beratung

(„auxilium et consilium“) – traten festgelegte Ausgleichszahlungen. Der Schritt zu dem „modernen“ System der Zahlung von Matrikularbeiträgen aus allgemeinen Steuereinnahmen der Einzelstaaten an die Föderation, wie er für das Deutsche Reich von 1871-1918 charakteristisch war¹⁵⁷, ist nicht mehr weit. Es zeigt sich jedenfalls auch hier ein Charakteristikum der frühen Neuzeit: Das überkommene Recht wurde zwar weiterhin der Form nach angewandt, durch „zeitgemäßen Gebrauch“ aber substantiell modifiziert. Und auch wenn die Matrikularbeiträge in mancher Hinsicht den Charakter einer Steuer hatten, scheiterten doch Bemühungen zur Schaffung einer reichsweiten Steuer („gemeiner Pfennig“¹⁵⁸) immer wieder an den Reichsständen.

Auch das in der „Goldenen Bulle“ seit dem 14. Jahrhundert geregelte Verfahren der Königswahl blieb grundsätzlich bestehen, wurde aber dadurch überlagert, dass aufgrund politischer und religiöser Umwälzungen letztlich die Zahl der Kurfürsten nach dem Dreißigjährigen Krieg erhöht wurde.

Hinzuweisen ist noch auf eine andere – faktische – Veränderung der Reichsverfassung in der zu untersuchenden Epoche. Nachdem es 1663 nicht mehr gelungen war, den Reichstag in Regensburg durch einen Reichsabschied zu beenden, wandelte sich dieser in einen Gesandtenkongress,¹⁵⁹ den sog. „Immerwährenden Reichstag“.¹⁶⁰ Wenn dieser auch nicht als ein Parlament im modernen Sinne angesehen werden konnte,¹⁶¹ und seine Entstehung vielleicht sogar als „Armutszugnis für Diplomaten“ einzustufen sein mag, so war er doch auch ein „Forum der Selbstbehauptung des Reiches“¹⁶² und zugleich durch seine ununterbrochene Existenz etwas anderes als die zuvor unregelmäßig einberufenen Reichstage bis 1654.

IX. Fazit

Auch wenn die Epoche des *Usus modernus* aus heutiger Sicht nicht in allem als wirklich „modern“ angesehen werden kann, war es doch eine Zeit, in der viele bis heute bestehende Rechtsinstitute und sogar einzelne Rechtsgebiete neu entstanden sind. Diese Bedeutung wurde von Rechtshistorikern im 19. und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts vielfach übergangen; wie *Savigny* wandten sie sich lieber gleich den römischen oder germanischen Quellen zu, als sich mit den zwischenzeitlich angehäuften frühneuzeitlichen Rechtsmaterien aufzuhalten. Die Rechtsordnung vor der französischen Revolution und vor allem noch vor der Beeinflussung durch das philosophische Naturrecht des 18. Jahrhunderts wurde als

¹⁴⁸ *Friedrich*, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, S. 12 („Das *ius publicum* des Imperium Romano-Germanicum hodiernum“).

¹⁴⁹ Zur Rezeption des römischen Rechts und ihrer Bedeutung für den Staat der Neuzeit *Kimminich*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1987, S. 190 ff.

¹⁵⁰ *Friedrich* (Fn. 148), S. 107

¹⁵¹ *Wesel* (Fn. 4), S. 373.

¹⁵² Zur Bedeutung des Westfälischen Friedens von 1648 für die deutsche Verfassungsentwicklung *Link*, JZ 1998, 1; *Pieper*, JA 1995, 988.

¹⁵³ Vgl. *K.-P. Schroeder*, JuS 1995, 959 (964); *Link*, JZ 1998, 1 (7).

¹⁵⁴ *Link*, JZ 1998, 1 (7).

¹⁵⁵ *Mitteis/Lieberich* (Fn. 123), § 41 I 2.

¹⁵⁶ *Duchardt* (Fn. 139), S. 106.

¹⁵⁷ Vgl. dazu *Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1866-1918, Bd. 2/2, 3. Aufl. 1992, S. 169 ff.

¹⁵⁸ Dazu *Thieme*, JuS 1981, 549 (556); *Laufs*, JuS 1995, 665 (670 f.).

¹⁵⁹ *Mitteis/Lieberich* (Fn. 123), § 41 II 1.

¹⁶⁰ Dazu *Wolter*, JuS 1984, 837.

¹⁶¹ Die Stände waren keine Repräsentanten ihrer Untertanen (vgl. *Eisenhardt* [Fn. 6], Rn. 193), trotzdem können ständische Versammlungen als Vorstufe zu einem repräsentativen Parlamentssystem angesehen werden (vgl. *Wolter*, JuS 1984, 837 [841]).

¹⁶² *Duchardt* (Fn. 139), S. 172.

finsteres und rückwärtsgewandtes Kapitel aufgefasst, die Fortschritte in Rechtspraxis und -theorie wurden zumeist unbeachtet gelassen.

Auch die großen vernunftrechtlichen Kodifikationen, die im unmittelbaren Anschluss an die Zeit des *Ius Commune* in zahlreichen Staaten Europas entstanden und deren Modernität – gerade in Abgrenzung zum *Usus modernus* – in höchsten Tönen gelobt worden war, werden in ihrer Stellung zum überkommenen Recht heute teilweise relativiert. So wird für den in seiner Verbreitung und in seiner damaligen Wirkung sicherlich bahnbrechenden *Code civil* von 1804 in Frage gestellt, ob einige zentrale Institute wirklich neuartig waren oder sie nicht vielmehr nur den „Abschluß jahrhundertealter Traditionslinien“ bildeten.¹⁶³ Der Bruch zwischen *Usus modernus* und den Kodifikationen der Aufklärung wäre damit nicht nur zeitlich weniger revolutionär.

Erst heute, im Zeitalter eines zusammenwachsenden Europas – eben desjenigen Gebiets, das in der Zeit des *Usus modernus* mit dem *Ius commune* über eine in weiten Teilen bereits relativ homogene Rechtsordnung verfügt hatte –, besinnt man sich in manchen Teilen der Rechtswissenschaft dieser Wurzeln, sei es, um Lücken im europäischen Gemeinschaftsrecht zu schließen;¹⁶⁴ sei es auch, um zurückzufinden zu gemeinsamen wissenschaftlichen Grundlagen.¹⁶⁵

¹⁶³ So *Kern*, JuS 1997, 11 (14), in Bezug auf Eigentum und Privatautonomie.

¹⁶⁴ Vgl. dazu *Knütel*, JuS 1996, 768.

¹⁶⁵ Vgl. *Coing*, NJW 1990, 937; für das Strafrecht vgl. *Kühl*, ZStW 109 (1997), 777; *Perron*, ZStW 109 (1997), 281 – Aus historischer Sicht schließt *Mazohl-Wallnig*, *Zeitenwende 1806*, 2005, S. 273: „Heute, da der junge europäische Einigungsprozeß die Nationen und Staaten Europas erneut vor jene alte Fragen stellt, mit denen bereits im Rahmen des Heiligen Römischen Reichs immer wieder gerungen worden war, ist es an der Zeit, sich dieses gemeinsame europäische Erbe und Vermächtnis wieder stärker in Erinnerung zu rufen: Europas Zukunft liegt in seiner Vergangenheit!“