

JAN SCHRÖDER

Rechtswissenschaft in der Neuzeit

Mohr Siebeck

Jan Schröder
Rechtswissenschaft in der Neuzeit



Jan Schröder

Rechtswissenschaft in der Neuzeit

Geschichte, Theorie, Methode

Ausgewählte Aufsätze
1976–2009

Herausgegeben von
Thomas Finkenauer, Claes Peterson
und Michael Stolleis

Mohr Siebeck

Jan Schröder, geboren 1943; Promotion zum Dr. iur. 1969 in Hamburg; Habilitation für deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht in Bonn 1978; 1982–1989 Professor für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte in Bochum; 1989–2009 ordentlicher Professor für deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht in Tübingen; seit Oktober 2009 im Ruhestand; Ordentliches Mitglied der Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz; Dr. h.c. der Universität Stockholm.

ISBN 978-3-16-150336-8 / eISBN 978-3-16-162495-7 unveränderte eBook-Ausgabe 2023

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Minion gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Mehr als drei Jahrzehnte lang hat Jan Schröder Studien zur Geschichte der Rechtswissenschaft von der Frühen Neuzeit bis zum 20. Jahrhundert veröffentlicht. Sein Ansehen als einer der besten Kenner der Materie und als präziser Analytiker ist dadurch kontinuierlich gestiegen. Als er schließlich 2001 sein zusammenfassendes Werk »Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1850) vorlegte, wurde es als Summe dessen wahrgenommen, worum Schröders Arbeiten lange gekreist waren. Seine wissenschaftliche Neugier richtete sich stets auf die Fragen, die sich auf die Stellung der Rechtswissenschaft im Dreieck von Theorie, Gesetzgebung und richterlicher Praxis bezogen. Es waren Fragen, die man anachronistisch solche der historischen Rechtstheorie nennen könnte. Wenn seit der Frühen Neuzeit der Gesetzgeber in den Vordergrund rückte und der Staat den Richter zum ausführenden Exekutivorgan machte und ihn dem Gesetzestext unterwarf, dann mußte geklärt werden, woher der Gesetzestext kam. War er eine Hervorbringung der universitären Rechtsgelehrsamkeit, etwa ein durch den reinigenden Filter des Naturrechts gelaufenes römisches Recht in Gestalt der spätmittelalterlichen italienischen und der deutschen frühneuzeitlichen Jurisprudenz? War er ein Produkt der Gerichte, die landauf landab jenes überlieferte Recht anwandten und in unendlichen Entscheidungsketten Fallrecht nach englischem und skandinavischem Muster hervorbrachten? Oder entsprang der Text der Souveränität des Herrschers, zu der nun seit Bodin das Recht gehörte, Befehle zu erteilen und Gesetze zu erlassen? Und wie stand es damit in den großen und kleinen Territorien des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation? Damit nicht genug: Wie verhielten sich Naturrecht und positives Recht, wie hat das systematisch entworfene Naturrecht auf den ganz anders geordneten Stoff des römischen Rechts gewirkt und ihm sein System gewissermaßen aufgezwungen? Welches Recht hatte im konkreten Fall den Vorrang?

Jan Schröder ist über das Studium der Hierarchie der Rechtsquellen immer tiefer in die rechtstheoretischen Grundlagen vorgedrungen. Er hat einzelne Autoren studiert, hat sich die Vorlesungsverzeichnisse als rechtsgeschichtliche Quellen vorgenommen und festgestellt, welche Fächer »in Mode« waren und wo die intellektuellen Zentren der Zeit lagen. Wo wurde Naturrecht gelehrt und wo saßen die einflußreichen Praktiker der Rechtsprechung? Im Grad der Abstraktion weiter aufsteigend fragte er weiter nach den wesentlichen Figuren der Argumentation, etwa nach der Berufung auf die herrschende Meinung (*communis opinio*), auf

die Billigkeit (*aequitas*), auf Analogie oder Umkehrschluß, auf die Beweiskraft einer »Definition« und vieles andere. Vor allem der Vorgang der Interpretation als solcher hat ihn mehrfach beschäftigt. Insgesamt hat Jan Schröder die gesamte Rechtswissenschaft und Praxis der Frühen Neuzeit abgeschritten, die zeitgenössische Rechtslehre und ihre Methodik, einschließlich der damals noch als Universitätsfach gelehrteten Rhetorik. Vieles davon ist in die erwähnte »Summe« von 2001 eingegangen, erscheint aber dort dem Gesamtplan untergeordnet und verallgemeinert. Es ist deshalb von hohem Interesse, auch die individuelleren und vertieften Vorstudien kennen zu lernen.

Die vorliegende Sammlung überschreitet aber die Frühe Neuzeit bei weitem und behandelt auch das 19. und 20. Jahrhundert. Nun geht es um das Verständnis der Rechtsquellenhierarchie und der juristischen Methodenlehre des 19. und 20. Jahrhunderts, also zunächst um Savigny und seine Vorstellungen von der Aufgabe der Rechtswissenschaft, weiter aber auch um den Wandlungsprozeß, der von der Historischen Schule zum Gesetzespositivismus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts führte. Eine seiner überraschenden und zu Differenzierungen nötigen Fragen lautet: Gab es im deutschen Kaiserreich einen Gesetzespositivismus?

Schröder zeigt, wie sich nun die Spaltung von Privatrecht und öffentlichem Recht seit der Epoche des Naturrechts vollzog, wie das Völkerrecht sich aus dem Naturrecht herausbildete, wie im späten 19. und im frühen 20. Jahrhundert die großen Wandlungen der Industriellen Revolution und der Epochenbruch des Weltkriegs die Jurisprudenz veränderten, wie das flexible, aber auch schwer kalkulierbare Richterrecht sich nach vorne drängte und dem schon vollends zur Fiktion gewordenen Gesetzespositivismus und dem Bild von der wissenschaftlichen Begriffspyramide den Garaus machte.

Dazwischen liegen heitere Studien Schröders zu Hofmannsthals »Rosenkavalier« und zu Thomas Manns »Königliche Hoheit«, welche belegen, daß quellenkundige Rechtshistoriker, die mit Akribie zu Werke gehen, auch den professionellen Interpreten dichterischer Texte etwas Neues zu sagen haben. Das den Band abschließende Verzeichnis zeigt, daß es bei Jan Schröder noch weit mehr zu entdecken gibt als hier angedeutet werden konnte, vor allem auch in Form von separat erschienenen Schriften.

Die Herausgeber freuen sich, daß der Band, der beim Ende der Lehrtätigkeit von Jan Schröder im Sommersemester 2009 angekündigt wurde, nun vorgelegt werden kann. Er soll einer breiteren Öffentlichkeit zeigen, wie erhellend ein Spezialfach wie die Rechtsgeschichte für die gesamte Rechtsordnung ist und welcher Gewinn einer vertieft verstandenen Rechtskultur daraus erwächst. Er soll aber auch der Rechtsgeschichte selbst ein Arbeitsmittel an die Hand geben, um Schröders wichtige Arbeiten leichter zur Hand zu haben. Schließlich hoffen die Herausgeber, dem Autor beim Übergang in eine neue Lebensphase eine Freude gemacht und einen Ansporn gegeben zu haben, auf diesem Weg fortzufahren.

Unser Dank für die mühevollen Arbeit an den Vorlagen gilt den Mitarbeitern in Tübingen, allen voran Herrn Ass. iur. Boris Dollinger. Schließlich sei herzlich dem Verlag Mohr Siebeck und namentlich Herrn Dr. Franz-Peter Gillig gedankt.

Tübingen, Stockholm, Frankfurt

Finkenauer, Peterson, Stolleis

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
1. Die ersten juristischen »Systematiker«, Ordnungsvorstellungen in der Philosophie und Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts	1
2. Aequitas und Rechtsquellenlehre in der frühen Neuzeit	35
3. Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit	65
4. Juristische Hermeneutik im frühen 17. Jahrhundert: Valentin Wilhelm Forsters »Interpres«	111
5. Auslegung von Ausnahmegesetzen in der frühen Neuzeit	129
6. Zur Geschichte der historischen Gesetzesauslegung	143
7. Rhetorik und juristische Hermeneutik in der frühen Neuzeit	159
8. Definition und Deskription in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit	179
9. »Communis opinio« als Argument in der Rechtstheorie des 17. und 18. Jahrhunderts	191
10. »Stadtrecht bricht Landrecht«. Zur Konkurrenz von Rechtsquellen in der frühen Neuzeit	207
11. Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre. Gesetzgebungs- und Rechtsquellentheorie im 17. und 18. Jahrhundert	221
12. Die Entstehung des modernen Völkerrechtsbegriffs im Naturrecht der frühen Neuzeit	259

13. »Naturrecht bricht positives Recht« in der Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts?	283
14. Naturrecht als Lehrfach an den deutschen Universitäten des 18. und 19. Jahrhunderts	297
15. Privatrecht und öffentliches Recht. Zur Entwicklung der modernen Rechtssystematik in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts	313
16. Zur Entwicklung der juristischen Fakultäten im nachfriderizianischen Preußen (1786–1806) am Beispiel von Halle im Vergleich mit Göttingen	327
17. Vorlesungsverzeichnisse als rechtsgeschichtliche Quelle	375
18. Savignys Spezialistendogma und die »soziologische« Jurisprudenz	391
19. Zum Einfluß Savignys auf den Allgemeinen Teil des deutschen bürgerlichen Rechts	419
20. Zur älteren Genossenschaftstheorie. Die Begründung des modernen Körperschaftsbegriffs durch Georg Beseler	433
21. Das Verhältnis von Rechtsdogmatik und Gesetzgebung in der neuzeitlichen Rechtsgeschichte (am Beispiel des Privatrechts)	477
22. Gab es im deutschen Kaiserreich einen Gesetzespositivismus?	505
23. Zum Gesetzespositivismus in der Rechtsprechung des Reichsgerichts ...	523
24. Zivilrechtliche Generalklauseln in der Methodendiskussion des frühen 20. Jahrhunderts	535
25. Zur Theorie des Gewohnheitsrechts zwischen 1850 und 1930	547
26. »Richterrecht« und Rechtsbegriff im frühen 20. Jahrhundert	569
27. Rechtsbegriff und Auslegungsgrundsätze im frühen 20. Jahrhundert. Anmerkungen zum Streit zwischen »objektiver« und »subjektiver« Interpretationstheorie	585
28. Kollektivistische Theorien und Privatrecht in der Weimarer Republik am Beispiel der Vertragsfreiheit	599

29. Die Morgengabe-Szene in Hofmannsthals »Der Rosenkavalier«	625
30. Königliche Hoheit. Staats- und Fürstenrecht in Thomas Manns zweitem Roman	641
Verzeichnis der Schriften von Jan Schröder 1969–2009	661
Personenregister	673

Die ersten juristischen »Systematiker«

Ordnungsvorstellungen in der Philosophie und Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts*

I. Einleitung

Die mittelalterliche Rechtswissenschaft folgte bekanntlich der Ordnung, die von den Quellen des (römischen) Rechts vorgegeben ist. Gesamtdarstellungen des Inhalts dieser Quellen gingen also genau in der Reihenfolge vor, in der die Bücher, Titel und Fragmente (*leges*) der Institutionen, Pandekten und des Codex verfaßt und überliefert sind. Als einzige Ausnahme von dieser Regel gilt der von den Glossatoren entwickelte Literaturtyp der »Summen« oder »Paratitla«¹, in denen sich die Autoren innerhalb der Titel von der quellenmäßigen Reihenfolge der einzelnen »leges«, Gesetze, lösten und den Inhalt der Titel summarisch in einer selbstgewählten Ordnung darstellten; solche Summen finden sich nicht nur zum römischen Recht, wie die Summen des Glossators Azo, sondern auch zum kanonischen Recht, wie die berühmte Dekretalensumme des Heinrich von Segusio (*Hostiensis*). Beibehalten wurde aber auch in den Summen die quellenmäßige Bücher- und Titelfolge.

Es gilt als eine der großen Neuerungen der Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts, daß sie versucht, sich von dieser vorgegebenen Ordnung der Quellen des römischen Rechts zu lösen. In der bisherigen Literatur ist allerdings nicht recht gesehen worden, daß dabei zwei sehr unterschiedliche Typen von »systematischen« und nicht mehr »quellenmäßigen« Gesamtdarstellungen entstehen, die man sorgfältig auseinanderhalten sollte:

Typ 1 greift nicht in die quellenmäßige Ordnung der Bücher und Titel ein, sondern weicht nur innerhalb der Titel von der vorgegebenen Reihenfolge der einzelnen Gesetze ab, stellt also nur den Inhalt der Titel in einer freien, von den Autoren selbst bestimmten Ordnung dar. In Deutschland (worauf sich die folgende Untersuchung beschränkt) gehören das Institutionenlehrbuch | von Melchior Kling

* Zuerst veröffentlicht in: *Maximiliane Kriechbaum* (Hrsg.), Festschrift für Sten Gagnér zum 3. März 1996, Ebelsbach am Main 1996, S. 111–150.

¹ S. dazu *Peter Weimar*, Die legistische Literatur der Glossatorenzeit, in: *Helmut Coing* (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 1. Bd., München 1973, S. 129 ff. (188 ff.).

(erstmals 1542)² und das Pandektenlehrbuch von Matthäus Wesenbeck (erstmals 1565)³ zu diesem Typ. Er ähnelt ersichtlich noch den mittelalterlichen Summen oder Paratitlen, und nicht zufällig hat deshalb Matthäus Wesenbeck die erste Auflage seines Lehrbuch auch als »Paratitla« zu den Pandekten bezeichnet.

Typ 2 weicht auch von der Bücher- und Titelordnung der Quellen ab, emanzipiert sich also, jedenfalls äußerlich, ganz von dem vorgegebenen Gefüge. Die erste, wenn auch Fragment gebliebene, derartige Darstellung des Pandektenrechts in Deutschland stammt von Sebastian Derrer (1540)⁴, es folgt eine Gesamtdarstellung des Rechts nach Vorlesungen von Conrad Lagus (erstmals 1543)⁵, die 1571 von Johann Thomas Freigius in »Tabellen« gebracht wird⁶. Spätere Werke dieser Art haben vor allem Nikolaus Vigelius (erstmals 1561)⁷, Dethard Horst (1579)⁸, Johannes Althusius (erstmals 1586)⁹ und Hermann Vultejus (erstmals 1590)¹⁰ verfaßt. An die Stelle | der quellenmäßigen Reihenfolge tritt in diesen Werken eine freie, vom Verfasser selbst festgelegte Gesamtordnung. Kann man also Typ 1 noch als Weiterentwicklung der mittelalterlichen »Summe« ansehen, so stellt Typ 2 einen völligen Bruch mit der Tradition dar. Den Juristen des 16. Jahrhunderts war genau bewußt, daß sie mit solchen Arbeiten etwas ganz Neues anfangen. So erklärt

² Melchior Kling, *Enarrationes in libros IV Institutionum*, Frankfurt 1542 (nach Roderich Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1. Abtheilung, München und Leipzig 1880, S. 306), im Folgenden zitiert nach der Ausgabe Lyon 1557.

³ Matthäus Wesenbeck, *Paratitla in Pandectas iuris civilis*, Basel 1565 (nach Alfred Söllner, *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Deutschland, Österreich, den Niederlanden und der Schweiz*, in: Helmut Coing [Hrsg.], *Handbuch*, wie Fn. 1, 2. Bd., 1. Teilbd., München 1977, S. 501 ff. [537]), im Folgenden zitiert nach der Neuauflage von 1582, die den Titel trägt: *In Pandectas iuris civilis et codicis Iustiniani lib. XII commentarii*, Basel 1582.

⁴ Sebastian Derrer, *Iurisprudentiae liber primus, instar disciplinae institutus et axiomatibus magna ex parte conscriptus*, Lyon 1540; dazu Aldo Mazzacane, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, 1971, S. 31 ff. Zuweilen wird als erster Systematiker Johann Appell bezeichnet, wegen des Entwurfs eines Rechtssystems, das er zuerst in seiner »Methodica dialectices ratio ad iurisprudentiam accommodata« (erstmals 1533?, hier zitiert nach Claudius Cantuincula, *Topica legalia*, Basel 1545, S. 108 ff.) S. 162 vorlegt, dann wohl auch in seiner »Isagoge per dialogum in quatuor libros Institutionum D. Justiniani imperatoris«, 1540 (nach R. Stintzing [Fn. 2], S. 290 ff.). Es handelt sich dabei aber um kein ausgearbeitetes System, sondern – jedenfalls in der von mir eingesehenen »methodica ... ratio« – nur um eine Skizze von einer Seite.

⁵ *Iuris utriusque methodica traditio ...*, ex ore doctissimi viri Dn. *Conradi Lagi* Iureconsulti annotata, atque in gratiam et singulorum utilitatem studiosorum, nunc recens excusa et aedita, Frankfurt am Main 1543. Die Vorlesungsnachschrift wurde gegen den Willen Lagus' publiziert, s. dazu R. Stintzing (Fn. 2), S. 299 f. Zu Lagus' System auch Gerhard Theuerkauf, *Lex, speculum, compendium iuris*, Köln etc. 1968, S. 199 ff.

⁶ Johann Thomas Freigius, *Partitiones iuris utriusque ...*, Basel 1571.

⁷ Nikolaus Vigelius, *Iuris civilis absolutissima methodus ...*, Basel 1561.

⁸ Dethard Horst, *Triboniana iurisprudentia*, Helmstedt 1579.

⁹ Johannes Althusius, *Jurisprudentiae Romanae libri duo ...*, Basel 1586 (nach R. Stintzing, Fn. 2, S. 471). Im Folgenden zitiert nach der späteren Neubearbeitung unter dem Titel: *Dicaeologica libri tres ...* (erstmals Herborn 1617, nach R. Stintzing a. a. O., S. 472), 2. Ausg. Frankfurt 1649.

¹⁰ Hermann Vultejus, *Jurisprudentiae Romanae a Justiniano compositae libri II* (erstmals Marburg 1590, nach R. Stintzing [Fn. 2], S. 456), im Folgenden zitiert nach der 4. Ausgabe Marburg 1614.

Conrad Lagus (1544), er bekenne dankbar, daß er viel aus den »Summen« des Azo und des Hostiensis gelernt habe. »Aber da sich diese nicht bemüht haben, die Gegenstände des Rechts in hauptsächlichere Glieder des gesamten Rechtskörpers zu unterteilen, sondern ihnen nur daran lag, die Materien der einzelnen Titel, so wie sie im Codex und in den Dekretalen aufeinander folgen, in didaktischer Absicht zu erklären, haben sie nur »Epitoma« der einzelnen Titel und keinen (umfassenden) »Methodus« des Rechts geliefert«¹¹. Einen solchen »Methodus« will also nun erstmals Conrad Lagus vorlegen, ein absolutes Novum in der Geschichte der Rechtswissenschaft seit dem Mittelalter.

Angesichts der weitreichenden Bedeutung, die der Übergang zu solchen »methodischen« Systemen des Rechts für die Geschichte des juristischen Denkens gehabt hat oder gehabt haben könnte, überrascht es nicht, daß ihnen jedenfalls seit Roderich Stintzings »Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft« von 1880 immer wieder große Aufmerksamkeit gewidmet worden ist. Trotzdem besteht eine eigentümliche Unsicherheit darüber, wie man sie einschätzen soll. Stintzing ging davon aus, es handele sich um den Versuch, »die Synthese zu einem wirkamen Element der wissenschaftlichen Behandlung zu erheben, also die Masse der Einzelheiten zu höherer Einheit zu verbinden, auf Prinzipien zurückzuführen«¹², und | ähnlich sah Franz Wieacker noch 1967 Bestrebungen in Richtung auf ein »inneres System«, deren Resultate er allerdings wohl für unzulänglich hielt¹³. Im

¹¹ *Conrad Lagus*, *Protestatio adversus improbam suorum commentariorum de doctrina iuris editionem ab Egenolpho factam*, Gedani 1544, fol. B 2v – B 3r: »Verum quoniam illis non fuit studium, res iuris distinguendi in principaliora membra totius corporis, sed solum in id incubuerunt, ut singulorum titulorum eo ordine quo se in Codice et Decretalibus consequuntur, res didactica ratione explicarent, possunt videri magis epitomas titulorum quam methodum iuris tradere voluisse« (nach A. Mazzacane [Fn. 4], S. 147 Anm. 53).

¹² R. Stintzing (Fn. 2), S. 140. Nach Stintzing handelt es sich um eine Entwicklung von der mittelalterlichen »Analyse« (deren Verfahren sich aus einem berühmten Distichon des Matthaeus Gribaldus Mopha ergibt, S. 107 ff.) zur neuzeitlichen »Synthese«. Diese suggestive Vereinfachung führt in die Irre. Der Unterschied zwischen den neuen Methoden des 16. Jh. und der Gribaldischen liegt nicht darin, daß diese analytisch und jene synthetisch wären. Man kann (so hat es etwa *Petrus Ramus* auch gesehen) durchaus auch die Methoden des 16. Jh. als analytisch bezeichnen. Der Unterschied liegt darin, was mit diesen Methoden »analysiert« werden soll, nämlich entweder (Gribaldus) eine einzelne lex oder (neue Methoden) ein ganzer Titel oder sogar die gesamten Digesten, Codex usw. überhaupt. Die Veränderungen vom Mittelalter zur Neuzeit lassen sich also nicht sinnvoll beschreiben als die *Verdrängung* einer wissenschaftlichen Methode durch eine andere, sondern nur als ein *Zuwachs* an wissenschaftlichen Methoden, ihre Anwendung in einem Bereich, in dem es vorher keine gegeben hatte. Die Gribaldische und die neue Methode schließen einander gar nicht aus, und auch Anhänger der neuen Methode haben das Gribaldische Verfahren durchaus akzeptiert, s. etwa M. Wesenbeck, *Prolegomena* (unten Fn. 89), S. 118, dem es »nequaquam displicet. Habet enim multum lucis ...«, der nur vor allzu schematischer Anwendung warnt (so ist wohl auch J. T. Freigius bei Stintzing, S. 109 Anm. 1 zu verstehen). Die wichtigsten Elemente von Gribaldus' exegetischer Methode finden mit Recht noch heute Anwendung!

¹³ Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. Göttingen 1967, S. 164 f. Vgl. auch Hans Erich Troje, *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluß des Humanismus*, in: H. Coing (Hrsg.), *Handbuch* (Fn. 1), 2. Bd., 1. Teilbd., München 1977, S. 615 ff. (741): Bemühung, »das Ganze der Rechtsordnung entweder als ein Vorgegebenes zu überblicken und zu durchschauen oder als ein Aufgegebenes rational neu zu konstruieren«, und Karl Heinz Burmeister,

Gegensatz dazu hat Friedrich Ebel 1974 gemeint, die »Systematiker« des 16. Jahrhunderts hätten nur eine pädagogische Zielsetzung gehabt und kein »explizites System ... entwickeln« wollen, »das als deduktiver Mechanismus funktionierte«¹⁴.

Eine erneute Prüfung dieser Frage erscheint nicht überflüssig. In keinem der bisherigen Beiträge zur juristischen Systematik des 16. Jahrhunderts ist planmäßig untersucht worden, was die juristischen Systematiker sich unter »Methode«, »Ordnung« oder »System« der gesamten Rechtsdisziplin eigentlich vorgestellt haben und auf welche philosophischen Begriffsbildungen sie dabei zurückgriffen¹⁵. Im Folgenden möchte ich | daher versuchen, wenigstens einige Grundlinien der Entwicklung darzustellen. Voll ausschöpfen kann ich allerdings die überreiche methodologische Literatur des 16. Jahrhunderts nicht annähernd: »Methodus« war im 16. Jahrhundert, wie der amerikanische Wissenschaftshistoriker Neal W. Gilbert geschrieben hat¹⁶, ein »party slogan« und ein in allen Disziplinen unermüdlich diskutiertes Anliegen. Ich meine aber, daß man über den Stand der bisherigen Diskussion um die juristischen Systematiker des 16. Jahrhunderts schon dadurch hinauskommen kann, daß man sich wenigstens die wichtigsten Stationen der philosophischen und juristischen Begriffsentwicklungen bewußt macht.

Im Folgenden erörtere ich deshalb zuerst in einem »historischen Teil« (II.) die philosophischen und juristischen Begriffe von »Methode« im 16. und frühen 17. Jahrhundert und das Verhältnis der oben unterschiedenen zwei Typen von systematischen Schriften zu ihnen, danach in einem »systematischen Teil« (III.) die Frage, ob es den Systematikern des 16. Jahrhunderts um ein deduktives inneres System ging, im Schlußteil (IV.) dann die Frage, was wirklich das Ziel der juristischen Systematiker war.

Das Studium der Rechte im Zeitalter des Humanismus im deutschen Rechtsbereich, Wiesbaden 1974, S. 258 (»Forderung eines auf vollkommene Deduktion ausgerichteten logischen Systems, nach dem das Recht rational zu lehren und zu lernen war«).

¹⁴ Friedrich Ebel, *Über Legaldefinitionen*, Berlin 1974, S. 84.

¹⁵ Eine Reihe von Hinweisen enthält aber die ausführliche Untersuchung von Vincenzo Piano *Mortari*, *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica della prima metà del sec. XVI* (1957), wieder in: *ders.*, *Diritto, logica, metodo nel secolo XVI*, Neapel 1978, S. 117 ff., besonders 231–251. S. auch Francisco Carpintero, »Mos italicus«, »mos gallicus« y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica, in: *Ius Commune* 6 (1977), S. 108 ff. (zum Thema bes. S. 150 ff.) und die kurzen Bemerkungen von Donald R. Kelley, *The human measure. Social thought in the western legal tradition*, Cambridge, Massachusetts etc. 1990, S. 209 ff. Das Buch von Maximilian Herberger, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main 1981, konzentriert sich auf die aristotelisch-galenische Methodenlehre und spart deshalb S. 211 ff. die humanistischen Systembemühungen weitgehend aus. Das Werk von A. London Fell, *Origins of Legislative Sovereignty and the Legislative State. Vol. I: Corasius and the Renaissance Systematization of Roman Law*, Königstein und Cambridge/Mass. 1983, Vol. II: *Classical, Medieval and Renaissance Foundations of Corasius' Systematic Methodology*, Königstein und Cambridge/Mass. 1983 behandelt nur die »vier causae« in den methodologischen Schriften des 16. Jahrhunderts und ihre historischen Grundlagen; vgl. immerhin I, S. 48 ff. und II, S. 162 ff. Literatur zur Entwicklung des philosophischen Methodenbegriffs s. u. Fn. 19.

¹⁶ Neal W. Gilbert, *Renaissance concepts of method*, New York 1960, S. 66.

II. Historischer Teil

1. Zu den philosophischen Methodenbegriffen

Ebensowenig, wie die mittelalterlichen Juristen eine von der quellenmäßigen Ordnung abweichende Methode für die Zusammenfassung der einzelnen Sätze oder Regeln ihrer Disziplin kannten, kannte offenbar die mittelalterliche Logik etwas Derartiges. In der einflußreichsten einschlägigen Darstellung, den »Summulae logicales« des Petrus Hispanus¹⁷, gibt es keinen besonderen Abschnitt über die Art und Weise, wie man einzelne Erkenntnisse zu einem Ganzen zusammenfügt. Die Logik enthält die traditionellen | Lehrstücke vom Begriff und Urteil (bei Petrus Hispanus Tractatus I), den Prädikabilien und Prädikamenten (Tract. II, III), den Schlüssen (Tract. IV), den Topoi (Tract. V) und den Fehlschlüssen (Tract. VII). Alle diese Lehrstücke richten sich aber auf einzelne Erkenntnisse. Man kann diese logischen Instrumente »Methoden« nennen in dem allgemeinen Sinne, wie die gesamte Logik eine Methode ist¹⁸. Aber eine Methode in dem besonderen Sinn, wie man aus diesen einzelnen Wahrheiten das Ganze einer Wissenschaft macht, kommt in der mittelalterlichen Logik offenbar nicht vor.

Am Anfang des 17. Jahrhunderts hat sich das Bild völlig verändert, ebenso wie es sich in der Jurisprudenz verändert hat. Die Logiken enthalten nun durchweg einen besonderen Abschnitt über die Methode(n), einzelne Erkenntnisse einer Disziplin zu einem Ganzen zu verbinden¹⁹. Zu der alten Dialektik, die man schon als solche eine Methode, einen Inbegriff der auf Einzelerkenntnis gerichteten logischen Instrumente, nennen konnte, ist jetzt eine »Methode« in einem neuen, engeren und spezifischen Sinn hinzugekommen, ein Verfahren, das sich auf das Ganze einer Disziplin bezieht. Den Logikern des späten 16. Jahrhunderts war diese Neuerung wohl bewußt²⁰. Wie ist es dazu gekommen? Die wichtigsten Züge dieser Entwicklung sind wohl die folgenden:

¹⁷ Moderne Ausgabe: Peter of Spain (*Petrus Hispanus Portugalensis*), Tractatus, called afterwards Summule logicalis, hrsg. v. L. M. de Rijk, Assen 1972. Außer den sogleich im Text genannten Teilen enthält die Logik des Petrus Hispanus noch Abschnitte »De suppositionibus« (Tract. VI), »De relativis«, »De ampliationibus«, »De appellationibus«, »De restrictionibus« und »De distributionibus« (Tract. VIII bis XII).

¹⁸ Das Wort »methodus« kommt in den »Summulae logicales« ausweislich des Registers der Ausgabe von de Rijk (Fn. 17) nur einmal vor, nämlich im ersten Satz »Dialectica est ars ad omnium methodorum principia viam habens« (S. 1).

¹⁹ Vgl. zum Methodenbegriff des Mittelalters und zur Entwicklung der Methodenlehren des 16. Jahrhunderts Walter J. Ong, Ramus. Method and the decay of dialogue, Cambridge, Massachusetts 1958, S. 225 ff.; N. Gilbert (Fn. 16), besonders S. 39 ff., 119 ff.; Cesare Vasoli, La dialettica umanistica e la metodologia giuridica nel secolo XVI, in: La formazione storica del diritto moderno in Europa (= Atti del terzo congresso internazionale della società Italiana di storia del diritto), I, Florenz 1977, S. 237 ff. (enthält nur wenig zur juristischen Methodenlehre). In diesen Schriften wird aber die Entwicklung der partikularen (»einfaches Thema«) und der universalen Methode nicht gesondert dargestellt.

²⁰ S. etwa Andreas Planer, Quaestiones Dialecticae, 1. Teil, Tübingen 1584, S. 76.

a) Die Methode eines »einfachen Themas«

Für das 16. Jahrhundert war von besonderer Bedeutung die Neufassung, die der friesische Humanist *Rudolf Agricola* der Logik bzw. Dialektik gegeben hat. *Claudius Cantuuncula* hat ihn als den gelehrtesten Mann bezeichnet, den Deutschland vor Erasmus hervorgebracht habe²¹, und | *Melanchthon* hat gemeint, *Agricola* habe mehr über die Topik zu sagen gewußt als alle Griechen und Römer²². In seiner Schrift »De inventione dialectica libri tres«, die 1479 entstanden, aber erst 1515 erstmals gedruckt worden ist²³, definiert *Agricola* die Dialektik als die »Kunst, glaubwürdig zu reden«²⁴. Sie hat zwei Teile: »inventio« und »iudicium«²⁵. Die »inventio« dient der Herausfindung der einzelnen Wahrheiten, das »iudicium« ihrer Einkleidung in die logisch richtige Form. Die »inventio« wird von *Agricola* identifiziert mit der Topik. Die Lehre vom »iudicium« hat er nicht mehr ausführen können; hier wären wahrscheinlich die Lehren vom Urteil und vom Schluß und wohl auch Regeln über die Anordnung des Ganzen untergebracht worden.

Insgesamt bedeutete *Agricola*s Lehre, die an die Zweiteilung der Logik durch *Cicero* anknüpft²⁶, eine erhebliche Vereinfachung gegenüber der mittelalterlichen Logik, indem sie die Topik zum alleinigen Instrument der Sacherkenntnis erhob. Eine besondere Methode der Zusammenfassung des Einzelnen bot sie allerdings noch nicht. Sie wies jedoch, wenn man sie weiterdachte, einen Weg dazu. Um das zu verstehen, nämlich, wie man von dieser Erkenntnismethode zu einer Methode der Zusammenfassung vereinzelter Wahrheiten kommen konnte, muß man sich zunächst vor Augen halten, wie die Topik funktioniert. Die Topik bietet bekanntlich Fundstellen (Orte, griechisch »topoi«, lateinisch »loci«) für Argumente dar. Es gibt kunstvolle, allgemeine Topoi, wie »genus«, »definitio«, »simile«, und kunstlose, wie etwa das Zeugnis eines Sachverständigen. Diesen Topoi sind bestimmte Maximen, Regeln, zugeordnet, die man dann als Prämissen für eine Argumentation verwenden kann. So gilt z. B. für das »genus« die Regel: was der Gattung zukommt, kommt auch der Art zu. Diese Regeln kann man dann als Prämisse in eine fachwissenschaftliche Argumentation einsetzen. Etwa: Für das »pactum« (Vertrag) gilt, daß es | durch Vereinbarung der Parteien wieder aufgehoben wer-

²¹ *C. Cantuuncula* (Fn. 4), S. 5.

²² *Philipp Melanchthon*, *De dialectica libri IV recogniti*, Wittenberg 1534, fol. I. 1v.

²³ Moderne Ausgabe: *Rudolf Agricola*, *De inventione dialectica libri tres* – Drei Bücher über die *Inventio dialectica*. Auf der Grundlage der Edition von Alardus von Amsterdam (1539) kritisch herausgegeben, übersetzt und kommentiert von *Lothar Mundt*, Tübingen 1992. Zur Bedeutung von *Agricola*s Dialektik für die Logik und Wissenschaftstheorie des 16. Jahrhunderts s. etwa *W. Ong* (Fn. 19), S. 95 ff.; *Wilhelm Schmidt-Biggemann*, *Topica universalis*. Eine Modellgeschichte humanistischer und barocker Wissenschaft, Hamburg 1983, S. 6 ff.; spezieller zur Methodenlehre *C. Vasoli* (Fn. 19), S. 246 ff.

²⁴ *R. Agricola* (Fn. 23), S. 212 f.

²⁵ *R. Agricola* (Fn. 23), S. 16 f., 18 f.

²⁶ *Cicero*, *Topica*, II 6: »Cum omnis ratio diligens disserendi duas habeat partes, unam inveniendi, alteram iudicandi«. S. dazu *A. Hügli*, *Invention, Erfindung, Entdeckung III.*, in: *Joachim Ritter/Karlfried Gründer* (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 4 (Basel, Stuttgart 1976), Sp. 552 ff. (553).

den kann. Das »pactum« ist aber die Gattung der *emptio venditio*, des Kaufs. Was für die Gattung gilt, gilt auch für die Art. Also kann auch der Kaufvertrag durch Vereinbarung von Käufer und Verkäufer wieder aufgehoben werden. Betrachtet man nun einen Gegenstand im Lichte sämtlicher *Topoi* oder *Loci*, so wird man über ihn alles ermitteln, was man überhaupt über ihn aussagen kann und man wird, mit Hilfe der *Maximen*, Material zu weiteren Argumenten über ihn in der Hand haben. Wenn man die *species* Kauf auf das *genus* »pactum« bezieht, kann man nach der Regel, daß für die *species* gilt, was für das *genus* gilt, auf den Kauf alle Regeln für die »pacta« übertragen. Wenn man weiterhin sieht, daß dem Kauf z. B. die *locatio conductio* (Miete, Dienst-, Werkvertrag) ähnlich ist, kann man nach der Regel »Ähnliches hat ähnliche Konsequenzen« vielleicht gewisse Regeln für den Werkvertrag auf ihn übertragen. Wenn man dann etwa bestimmte »Zeugnisse« von Sachverständigen, *doctores*, vielleicht sogar herrschende Meinungen, »*communes opiniones*« der Doktoren, für den Kauf ermittelt, dann kommt man zu weiteren Regeln für den Kauf usw. Das Durchlaufen der *Topoi* ist also, das betont auch *Agricola* immer wieder, das logische Instrument zur *Ermittlung* aller Wahrheiten, die für einen bestimmten Gegenstand gelten²⁷.

Von hier aus ist es nur noch ein Schritt zu einer Methode über die *Zusammenfassung* der Wahrheiten über einen Gegenstand. Es bietet sich an, auch sie in der Ordnung der *Topoi* vorzunehmen, also, wenn man den Kauf erörtert, zunächst die Definition, dann die Division in Gattungen und Arten, dann die *causae*, die *effectus*, die *similia* usw. abzuhandeln. Dann ist man sicher, daß alle einschlägigen Wahrheiten erfaßt werden und daß dem Leser auch die Struktur der möglichen Argumente einsichtig ist. *Agricola* selbst hat allerdings diese Konsequenz nicht ausdrücklich gezogen; der Ort dafür wäre ja auch erst seine nicht mehr ausgeführte Darstellung des »*iudicium*« gewesen. Soweit ersichtlich, war es erst *Philipp Melanchthon*, der das Durchlaufen der *Topoi* als besondere (Zusammenfassungs-, nicht Erkenntnis-) »Methode« etabliert hat²⁸. In seinen »*De dialectica libri IV*« findet sich jedenfalls schon 1534 ein Abschnitt »*De modo explicandi simplicia themata*«; das Wort »Methode« fällt allerdings hier noch nicht. Ein »einfaches Thema« ist nach *Melanchthon* so zu behandeln, daß man | vier Fragen stellt: was die Sache ist – was ihre *causae* sind – welches ihre Teile – welches ihre Wirkungen²⁹. Wie *Melanchthon* sagt, folgt er hier der zweiten Analytik des *Aristoteles*, den er, anders als es *Agricola*³⁰ und viele Humanisten taten, durchaus hochschätzt³¹. Man sieht aber leicht, daß sich der Katalog der vier Fragen auch in einen *Topoikatalog* nach Art des *Agricola* verwandeln ließe: was die Sache ist, das sagt ihre Definition, bei

²⁷ *R. Agricola* (Fn. 23), S. 104f., s. auch 186f., 404f., 430f.

²⁸ Jedenfalls wird die Etablierung dieser Methode immer wieder (und soweit ich sehe: nur) *Melanchthon* zugeschrieben, s. etwa *Abraham Calovius*, *Tractatus novus de methodo docendi et disputandi*, Lübeck 1651 (= *ders.*, *Scripta philosophica*, II, Lübeck 1651, S. 580ff.), S. 730.

²⁹ *P. Melanchthon* (Fn. 22), fol. E 7v / E 8r.

³⁰ Siehe *R. Agricolas* (Fn. 23) Bemerkungen über *Aristoteles* S. 22f.

³¹ S. die Widmungspistel von *Melanchthons* *Dialektik* (Fn. 22), fol. A 3r.

der dann auch auf Gattung und *differentia specifica* eingegangen werden kann, die vier »causae« sind gleichfalls *Topoi* im Sinne *Agricolae*, und ebenso sind es die »partes« und die »effectus«. Melanchthon bezieht sich denn auch schon in der Widmungsepistel seiner *Dialektik* lobend auf *Agricola*³²; möglicherweise verbindet er mit der Art, wie er seinen »Modus« zur Behandlung eines einfachen Themas darlegt, die Absicht, sowohl bei den ciceronianischen Humanisten als auch den aristotelischen Traditionalisten konsensfähig zu sein. Jedenfalls war die Fassung seiner Lehre, wie ihr Erfolg gezeigt hat, offenbar für alle Seiten tragbar.

Der nächste Schritt war, diesen »Modus«, der sich auch schon in anderen logischen Schriften dieser Jahre findet³³, ausdrücklich als »Methode« zu bezeichnen. Das tut Melanchthon, soweit ersichtlich, erstmals in seinen »*Erotemata dialectices*«, einer Logik in Fragen und Antworten, deren zweite Ausgabe 1548 erschienen ist. In Buch I findet sich jetzt nach Abhandlung der Prädikamente und Prädikabilien ein Abschnitt »*De methodo*«³⁴. Methode, so sagt Melanchthon, bedeutet »den richtigen Weg oder die Ordnung der Untersuchung und Erklärung, sei es von einfachen Fragen, sei es von Sätzen« oder kurz »die Ordnung der Erklärung«³⁵. Die *Topoiliste* sieht jetzt folgendermaßen aus: Zu fragen ist: nach der Bedeutung des Wortes – danach, ob die Sache ist – was sie ist – was ihre Teile sind – was ihre Arten – welches ihre »causae« – ihre Wirkungen – ihre »*adiacentia*« – ihre »*cognata*« | – ihre »*pugnantia*« sind. Melanchthon macht jetzt auch deutlich, daß er sich hier nicht mehr strikt an *Aristoteles* hält: *Aristoteles* habe die vier Fragen aufgeführt – »wir haben einige hinzugefügt«³⁶.

In dieser Form hat sich Melanchthons Lehre dann durchgesetzt³⁷. Sein Schema erscheint zum Beispiel bei dem dänischen Theologen *Nicolaus Hemmingius* (*Niels Hemmingsen*) 1559 als »vermischte Lehrmethode« (*methodus copulata didascalica*, daneben kennt *Hemmingsen* allerdings noch andere) im Rahmen derjenigen Methoden, die »den richtigen Weg zeigen, Fragen, welche über einen beliebigen Gegenstand vorgelegt werden, zu erklären«³⁸. *Johann Schitler* spricht in seinen

³² Wie Fn. 31.

³³ S. etwa *Johannes Caesarius*, *Dialectica*, Köln 1532, dessen *Tractatus VII* von den vier »*quaestiones scibilibus*« handelt, die bei einem »*simplex thema*« anzuwenden sind (fol. 15r/v) und *Jodokus Willichius*, *Erotematum Dialectices libri III*, Straßburg 1542, der in der Widmungsepistel die Durchführung einer Sache durch die *loci* zu üben (fol. 3r). Vgl. auch *N. Gilbert* (Fn. 16), S. 121 ff.

³⁴ *Philipp Melanchthon*, *Erotemata dialectices*, Wittenberg 1548, fol. 54v und folgende.

³⁵ *P. Melanchthon* (Fn. 34), fol. 55r: *Methodus* bedeute sonst »*rectam, et compendiarium viam*«, aber »*Dialectici ad ordinem explicationis rectissimum transtulerunt hoc nomen, ac significat hoc loco methodos rectam viam seu ordinem investigationis et explicationis sive simplicium quaestionum sive propositionum.*«

³⁶ *P. Melanchthon* (Fn. 34), fol. 55v.

³⁷ Trotz gelegentlicher Kritik, derzufolge das Durchlaufen der *Topoi* keine eigentliche (Darstellungs-)methode, sondern nur eine dialektische Übung ist, vgl. etwa *Rudolph Goclenius*, *Problemata Logica*, Pars V: *De ordine et methodo didascalica*, Marburg 1596, S. 132–134, der aber auch bereits feststellt, die Melanchthonsche Methode werde »*vulgo methodus simplex dicitur*« (S. 132).

³⁸ *Nicolaus Hemmingius*, *De methodis libri duo*, Wittenberg 1559, fol. C 5v und folgende (nicht foliiert): »*Methodus particularis est ratio monstrans rectam viam explicandi quaestiones de quaelibet re proposita.*« Sie ist »*simplex*« oder »*composita*«; bei jener werden von *Hemmingsen*

»Praecepta dialectices« von den »gewohnten zehn Fragen, mit denen wir einzelne Probleme prüfen«, als »methodus specialis«³⁹. In den »Tabulae totius Dialectices« des Cornelius Valerius von 1573 wird das Melanchthonsche Schema, etwas erweitert, bezeichnet als »Methode oder richtige Art und Weise, über eine einfache Frage zu lehren«⁴⁰. Jedenfalls in den deutschen Logiken des 17. Jahrhunderts hat dann Melanchthons Doktrin einen festen Platz als »besondere Methode« oder »Methode eines einfachen Themas«, die »ein bestimmtes und spezielles (sc. einfaches) Thema ordnet« (Keckermann)⁴¹, die »irgendeinen Teil einer Disziplin« anordnet (Alsted)⁴², die man »nicht bei ganzen Disziplinen sondern bei besonderen (sc. einzelnen) Themen beobachtet« (Scheibler)⁴³. |

b) Die Methode einer ganzen Disziplin

Melanchthons Methode betraf ein »einfaches Thema«, und damit nur einzelne – unter Umständen sehr kleine – Elemente einer ganzen Wissenschaft. Wie man aber eine Wissenschaft als Ganzes bearbeiten sollte, hatte Melanchthon nicht gelehrt. Dies war eine noch sehr viel weiter reichende Frage, mit der man gegenüber der mittelalterlichen Logik absolutes Neuland betrat.

aa) Die humanistische Lehre

Auch hier kamen die ersten Hinweise von *Rudolf Agricola*. Er hatte zwar den, nach seiner Sicht der Dinge, zweiten Teil der Dialektik, das »iudicium«, in seinem Werk nicht mehr ausgeführt, beschäftigte sich aber doch im dritten Buch seiner »Inventio dialectica« von Kapitel 8 an mit der »Disposition«. Er meint, es sei nur wenig, was sich über sie sagen ließe, und Aristoteles, Cicero und Quintilian hätten sie so gut wie gar nicht behandelt⁴⁴. Was er dann dazu ausführt, betrifft nicht nur die »Künste«, worunter man wohl alle lehrhaften Disziplinen verstehen darf, sondern auch die Dichtung, die Geschichtsschreibung, die Form der Rede und Beweisführung und noch darüber hinausgehend die Ordnungsprinzipien der Gegenstände

wiederum unterschieden: die »synthesis particularis«, die »diairesis particularis«, die »analysis particularis« und eben die »vermischte« Melanchthonsche Methode, die »ex pluribus Methodis ... conflata« sei (D 5 v/D 6 r).

³⁹ Johann Schitler, *Praecepta dialectices*, Wittenberg 1563, fol. H 3r.

⁴⁰ Cornelius Valerius, *Tabulae totius Dialectices, aliarum artium instrumenti praecepta utilissima complectentes, ordine perspicuo digestae*, Köln 1573, S. 74: »Methodus igitur seu recta docendi ratio simplicis quaestionis ...«. Eine klare Unterscheidung zwischen universaler und partikularer Methode macht Valerius nicht.

⁴¹ Bartholomaeus Keckermann, *Systema logicae*, 2. Ausgabe, Hanau 1603, S. 595: *Methodus particularis* »qua certum et speciale thema disponitur«.

⁴² Johann Heinrich Alsted, *Logicae Systema Harmonicum ...*, Herborn 1614, S. 470 (Methode überhaupt), 499 (*methodus particularis*, »quae partem aliquam disciplinae respicit«).

⁴³ Christophorus Scheibler, *Opus logicum ...*, Marburg 1634, S. 798: »Methodus particularis est, quae (non in integris disciplinis, sed) particularibus thematis spectatur«. S. 810 f. dann Darlegung der traditionellen »Methode des einfachen Themas«. Vgl. noch Kilianus Rudrauffius, *Commentarioli vel institutiones majores Logicae*, Gießen 1675, S. 434.

⁴⁴ R. Agricola (Fn. 23), S. 484 f.

überhaupt. Eine bestimmte, überall gültige Disposition gibt es für Agricola nicht. Manche Dinge unterliegen von sich aus einem bestimmten Ordnungsprinzip, wie die Tage und Jahre der Ordnung in der Zeit, die körperlichen Gegenstände der Ordnung im Raum, die Begriffe hinsichtlich ihrer Wesensart (das Genus ist der Spezies vorgeordnet), bestimmte Dinge hinsichtlich ihrer »Wertigkeit«, die sich z. B. bei Ämtern aus ihrem Rang oder bei Metallen aus ihrem Wert ergibt. Für den schriftlichen oder mündlichen Vortrag kommt es zunächst auf den Zweck der Darstellung an. Beim Lehren der Künste ist es »das Ziel eines jeden Lehrenden ..., aus der Betrachtung gut bekannter Gegenstände Aufschluß über die weniger bekannten zu gewinnen« – »dies ist«, sagt Agricola, »das einzige System, nach dem wir lernen!«. Daraus ergibt sich, daß zunächst eventuelle Fehlvorstellungen des Schülers ausgeräumt werden müssen. Bestehen solche Fehlvorstellungen nicht oder nicht mehr, dann gilt Folgendes: Zunächst soll man »von gattungsbezogenen Aspekten, da sie ja die | bekannteren sind« ausgehen. »Sodann wird man die species zu durchlaufen haben. Und diese species werden vielleicht selbst wiederum, falls sie einen so weiten Bereich umfassen, zu genera werden und in andere species aufgespalten werden müssen. Dann sind die Einzelgegenstände in der von uns gewählten Reihenfolge zu behandeln, und zwar so, daß gesagt wird, was ihre Substanz ist – was vermittelt einer definitio geschieht ... Sodann wird auszuführen sein, welches die Teile (partes) des Gegenstandes ist, falls das Wesen der Gegenstände so ist, daß sie in irgendwelche Teile zerlegt werden können. Hierauf wird man angeben, was dem Wesen eines jeden eigentümlich anhaftet ... und was sich sonst noch bei der Substanz des Gegenstandes befindet«⁴⁵.

Woher Agricola diese Ratschläge nimmt, macht er, abgesehen von einem kurzen Hinweis auf Aristoteles, nicht deutlich. Eine wichtige Quelle dürfte aber auch hier der von den Humanisten so hochgeschätzte Cicero sein, dessen Ausführungen zu der Konstituierung einer Kunst in »De oratore« I, 41 sich weitgehend mit den Überlegungen Agricolas decken. Es handelt sich um die berühmten – Crassus in den Mund gelegten – Sätze Ciceros, wie man die Jurisprudenz »in artem redigere« kann. Wer eine Disziplin in die Form einer Kunst bringen will, muß so vorgehen, daß er zunächst den Zweck des Ganzen (hier des *ius civile*) beschreibt, dann seine Gattungen feststellt, ihre Teile darlegt und alle diese Elemente der Disziplin definiert, oder, wie es kurz darauf heißt, das *ius civile* »in Gattungen einteilt, die sehr wenige sind, daraufhin diese Gattungen gewissermaßen in ihre Glieder aufspaltet, sodann die Eigentümlichkeiten eines jeden durch eine Definition erklärt«⁴⁶. Das

⁴⁵ R. Agricola (Fn. 23), S. 496–499.

⁴⁶ Cicero, De oratore, I, 41: »Sit ergo in iure civili finis hic, legitima, atque usitata in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio. Tum sunt notanda genera, et ad certum numerum paucitatemque revocanda. Genus autem id est, quod sui similes communione quadam, specie autem differentes, duas aut plures complectitur partes. Partes autem hae sunt, quae generibus iis, ex quibus emanant, subiiciuntur. Omniaque, quae sunt vel generum, vel partium nomina, definitionibus, quam vim habent, est exprimendum ...«. Wenn es jemandem gelingt, »ut primum omne ius civile in genera digerat, quae perpauca sunt; deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat; tum propriam cuiusque vim definitione declaret; perfectam artem iuris civilis

Entscheidende ist also, wie bei Agricola, die Aufgliederung des Ganzen in Gattungen und »Arten« oder »Teile« und die Definition eines jeden dieser Elemente. Das Verfahren entspricht dem, was seit Platon als »dihairetische« (aufspaltende) Methode bekannt war⁴⁷. Man | muß aber genau beachten, daß Agricola es als Instrument für die Erfassung einer ganzen Disziplin deshalb empfiehlt, weil es vom Bekannten zum weniger Bekannten fortschreitet. Im Vordergrund steht nicht, wie ein moderner, mit der Entwicklung der Wissenschaftstheorie seit dem 18. Jahrhundert vertrauter, Leser prima facie annehmen könnte, die logische Struktur des zu konstruierenden Systems, als eines nach Prinzipien geordneten Ganzen (dann würde sich wohl eher die »synthetische«, axiomatisch-deduktive Methode anbieten). Leitend ist vielmehr die Überlegung, daß eine Kunst nur auf diese Weise sinnvoll gelehrt werden kann. Soll etwa jemandem das Recht vermittelt werden, der noch nichts davon weiß, dann wird man ihm zunächst erklären, was Recht überhaupt ist. Sodann wird man die wichtigsten Teilgebiete bezeichnen und weiter erklären. So führt man den Lernenden vom Bekannten zum Unbekannten (und denjenigen, der nicht weiß, wo er die einschlägige Regel suchen soll, an den richtigen Ort).

Unter diesem Blickwinkel muß man auch die Weiterentwicklung der Lehre von der »Disposition« sehen. Zunächst greift offenbar der Pariser Logiker Pierre de la Ramée (*Petrus Ramus*) die Frage nach der Zusammenfügung einer ganzen Disziplin auf. Ramus legt seinem Logik-Grundriß von 1543, den »*Dialecticae Institutiones*« die ciceronianisch-agricolasche Zweiteilung von »*inventio*« und »*iudicium*« zugrunde. Bei der Invention behandelt er die *Topoi*. Beim »*Iudicium*« geht er zunächst auf die Schlüsse ein (die für diesen Teil namengebende Lehre vom Urteil fehlt erstaunlicherweise!⁴⁸). Dann folgt ein Lehrstück, für das es in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Logik – wenn man einmal von den Ansätzen bei Agricola absieht – bis dahin kein Vorbild gab: ein Abschnitt über die »Zusammenstellung« (*collocatio*) und »Ordnung vieler und verschiedenartiger Beweisgründe, die untereinander zusammenhängen ... und sich auf einen bestimmten Zweck beziehen«⁴⁹. Was Ramus dazu ausführt, deckt sich mit den Vorstellungen Ciceros und Agricolas. Er bezieht sich auf Platons »*Philebos*« und auf »*Crassus*«, also Ciceros »*De oratore*«. Sie schrieben, so sagt er, vor: daß bei der Zusammenfassung verstreuter Dinge (sc. einer Disziplin) »zunächst der Zweck definiert und bewiesen werde, sodann die Gattungen dargelegt werden, die Teile der Gattungen dahinter gestellt werden, und dieses Fortschreiten nicht eher zum Stillstand kommt, | bis es zu der unbegrenzten Menge der individuellen Teile gelangt ist ...

habebitis, magis magnam, atque uberem, quam difficilem atque obscuram ...« (nach: *M. Tullii Ciceronis Opera*, ex recensione Christ. Godofr. Schützi, 2. Bd., Augustae Taurinorum 1824, S. 124 f.)

⁴⁷ S. dazu *M. Herberger* (Fn. 15), S. 17 f.

⁴⁸ S. dazu *W. Ong* (Fn. 19), S. 184 f.

⁴⁹ *Petrus Ramus*, *Dialecticae Institutiones*, Paris 1543, fol. 27r: »*secundus* (sc. *dialectici iudicii gradus*) ... *collocationem* tradit, & *ordinem* multorum, & *variorum argumentorum cohaerentium inter se*«.

Bei allen Begriffen aber der Gattungen und der Teile ist durch Definitionen ihre Eigentümlichkeit zu erklären⁵⁰.

Von »Methode« spricht Ramus 1543 in diesem Zusammenhang allerdings noch nicht. Dazu geht er aber einige Jahre später über, und in seiner französischen »Dialectique« von 1555 ist das Lehrstück voll ausgeführt. Was 1543 unter dem Titel »collocatio« stand, hat nun die Überschrift »Méthode«. Dabei macht nun auch Ramus deutlich, daß es zunächst nicht um eine bestimmte logische Struktur der Disziplin geht, sondern um das dem Darstellungszweck entsprechende Fortschreiten vom Bekannten zum weniger Bekannten. Methode ist »Ordnung, durch die unter mehreren Dingen das Bekannteste an die erste Stelle gesetzt wird, das zweite an die zweite, das dritte an die dritte und so immer weiter«⁵¹, und als »Methode der Natur« bezeichnet Ramus nun das schon in der Dialektik von 1543 entwickelte Fortschreiten von der Gattung zu den Arten oder Teilen mit fortwährender Definition der einzelnen Elemente⁵², also das »dihairetische« Verfahren.

Damit war nun erstmals im 16. Jahrhundert auch eine – als solche bezeichnete – Methode für die Zusammenfügung einer ganzen Disziplin vorhanden. Nach Ramus ist sie auf Darstellungen aller Art, sogar für lehrhafte Werke der Dichtkunst wie Vergils »Georgica« anwendbar. Ramus hat dieses Kernstück seiner Lehre von der Methode auch in seinen späteren logischen Schriften beibehalten, allerdings manches umgestellt und gegen die sich mehrenden Angriffe konservativer Logiker verteidigt⁵³. |

bb) Die aristotelisch-galenischen Lehren

Offenbar durch Ramus (und Melanchthon) wurde das Methodenkapitel, das von der kunstgerechten Verbindung der einzelnen Elemente einer Disziplin (bzw. der Erörterung eines Einzelthemas) handelt, nach und nach zum festen Bestandteil der Logik-Lehrbücher. In der Sache blieb Ramus' Lehre aber, trotz des großen Einflusses, den sie im 16. und frühen 17. Jahrhundert hatte, umstritten. Jedenfalls seit den späten fünfziger Jahren des 16. Jahrhunderts wiesen konservative Logiker darauf hin, daß es nicht nur *eine*, sondern *drei* Methoden für die Abhandlung einer Disziplin gebe, nämlich diejenigen, die Galen in seiner »Ars parva« dargelegt habe, d. h. außer der »dihairetischen« – der ciceronianisch-ramistischen – auch die »synthetische«, die von den ersten, einfachsten Elementen einer Kunst zum Ziel

⁵⁰ P. Ramus (Fn. 49), fol. 28r/v: »... ut finis primum definiatur, demonstreturque: deinde genera proponantur: generum partes subiiciantur: nec prius illa progressio conquiescat, quam ad infinita individuarum partium multitudinem pervenerit ... Omnia vero (quae gene- [28v] rum partiumve nomina essent) definitionibus (quam vim habent) explicari ... magister Plato praecepit«.

⁵¹ Pierre de la Ramée, *Dialectique* (1555), hrsg. von M. Dassonville, Genf 1964, S. 144 (Original S. 119): »Méthode est disposition par laquelle entre plusieurs choses la premiere de notice est disposée au premier lieu, la deuziesme au deuziesme, la troiziesme au troiziesme et ainsi conséquemment.« Nach W. Ong (Fn. 19), S. 245 hat Ramus schon in einem Werk von 1546 ein entsprechendes Methodenkapitel.

⁵² P. de la Ramée (Fn. 51), S. 145 (Original 120 f.).

⁵³ S. zum Ganzen W. Ong (Fn. 19), S. 245 ff.

fortschreitet, und die »analytische«, die vom Zweck, vom Ganzen ausgeht und dann zu dem kommt, was diesen Zweck fördert⁵⁴. Der Meinung des Ramus, »der nur eine universale Methode anerkennt«, sei nicht zu folgen, erklärt 1559 Niels Hemmingsen⁵⁵. Welche der drei Methoden nun aber zu welchem Zweck dienen soll, oder ob ihre Anwendung überhaupt beliebig ist, läßt Hemmingsen aber offen, wie auch andere Logiker seiner Zeit⁵⁶.

Klärend und bahnbrechend wirkte in dieser Situation der 1578 erscheinende Traktat »De methodis libri IV« des *Jacobus Zabarella*. Zabarella, das Haupt der Paduaner Philosophenschule, nimmt sich zunächst der immer verwirrender werdenden Terminologie an, indem er das, was bei Melanchthon und Ramus »methodus« hieß, nun als »ordo« bezeichnet. Das Wort »methodus« will er der Erkenntnismethode vorbehalten, dem Fortschreiten vom Bekannten zum Unbekannten (was ihm zufolge durch den Syllogismus geschieht). Der ordo »disponiert nur das, was zu behandeln ist«⁵⁷. In | dieser Terminologie sind die späteren Logiker Zabarella zwar nicht immer gefolgt⁵⁸; der nachdrückliche Hinweis Zabarellas auf den Unterschied zwischen Erkenntnis- und Darstellungsmethode war aber sicherlich nicht überflüssig.

Was nun den »ordo« betrifft, so ist für Zabarella, wie auch für Agricola und Ramus, nicht die logische Struktur entscheidend, sondern der Zweck der Darstellung. Der ordo richtet sich nach unserer besseren und leichteren Erkenntnis, er ist »das Instrument der Lehre, durch das wir fähig sind, die Teile jeder Disziplin so anzuordnen, daß sie so gut und leicht gelernt werden kann, wie irgend möglich«⁵⁹. Mit diesem Ausgangspunkt geht Zabarella die drei galenischen Methoden durch. Dabei erklärt er sogleich, daß die dihairetische oder definierende kein besonderer »ordo« sei, da jede Lehre mit Definitionen beginnen müsse⁶⁰. Es bleiben also die synthetische Ordnung, der »ordo compositivus«, und die analytische Ordnung,

⁵⁴ Diese Definitionen nach *N. Hemmingius* (Fn. 38), fol. B 5v, B 7v (nicht foliiert), Cv. Die drei Methoden legt Galen am Anfang der »Ars medica« (»Techne iatrike«) dar: »Tres sunt omnes doctrinae, quae ordine comparantur. Prima quidem ex finis notione, quae per resolutionem fit; secunda ex compositione eorum, quae per resolutionem fuerunt inventa; tertia ex definitionis dissolutione, quam nunc instituimus« (*Claudius Galenus*, Opera Omnia, ed. Carolus Gottlob Kühn, tom. 1, Leipzig 1821 [= Medicorum Graecorum opera, quae exstant, ed. C. G. Kühn, vol. 1, Leipzig 1821], S. 305). – Zu den Ramus-Kritikern ausführlich: *N. Gilbert* (Fn. 16), S. 145 ff.

⁵⁵ Wie vorige Fn., fol. Cv (Ramus, »qui unam tantum universalem Methodum agnoscit«).

⁵⁶ Siehe *J. Schitler* (Fn. 39), fol. H 2v/H 3r; *C. Valerius* (Fn. 40), S. 73 (will die Rhetorik analytisch, Grammatik und Dialektik synthetisch behandeln; die Dihairesis ist nach ihm in allen »artes« zu beachten); *A. Planer* (Fn. 20), S. 79–82 (geht auf Zabarella noch nicht ein).

⁵⁷ *Jacobus Zabarella*, De Methodis libri IV (1578), in: *ders.*: Opera logica, 3. Ausg. Köln 1597 (Ndr. Hildesheim 1966), Sp. 139 B (ordo »solum disponit ea, quae tractanda sunt«). Vgl. dazu auch *C. Vasoli* (Fn. 19), S. 273 ff. und, mit etwas weiter gefaßter Fragestellung, *W. Schmidt-Biggemann* (Fn. 23), S. 72 ff.

⁵⁸ Siehe z. B. *B. Keckermann* (Fn. 41), S. 583; *J. H. Alsted* (Fn. 42). Übernommen wird Zabarellas Unterscheidung aber z. B. von *R. Goclenius* (Fn. 37), S. 3; *Jacobus Martini*, Institutionum logicarum libri VII, Wittenberg 1610, S. 136 f.

⁵⁹ *J. Zabarella* (Fn. 57), Sp. 154 C.

⁶⁰ *J. Zabarella* (Fn. 57), Sp. 171 A – F.

der »ordo resolutivus«, übrig. Jener ist ein »logisches Instrument, durch das wir die Teile ... (sc. einer Lehre) ... so disponieren, daß wir mit den ersten Grundsätzen der Sache beginnen« und schließlich bis zu den letzten, vom Einfachen zum Zusammengesetzten gelangen⁶¹. Dagegen schreitet der »ordo resolutivus« vom Begriff des Zwecks zu den Grundsätzen, mittels derer wir diesen Zweck erreichen können⁶². Welche Ordnung für welchen Zweck geeignet ist, richtet sich nach der jeweiligen Disziplin. Wenn die Erkenntnis um ihrer selbst willen erstrebt wird, dann müssen wir mit den ersten Prinzipien beginnen, weil wir ohne Kenntnis der Prinzipien keine Kenntnis der Wirkungen erlangen können. Zabarella weist damit die synthetische Ordnung den kontemplativen Disziplinen Metaphysik, Mathematik und Physik zu. Wenn wir aber die Erkenntnis um irgendeines praktischen Erfolgs willen erstreben, dann müssen wir mit diesem Ziel, das wir ja kennen, anfangen und von da aus zu den Mitteln, den ersten Prinzipien, fortschreiten. Nach der analytischen Ordnung müssen also die »operativen« Disziplinen wie Medizin, Ethik, Jurisprudenz usw. verfahren.

Zabarella hatte mit dieser Lehre großen Erfolg. In Deutschland übernahmen sie die um 1600 führenden Logiker Keckermann und Alsted⁶³, und sie behauptete sich dann bis in die zweite Hälfte des 17. Jahrhunderts⁶⁴. Die ramistische Methodenlehre wurde durch sie weitgehend verdrängt. Aber man muß nachdrücklich festhalten, daß beide Methodenlehren denselben Zweck hatten: nicht den, den Wissenschaften oder »Künsten« eine bestimmte logische Struktur als Selbstzweck vorzuschreiben, sondern den, ihnen eine zweckmäßige, vom Bekannten zum Unbekannten fortschreitende Lehrart zu ermöglichen.

Insgesamt verläuft die Entwicklung also etwa folgendermaßen: Nach den Anstößen durch Rudolf Agricola entwickelt zunächst Melancthon eine »Methode« der Erklärung eines einfachen Themas. Etwas später entsteht Ramus' »Methode« der Behandlung einer ganzen Disziplin, der alsbald andere Theorien entgegen treten. Schon seit den fünfziger Jahren beginnt man damit, die beiden Methoden als partikuläre und universale nebeneinander zu stellen⁶⁵. Am Ende des 16. Jahrhunderts enthalten – anders als noch 50 Jahre vorher – die meisten Logik-Lehrbücher einen Abschnitt über die »Methode«. Methode, zuweilen auch »ordo«, wird dabei verstanden als die Art und Weise, wie die Erkenntnisse einer Disziplin

⁶¹ J. Zabarella (Fn. 57), Sp. 214 F / 215 A: »logicum instrumentum, quo cuiusque contemplatricis scientiae partes ita disponimus, ut a primis rei principiis exordiendo, et ad secunda transeundo tandem ad proxima perveniamus, ut quantum in eo genere fieri possit, optime et facillime [215 A] rerum tractandarum scientia adipiscamur.«

⁶² J. Zabarella (Fn. 57), Sp. 216 F. Zu den im Text folgenden Ausführungen siehe Sp. 180 C, D und 147 F.

⁶³ B. Keckermann (Fn. 41), S. 592 f.; J. H. Alsted (Fn. 42), S. 495, 498.

⁶⁴ Siehe etwa R. Goclenius (Fn. 37), S. 8 f.; Jacobus Martini, *Institutionum logicarum libri VII*, Wittenberg 1610, S. 143 f.; Conradus Hornejus, *Institutionum logicarum libri V* ..., Frankfurt 1633, S. 204 f.; Franco Burgersdicius, *Institutionum logicarum libri II*, 2. Ausg., Leiden 1634, S. 410 f.; C. Scheibler (Fn. 43), S. 798; A. Calovius (Fn. 28), S. 651; K. Rudrauffius (Fn. 43), S. 436.

⁶⁵ Zum Beispiel N. Hemmingius (Fn. 38), fol. B 5r.

angeordnet und gelehrt werden sollen⁶⁶, und scharf von dem vorangehenden Erkenntnisverfahren unterschieden⁶⁷. Man kennt eine universale | und eine partikulare Methode. Die universale Methode betrifft die Anordnung einer ganzen Disziplin. Ihr Ziel ist die zweckmäßige, vom Bekannteren zum weniger Bekannten fortschreitende Darstellung. Dieses Ziel wird nach den einen durch die monistische »dihairetische« Methode des Ramus erreicht, nach den anderen – Zabarella folgend – durch einen Dualismus von synthetischer und analytischer Methode, die jeweils verschiedenen Disziplinen zugewiesen werden. Die partikulare Methode betrifft die Anordnung von Teilen einer Wissenschaft bzw. die Behandlung eines »einfachen« Themas und besteht in dem von Melanchthon entwickelten Durchlaufen der wichtigsten Topoi⁶⁸.

2. Die Methodenbegriffe in den juristischen Logiken und Topiken

a) Die »Methode eines einfachen Themas«

Melanchthons Erfindung war den Juristen in der Sache schon vor 1540 bekannt. Johann Appell, der Melanchthon als seinen »Lehrer« bezeichnet, hat sie wohl von diesem erlernt und schreibt seine »Methodica dialectices ratio« von 1533 (?) in der erklärten Absicht, nun auch den Juristen »diese methodische oder didaktische Art der Erklärung« eines »einfachen Themas« nahezubringen⁶⁹. Zu diesem Zweck geht er ausführlich die verschiedenen Topoi durch, wobei sich seine Liste allerdings nicht ganz mit der Melanchthonschen deckt. Auch in den ersten juristischen Logiken ist ein entsprechendes Lehrstück schon vorhanden, wenn auch noch nicht unter dem Stichwort »Methode«: So erklärt Christoph Hegendorphinus in seinen »Dialecticae legalis libri V« von 1534, es sei, wenn ein »thema simplex« vorgelegt werde, auf die Topik zu rekurrieren, und diese zeige uns dann die »loci«, mittels derer wir das vorgelegte Thema behandeln könnten⁷⁰ (er | nennt allerdings nur

⁶⁶ S. die Definitionen von Melanchthon (o. zu Fn. 35), Ramus (o. zu Fn. 49, 51 f.), Zabarella (»ordo«, o. zu Fn. 58) und etwa noch A. Planer (Fn. 20), S. 76: »ratio ac via ordine tradendi et docendi ipsa episteta«; B. Keckermann (Fn. 41), S. 582: »partium doctrinae constitutio a principio certo, ad certum finem«; R. Golenius (Fn. 37), S. 3: »dispositio legitima praeceptorum disciplinae alicujus«; J. H. Alsted (Fn. 42), S. 470: »instrumentum dianoeticum, quo res diversae secundum prius et posterius ordinantur, ad rerum cognitionem in suo genere perfectam adipiscendam«.

⁶⁷ Sehr klar dazu A. Planer (Fn. 20), S. 76: »Methodus« ist »ratio ac via ordine tradendi et docendi ipsa episteta«. »Haec Methodus seu didaskalia differt primum a Dialectica, quam supra etiam Methodum vocari diximus, quod nimirum Dialectica sit dumtaxat methodus inveniendi veri, non autem res explicandi, tradendi et discendi ordinata quaedam ratio.«

⁶⁸ Dabei fallen für einige Autoren partikulare Methode und Methode der Behandlung eines einfachen Themas zusammen, nach anderen sind sie zu unterscheiden. Für das erste siehe z. B. J. H. Alsted (Fn. 42), S. 499; nicht ganz klar B. Keckermann (Fn. 41), S. 594 f.; J. Martini (Fn. 64), S. 146. Für das zweite z. B. J. Zabarella (Fn. 57), Sp. 222 C/D; F. Burgersdicius (Fn. 64), S. 412 f.

⁶⁹ J. Appell (Fn. 4), S. 111 (zu Melanchthon S. 108).

⁷⁰ Christoph Hegendorphinus, Dialecticae legalis libri quinque, ad summos iuris apices consultiissimi, Lyon 1534, S. 91 f.: Wenn man z. B. über das Recht reden soll »hic Dialectica inveniendi locos quosdam mihi indicat, e quibus de re simplici proposita commode et perspicue dicere pos-

fünf); und Bernhard Walther gibt in seinen »De dialectica ex iure libri tres« von 1546 eine Anleitung »über die Art, einfache Themata zu erklären«⁷¹, und führt dabei sieben Topoi auf.

Selbständige Abschnitte über die »Methode« finden sich, soweit ich sehe, erst in den juristischen Logiken nach 1570 (Hotman, Freigius, Stephani⁷²). Dabei handelt Hotman nur von der Universalmethode, während Freigius und Stephani die Melanchthonsche Lehre von der Behandlung eines einfachen Themas übernehmen⁷³. In diesem Punkt haben sich also die Vorstellungen der Juristen wohl kaum von denen der Philosophen unterschieden.

b) Die Methode der Ordnung einer ganzen Disziplin

Auch im Hinblick auf die »methodus universalis« verlaufen die Entwicklungslinien bei den Juristen ähnlich wie bei den Philosophen. Im Vordergrund der Diskussion steht zunächst, schon in den dreißiger Jahren, die berühmte Cicero-Stelle aus »De oratore« über die Möglichkeit, die Jurisprudenz »in artem redigere«⁷⁴. In den juristischen Logiken kommt die »methodus universalis« erst nach 1570 zur Sprache. Dabei macht vor allem Johannes Thomas Freigius, Ramus folgend, deutlich, daß die erste Forderung der Universalmethode nicht darin besteht, eine bestimmte logische | Struktur als Selbstzweck zu verfolgen, sondern darin, vom Bekannten (Klareren) zum weniger Bekannten fortzuschreiten: (Universale) »Methode ist die Darlegung verschiedener gleichartiger Lehrsätze, die nach dem Grad ihrer Klarheit angeordnet sind«. Darüber, mit welchem Verfahren das zu erreichen war, bestand ebenso wie bei den Philosophen Uneinigkeit. Einerseits

sim, ut sunt 1. Quid sit ius 2. Causa iuris quae existat 3. Quam multiplex ius reperiatur 4. Quae officia quarumlibet partium iuris sint 5. In quibus concordent, in quibus discordent partes iuris.

⁷¹ Bernhard Walther, *De dialectica ex iure libri tres*, Nürnberg 1546, fol. b 4v und folgende (»De ratione explicandi simplicia themata«).

⁷² Franciscus Hotmanus, *Dialecticae institutionis libri III*, o. O. 1573, lib. 2, cap. 1, S. 113 ff.; Johannes Thomas Freigius, *De Logica iureconsultorum libri II*, ed. postrema, Basel 1582, lib. 2, cap. 16, S. 150 ff.; Matthias Stephani, *Dialectica iuris exactissima et absolutissima ...*, o. O. 1610, lib. 1., cap. 22, S. 47. Nicolaus Vigelius, dessen »Dialectices iuris civilis libri III ...«, Basel 1573, an sich auch in diesen Zusammenhang gehören, hat kein besonderes »Methoden«-Kapitel, da er »methodus« noch im älteren Sinne von »kurze geordnete Darstellung« (vgl. N. Gilbert [Fn. 16], S. 55, 65) benutzt; in diesem Sinne schreibt er »Methodi« des Zivilrechts (Fn. 7), der Rechtsregeln (Methodus regularum utriusque iuris, Basel 1584) usw. In der Sache kennt Vigelius natürlich gleichfalls die hier behandelten Methoden, die er in der »Dialectica« unter der Rubrik »De universorum distributione«, S. 5 ff. (= methodus universalis) und »De singulorum descriptione«, S. 9 ff. (= Methode des einfachen Themas) abhandelt.

⁷³ Wie vorige Fn. Freigius sieht für die Ordnung der »singula capita iuris« nur dann die Topoi-Methode vor, wenn Rechtsmaterien (nicht »responsa« oder Prozeßformeln) zu behandeln sind, sein Topoi-Katalog deckt sich auch ganz nicht mit dem Melanchthonschen.

⁷⁴ Auf diese Stelle nehmen z. B. Bezug Ulrich Zasius, *Epistola de methodo iuris ad D. Johannem Fichardum* (1532), in: Johannes Winkel (Hrsg.), *Varia opuscula de exercitatione iurisconsultorum*, Straßburg 1553, S. 484 ff. (485); Franz Frosch, *Isagoge in iuris civilis studium* (1533), in: J. Winkel (a. a. O.), S. 275 ff. (422); J. Appell (Fn. 4), S. 109. Vgl. R. Stintzing (Fn. 2), S. 140 ff. und zu Konsequenzen für den Rechtsunterricht K. H. Burmeister (Fn. 13), S. 125.

befürwortet Johannes Thomas Freigius (zuletzt 1582) die monistische »dihair-etische« Methode der Gesamtordnung, wie sie Cicero und im 16. Jahrhundert Petrus Ramus entwickelt hatten⁷⁵; und ähnlich bezieht sich Nicolaus Vigelius in seinen »Dialectices iuris civilis libri III« (1573) zustimmend auf Cicero, wobei er aber nicht von »methodus«, sondern »de universorum distributione« spricht⁷⁶. Andererseits geht aber der Jurist Franciscus Hotomanus in seinen »Dialecticae Institutiones libri III« (1573) von der galenischen Dreiteilung der Methoden aus⁷⁷, und dasselbe hatte auch schon Christoph Ehem 1556 in seiner Abhandlung »De principiis iuris libri VII« getan⁷⁸ und tat wieder Matthäus Wesenbeck 1585⁷⁹. Durchgesetzt hat sich später bei den Juristen, ebenso wie bei den Philosophen, schließlich wohl die Zabarellasche Zweiteilung der Universalmethoden⁸⁰. Im Hinblick darauf läßt sich der, oft sehr hoch veranschlagte⁸¹, Einfluß des Ramus auf die juristischen »Systematiker« nur schwer abschätzen, da sein (universal-) methodisches Grundprinzip wohl von allen Autoren akzeptiert wurde, und die von ihm befürwortete logische Struktur sich schon bei Cicero und Agricola findet. |

Insgesamt halten sich also die Methodenvorstellungen der Juristen im Rahmen der philosophischen Begriffsentwicklungen: Auch die Juristen anerkennen neben den einzelnen logischen Instrumenten eine besondere, in der Logik abzuhandelnde, Methode für die Zusammenfügung der Einzelerkenntnisse einer Disziplin. Diese Methode ist auch für sie kein Erkenntnis-, sondern ein Lehr- und Darstellungsverfahren: die »geeignete und naturgemäße Anordnung der Teile einer ganzen Kunst« (Ehem⁸²), die »Kunst, die lehrt, wie eine jede Disziplin in Form

⁷⁵ J. T. Freigius (Fn. 72), S. 150: »Est ... a generalibus ad specialia. Definitio itaque generalissima prima erit: distributio sequetur et partium subdivisio (sic!) usque ad specialissima«. Dort auch die im Text vorher zitierte Stelle: »Methodus est dianoea variorum axiomatum homogeneorum pro naturae suae claritate praepositorum«.

⁷⁶ N. Vigelius, *Dialectica* (Fn. 72), S. 5 ff. Zu Vigelius' Terminologie s. o. Fn. 72.

⁷⁷ F. Hotomanus (Fn. 72), S. 114 ff.

⁷⁸ Christoph Ehem, *De principiis iuris libri septem*, quibus *Iurisprudentiam arte, methodo, ordineque tradi, propriisque finibus circumscribi posse, dilucide ostendit*, Basel 1556, S. 327 ff. (drei »ordines«).

⁷⁹ Matthäus Wesenbeck, *Quaestiones de studio iuris instituendo. Altera pars prolegomenon Iurisprudentiae*, Leipzig 1585, S. 45 f., wobei er aber merkwürdigerweise die drei Methoden der »methodus particularis« zuordnet.

⁸⁰ Angedeutet bei M. Stephani (Fn. 72), S. 47; für das spätere 17. Jahrhundert siehe Johann Brunnemann, *Enchiridion logicae iuridicae*, hrsg. von Johann Christoph Hartung, Jena 1716, S. 194.

⁸¹ S. etwa R. Stintzing (Fn. 2), S. 148 (»für die Jurisprudenz liegt seine Bedeutung darin, daß er der synthetischen Richtung die technischen Anweisungen darbietet«), S. 149 f. korrigiert Stintzing allerdings mit Recht einige Fehlvorstellungen; H. E. Troje (Fn. 13) S. 738 (»in der Jurisprudenz zu großer Bedeutung gelangt«, allerdings erst durch die Dialektik von 1572); V. Piano Mortari (Fn. 15), S. 237 (»influenza notevole sull'indirizzo sistematico del pensiero giuridico del secolo XVI«), der insofern auf Stintzing, Wieacker und Erik Wolf verweist.

⁸² C. Ehem (Fn. 78), S. 325: »ordo« ist »partium universae artis apta et secundum naturam conveniens dispositio«.

einer ars ... gebracht werden kann« (Hotman⁸³), die »Darlegung verschiedener gleichartiger Lehrsätze, die nach dem Grad ihrer Klarheit angeordnet werden« (Freigius⁸⁴), das »Werkzeug der Lehre« (Wesenbeck⁸⁵), der »richtige Weg oder die Ordnung der Untersuchung oder Erklärung« (Stephani⁸⁶). Wie bei den Philosophen werden, jedenfalls seit dem letzten Drittel des 16. Jahrhunderts, universale und partikuläre Methode unterschieden⁸⁷. Wie bei diesen ist die partikuläre Methode des »einfachen Themas« weitgehend anerkannt, während bei den Universalmethoden über das Prinzip (zweckmäßiges Fortschreiten vom Bekannten zum Unbekannten) wohl Einigkeit bestand, über die Mittel aber Dissens. Im 17. Jahrhundert dürfte jedoch der Zabarellasche Dualismus mehr und mehr den ciceronianisch-ramistischen Monismus verdrängt haben.

3. Die Methodenvorstellungen des 16. Jahrhunderts und die juristischen »Systematiker«

Es spricht, wie ich meine, alles dafür, daß die juristischen Systematiker in ihren Gesamtdarstellungen des Rechts die zeitgenössischen Methodenvorschriften befolgen wollten. Die oben unterschiedenen zwei Typen | »systematischer« Werke lassen sich jedenfalls unschwer den beiden Arten der Methode zuordnen: Typ 1 der Methode eines »einfachen Themas«, Typ 2 der Methode einer ganzen Disziplin.

a) Die Methode eines einfachen Themas: Typ 1

Als Typ 1 wurde oben eine Darstellungsform bezeichnet, bei der die vorgefundene Gesamtordnung der Quellen (Bücher, Titel) unberührt und undiskutiert bleibt, die einzelnen Titel aber abweichend von der quellenmäßigen Reihenfolge ihrer »leges« behandelt werden. Die dabei (von Kling und Wesenbeck) zugrunde gelegte Methode ist keine andere, als die des »einfachen Themas«. Sie durchläuft also die Topoi und verteilt den Stoff des jeweiligen Titels auf sie. Da nicht jeder Titel nur *ein* »einfaches Thema« betrifft, muß man dieses Verfahren unter Umständen innerhalb eines Titels auch mehrfach durchführen.

Es ist wohl kein Zufall, daß zuerst ein Wittenberger Jurist diese Melanchthonische Methode angewendet hat, nämlich Melchior Kling, der sicherlich in Witten-

⁸³ F. Hotmanus (Fn. 72), S. 113: »ars quae quemadmodum disciplina omnis redigi in artem et certam rationem possit, demonstrat«.

⁸⁴ Wie Fn. 75.

⁸⁵ M. Wesenbeck (Fn. 79), S. 45: »Instrumentum docendi est methodus universalis«.

⁸⁶ M. Stephani (Fn. 72), S. 47. Stephani bezieht sich hier nur auf Melanchthons Methode eines einfachen Themas, gibt aber am Ende auch noch einen kurzen Hinweis auf die »kompositive« Methode (also auf die Gesamtordnung?).

⁸⁷ So bereits bei J. T. Freigius (Fn. 72), S. 150, 152; M. Wesenbeck (Fn. 79), S. 45; wohl auch N. Vigelius (Fn. 76), der S. 5 ff., 9 ff. nacheinander »de universorum distributione« und »de singulorum distributione« handelt, allerdings das Wort »methodus« in diesem Zusammenhang; s. dazu o. Fn. 72.

berg mit Melanchthon in Berührung gekommen ist. Kling erklärt gleich am Anfang seiner »Enarrationes« zu den Institutionen, das Recht könne methodisch, also als »ars« behandelt werden, wenn man unter »ars« verstehe, daß ein Gegenstand »durch die dialektischen loci geführt werde«. Als solche nennt er Definition, Division, causae, effectus, cognata und pugnancia⁸⁸. Damit ist das ursprüngliche Schema Melanchthons etwas erweitert, das spätere etwas reduziert, aber die wesentlichen Topoi sind enthalten. In seiner Darstellung des Rechts der Institutionen läßt Kling dann die Buch- und Titelfolge der Quelle unverändert, bringt aber sein Topoi-Schema immer wieder innerhalb der einzelnen Titel an. Dabei verfährt er allerdings sehr frei: das Schema wird oft nur verkürzt oder kaum noch merklich angewendet, vielfach bildet Kling Unterabschnitte innerhalb der Titel, bei denen er das Schema dann jeweils aufs Neue (ganz oder teilweise) durchläuft, zuweilen zieht er auch wegen des Sachzusammenhangs Gegenstände eines Titels in einen anderen.

Auch der zweite Autor, der einer Gesamtdarstellung des Rechts die Methode des »einfachen Themas« zugrunde gelegt hat, Matthäus Wesenbeck, lehrte in Wittenberg; seine »Paratitla« zu den Pandekten waren allerdings | schon vorher entstanden. In einer besonderen Schrift, den »Prolegomena de studio iuris recte constituendo«, hat Wesenbeck seine Methode ausführlich dargelegt. Die Titelfolge der Pandekten ist beizubehalten. »Was sich aber Schritt für Schritt und verworren in den einzelnen Titeln findet, sollen (sc. die Lehrer und Schüler) mit Überlegung sammeln und an einem bestimmten Platz (sedes) zusammenstellen ... und die gewissermaßen verstreuten und auseinandergerissenen Glieder wieder zu einem Körper zusammenfügen.«⁸⁹ Diese »sedes« sind: der Begriff, die differentia specifica, die durch divisio ermittelten Species, die vier causae (efficiens, materialis, formalis, finalis), die Interpretationen, die affinia, die contraria und schließlich die actiones⁹⁰. Es sind also, wie bei Melanchthon und Kling (wenn auch von beiden leicht abweichend), die wichtigsten Topoi erfaßt. Die nach diesem Verfahren geschriebenen »Paratitla« führen das Schema aber nicht mechanisch durch, wenn auch wohl planmäßiger, als es in Klings »Enarrationes« geschieht. 1582 hat dann Wesenbeck auch den Codex Iustinianus nach dieser Methode bearbeitet⁹¹.

⁸⁸ M. Kling (Fn. 2), S. 2 (zu lib. 1, tit. 1, Nr. 5): »Si enim Methodice tradi, significat per locos dialecticos duci, ut definiendo, dividendo, quaerere causas, effectus, cognata et pugnancia, ut vult Aristoteles, certe nomen artis nulli professioni ita convenit, quam iuris ...«. Vgl. auch M. Herberger (Fn. 15), S. 276 f. Daß aber bei Melanchthon (1548?), anders als bei Kling, »causae« und »effectus« fehlten, trifft nicht zu.

⁸⁹ Matthäus Wesenbeck, Prolegomena de studio iuris recte constituendo (nach R. Stintzing [Fn. 2], S. 359 erstmals 1563), in: ders., Prolegomena iurisprudentiae. De finibus et ratione studiorum librisque iuris, Leipzig 1584, S. 81 ff. (100 f.): »quae sparsim ac confuse in singulis Digestorum titulis tractata reperiuntur, ea in certam cogant scienter, componantque sedem ... ac quasi dispersa deiunctaque membra in unum corpus apte compositeque iungant et coagmentant«.

⁹⁰ Wie vorige Fn., S. 101 f.

⁹¹ Matthäus Wesenbeck, In codicem divi Iustiniani commentarius, Basel 1582.

b) *Die Methode der Darstellung einer ganzen Disziplin: Typ 2*

Zu Typ 2 gehören nach der obigen Unterscheidung diejenigen Darstellungen, die sich völlig von der Quellenordnung (auch von der Bücher- und Titelfolge) lösen. Auch bei den Autoren dieser Werke darf man annehmen, daß sich ihre methodischen Vorstellungen im zeitgenössischen Rahmen halten, also als obersten Grundsatz das zweckentsprechende Fortschreiten vom Bekannteren zum weniger Bekanntem annehmen, sich im übrigen aber entweder an der ciceronianisch-ramistischen oder an der galenischen (bzw. Zabarellaschen) »methodus universalis« orientieren. Allerdings legen die Autoren ihre methodischen Grundlagen nicht immer ausdrücklich dar:

Als erster hat Sebastian Derrer 1540 eine Darstellung des Rechts (allerdings, nach einer allgemeinen Übersicht, nur des Personenrechts) in quellenunabhängiger Ordnung versucht. In der Widmungsepistel seines | Buches beschreibt Derrer sein Anliegen so: Die Jurisprudenz enthalte nicht allein Rechtsvorschriften, sondern wende darüber hinaus auch eine bestimmte Lehrart an, »durch die alles in feste Grenzen zusammengezogen und entsprechend der Art des Gegenstandes in eine wahre Ordnung gebracht, und schließlich aus dem Offensichtlicheren das Verworrenere erklärt wird«. Das deckt sich mit dem von Agricola bis Zabarella immer wieder herausgestellten obersten Prinzip der Universalmethode. Im übrigen meint Derrer: Es müsse »ein bestimmter Gegenstand vorangestellt werden, auf den alle Bemühungen des juristischen Wissens zielen, dann wird dieser Gegenstand in seinem Wesen, wie es die Aufgabe der Jurisprudenz erfordert, eingehender betrachtet, genauer in seine Teile zerlegt, und schließlich werden den einzelnen Abschnitten die erforderlichen Vorschriften beigelegt«⁹². Das ähnelt jedenfalls Ciceros dihairetischen Überlegungen zur »ars iuris«, ebenso wie die Bemerkungen in einem dem Werk beigegebenen Gedicht, wonach Derrer das Recht durch Genera und Species führe, und im Vorwort eines Petrus Petremandus, demzufolge die wahre Ordnung vom Obersten, dem Objekt einer Disziplin, zu den Species oder Membra herabsteigt⁹³. – Diese letzte Vorstellung herrscht offenbar auch bei Conrad Lagus (1543, 1544), wenn er die Gegenstände des Rechts in ihre hauptsächlichlichen Glieder unterteilen will⁹⁴. – Was Nicolaus Vigelius angeht, so zitiert er in seiner Dialektik und schon in seinem ersten Versuch einer »Methodus iuris civilis« so nachdrücklich die bekannten Cicero-Stelle

⁹² S. Derrer (Fn. 4), unbenanntes fol. r zwischen fol. a3 und fol. b: »Obiectum certum praefigatur, in quod omnes legalis scientiae conatus tendant: et tandem idem obiectum in penitioribus sui ipsius quidditatibus, ut ratio Iurisprudentiae desyderat, intimius contempletur, in partibus subiectivis exactius secernatur: et demum singulis capitibus debita praeeptiones accommodentur«. Die vorher im Text zitierte Stelle lautet: disciplina »qua ... ratione, omnia intra certos limites coercentur, et iuxta ipsius obiecti rationem, in verum ordinem rediguntur, et tandem ex evidentialibus abstrusiora explicantur« (fol. a 3r).

⁹³ Wie vorige Fn., fol. b 4r (Gedicht), C 4v (Petremandus).

⁹⁴ Wie oben Fn. 11.

aus »De oratore«⁹⁵, daß kein Zweifel darüber bestehen kann, welche Methode er seiner »Methodus« des *ius civile* (1561, 1568) zugrunde legt. – Genau so offenkundig ist bei Freigius der Einfluß des Ramus, dessen Methode er in seiner Logik folgt⁹⁶ und auf den er sich in der Vorrede zu seinen »Partitiones iuris utriusque« (1571) bezieht⁹⁷. – Auch Althusius und Vultejus gelten als Ramus-Anhänger. Das läßt sich bei Althusius schon damit begründen, daß die erste Auflage seiner »Jurisprudentia Romana« (1586) bereits dem Titel zufolge der »ramistischen Methode« angepaßt ist⁹⁸. Von Vultejus ist bekannt, daß er Vorlesungen über Ramus' Dialektik gehalten hat⁹⁹. Das »Prolegomenon de studio iuris« zu seiner »Jurisprudentia Romana« (1590)¹⁰⁰ läßt allerdings Vultejus' methodische Vorstellungen nicht klar erkennen, ebensowenig, wenn ich recht sehe, seine »Idea iuris logica« von 1586. Aus dieser ergibt sich nur, daß am Anfang die Definition (des Rechts oder der Jurisprudenz) stehen muß und daß dann das Recht in Personen, Sachen und actiones einzuteilen ist; Vultejus skizziert aber mehr das Rechtssystem selbst als seine methodischen Grundlagen¹⁰¹. – Nicht sehr ergiebig sind schließlich auch die Ausführungen von Dethard Horst in der Widmungsepistel zu seiner »Triboniana Jurisprudentia«. Sein Vorhaben, die Institutionen durch »fortwährende Definitionen, Divisionen und Regeln zu erläutern«¹⁰², verträgt sich aber gleichfalls mit der ciceronianisch-ramistischen »methodus universalis«.

Trotz der Unsicherheit, die hier und da über den methodischen Standpunkt der Autoren bestehen mag, läßt sich doch soviel sagen: Das Prinzip des Fortschreitens vom Bekannteren zum weniger Bekannten war ihnen sicherlich vertraut und wird von einigen auch ausdrücklich angesprochen. Im übrigen spielt die Zabarellasche Unterscheidung von kontemplativen und praktischen Disziplinen mit ihren Konsequenzen für die Lehrart bei den juristischen »Systematikern« des 16. Jahrhunderts offenbar keine Rolle, auch die galenische Dreiteilung der Methoden kommt bei ihnen nicht zur Sprache. Es ist also wohl am wahrscheinlichsten, daß alle »Systematiker« in dem halben Jahrhundert zwischen 1540 und 1590 mehr oder weniger reflektiert Ciceros Vorstellungen von der *ars iuris* (bzw. Ramus' Methode, also die *dihairetische*) zugrunde legen. |

⁹⁵ N. Vigelius (Fn. 72), S. 6 f., und schon in der Widmungsepistel fol. a 2v; Nicolaus Vigelius, *Methodus iuris civilis. De haereditatibus et bonorum possessionibus* ..., Basel 1559, fol. a 3r.

⁹⁶ J. T. Freigius, *Logica* (Fn. 72), S. 150.

⁹⁷ J. T. Freigius, *Partitiones* (Fn. 6), fol. 2r (»ut cum P. Ramo praeceptore loquar«). Vgl. zu diesem Werk A. Mazzacane (Fn. 4), S. 144 ff.

⁹⁸ Nach R. Stintzing (Fn. 2), S. 471.

⁹⁹ R. Stintzing (Fn. 2), S. 453.

¹⁰⁰ S. o. Fn. 10. Er spricht S. 53 von der »legitima et artificiosa praeceptorum iuris dispositio«, ohne zu erklären, was das ist.

¹⁰¹ Hermann Vultejus, *Idea iuris logica*, in: *ders.*, *Tractatus tres*, Frankfurt 1586, S. 1–58, 8 f. (Definition), 16 (Dreiteilung in homines, res und iudicia mit weiterer Ausführung S. 16 ff.).

¹⁰² D. Horst (Fn. 8), fol. A 4r: »continuis definitionibus, divisionibus et regulis (sc. Institutiones) illustrarem, ac veluti in unum corpus, continua serie justaque Methodi lege (ut cum Jurisconsulto Juliano loquar) coadunarem«.

III. Systematischer Teil

Die Untersuchung hat gezeigt, daß bei den Philosophen wie bei den Juristen des 16. Jahrhunderts »methodus« oder »ordo«, als eine von den herkömmlichen logischen Instrumenten unterschiedene Verfahren, nur Techniken zur Ordnung, nicht aber zur Erfindung von Wahrheiten sind. Die »Methode«, welche die juristischen Systematiker auf die Jurisprudenz angewendet haben, sollte also das Recht nur – besser als bisher – *darstellen*, nicht aber *erkennen*. Damit steht die Antwort auf die Ausgangsfrage eigentlich schon fest: Ein inneres und deduktives System, das über die Ordnung des Rechtsstoffs hinaus auch eine Quelle neuer Erkenntnisse gewesen wäre, haben die Systematiker ihrem Methodenbegriff zufolge gar nicht angestrebt.

Allerdings sind damit wohl doch noch nicht alle Fragen beantwortet. Vielleicht kannten die Systematiker doch auch ein *inneres System*, das als Erkenntnisquelle dienen konnte? (1.) Und selbst, wenn diese Vorstellung nicht existierte: Waren die Darstellungsformen wenigstens *für ein deduktives System geeignet* (dann hätten die Systematiker beim Durchdenken des Rechtsstoffs vielleicht unbeabsichtigt neue Rechtsprinzipien und Systembausteine entdecken können)? (2.)

1. Ein »inneres System« in der Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts?

Der Abstand, der zwischen den Ordnungsvorstellungen des 16. und dem Systembegriff des 18. und 19. Jahrhunderts liegt, wird deutlich, wenn man die Beschreibung der »systematischen Methode« liest, die Friedrich Carl von Savigny 1840 gegeben hat. Sie ist für ihn die »Erkenntniß und Darstellung des inneren Zusammenhangs oder der Verwandtschaft, wodurch die einzelnen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verbunden werden«¹⁰³. Das System der Rechtsverhältnisse existiert nach dieser Beschreibung nicht nur, und nicht einmal vornehmlich, in der »Darstellung« (bei der wir »genöthigt« sind, »ihre Bestandtheile zu vereinzeln, um sie successive in unser Bewußtseyn aufzunehmen und Anderen mitzuthemen«¹⁰⁴), sondern es existiert schon vor der Darstellung als »Erkenntnis« der inneren Struktur der Rechtswissenschaft, wie bei Kant und den Kantianern, oder des Rechts, wie beim späten Savigny. |

Eine solche Struktur, ein solches inneres System ist den Juristen – und auch den Philosophen – des 16. Jahrhunderts aber unbekannt. Für eine innere Struktur der (Rechts-)Wissenschaft fehlt ihr schon der Begriff. Wissenschaft (scientia), Kunst (ars), Weisheit (sapientia), Klugheit (prudencia) und Vernunft (intellectus) werden habituell gefaßt, als (subjektive) Fähigkeiten eines Menschen: Wissen, Können, weise sein, klug sein, vernünftig sein¹⁰⁵. Wissenschaft und Kunst im objektiven

¹⁰³ Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, I, Berlin 1840, S. XXXVI.

¹⁰⁴ F. C. v. Savigny (Fn. 103), S. XXXVII.

¹⁰⁵ S. dazu Jan Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der »praktischen Jurisprudenz« auf

Sinne, als Inbegriff, als das Ganze einer Wissenschaft oder Kunst sind unbekannt. Erst kurz nach 1600 unterscheidet der Philosoph Clemens Timpler – wie er sagt: erstmals – von der »ars interna«, dem Können, die »ars externa«, das »methodische System der Vorschriften einer Wissenschaft«¹⁰⁶. Aber dieses methodische System ist für ihn nichts anderes, als eben die Darstellung einer ganzen Disziplin mittels der »methodus universalis«, wie sie oben beschrieben wurde. Dementsprechend wird auch das Wort »System« noch bis zur zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts nur auf Darstellungen, nicht auf die unverkörperte innere Struktur angewendet¹⁰⁷: als es um 1600 erstmals mit der Wissenschaft in Verbindung tritt, bezeichnet es Lehrdarstellungen, wie die Logik und die Ethik des Bartholomäus Keckermann¹⁰⁸. Sie werden später von einem Herausgeber zu einem »Systema Systematum« zusammengefaßt¹⁰⁹, zu einem rein äußerlichen Konglomerat verschiedener Lehrwerke. Das Wissen ist also nach diesem Verständnis dem Menschen vorgegeben; er kann und muß nicht aus sich selbst heraus eine innere Ordnung der Erkenntnisse schaffen.

Wenn es also kein inneres System der (Rechts-)Wissenschaft gab, dann könnte man noch fragen, ob für die Juristen des 16. Jahrhunderts nicht wenigstens eine innere Struktur, ein inneres System des *Rechts* existierte, das in den »systematischen« Werken zur Darstellung gebracht werden sollte. Denn auch wenn man »Wissenschaft« oder »Kunst« nur subjektiv faßt, muß sich dieses Wissen doch auf irgendein Objekt beziehen, und dieses | Objekt muß irgendeine innere Ordnung aufweisen. Das ist sicherlich richtig, nur fragt sich, was das für eine Ordnung ist und ob sie dem entspricht, was die Juristen seit dem späten 18. Jahrhundert unter einem inneren System verstehen. Außer der von ihnen selbst – durch methodische Bearbeitung – geschaffenen Ordnung kennen die Juristen des 16. Jahrhunderts offenbar nur die Ordnung ihrer Quellen, also die Reihenfolge der Bücher, Titel usw. innerhalb der einzelnen Teile des *corpus iuris civilis*. Die Diskussion geht immer nur darum, ob diese Ordnung gut oder schlecht ist. Als gut wird sie bezeichnet, wenn sie den Anforderungen an die *Darstellungsmethoden*, die man im 16. Jahrhundert entwickelt, genügt: So meint etwa Wesenbeck, die Pandekten – deren Bücher- und Titelfolge er in seinen »Paratitla« beibehält – seien nach der »kompositiven« Methode verfaßt (und damit offenbar so gut geordnet, daß ihre Ordnung

deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1979, S. 15 f.; Jacob und Wilhelm Grimm, Deutsches Wörterbuch, 14. Bd., 2. Abt., Leipzig 1960, Sp. 783 ff., 791 ff.

¹⁰⁶ Clemens Timpler, *Technologia* (= Einleitung zu *ders.*, *Metaphysicae systema methodicum*, Hanau 1608) S. 3: *ars interna* ist »habitualis artis externa notitia«; S. 4: *ars externa* ist »Systema methodicum certorum praeceptorum de re aliqua scibili utique traditorum ad erudiendum et perficiendum hominem.«

¹⁰⁷ S. J. Schröder (Fn. 105), S. 86 ff., 99 ff.

¹⁰⁸ S. Manfred Riedel, *System, Struktur*, in: O. Brunner / W. Conze / R. Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, 6. Bd. (Stuttgart 1990), S. 292; J. Schröder (Fn. 105), S. 86 f.

¹⁰⁹ Siehe W. Schmidt-Biggemann (Fn. 23), S. 89 Anm. 80.

beibehalten werden kann)¹¹⁰. Als schlecht wird die Ordnung bezeichnet, wenn sie den Anforderungen an die Darstellungsmethoden nicht genügt: wer das so sieht, macht sich an die »methodische« Neubearbeitung¹¹¹. Es gibt also nur dies Beides: den Quellenstoff in seiner überlieferten Ordnung und seine »methodische« Darstellung. Ein Drittes, Mittleres aber, ein »inneres System« zwischen dem Quellenstoff und dem äußeren System seiner Darstellung kennt man offenbar nicht.

Deutlich wird diese – nicht nur den Juristen eigene – Sicht der Dinge in der Beschreibung, mit der Petrus Ramus das »methodische« Vorgehen zu | erklären versucht. Er bringt immer wieder das folgende Beispiel, das ihm offenbar besonders gut gefällt: »Nehmen wir an, daß alle Definitionen, Unterteilungen, Regeln der Grammatik gefunden und für wahr befunden sind, und daß alle diese Lehren auf verschiedene Täfelchen geschrieben sind und daß diese durcheinander in einen Krug geworfen werden ... Nun frage ich, welcher Teil der Dialektik mich lehren kann, wie ich diese vermengten Vorschriften disponieren und in eine Ordnung bringen kann. Zunächst einmal braucht man nicht die Topoi der Erfindung, denn alles ist schon erfunden: jeder besondere Satz ist bewiesen und beurteilt. Man braucht auch nicht den ersten Teil des »iudicium«, die Lehre vom Satz, und auch nicht den zweiten, die Lehre vom Schluß. Die Methode allein bleibt übrig ... Der Dialektiker wird also im Lichte der natürlichen Methode aus diesem Krug zuerst die Definition der Grammatik herausgreifen, denn diese ist das Allgemeinste, und wird sie an die erste Stelle setzen ... Dann wird er aus dem selben Krug die Einteilung der Grammatik heraussuchen, und sie an die zweite Stelle setzen: »Die Teile der Grammatik sind zwei: Etymologie und Syntax« ...« (und so dann weiter)¹¹².

¹¹⁰ M. Wesenbeck, *Commentarius* (Fn. 3), S. 1 (zu lib. 1, tit. 1, Nr. 2). Später wird mit Recht kritisiert, daß Wesenbeck hier die kompositive mit der resolutive Methode verwechselt: *Heinrich Hahn*, *Observata theoretico-practica ad Matthaei Wesenbecii in L libros Digestorum commentarios ...*, I, Helmstedt 1659, zu lib. 1, tit. 1, S. 5 ff. Daß in den justinianischen Institutionen eine »methodus« herrsche, meinen z. B. auch *P. Melancthon* (Fn. 22), fol. L 5r; und *C. Ehem* (Fn. 78), S. 415 (definitive Methode bei der Darstellung, resolutive bei der Erfindung). Zur Diskussion im 16. Jahrhundert um die Ordnung der Digesten s. auch *H. E. Troje* (Fn. 13), S. 741 ff.

¹¹¹ S. z. B. N. *Vigelius*, *Methodus* 1559 (Fn. 95), fol. b 3v / B 4r: innerhalb der Digestentitel herrsche keine Ordnung, daher seien diese nach der Methode des »thema simplex« zu bearbeiten; *P. Petremanus* bei *S. Derrer* (Fn. 4), fol. C 4v, der das Herabsteigen von der Gattung zu den Arten als »verus ... ordo, naturalisque series« bezeichnet; auch *H. Vultejus* (Fn. 10), S. 43 wonach die »methodische« Bearbeitung die Ordnung hervorbringen soll, welche die Kompilatoren hätten zugrunde legen müssen; *Franciscus Duarenus*, *De ratione docendi discendique iuris* (1544), in: *ders.*, *Opera omnia*, Frankfurt 1592, S. 1100–1105 (1103 r. Sp.): Tribonian hatte innerhalb der einzelnen Titel »nullam ordinis aut methodi rationem«, deshalb muß der Rechtslehrer deren Inhalt »generatim describere, & tum diffinitionibus, tum divisionibus ex arte petitis digerere, atque illustrare« (ob es sich hier um die ciceronianische oder eine verkürzte Methode des einfachen Themas handelt, ist nicht genau zu erkennen); *M. Wesenbeck*, wie Fn. 89: der verworrene Inhalt der Digestentitel ist nach der Methode des einfachen Themas zu bearbeiten.

¹¹² *P. de la Ramée*, *Dialectique* (Fn. 51), S. 146 f.: »Posons que toutes les définitions, distributions, reigles de Grammaire soyent trouvées et chacune soyent jugée véritablement, et que tous ces enseignements soyent escriptz en diverses tablettes lesquelles soyent toutes ensembles pesle mesle tournées et brouillées en quelque cruche ... icy je demande quelle partie de Dialectique me pourroit enseigner de disposer ces préceptes ainsi confus et les réduire en ordre. Premièrement

In dieser Beschreibung hat ein inneres System offenbar keinen Platz. Denn nach den einzelnen logischen Operationen: topische Erfindung, Definition, Division, Urteil und Schluß, deren Resultate auf die Täfelchen geschrieben werden, geht Ramus sofort zur »Disposition« des Ganzen, dem äußeren System, über. Es ist aber offensichtlich, daß das so nicht ohne weiteres funktionieren kann, denn die verschiedenen logischen Operationen richten sich nur auf die Erkenntnis einzelner Sätze, nicht auf den Zusammenhang einer ganzen Disziplin. Um z. B. aus dem Rechtsstoff der Digesten ein brauchbares deduktives System zu gewinnen, muß man unter Umständen ganze | Begriffsstämme neu erfinden, wie sie das 18./19. Jahrhundert z. B. in Gestalt der juristischen Tatsachen mit ihrem Unterbegriff der freien Handlungen, deren Unterbegriff der Willenserklärungen usw. herausgearbeitet hat¹¹³. Man könnte einwenden, daß es sich dabei logisch doch immer nur um Divisionen übergeordneter Begriffe handelt. Aber mit der Beschreibung als »Division« ist das Wesentliche bei der Erkenntnis systematischer Zusammenhänge wohl kaum angemessen erfaßt. Außerdem kann man Divisionen nach allen möglichen Gesichtspunkten (Form, Materie, Zweck usw.) vornehmen¹¹⁴, so daß es mit der Division allein nicht getan ist, vielmehr eben solche Divisionen gefunden werden müssen, die für die Sacherkenntnis fruchtbar sind. Dieser entscheidende Verfahrensschritt von der Erkenntnis der einzelnen Elemente zu der Erkenntnis oder Konstruktion ihres inneren Zusammenhangs, also derjenige, den Savigny die »Erkenntnis« des (inneren) Systems nennt, kommt bei Ramus überhaupt nicht vor. Ein auch als Erkenntnisquelle brauchbares System wird durch sein Verfahren nicht gewährleistet: wenn man Glück hat, steht auf den Täfelchen wirklich schon alles, was man für ein fruchtbares System braucht, möglich ist aber auch, daß es sich nur um eine oberflächliche und gezwungene Verknüpfung der Elemente einer Disziplin handelt, die dann auch durch »Disposition« nicht besser wird. Mehr als eine äußere »Ordnung« des Ganzen kann also in der Tat die ramistische Methode nicht garantieren.

ne sera besoing des lieux d'invention car tout est jà trouvé: chacune énonciation particulière est prouvée et jugée. Il ne faudra ny premier jugement de l'énonciation ny deuziesme du syllogisme. La méthode seulle reste ... Le dialecticien donques choysira par la lumière de la méthode naturelle en ceste cruche la définition de Grammaire, car cela est le généralissime et la mettra au premier lieu ... Puis, cherchera en ceste mesme cruche la partition de Grammaire et les colloquera aus deuziesme lieu. »Les parties de Grammaire sont deux: Etymologie et Syntaxe« ...» (Original 122 f.). Der unmittelbare Übergang von den Einzelerkenntnissen zur äußeren Ordnung unter Aussparung des inneren Systems läßt sich auch bei den Juristen beobachten, deutlich z. B. etwa S. Derrer, wie Fn. 92: Die Jurisprudenz enthält nicht allein Rechtsvorschriften, »sed insuper circa illas disciplinae rationem adhibet«.

¹¹³ S. F. C. v. Savigny (Fn. 103), 3. Bd., Berlin 1840, S. 3–7.

¹¹⁴ S. etwa J. Appell, *Methodica ... ratio* (Fn. 4), S. 141: divisio nach der causa materialis oder formalis, nach der causa efficiens, nach den effectus et officia); N. Vigelius, *Dialectica* (Fn. 72), S. 6: Der Einteilungsgrund für die »divisio« kann aus fast allen »loci« genommen werden; J. T. Freigius, *Logica* (Fn. 72), S. 35 ff. sieht eine distributio ex causis, ex effectis, e subiectis und ex adiunctis vor.

2. Eignung der Darstellungsformen für ein deduktives System?

Es bleibt die Frage, ob die »Methoden« des 16. Jahrhunderts wenigstens in der Sache geeignet gewesen wären, deduktive Systeme hervorzubringen, mag dies von den Autoren auch nicht angestrebt worden sein. Dabei ist zwischen der Methode des »einfachen« *Themas* und Typ 1 der Gesamtdarstellungen des Rechts einerseits und der Universalmethode und Typ 2 der »systematischen« Werke andererseits zu unterscheiden. |

a) Die Methode eines einfachen *Themas*

Die Methode eines einfachen *Themas* hat offensichtlich mit deduktiver Systematik sehr wenig zu tun. Sie verteilt lediglich die Regeln, die für einen bestimmten Gegenstand gelten, auf die geläufigsten *Topoi*; eine Ordnung des gesamten Rechtsstoffs nach Prinzipien, aus denen sich dann deduktiv Sätze für speziellere Fälle gewinnen lassen, stellt sie nicht dar. Würde man das Thema »Recht« nach dieser Methode erklären, dann würde man zwar alles erfassen, was sich über den Begriff »Recht« als solchen sagen läßt (Begriff, Gattungen oder Arten, Ursachen, Wirkungen usw.). Man hätte aber noch kein System des Rechts mit allen seinen Gattungen, Arten und Unterarten, sondern allenfalls im Rahmen der »*divisio*« einige oberste Gattungen des Rechts. Ein nach Prinzipien geordnetes Ganzes des Rechts müßte nach einem ganz anderen Verfahren konstruiert werden. Es ist also unzutreffend, wenn man die mit dieser Methode arbeitenden Verfasser von Werken des Typs 1, wie Wesenbeck und Kling, als »Synthetiker« oder »Systematiker« bezeichnet hat¹¹⁵. Ihr Schema dient hauptsächlich dazu, eine Masse von Regeln über einen Gegenstand zu ordnen, indem man sie unter bestimmten, jedermann geläufigen Rubriken oder, wenn man so will, »Dateien« ablegt, wo sie sich leicht finden und wiederfinden lassen. Zu Prinzipien und Systemen im Sinne des späten 18. und des 19. Jahrhunderts führt das Schema nicht.

b) Die »*methodus universalis*«

Nicht ganz so einfach liegt es mit der »*methodus universalis*«. Geht man davon aus, was man nach dem oben Gesagten wohl tun muß, daß sich die Systematiker des Typs 2 an der von Cicero, Agricola und Ramus propagierten *dihairetischen* Methode orientiert haben, dann scheinen hier wirklich die ersten Beispiele von deduktiven, nach Prinzipien geordneten Rechtssystemen vorzuliegen. Denn wenn man einen Gegenstand in Gattungen, Arten, Unterarten usw. aufspaltet, dann lassen sich ja die Aussagen, die über die Gattung, Art usw. gemacht werden,

¹¹⁵ So aber R. Stintzing (Fn. 2), S. 306 (zu Kling, »systematische Methode«), 358 (zu Wesenbeck, »synthetische« Richtung) und V. Piano Mortari (Fn. 15), S. 242 (Kling, »un altro giurista sistematico del tempo«), 245 (Wesenbeck, will »disporre sistematicamente le materie giuridiche«). Auch H. E. Troje (Fn. 13), S. 748 f. behandelt Wesenbeck unter dem Stichwort »juristisches System (ordo iuris)«.

auf die jeweilige Art, Unterart usw. übertragen; man kann also zu Begriffshierarchien, zu Prinzipien | und zu deduktiven Beweisführungen kommen. Inwieweit die »Systematiker« des 16. Jahrhunderts, soweit sie diese Methode befolgt haben, weiterführende systematische Beobachtungen gemacht haben, müßte wohl noch genauer untersucht werden, als es bisher geschehen ist (mindestens eine bedeutende systematische Entdeckung ist bekannt, nämlich die Einteilung des ganzen Rechtssystems in das »ius in re« und das »ius ad rem« durch Johann Appell¹¹⁶).

In Wirklichkeit eignet sich aber auch die »dihairetische« Methode nur schlecht für die Erfassung eines inneren Systems und zwar aus mehreren Gründen:

aa) Die dihairetische Methode verlangt die immer weitere Spaltung eines Zentralbegriffs. Alle Gegenstände müssen wie Gattung und Art (oder Teil: dazu gleich) zusammenhängen. Ein Rechtsinstitut kann aber mehreren Gattungen und Arten angehören, die sich nicht in *eine* einheitliche Klassifikation hineinzwingen lassen, also zur »Schnittmenge« zweier Begriffe gehören. Z. B. gehört der Kauf einerseits in die Reihe Willenserklärung – Rechtsgeschäft – Vertrag; daraus lassen sich Regeln über die Abschlußvoraussetzungen gewinnen (Geschäftsfähigkeit, Zurechnungsfähigkeit usw.). Er gehört aber auch in die Reihe Schuldverhältnis – Vertragsschuldverhältnis: daraus bekommt man Regeln über das Erlöschen durch Erfüllung, Leistungsstörungen usw. Beide Reihen lassen sich aber nicht in *einem* das Recht in Gattungen und Arten aufspaltenden System vereinigen. Sie ließen sich verbinden in einem »synthetischen« System, das verschiedene voneinander unabhängige Axiome voranstellt. Aber eben ein solches System haben ja die Humanisten aus didaktischen Gründen verworfen.

bb) Darüber hinaus fragt es sich, ob die »dihairetische« Methode überhaupt eine strenge Einteilung des Rechts in Gattungen und Arten erforderte. In der berühmten Cicero-Stelle ist nicht nur von Gattungen und Arten, sondern auch vom Ganzen und seinen Teilen die Rede¹¹⁷, und auch die | bekannten nach dieser Methode konstruierten antiken Lehrbücher scheinen vielfach nur Teilungen (partitiones) und nicht Aufspaltungen in Gattungen und Arten (divisiones) vorgenommen zu haben¹¹⁸. Auch Agricola spricht sowohl von Spezies als auch von Teilen¹¹⁹, und auch bei Ramus' Schilderung der Methode kommen nach der Aufspaltung in die obersten Gattungen nur noch die »Teile« und nicht mehr die »Spe-

¹¹⁶ J. Appell, *Methodica ... ratio* (Fn. 4), S. 162. S. dazu etwa F. Wieacker (Fn. 13), S. 157.

¹¹⁷ Ob Cicero hier ein Versehen unterlaufen ist, ist umstritten, dafür Dieter Nörr, *Divisio und Partitio*, Berlin 1972, S. 39 f.; wohl auch Fritz Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, S. 73 ff. (75: dihairesis ist das Aufsuchen von genera und species, zu Cicero S. 82–84) in seiner sehr klaren, aber m. E. zu sehr von modernen Systemvorstellungen ausgehenden Darstellung der dihairetischen Methode. S. auch die bei M. Herberger (Fn. 15), S. 49 f. Genannten. Herberger, a. a. O., S. 50 ff. bestreitet ein Versehen Ciceros.

¹¹⁸ S. die von Manfred Fuhrmann, *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike*, Göttingen 1960, S. 43 (Rhetorik ad Herennium), 59 (Ciceros »De inventione«), 71 (Varro über die Landwirtschaft), besprochenen antiken Lehrbücher, die an den genannten Stellen eindeutig Partitionen und nicht Divisionen vornehmen. Anders etwa S. 78 (Vitruv »Libri de architectura«).

¹¹⁹ Wie o. zu Fn. 45.

zies« vor¹²⁰. Ramus' Dialektik ist nach der Technik der »partitio« konstruiert, da sie in »inventio« und »iudicium« zerfällt¹²¹, die nur beide zusammengenommen die »virtus disserendi« (= Dialektik)¹²² ausmachen, von denen aber nicht jede für sich eine Spezies der Dialektik ist. Ob man nun aber eine Gattung in ihre Arten aufspaltet oder ein Ganzes in seine Teile, macht einen erheblichen Unterschied. Was für die Gattung gilt, gilt auch für die Art, aber was für das Ganze gilt, gilt nicht ohne weiteres auch für seine Teile: Es trifft zum Beispiel nicht auf das Bein oder die Nase zu, was auf den ganzen Körper zutrifft. Dieses Prinzip findet natürlich auch Anwendung auf abstrakte Begriffe, obwohl hier Division und Partition oft nicht leicht zu unterscheiden sind: Gehören etwa zum Begriff des Eigentums die Funktionen Verfügungs-, Fruchtziehungs- und Nutzungsbefugnis, dann gilt das nicht auch für das geteilte Eigentum oder für beschränkte dingliche Rechte. Wenn es also möglich war, der dihairetischen Methode auch durch Partitiones zu genügen, dann waren eben auch von ihr keine deduktiven Systeme zu erwarten¹²³.

Es scheint nun wirklich so gewesen zu sein, daß die Methodiker des 16. Jahrhunderts im Rahmen der Universalmethode nicht streng die Division nach Gattungen und Arten verlangt, sondern weitgehend auch die Partition zugelassen haben. Das wäre, wenn es ihnen um die logische Struktur eines deduktiven Systems gegangen wäre, eigentlich kaum vorstellbar. | Man muß sich aber immer wieder vor Augen halten, daß die logische Struktur des Systems im Rahmen der Universalmethode nicht Selbstzweck war, sondern daß diese Struktur nur im Dienst der geordneten Darstellung, des Fortschreitens vom Bekannten zum Unbekannten stand. Für diesen Zweck reichte aber auch die Partition völlig aus. Jedenfalls haben nicht nur Cicero, Agricola und Ramus, sondern auch die Juristen in ihren methodischen Schriften nicht streng auf der »divisio« im engeren Sinne bestanden. So spricht Christoph Ehem im Rahmen der »definitiven« Ordnung nur von »Teilung«¹²⁴, Freigius sieht nach der allgemeinen Definition eine »distributio« und »subdivisio« der »Teile« vor¹²⁵, bei Vigelius ist »divisio« nicht nur die Aufgliederung der Gattung in Arten, sondern auch die Partition des Ganzen in seine Teile¹²⁶, und von einer Aufgliederung in »Teile« spricht auch der »erste Systema-

¹²⁰ Wie o. zu Fn. 50. Vom Fortschreiten zum oder Aufteilen des »totum« und seinen »partes« spricht z. B. auch A. Planer (Fn. 20), S. 81.

¹²¹ S. Ramus' (Fn. 49) Hinweis fol. 28v: er habe den Rat von Platon »in huius artis explicatione hactenus efficere studui, tum definiendo primum quid esset dialectica ars: dein de tribuendo in partes, inventionemque, iudiciumque ...« (Hervorhebung von mir).

¹²² S. P. Ramus (Fn. 49), fol. 5r.

¹²³ Vgl. auch die Bemerkungen von D. Nörr (Fn. 117), S. 57 f. über den Zusammenhang zwischen »partitio« und »offenen« Systemen.

¹²⁴ C. Ehem (Fn. 78), S. 345 f.

¹²⁵ J. T. Freigius, Logica, wie Fn. 75. Dementsprechend heißt Freigius »tabellarische« Bearbeitung des Werkes von Conrad Lagus auch »Partitiones iuris ...« (Fn. 6, Hervorhebung von mir).

¹²⁶ N. Vigelius, Dialectica (Fn. 72), S. 5 f.: Die »divisio rei« ist »vel generis in species, vel totius in partes« (diese heiße auch »partitio«). Auch Vigelius' Übersicht zu seiner »Iuris civilis absolutissima methodus« trägt die Bezeichnung: »Partitiones iuris civilis« (Basel 1571, Hervorhebung von mir). S. auch F. Ebel (Fn. 14), S. 91.

tiker« Sebastian Derrer¹²⁷. Daß hier nur Ungenauigkeiten im Ausdruck vorliegen, kann man kaum annehmen, denn der Unterschied zwischen Gattung und Art bzw. Ganzem und Teil war den Methodikern des 16. Jahrhunderts gut geläufig¹²⁸.

Demnach waren neben den Divisionen im 16. Jahrhundert offenbar auch Partitionen zugelassen. Die »methodischen« Gesamtdarstellungen | selbst zeigen, daß man sogar noch viel großzügiger verfahren ist. Am leichtesten ersichtlich wird das logische Gerüst der Darstellungen in den bekannten »tabulae«, die jedenfalls seit der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts den Darstellungen mit »systematischem« Anspruch durchweg beigefügt, oft als eine Art Inhaltsverzeichnis vorangestellt werden. Es handelt sich um Schaubilder, bei denen ganz links vor einer geschweiften Klammer der aufzugliedernde Begriff steht und hinter ihr seine Gattungen, Teile oder was immer, an die sich dann neue Klammern anschließen, hinter denen die Untergliederungen der nächsten Stufe stehen und so weiter. Die Klammer-technik wird oft Ramus zugeschrieben¹²⁹, sie findet sich aber schon vor ihm häufig in den dreißiger Jahren des 16. Jahrhunderts¹³⁰ und ist bis in das späte 17. Jahrhundert hinein überall anzutreffen. Hinter den Klammern findet man nun in den Gesamtdarstellungen von Typ 2 nicht nur Aufgliederungen des Begriffs in seine Gattungen und Arten oder in seine Teile. Oft werden dahinter – was man sicher nicht als Division und wohl kaum noch als Partition bezeichnen kann – auch nur die Topoi aufgelistet, mit deren Hilfe man den Gegenstand nach der Methode des »einfachen Themas« zu beschreiben versucht¹³¹, oder es werden auch einfach

¹²⁷ S. Derrer, wie Fn. 92. Dagegen ist bei F. Hotomanus (Fn. 72), S. 116 im Zusammenhang mit der »Diaeresis« nur von Gattungen und Arten die Rede.

¹²⁸ So unterscheidet etwa bei C. Cantiancula (Fn. 4), S. 4, bei der Einteilung der Topoi genau zwischen Ganzem, Teil, Gattung und Art; ebenso C. Hegendorphinus, Dialectica (Fn. 70), S. 92 f.; auch J. Appell, Methodica ... ratio (Fn. 4), S. 139. B. Walther (Fn. 71), fol. b 4v und folgende, beschreibt die »divisio« im Rahmen der Methode des einfachen Themas als die Frage »quae partes vel species rei?«; auch N. Vigelius, Dialectica (Fn. 76), S. 6 unterscheidet divisio und partitio. Es ist m. E. auch nicht so, daß man mittels der partitio die Aussagen über den Begriff und mittels der divisio die unter diesen Begriff fallenden Gattungen und Arten erfassen wollte, auf welche diese Aussagen anwendbar sind. Das wäre an sich ein sehr sinnvolles Verfahren, wenn man ein deduktives System anstrebt; Johannes Althusius hat es in seiner Dicaeologica mit einer gewissen Konsequenz durchgeführt (s. die Beschreibung bei Erik Wolf, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl. Tübingen 1963, S. 208 ff.). Ich habe aber in der von mir benutzten Literatur nirgends ein solches Verfahren beschrieben gesehen, vor allem findet sich in den juristischen Logiken eben auch die Anweisung, schon am Anfang nur durch »Teilung« fortzuschreiten (Freigius, wie Fn. 125), was ein deduktives System ausschließen würde.

¹²⁹ S. dazu W. Schmidt-Biggemann (Fn. 23), S. 46 f.

¹³⁰ Schon bei P. Melancthon, Dialectica (Fn. 22), fol. B 4r (zur »substantia«); auch J. Willichius (Fn. 33), z. B. S. 136 f. und am Ende (ausfaltbares Blatt mit einem Schema der Topik). J. Appell, Methodica ... ratio (Fn. 4), hat S. 162 eine schematische Darstellung mit Schrägstrichen und Kreisen.

¹³¹ So unterscheidet J. T. Freigius, Partitiones (Fn. 6), Lagus folgend einen philosophischen und einen historischen Teil des Rechts, der philosophische wird dann sofort nach der Methode des einfachen Themas eingeteilt (causae, differentiae, effectus, accidentia). N. Vigelius' (Fn. 7) Haupt-einteilung in »causae« und »genera« iuris kann man gleichfalls als ein (unvollständiges) Durchlaufen der Topoi ansehen, die dann als Grundlage von Divisionen dienen; zu den daraus entstehenden Schwierigkeiten s. bereits R. Stintzing (Fn. 2), S. 430. Die einzelnen Rechtsinstitute (einzelne Verträge, dingliche Rechte usw.) behandeln Vigelius und Freigius durchweg nach der Methode

nur bestimmte Gesichtspunkte, die dem Autor zu diesem Gegenstand erörterungsbedürftig erscheinen (»consideranda sunt«), ohne ein Prinzip aneinandergereiht¹³². Man kann vielleicht sogar sagen, daß die Klammertechnik der kleinste gemeinsame Nenner der »methodus universalis« war: deren | Mindestanforderung bestand offenbar nur darin, daß es gelingen mußte, die zu erörternde Disziplin nach dem Klammersystem so aufzugliedern und weiter zu untergliedern, daß man alle einzelnen Institute (wie etwa in der Jurisprudenz die verschiedenen Vertragstypen, dinglichen Rechte, Arten der Gewalt über Minderjährige usw.) darin unterbringen und dann nach der »Methode des einfachen Themas« durchlaufen konnte.

Wie ein solches »System« funktionierte und daß es nicht auf eine prinzipiengeleitete deduktive Erkenntnis abzielte, wird gut deutlich im Vorwort des unermüdlichsten aller juristischen Systematiker des 16. Jahrhunderts, Nicolaus Vigelius, zu seiner »Iuris civilis absolutissima methodus« von 1561. Er meint, seine »Methodus« sei wertvoll »für eine gründliche Erkenntnis des gesamten Rechts, für die Interpretation einzelner Gesetze, für die Entdeckung von Einwendungen und Replik in Streitfällen und schließlich für die Rechtsfindung in vorgelegten Fragen«¹³³. Was Vigelius sich bei diesem letzten, interessantesten Punkt vorstellt, hat er ausführlich erklärt: »Zur Entscheidung einer Rechtsfrage dient unser »Methodus« in der folgenden Weise. Zuerst ist der Gegenstand festzustellen, um den es hier geht ... Dessen Buch oder Kapitel ist in diesem »Methodus« aufzusuchen, wozu der Katalog der Kapitel nützlich sein kann (sc. dem Werk ist eine Inhaltsübersicht und eine Klammertabelle vorangestellt). Wenn es gefunden ist, wird die nächste Aufgabe sein zu ermitteln, welcher locus der Beschreibung hier einschlägig ist, d. h. ob es um die Definition, um das proprium, die causa oder die Wirkung usw. geht. Wenn das ermittelt ist, ist der Teil des gefundenen Kapitels aufzusuchen, oder das folgende Kapitel, das diesen locus erklärt, die propria, causae oder Wirkungen des Gegenstandes aufzählt usw., wo dann leicht das Gesuchte gefunden wird«¹³⁴. Dazu

des einfachen Themas, wobei sie die Topoi aber nicht immer vollständig durchlaufen, bei umfangreicheren Materien zuweilen auch erst, nachdem sie weitere »partitiones« angebracht haben.

¹³² So fortwährend bei J. T. Freigius, *Partitiones* (Fn. 6), der z. B. die »consuetudo« aufgliedert in die Umstände, die es ausschließen (!), daß ein Gewohnheitsrecht entsteht, und in die allgemeinen Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts (fol. 2v). Vgl. auch Freigius' »Ciceronianus« (bei W. Ong [Fn. 19], S. 31), der Leben und Tod, Lehre, Studien und Handlungen Ciceros in eine Klammertabelle bringt!

¹³³ N. Vigelius (Fn. 7), S. 4: »valet ad solidam universi iuris cognitionem, ad singulorum legum interpretationem, ad exceptiones et replicationes in causis latentes indagandas, denique ad ius quaestionis oblatae inveniendum.

¹³⁴ N. Vigelius (Fn. 7), S. 5: »Ad quaestionem iuris decidendam valet haec Methodus, hoc modo. Primum notanda erit res de qua quaeritur: ut emptio, venditio ... Cuius liber vel caput in hac Methodo erit quaerendum, ad quod catalogus capitum poterit prodesse. Eo si erit perventum, altera cura erit, observare de quo loco descriptionis quaeratur: hoc est, utrum de definitione, proprio, causa vel effectu etc., quo observato, quaerendum erit membrum inventi capitis, vel caput sequens, quod eiusmodi locum explicat, propria, causas vel effectus rei enumerat, etc. ubi facile, id quod quaeretur, inveniatur«.

bringt er noch folgendes Beispiel: Jemand setzt testamentarisch drei Erben, Primus, Secundus und Tertius, ein und belastet Primus mit einem Vermächtnis von hundert zugunsten des Titius. Nach dem Tod des Erblassers schlägt Primus die Erbschaft aus. Wird das Vermächtnis dadurch gegenstandslos? Die Lösung findet man nach Vigelius wie folgt: »Die | Sache, um die es hier geht, ist ein Legat, von dem Buch 12 und folgende unseres Methodus handeln. Der einschlägige locus ist der Grund, aus dem ein Legat verloren geht; ob nämlich ein Legat verloren geht oder gegenstandslos wird, wenn derjenige, gegen den es sich richtet, die Erbschaft ausschlägt. Von Gründen dieser Art handelt Kapitel 5 des besagten Buches 12. Dort begegnet schon gleich am Anfang die Stelle ›Wenn der Erbe, gegen den sich das Legat richtet, nicht existiert‹, deren Gesetze man nun zu Rate ziehen muß.«¹³⁵ Das Verfahren zielt also darauf ab, genau die *schon existierende* Gesetzesstelle zu finden, mit der man den Fall lösen kann, und dazu weist Vigelius' Werk den Weg mit der ihm zugrunde liegenden üblichen Technik der Aufgliederung des Ganzen in seine Arten oder Teile (*methodus universalis*) und des Durchlaufens der Topoi (*loci*) bei den einzelnen Arten oder Teilen (*methodus particularis*, d. h. Methode des einfachen Themas). Die Möglichkeit einer deduktiven Herleitung der Lösung aus Prinzipien – die dann interessant würde, wenn eine einschlägige spezielle Gesetzesstelle *noch nicht existiert*¹³⁶ – zieht Vigelius überhaupt nicht in Betracht. |

¹³⁵ N. Vigelius, wie vorige Fn. Zur gemeinrechtlichen Lösung s. Bernhard Windscheid/Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. Frankfurt am Main 1906 (Ndr. Aalen 1984), 3. Bd., § 641, 3. (S. 626). Zum modernen Recht s. § 2161 BGB.

¹³⁶ Genau darauf zielt m. E. die Kritik, die einige der bedeutendsten zeitgenössischen Juristen an der »*methodus universalis*« geübt haben, wie Ulrich Zasius (Fn. 74): Sei es auch, daß Cicero »in artem iura redegerit: *ex his tamen generatim digestis vel in artem coactis Iuribus, nemo causis dubiis dissolvendis instrui poterit, cum plura sint negocia, ut dicit Iuris consultus, quam vocabula. Actus hominum tam numerosos, in summam compendiaria concludere velle nihil aliud est quam mare in lanuculas* (sc. lacusculos, also kleine Erdlöcher, wie Joseph Anton Riegger, Udalrici Zasii ... *epistolae*, Ulm 1774, 2. Teil, S. 381 f. verbessert) cohercere. An credis nobis difficile esse Methodum, vel ut meo more loquar summam Iuris tradere? quae sane difficultas est? partiri ius civile in iudicialia, in conventiones ex contractus, in successiones, in dotalia, in extra ordinem laesorum remedia, in res tutelares, in poenalia. Quae septem genera quid prohibet in membra subpartiri? Sed ex his praeter notitiam quandam umbratilem, quid utilitatis consequeris? ...« (S. 485 f., Hervorhebung von mir). S. zu der Stelle auch M. Herberger (Fn. 15), S. 222. Herberger meint, Zasius wolle sagen, daß die *ars iuris* eine Sache des Gesetzgebers und nicht des Rechtswissenschaftlers sei. Dafür spricht aber angesichts von Zasius' Meinung über die *ars iuris* – daß man mit ihr keine zweifelhaften Fälle lösen und durch sie nur eine schulmäßige (schattenhafte?) Kenntnis der Sache erlangen könne – nur wenig. – Vgl. weiterhin die Äußerungen von M. Wesenbeck, Prolegomena (Fn. 89) gegen »omnes isti Methodici libelli, in unum congesti acervum, qui alii super alios quoti-die prodeunt« (S. 93); auf sie bezieht sich wohl auch die Bemerkung S. 95: »Quid, quod ita catenati sunt inter se, et alii in alios implicati Iuris tractatus, ut nullum solide ac penitus intelligere queas, citra mediocrem plurimorum cognitionem«. – Ähnlich distanziert stand offenbar Bonifacius Amerbach der nur äußerlichen Ordnung gegenüber und forderte eine philosophisch begründete Rechtswissenschaft (Guido Kisch, Humanismus und Jurisprudenz. Der Kampf zwischen mos italicus und mos gallicus an der Universität Basel, Basel 1955, S. 65 und das Briefzitat S. 152 unten).

IV. Schluß: Der Zweck der Methodenreformen

Es ergibt sich also, daß die »Methoden« des 16. Jahrhunderts wirklich nur auf die *Darstellung* des Rechtsstoffs, also auf ein, wenn man so will, »äußeres« System abzielten. Der Begriff eines »inneren Systems«, das zu prinzipiengeleiteter, deduktiver *Erkenntnis* führen könnte, war weder vorhanden, noch waren die Methoden überhaupt dazu geeignet, ein solches System hervorzubringen. Was wollten dann aber die Juristen des 16. Jahrhunderts mit ihren Methoden eigentlich erreichen?

Es ist gesagt worden, die Methodiker hätten »nur« didaktische Darstellungen liefern wollen. Das scheint mir in doppelter Hinsicht präzisierungsbedürftig zu sein. Einmal hatten sie (zwar keine deduktiv-systematischen, aber auch) nicht nur didaktische Absichten. Die ungeheure Masse des Rechtsstoffs, die im *corpus iuris* und den Schriften der Glossatoren bzw. Kommentatoren enthalten war, der »riesige Ozean der Gesetze«, wie es schon im Titel von Freigius' »*Partitiones*« heißt¹³⁷, sollte überschaubar und verfügbar gemacht werden¹³⁸. Die »Methodi« sollten dahin führen, wo sich die jeweiligen Lösungen, »an ihrem Ort und in ihrer Zelle« befanden¹³⁹. Damit dienten sie aber, wie Vigelius' Anweisungen zeigen, nicht nur dem lernenden, sondern auch dem praktizierenden Juristen und überhaupt jedem, der konkrete rechtliche Belehrung suchte. Zum anderen darf man die Ordnungsmethoden des 16. Jahrhunderts nicht immer nur vor dem Hintergrund axiomatisch-deduktiver Systeme betrachten, sondern muß sie mit den anderen Ordnungsleistungen und -vorstellungen des 16. Jahrhunderts in Beziehung setzen. Bedenkt man, daß ganz primitive Ordnungsmethoden, wie die Paginierung von Buchseiten und die Durchzählung der *Leges* und Paragraphen (innerhalb der einzelnen Titel) des *corpus iuris civilis* sich erst im 16. Jahrhundert durchgesetzt haben¹⁴⁰, dann erscheinen | die »*methodus universalis*« und »*particularis*« doch in anderem Licht. Man kann die Entwicklung auch anhand der zahlreichen juristischen Lehr- und Lernanweisungen des 15. und 16. Jahrhunderts verfolgen, die den Studenten nachdrücklich ans Herz legen, sich möglichst viele »*loci*« (im Sinne von einzelnen Rechtsvorschriften) zu sammeln: dabei werden

¹³⁷ J. T. Freigius (Fn. 6): *Partitiones iuris utriusque ... partiendi methodo tali serie deducta et ob oculus posita, ut in latissimo legum Oceano nihil ad intelligentiam memoriamque aptius esse videatur ...*; der Vergleich mit dem Meer findet sich häufig, auch bei Zasius o. Fn. 136.

¹³⁸ Zu dieser Funktion der Methoden als Ordnung des gesamten Wissens siehe W. Schmidt-Biggemann (Fn. 23), S. 39f. (wo allerdings m. E. der deduktive Charakter der ramistischen Methode überschätzt wird) und passim.

¹³⁹ N. Vigelius (Fn. 7), S. 5f.: »*suo loco et cellula reposit(ae)*«.

¹⁴⁰ Nach Ernst Spangenberg, Einleitung in das Römisch-Justinianische Rechtsbuch oder *Corpus iuris civilis Romani*, Hannover 1817, S. 722 ist die erste Ausgabe mit durchgezählten *Leges* von 1510–1514, eine Durchzählung der Paragraphen findet sich zuerst in Institutionenausgaben von Pacius (S. 164, 833). Man beachte auch die allmähliche Aufgabe der altertümlichen Dreiteilung der *Digesten* (erstmalig Paris 1527/28 und Haloander 1529) und die Zusammenfassung aller Teile der Justinianischen Kodifikation unter dem Titel »*corpus iuris civilis*« (erstmalig Dionysius Gothofredus 1583).

zunächst überhaupt keine Methoden für die Ordnung dieses Stoffes angeboten¹⁴¹, später – noch von Hegendorphinus und Frosch¹⁴² – die alphabetische, bis dann in der Mitte des 16. Jahrhunderts Vorschläge im Sinne der *methodus universalis* und *particularis* auftauchen¹⁴³. Diese Methoden waren also nicht irgendeine, sondern die höchstentwickelte Ordnungstechnik des 16. Jahrhunderts. Von ihnen stellte vor allem die Methode des einfachen Themas offensichtlich ein sinnvolles, die juristische Verständigung erleichterndes Ordnungsschema dar. Sie war bis zum frühen 18. Jahrhundert weit verbreitet¹⁴⁴, liegt noch dem berühmten Pandektenkommentar von Wolfgang Adam Lauterbach¹⁴⁵, einem Standardwerk des »*Usus modernus*«, zugrunde und wird ja auch noch in der Gegenwart, in Ermangelung besser Gliederungsmethoden, nicht selten angewendet¹⁴⁶. Die in ihren Anforderungen weniger präzise »*methodus universalis*« scheint dagegen auf die | Dauer nicht diesen Erfolg gehabt zu haben, wie sich schon daran zeigt, daß die von der Quellenordnung ganz abweichenden Rechtsdarstellungen im 17. Jahrhundert eher zurückgehen.

Die interessanteste, aber auch schwierigste letzte Frage ist die, warum dieses Ordnungsbedürfnis erst bei den Juristen des 16. Jahrhunderts auftrat, obwohl die Juristen des 14. und jedenfalls des 15. Jahrhunderts doch schon mit einer ähnlichen Stofffülle zu kämpfen hatten. Man hat in diesem Zusammenhang hingewiesen auf den, u. a. durch den Buchdruck begünstigten, Übergang vom auditiven (zeitbestimmten) Denken des Mittelalters zu einem visuellen (raumbestimmten) Denken in der frühen Neuzeit¹⁴⁷, auf die knapper werdende Zeit¹⁴⁸, deren »Ge-

¹⁴¹ S. etwa *Johannes Baptista de Gazalupis* (Caccialupus), *Tractatus de modo studendi in utroque iure*, in: *Clarissimorum et praestantissimorum iurisconsultorum, tam veterum quam recentium, varii utilissimi et diu multumque desiderati Tractatus ...*, Köln 1585, bes. S. 36 ff. (empfiehlt nur das Memorieren des gelernten Stoffes und keine besondere Methode für die Ordnung der »*loci*«). Nach *Friedrich Carl von Savigny*, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2. Ausg., 3. Bd. 1834 (Ndr. Aalen 1986), S. 36 ist das Werk 1467 verfaßt; s. auch *Norbert Horn*, *Die legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des gelehrten Rechts*, in: *H. Coing* (wie Fn. 1), S. 261 ff. (352 f.); *H. E. Troje* (Fn. 13), S. 724.

¹⁴² *Christoph Hegendorphinus*, *Epitome tyrocinii iuris civilis* (nach *R. Stintzing* [Fn. 2] unter anderem Titel erstmals 1529), in: *Clarissimorum et praestantissimorum iurisconsultorum ... Tractatus* (Fn. 141), S. 148 ff. (185 ff.); *F. Frosch* (Fn. 74), S. 436 ff.

¹⁴³ Z. B. bei *Antonius Massa*, *De exercitatione iurispritorum libri III*, in: *J. Winkel* (Hrsg.), *Varia opuscula ...* (Fn. 74), S. 200 f.

¹⁴⁴ Zu ihrer Anwendung in juristischen Dissertationen vgl. *Jan Schröder*, *Die privatrechtliche Methodenlehre des Usus modernus*, in: *Dieter Simon* (Hrsg.), *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages Frankfurt am Main, 22. bis 26. September 1986, Frankfurt am Main 1987*, S. 253 ff. (276).

¹⁴⁵ *Wolfgang Adam Lauterbach*, *Collegium theoretico-practicum ad L Pandectarum libros, methodo synthetica pertractatum*, 3 Bde., Tübingen 1690–1711.

¹⁴⁶ Als willkürlich herausgegriffenes Beispiel: »§ 20 Adoption ... II. Die Adoption Volljähriger, 1. Voraussetzungen (sc. causae), 2. Wirkungen (sc. effectus), 3. Aufhebung« (sc. contraria) (*Dieter Giesen*, *Familienrecht*, Tübingen 1994).

¹⁴⁷ *W. Ong* (Fn. 19), z. B. S. 154 f., 247, 269 und passim.

¹⁴⁸ *N. Gilbert* (Fn. 16), S. 66.

schwindigkeit« nun mehr empfunden wurde als früher¹⁴⁹, und von juristischer Seite auf die Interessen der »Warenproduzenten« an einem sicheren Recht¹⁵⁰. Ob sich solche Zusammenhänge allerdings mit der nötigen Exaktheit beweisen lassen, mag zweifelhaft sein.

¹⁴⁹ S. etwa *Otto Herding*, Humanistische Friedensideen am Beispiel zweier »Friedensklagen«, in: *ders./Robert Stupperich*, Die Humanisten in ihrer politischen und sozialen Umwelt (= Kommission für Humanismusforschung. Mitteilung 3), Boppard 1976, S. 7 ff. (8: »geschwinde läufte«). Vgl. auch *Reinhart Koselleck*, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt am Main 1979, S. 20 f.

¹⁵⁰ *H. E. Troje* (Fn. 13), S. 743 f. und öfter.

Aequitas und Rechtsquellenlehre in der frühen Neuzeit*

Die Frage, wie sich Recht und Billigkeit, *ius* und *aequitas*, zueinander verhalten, ob der Richter neben dem geschriebenen Recht oder sogar ihm entgegen Billigkeitserwägungen zur Geltung bringen darf, gehört zu den elementaren Themen der Rechtswissenschaft. Eine umfassende Darstellung der Geschichte des Problems gibt es bisher nicht; es existieren nur einzelne, aus sehr unterschiedlichen Blickwinkeln geschriebene Monographien oder Aufsätze zu verschiedenen Etappen der Entwicklung seit der Antike¹. Für die frühe Neuzeit kann zwar prinzipiell als gesichert | gelten, daß man der *Aequitas* nicht sehr viel Einfluß auf die richterliche Rechtsfindung zubilligen wollte², und damit scheint festzustehen, daß sich ein freierer Umgang des Richters mit dem geschriebenen Recht in Deutschland doch erst im 20. Jahrhundert durchgesetzt hat. Aber dieses Bild von der Entwicklung ist nach wie vor recht unscharf, denn ob und wie die deutschen Juristen nach der

* Zuerst veröffentlicht in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 26 (1997), S. 265–305.

¹ Eine nützliche Übersicht gibt *Clausdieter Schott*, Billigkeit und Subjektivismus – ein historisches Problem, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 745–756; jetzt auch *Peter Raisch*, Juristische Methoden. Vom antiken Rom bis zur Gegenwart, Heidelberg 1995, S. 181–184. Zum älteren römischen Recht: *Franz Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte, 1. Abschnitt, München 1988, S. 506 f.; *Paolo Pinna Parpaglia*, *Aequitas in libera republica*, 1973. Zum klassischen und byzantinischen römischen Recht: *Fritz Pringsheim*, *Jus aequum und jus strictum*, in: ZRG (RA) 42 (1921), S. 643–668, wieder in: *ders.*, Gesammelte Abhandlungen, 1. Bd., Heidelberg 1961, S. 131 ff., und weitere Untersuchungen in diesem Sammelband S. 154 ff.; zusammenfassend *Max Kaser*, Das römische Privatrecht, 1. Abschn., 2. Aufl., München 1971, S. 195; 2. Abschn., 2. Aufl., München 1975, S. 61 f.; *Gottfried Schieman*, *Aequitas*, in: Der Neue Pauly 1 (1996), Sp. 188 f. Zur mittelalterlichen Rechtswissenschaft: *Paolo Grossi*, *L'ordine giuridico medievale*, Rom-Bari 1995, S. 175–182; zu den Glossatoren: *Hermann Lange*, *Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren*, in: ZRG (RA) 71 (1954), S. 319–347; zu den Kommentatoren: *Norbert Horn*, *Aequitas in den Lehren des Baldus*, Köln etc. 1968. Zur frühen Neuzeit: *Guido Kisch*, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit*, Basel 1960; *Clausdieter Schott*, »*Aequitas cerebrina*«, in: Rechtshistorische Studien. Hans Thieme zum 70. Geburtstag, Köln etc. 1977, S. 132–160; *ders.*, »Rechtsgrundsätze« und Gesetzeskorrektur, Berlin 1975, S. 59 ff.; *Gunter Wesener*, *Aequitas naturalis*, »natürliche Billigkeit«, in der privatrechtlichen Dogmen- und Kodifikationsgeschichte, in: Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts, hrsg. v. *M. Beck-Mannagetta* u. a., 1996, S. 81–105; zusammenfassend *Helmut Coing*, *Europäisches Privatrecht*, I, München 1985, S. 40–42. Vgl. auch die HRG-Artikel »*Aequitas canonica*« (*F. Merzbacher*, HRG I [1971], Sp. 58 f.) und »*Billigkeit*« (*E. Kaufmann*, a. a. O. Sp. 431–437), der jedoch nur das Mittelalter behandelt. Wenig ergiebig ist der Artikel »*Billigkeit*« von *K. H. Sladeczek* im *HistWbPhilos* 1 (1971), Sp. 939–943.

² S. dazu *C. Schott*, »*Aequitas cerebrina*« und *H. Coing*, wie Fn. 1.

Rezeption die Aequitas in die Rechtsquellenlehre integriert, wie sie insbesondere ihr Verhältnis zu dem immer wichtiger werdenden rationalen und säkularisierten Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts gesehen haben, ist bisher noch gar nicht im Detail untersucht worden.

Die folgende Abhandlung möchte dazu beitragen, diese Lücke zu schließen³. Sie geht von der Beobachtung aus, daß die Aequitas vom späten 16. Jahrhundert bis etwa zur Mitte des 17. Jahrhunderts als Rechtsquelle, nämlich als ungeschriebenes Recht betrachtet worden ist (I.) und versucht, die Hintergründe dieses Phänomens etwas zu erhellen. Handelt es sich möglicherweise um | eine bisher übersehene freirechtliche Phase in der deutschen Rechtswissenschaft? (II.). Und wenn nicht: was bedeutet sonst diese sich zweimal wandelnde Wertschätzung der Aequitas im 16. und 17. Jahrhundert? (III.)

I. Aequitas als ungeschriebene Rechtsquelle (etwa 1560 bis 1650)

1. Die Vorgeschichte: Unbeachtlichkeit der nicht geschriebenen Aequitas im Mittelalter und Wiederentdeckung der aristotelischen Epieikeia im frühen 16. Jahrhundert

Nach dem heutigen Wissensstand verläuft die Entwicklung bis zum frühen 16. Jahrhundert folgendermaßen: Die mittelalterlichen Juristen haben die Frage der Aequitas zwar immer wieder diskutiert, waren aber nicht bereit, einer ungeschriebenen Aequitas Einfluß auf die Rechtsfindung zu geben. Nach den Vorstellungen der Glossatoren mußte nur die im geschriebenen Recht irgendwie fixierte Billigkeit, die »aequitas scripta«, beachtet werden⁴. Die Antinomie zweier Codex-Stellen, von denen die eine (C. 3, 1, 8) dem Richter die Berücksichtigung der Aequitas erlaubt, die andere sie dem Kaiser vorbehält (C. 1, 14, 1), wurde mit der Distinktion bewältigt, daß sich zwar die zweite Stelle auf die »aequitas non scripta«, die erste aber lediglich auf die geschriebene Aequitas beziehe, und man nahm sogar an, daß dies auch die richtige Lesart der Quellentexte selbst sei (schob also in den Text von C. 3, 1, 8 das Wort »scripta«, in C. 1, 14, 1 das Wort »non scripta« ein)⁵. Die Kommentatoren haben diese Lehre offenbar im wesentlichen übernommen⁶.

³ Vollständigkeit ist nicht angestrebt und wäre angesichts der Masse an einschlägigen Quellen wohl auch nur schwer zu erreichen. Von den bei *Martin Lipenius*, *Bibliotheca realis iuridica*, I (Leipzig 1757), S. 36 f. unter dem Stichwort »Aequitas« aufgeführten Schriften habe ich etwa die Hälfte verwertet; nicht zugänglich war mir vor allem die möglicherweise wichtige Abhandlung von *Samuel Rachel*, *De aequitate*, Kiel 1671.

⁴ Siehe *H. Lange* (Fn. 1), S. 328 f.

⁵ *H. Lange* (Fn. 1), S. 331.

⁶ Zu Bartolus und Durantis *H. Lange* (Fn. 1), S. 331 Anm. 65; zu Baldus *N. Horn* (Fn. 1), zusammenfassend S. 203 ff., 219.

Diese Einstellung mußte sich fundamental ändern, als der aristotelische Begriff der – notwendigerweise ungeschriebenen – Aequitas (epieikeia) von der Jurisprudenz (wieder) entdeckt wurde. Das scheint 1508 durch den französischen Humanisten Guillaume Budé geschehen zu sein⁷, der in seinen »Annotationes« zu den | Digesten die Stelle D. 1, 1, 1 pr. (»ius est ars aequi et boni«) im Sinne der aristotelischen »Epieikeia« interpretiert⁸. Aristoteles hatte in der Nikomachischen Ethik erklärt: Der Gesetzgeber könne sich nur allgemein ausdrücken, »ohne allerdings zu übersehen, daß damit eine Fehlerquelle gegeben ist.« Aber der Fehler liege nicht beim Gesetzgeber oder beim Gesetz »sondern, in der Natur der Sache, denn so ist nun einmal die Fülle dessen, was das Leben bringt.« Wenn also »ein Fall vor- kommt, der durch die allgemeine Bestimmung nicht erfaßt wird, so ist es ganz in Ordnung ..., das Versäumnis im Sinne des Gesetzgebers selbst zu berichtigen: so wie er selbst die Bestimmung getroffen hätte, wenn er im Lande gewesen wäre und wie er sie, wenn ihm der Fall bewußt geworden wäre, in sein Gesetz aufgenommen hätte.« Das ist die Billigkeit (Epieikeia), also eine »Berichtigung des Gesetzes da, wo es infolge seiner allgemeinen Fassung lückenhaft ist«⁹. In der Rhetorik bezeichnet Aristoteles als billig das, »was über das geschriebene Gesetz hinaus gerecht ist« und nennt neben dem Fall des bewußt und zwangsläufig zu allgemeinen Gesetzes auch den des versehentlich mangelhaften Gesetzes¹⁰. Damit war also der Epieikeia einerseits die Einschränkung des zu allgemeinen Gesetzes, andererseits auch die Ergänzung des unvollständigen Gesetzes zugewiesen.

Machte man nun mit der aristotelischen Lehre ernst und sah in der Epieikeia eben die Aequitas, die der Richter nach den Vorschriften des Corpus iuris civilis, besonders nach C. 3, 1, 8 zu berücksichtigen hatte, dann ließ sich die mittelalterliche Lehre von der ausschließlichen Beachtlichkeit der »aequitas scripta« nicht länger aufrechterhalten. Allerdings haben die deutschen Juristen der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts diese Konsequenz offenbar – eine Ausnahme macht Johann Oldendorp¹¹ – noch nicht | gezogen. Sie sprechen weiterhin unbefangen von »aequitas scripta«¹². Ulrich Zasius etwa übernimmt in seiner Kommentierung

⁷ Nach G. Kisch (Fn. 1), S. 177 ff.

⁸ *Gulielmus Budaeus*, Annotationes in Pandectas tam priores quam posteriores (1. Teil erstmals 1508), Basel 1557, S. 1 ff. (nach G. Kisch [Fn. 1], S. 495 ff.).

⁹ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik V, 14; 1137 a, b. Übersetzung im Text nach der Ausgabe von Franz Dirlmeier, *Aristoteles. Werke*, Band 6, 9. Aufl. Berlin 1991, S. 118 f. (statt vom »Billigen« spricht Dirlmeier allerdings vom »Gütigen«).

¹⁰ *Aristoteles*, Rhetorik I, 13; 1374 a, b. Übersetzung im Text nach der Ausgabe von Franz G. Sieveke, München 1993, S. 72 f.

¹¹ *Johann Oldendorp*, Wat byllich unn recht ys (1529), hochdt. Übers. hrsg. von Erik Wolf. Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main 1950, S. 51 ff. (57): »Denn es ist jetzt und war auch schon früher bewährt, daß man die Billigkeit nicht eigentlich in Schrift verfassen kann ...«; *ders.*, Opera, I (Basel 1559), S. 277: »constat ..., quod aequitas in scriptum redigi non potest«.

¹² So etwa *Claudius Cantiuncula* und *Bonifacius Amerbach* (bei G. Kisch, [Fn. 1], S. 274 f., 515 f. und 361); *Ulrich Zasius*, Commentaria in titulum codicis Iustiniani de iudiciis, I. placuit (= C. 3, 1, 8), Nr. 13, 16 (= *ders.*, Opera omnia, hrsg. v. *Johann Ulrich Zasius* und *Joachim Münsinger* von Frundeck. IV, Lyon 1550 [Ndr. Aalen 1966]), S. 188; *Sebastian Derrer*, Jurisprudentiae liber pri-

von C. 3, 1, 8 zwar den aristotelischen Aequitas-Begriff, bleibt aber sonst doch im wesentlichen bei der mittelalterlichen Auffassung: Gegenüber dem geschriebenen strikten Recht soll sich immer nur die »aequitas scripta« durchsetzen können, nur bei fehlendem Gesetz, vor allem bei der Vertragsauslegung, ist die Aequitas dem »rigor iuris« vorzuziehen¹³. Ebenso, und ohne Bezugnahme auf den aristotelischen Begriff, kommentiert sein Schüler Johann Sichard die Codexstelle 3, 1, 8¹⁴. Auch die ersten deutschen »Systematiker« Sebastian Derrer (1540) und Conrad Lagus (1543) verharren mit der ausschließlichen Berücksichtigung der »aequitas scripta«¹⁵ auf dem mittelalterlichen Standpunkt, obwohl jedenfalls Lagus die aristotelische Lehre zu kennen scheint¹⁶. |

2. Die Lehre des späten 16. und frühen 17. Jahrhunderts (Aequitas als ungeschriebene Rechtsquelle)

In der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts ändert sich das Bild. Mehr und mehr nimmt man nun auch in Deutschland an, daß die Aequitas im strengen Sinne immer ungeschrieben ist¹⁷. »Sicherlich«, schreibt etwa Matthäus Wesenbeck, »haben auch einzelne Gesetze ihre Aequitas. Aber eigentlich wird die Aequitas als »aequalitas« oder »recta ratio« verstanden, als ungeschrieben und von unserem

mus, Lyon 1540, lib. 1, tit. 7, Nr. 24, S. 47; (Conrad Lagus,) *Iuris utriusque traditio methodical ... ex ore ... D. Conradi Lagi*, ... annotate ... nunc recens excusa et aedita, Frankfurt 1543, fol. 6r B, fol. 9r B; Johannes Sichardus, In codicem Iustinianum praelectiones, hrsg. von Franz Modius, Frankfurt am Main 1586, zu C. 3, 1, 8, Nr. 5 ff. (S. 111 f.); Johannes Oinotomos (Schneidewin), In quatuor Institutionum imperialium Iustiniani imperatoris libros commentarii, Venedig 1657, zu lib. 2, tit. 6, Nr. 11 Anm. a, S. 121; Arnold Holstein, Tractatus de aequitate iuris, Köln 1566, S. 103 f. G. Kisch (Fn. 1), der sich im deutschen Sprachraum auf die eher konservativen oberrheinischen Humanisten des frühen 16. Jahrhunderts konzentriert, gibt deshalb m. E. kein vollständiges Bild der humanistischen Aequitas-Lehre und ihrer praktischen Konsequenzen, so wertvoll das Buch durch seine gewissenhaften Quellen- und Literaturanalysen an sich ist.

¹³ U. Zasius, wie Fn. 12, Nr. 1–4, S. 187 (Aristoteles), 13 und 16, S. 188 (Unbeachtlichkeit der aequitas non scripta gegenüber dem geschriebenen Gesetz), 20 (aequitas bei der Vertragsauslegung).

¹⁴ J. Sichard, wie Fn. 12, Nr. 6, S. 112.

¹⁵ S. Derrer, wie Fn. 12, Nr. 24, S. 47; C. Lagus, fol. 9r B.

¹⁶ C. Lagus (Fn. 12), fol. 14v.

¹⁷ Ausdrücklich etwa Matthäus Wesenbeck, In Pandectas iuris civilis et Codicis Iustiniani lib. IIX commentarii, Basel 1582, zu D. 1, 1, Nr. 18, S. 9; Dominicus Arumaeus, Exercitationes Iustinianae, 3. Ausg., Jena 1607, Exerc. 1 (Def. Wolfgang Sigel), Nr. 8, S. 5; Marquard Freher, Sulpitius, sive de aequitate commentarius ad l. 1 C. de legibus (1608), in: Everardus Otto (Hrsg.), Thesaurus iuris Romani, IV, Sp. 369–380 (379); Reinhard Bachovius ab Echt, Commentarius in primam partem Pandectarum, Spira Nemetum 1630, Nr. 3 (nicht im Text), S. 70; Johannes Harpprecht, Commentarii in quatuor Libros Institutionum Iuris Civilis, Tom. 1, 2. Ausg., Frankfurt 1658, zu I. 1, 2, 9 (»sine scripto«) Nr. 55, S. 149; Georg Frantzke, Commentarius in XXI libros Pandectarum iuris civilis priores, Straßburg 1654, zu D. 1, 1 Nr. 53, S. 11. Ebenso natürlich neben Harpprecht auch die Autoren, welche die Aequitas als ungeschriebenes Recht ansehen, s. u. zu Fn. 25. Eine dezidiert andere Meinung habe ich nur bei Erasmus Ungepaup, Exercitia Iustiniana, sive Disputationes XVI ad IV libros Institutionum Imperatoris Justiniani, 3. Ausg., hrsg. von Adrian Beier, Jena 1663, Exerc. 1, quaestio 9. S. 23 f. gefunden, vgl. aber auch die Nachweise bei J. Harpprecht, a. a. O., Nr. 56, Sp. 149.

Recht abgesondert oder jedenfalls in keinem besonderen Gesetz ausgedrückt«¹⁸. Die Juristen erkennen jetzt, daß die Codex-Stelle 3, 1, 8, die dem Richter die Berücksichtigung der Aequitas auferlegt, keineswegs – wie die mittelalterlichen Juristen behauptet hatten – nur von der geschriebenen Billigkeit, der »aequitas scripta«, spricht, denn »in den alten Handschriften findet sich das Wort »scriptae« nicht«¹⁹.

Damit stellte sich die Frage, wie sich die Aequitas zu den | Rechtsquellen verhielt. Es gab jedenfalls zwei verschiedene Antworten. Die eine lief darauf hinaus, die Rechtsquellenlehre des römischen Rechts unberührt zu lassen und die Aequitas lediglich in bestimmten Fällen als Entscheidungsgrundlage *neben* die allgemeinen Rechtsquellen zu setzen. Diese sehr behutsame Lösung hat der Marburger Professor Hermann Vultejus vertreten. Nach ihm ist die Aequitas eine »causa iuris« bei der Entscheidung des einzelnen Rechtsfalls, auf die zurückzugreifen ist, wenn »nichts für den besonderen Fall festgesetzt oder durch Gewohnheit gebilligt ist«²⁰. Die Aequitas gibt aber immer nur die Lösung für den einzelnen Fall, sie ist Entscheidungsnorm (»iudicandi norma«) und kein schon gesetztes Recht, denn die Quellen des gesetzten Rechts sind Gott, Natur, öffentliche Autorität (menschliches Gesetz) und Volk (Gewohnheitsrecht)²¹.

Soweit ich sehe, ist aber Vultejus' Lehre vereinzelt geblieben. Die zweite und überwiegend vertretene Lösung ging dahin, die Aequitas als ungeschriebenes Recht *in* die römische Rechtsquellenlehre einzubauen. Als erster hat offenbar um 1550 der französische Systematiker Franciscus Connanus diese Lehre vertreten. Connanus erklärt ohne weiteren Beleg, es gebe zwei Teile des ungeschriebenen Rechts, nämlich Gewohnheit und Aequitas und leitet dann den Abschnitt über die Aequitas mit dem Satz ein: »Auch die Aequitas selbst ist ein Teil des Rechts, der im geschriebenen nicht enthalten ist«²². In Deutschland scheint es wieder Matthäus Wesenbeck gewesen zu sein, der als erster diese Lehre aufgegriffen hat.

¹⁸ M. Wesenbeck, wie vorige Fn., S. 9. »Etenim licet etiam ius singulis legibus sua quaedam aequitas constet: tamen proprie aequitas pro aequalitate seu recta ratione accipitur, non scripta, et quae a iure nostro sit secreta, aut certe nulla expressa lege ...«

¹⁹ D. Arumaeus, wie Fn. 17 (»quia in vetustis Codicibus vox scriptae non reperitur«). Bei den französischen Humanisten, die Arumaeus an dieser Stelle auch zitiert, hatte sich diese Erkenntnis schon viel früher durchgesetzt, vgl. etwa Franciscus Duarenus, Disputationes anniversariae, lib. 2, cap. 18, in: ders., Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera, Frankfurt 1592, S. 1068 li. Sp.

²⁰ Hermann Vultejus, Diatribe de causis Iuris constituentibus, in: ders., Tractatus tres, Frankfurt 1586, S. 59–78 (65 f.): Wenn »nihil in specie est constitutum usuve comprobatum, tum in locum iuris, (utpote deficiente) succedit Aequitas«.

²¹ H. Vultejus (Fn. 20), S. 67: »Hae itaque duae sunt iudicandi normae, Aequitas nimirum et Ius«. Zu den Rechtsquellen dann S. 67 f.

²² Franciscus Connanus, Commentariorum iuris civilis libri decem, mit Anm. von F. Hotman und Vorwort von B. Faius, neue Ausg., Hanau 1609, lib. 1, cap. 10, Nr. 3, S. 46: »Sunt enim huius non scripti iuris partes duo, consuetudo et aequitas«; lib. 1, cap. 11, Nr. 1, S. 53: »Aequitas etiam ipsa iuris est, quae scripto non continetur«. Ob schon ein anderer (französischer?) Autor vor Connanus diese Ansicht vertreten hat, kann ich nicht sagen. Jedenfalls ist, soweit ich sehe, Connanus der früheste Autor, der für diese Auffassung in der späteren Literatur zitiert wird.

Die Aequitas gehöre zwar mehr zum Naturrecht als zum römischen »ius civile«, das Naturrecht sei aber selbst Teil des römischen Rechts und deshalb gehöre die Aequitas zum ungeschriebenen | Recht (»ad ius agraphon«). Ihren Anwendungsbereich umreißt er folgendermaßen: Sie paßt erstens Gesetze der gesunden Vernunft und dem richtigen Sinn an, sie dehnt zweitens das Gesetz auf gleichartige ähnliche Fälle aus und sie gibt drittens dem Richter die Regel, wenn weder aus den Worten, noch aus dem Sinn des Gesetzes noch mit (sc. topischen) Argumenten eine Lösung zu finden ist²³.

Diese Lehre hat sich dann für mehr als ein halbes Jahrhundert behauptet. Sie wird etwa von Wesenbecks Kommentatoren Reinhard Bachovius von Echt und Heinrich Hahn (noch 1650) – allenfalls mit der Einschränkung, daß die Aequitas kein *römisches* ungeschriebenes Recht sei – kritiklos übernommen²⁴. In Tübingen vertreten sie Heinrich Bocer und Johann Harpprecht, in Straßburg Georg Obrecht und Justus Meier²⁵. Neben ihnen steht eine Reihe von Juristen, die die Aequitas zwar nicht ausdrücklich als ungeschriebenes Recht, aber doch als subsidiäre Rechtsquelle ansehen, wenn eine gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Vorschrift fehlt, wie Johannes Althusius, Dietrich Reinkingk und Johann Brunne-
mann²⁶. Soweit sonst bis etwa 1630 zur Aequitas | Stellung genommen wird, findet sich, soweit ich sehe, jedenfalls keine ausdrückliche Kritik an der Einordnung der Aequitas als ungeschriebenes Recht.

Erst in der Mitte des 17. Jahrhunderts scheinen sich Zweifel eingestellt zu haben. Der Erfurter Professor Henning Rennemann führt (1632?) einen heftigen Angriff auf Bocer und will die Aequitas als geschriebenes Recht einordnen²⁷. Arnold Vinnius betont in seinem, erstmals 1642 erschienenen, Institutionen-Kommentar,

²³ M. Wesenbeck, wie Fn. 17, S. 9: »Sed ... etiam ius naturae, quo utimur, pars iuris Romani est: et consequenter, aequitas quoque haec tam scripta quam non scripta eodem referri, atque ita pertinere ad ius agraphon (sc. im Orig. griechisch) potest.« S. 10 dann zum Anwendungsbereich der Aequitas.

²⁴ Reinhard Bachovius ab Echt, *Notae et animadversiones ad Matthaei Wesenbecii Pandectas iuris civilis*, Köln 1640, S. 18, Heinrich Hahn, *Observata theoretico practica ad Matthaei Wesenbecii in L libros Digestorum Commentarios ...*, Pars I, Helmstedt 1659, S. 84–86 (85: ius non scriptum im weiteren Sinne).

²⁵ Henricus Bocer, *Ad tres priores Pandectarum partes disputationes*, Tübingen 1588, Disp. 1, Nr. 27, S. 13 (noch zweifelnd); deutlicher dann ders., *Disputationum iuridicarum ... classis prima*, Tübingen 1596, Disp. 1, Nr. 41, S. 13; J. Harpprecht, wie Fn. 17, Nr. 51, Sp. 148; Georg Obrecht, *Disputationes ex variis iuris civilis ... materiis ... in unum nunc corpus collectae*, Ursellis 1603, Pars 1, Disp. 1, th. 104, S. 5; Justus Meier, *Collegium Argentoratense, totius Jurisprudentiae absolutum systema exhibens*, mit Anm. v. Johann Otto Tabor, hrsg. v. Johann Bechtold, Tom. 1, Straßburg 1657, zu D. 1, 1 Nr. 37, S. 8 (als Recht, das aus der Rechtsprechung entsteht).

²⁶ Johannes Althusius, *Dicaeologicae libri tres*, 2. Aufl., Frankfurt 1649, lib.1, cap. 16, Rn. 18, 19, S. 49; Theodoricus Reinkingk, *Tractatus de regimine saeculari et ecclesiastico*, 5. Ausg., Frankfurt am Main 1651, lib. 2, class. 2, Cap. 12, Nr. 41, S. 872; Johann Brunne-
mann, *Commentarius in Codicem Justinianum* (1663), ed. novissima, Leipzig 1708, zu C. 3, 1, 8, Nr. 5–6, S. 228.

²⁷ Henning Rennemann, *Jurisprudentia Romano-Germanica*, Erfurt 1651 (Rennemann lebte 1567–1646, seine Vorrede ist von 1632), Disp. 13, Nr. 26, 36 (S. 167, 169) und die Polemik gegen Bocer Nr. 38 ff. (S. 171 f.).

daß die Aequitas kein Gegensatz zum geschriebenen, sondern zum strikten Recht sei²⁸. In der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts wenden sich in Deutschland Amadeus Eckolt, Nicolaus Christoph Lyncker und Johannes Strauch ausdrücklich gegen die Lehre von der Aequitas als ungeschriebenem Recht: sie sei weder geschrieben noch ungeschrieben (Eckolt)²⁹, sie sei nur virtuelles Gewohnheitsrecht (Lyncker)³⁰, sie gehöre zum Naturrecht (Strauch)³¹. Die großen Handbücher des *Usus modernus* (Lauterbach, Struve, Stryk)³² behandeln die Aequitas entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nicht mehr als ungeschriebenes Recht oder subsidiäre Rechtsquelle, und ebenso verfahren die Autoren der kleinen Pandektenkompendien | des 17. und frühen 18. Jahrhunderts³³. Damit verschwindet die Lehre von der Aequitas als ungeschriebener Rechtsquelle kaum hundert Jahre nach ihrer Begründung schon wieder aus der juristischen Literatur.

Diese Entwicklung: von der mittelalterlichen Ablehnung der ungeschriebenen Aequitas, über ihre Erhebung zur Rechtsquelle im späten 16. Jahrhundert bis zu ihrer erneuten Eliminierung aus der Rechtsquellenlehre schon knapp hundert Jahre später, ist wohl kaum aus sich selbst heraus verständlich, sondern bedarf einer Erklärung. Dabei muß man zunächst wohl Klarheit darüber gewinnen, was die Wertschätzung der Aequitas zwischen 1550 und 1650 für die Rechtspraxis bedeutet hat, ob also die verschiedenen Entwicklungsphasen der Aequitas-Lehre mit sich ändernden Vorstellungen über das Verhältnis des Richters zum Gesetz

²⁸ Arnold Vinnius, In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis, 4. Ausg., Amsterdam 1665, zu I. 1, 1, 9 (»sine scripto«), Nr. 7, S. 20.

²⁹ Amadeus Eckolt, Compendiaria Pandectarum tractatio, mit Anm. von Bartholomaeus Leonhard Svendendorffer, Leipzig 1680, zu D. 1, 1, § 28 Anm. (S. 20).

³⁰ (Nicolaus Christoph Lyncker,) Commentaria Lynckeriana in jus civile universum, ad seriem Digestorum, zu D. 1, 3, Nr. 16, S. 70: Aequitas bezieht sich einerseits als Interpretation auf das bestehende Recht, andererseits auf das entstehende, da sie durch Juristen und Richter zum ungeschriebenen Recht werden kann.

³¹ Johannes Strauch, Dissertationes ad jus Iustinianum privatum, mit Anm. v. Christian Thomasius, hrsg. v. Ephraim Gerhard, Jena 1718, Diss. 1, Th. 12, S. 12.

³² Georg Adam Struve, Syntagma juris civilis, Jena 1672, Exerc. 2, Nr. 44, S. 69 (behandelt die Aequitas nur noch als »fundamentum« der Interpretation, nicht mehr als subsidiäre Rechtsquelle). Nichts über Aequitas enthalten, soweit ich sehe, Wolfgang Adam Lauterbach, Collegium theoretico-practicum in librum primum Pandectarum usque ad vigesimum, I, neue Ausg., hrsg. v. Ulrich Thomas Lauterbach, Tübingen 1726; Samuel Stryk, Specimen usus moderni Pandectarum ad libros V priores ... exhibitum, 4. Ausg., Halle 1713.

³³ Georg Adam Struve, Jurisprudentia Romano-Germanica forensis, 7. Ausg., Jena 1694, lib. 1, tit. 2, Nr. 18 (nur im Zusammenhang mit der Interpretation); Wolfgang Adam Lauterbach, Compendium Juris brevissimis verbis ... universam fere materiam juris exhibens, hrsg. v. Johann Jacob Schütz, Tübingen u. a., o. J. [1697] (nichts über aequitas); Justus Henning Böhmer, Introductio in Ius Digestorum, Pars I, 9. Ausg. 1756, lib. 1, tit. 1, Nr. 4, S. 5 (nur im Zusammenhang mit der Interpretation); Jacob Friedrich Ludovici, Doctrina Pandectarum, Halle 1725 (nichts über aequitas); Johann Gottlieb Heineccius, Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum (1727), Leipzig 1758 (nichts über aequitas); ders., Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum, 3. Ausg., Straßburg 1732, Pars 1, lib. 1, tit. 1, § 13, S. 5 (in den Pandekten werde das ius gentium als »naturalis aequitas« bezeichnet), § 22, S. 8 (im Zusammenhang mit der restriktiven Interpretation).

zusammenhängen (II.). Wenn das nicht der Fall ist, dann könnten die Gründe in der Rechtsquellenlehre selbst liegen, also in sich wandelnden Begriffen von Natur-, Gesetzes- und Gewohnheitsrecht (III.).

II. Aequitas-Lehre und Stellung des Richters: Eine freirechtliche Phase in der frühen Neuzeit?

An sich hätte die Erhebung der Aequitas zur Rechtsquelle einem sehr großzügigen, geradezu freirechtlichen Billigkeitsdenken Vorschub leisten können. Aber soweit bisher bekannt ist, hat es eine derartige freirechtliche Phase in der Jurisprudenz des späten 16. und 17. Jahrhunderts nicht gegeben³⁴. Genauer läßt sich der Einfluß der neuen Aequitas-Theorie auf die Rechtspraxis abschätzen, wenn man die für die Rechtsanwendung relevanten Details der Lehre genauer betrachtet und ihrer tatsächlichen Verwendung in der Rechtsprechungs- und Konsiliarpraxis nachgeht.

1. Grenzen der Aequitas-Relevanz in der Rechtslehre des 16. und 17. Jahrhunderts

Wesenbeck hatte der Aequitas drei Aufgaben zugewiesen: die einschränkende, die ausdehnende oder analoge Gesetzesanwendung und die Ausfüllung von Gesetzeslücken, und ein ähnlicher Katalog findet sich auch bei anderen Autoren der Zeit³⁵. Wenn die frühneuzeitliche Lehre mit der nicht gesetzesgebundenen Aequitas Ernst machte, dann mußte sie vor allem den für jedes kodifizierte Rechtssystem kritischen und damit interessantesten letzten Fall, den der »freien« Ausfüllung von Gesetzeslücken genauer ins Auge fassen. Aber auffallenderweise vermeidet man in der Regel nähere Ausführungen dazu. Der einzige mir bekannte Autor, der offen sagt, daß in diesem Fall der Richter nach seiner (an Natur und Ratio kontrollierten) Überzeugung entscheiden soll, ist Hermann Vultejus³⁶. Andere bringen den Fall in die Nähe der harmloseren Analogie³⁷. Eine der seltenen Auseinandersetzungen mit der lückenfüllenden Aequitas findet sich – und das ist

³⁴ Siehe C. Schott, »Aequitas cerebrina« (Fn. 1), bes. S. 146–152.

³⁵ M. Wesenbeck, wie Fn. 17, S. 10. Später wird zwischen interpretierender und emendierender (abrogierender und suppletorischer) Aequitas unterschieden: G. Obrecht (Fn. 25), p. 1, disp. 1, th. 126, 129, S. 6; H. Hahn (Fn. 24), S. 86. Johann Andreas Frommann, *Positiones inaugurales ex dissertatione de aequo et bono excerptae* (Resp. Tobias Cramer), Tübingen 1679, th. 6, S. 5 kennt eine interpretatorische, suppletorische und korrektorisches Aequitas. Allerdings soll nach diesen Autoren die abrogierende bzw. korrigierende Billigkeit nur dem Gesetzgeber zustehen; die restriktive Auslegung wird der Interpretation zugeordnet.

³⁶ H. Vultejus (Fn. 20), S. 66: »et iudex negotium, quasi nunquam ullo facti merito praescripto vel definito, ex naturae rationisque suae persuasione decedit ...«

³⁷ So z. B. J. Althusius (Fn. 26), lib. 1, cap. 16, Nr. 18, S. 49: »sed cessante scripto jure civili, jus constituit et interpretatur ... juxta naturalem aequitatem ... vel analogiam juris communis«.

wohl bezeichnend – gerade bei dem Juristen, der wohl als erster die | Lehre von der Aequitas als ungeschriebenem Recht *kritisiert* hat, nämlich bei Henning Rennemann: »Woher«, fragt er, »soll also jene Aequitas genommen werden? Man antwortet: aus dem Wesen der Menschlichkeit, der Güte und der Gerechtigkeit. Aber diese Antwort ist eine *petitio principii*. Denn es ist weiter zu fragen: Wo ist denn dieses Wesen der Menschlichkeit, Güte und Gerechtigkeit verborgen, wie und wo kann man es finden, um das zu bekommen, was man (sc. zur Falllösung) benötigt?«³⁸. Insgesamt scheint die lückenfüllende Aequitas, wenn man sie überhaupt akzeptierte, bestenfalls ein Instrument gewesen zu sein, das man zur Abrundung der Rechtsquellentheorie zwar brauchte, dessen Anwendungsbereich man aber für ganz unbedeutend und nicht erörterungsbedürftig hielt.

Wie wenig die Juristen des 16. und 17. Jahrhunderts bereit waren, die »freie« Aequitas in ihr Recht hineinzulassen, zeigen vor allem ihre Stellungnahmen zur restriktiven Interpretation. Nach der mittelalterlichen Lehre durfte der Richter (C. 3, 1, 8) gegenüber dem »Rigor iuris« lediglich die geschriebene Billigkeit, die »aequitas scripta« zur Geltung bringen, andere Eingriffe in das geschriebene Recht standen nur dem Gesetzgeber zu (C. 1, 14, 1). Diese Auflösung des Widerspruchs zwischen den beiden Codex-Stellen war nach der neuen Aequitas-Theorie des späten 16. Jahrhunderts nicht mehr möglich, denn ihr zufolge gab es ja keine »aequitas scripta« mehr und verwies auch der Text von C. 3, 1, 8 nicht auf sie. Aber schon die Stellungnahmen der französischen Juristen des mittleren 16. Jahrhunderts zeigen, daß sich durch diese neue Sicht der Dinge in Wirklichkeit nicht viel änderte und man sich keineswegs auf einmal einem hemmungslosen Billigkeitsdenken hingab. Duarenus, Connanus und Corasius meinen um 1550/1560, eine Billigkeitskorrektur des geschriebenen Rechts komme nur dann in Betracht, wenn es *sicher feststehe*, daß das Gesetz, vom | Wortlaut abweichend, einen anderen »billigen« Sinn habe³⁹. Bedeutende spätere Autoren wie Donellus und Grotius wollen es zwar genügen lassen, wenn das im konkreten Fall unbillig erscheinende Gesetz nur generell aequitas-konform und damit die Annahme gerechtfertigt ist, daß seine unbillige Anwendung in einem Einzelfall vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann⁴⁰. Aber nach allen Ansichten unterliegt das strenge und »unbillige«

³⁸ H. Rennemann (Fn. 27), disp. 13, Nr. 39, S. 171: »unde igitur illa sit aequitas depromenda? Respondet ille quidem: quod Ratio humanitatis benignitatis et Justitia, sit illam subgestura. Verum haec responsio principium petit. Quaeritur enim denuo: ubinam illa ratio humanitatis, benignitatis et Justitiae lateat: et quomodo, ac unde, investigari queat: ut quod opus est subgerat?«

³⁹ F. Duarenus, In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, methodica enarratio, lib. 5, tit. 1, in: *ders.*, Opera (Fn. 19), S. 160 li. Sp.; F. Connanus (Fn. 22), lib. 1, cap. 11, Nr. 6, S. 58 (Restriktion, wenn angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber das will, nicht aber, wenn der – unbillige – Sinn feststeht oder das Gesetz zweideutig ist); Johannes Corasius, De iuris arte libellus, Lyon 1560, S. 54. Siehe auch Albertus Bolognetus, De lege, jure et aequitate disputationes, (neue Auflage) Wittenberg 1594, S. 657 f. (beruft sich u. a. auf Connanus).

⁴⁰ Hugo Donellus, Commentarii de iure civili (1589), 6. Ausg., hrsg. v. Johann Christoph König, I, Nürnberg 1801, lib. 1, cap. 13, § 13, S. 97; Hugo Grotius, De aequitate, indulgentia et facilitate, im Anhang von *ders.*, De jure belli ac pacis libri tres, mit Anm. v. Johann Friedrich Gronovius und Jean Barbeyrac, Amsterdam 1720, S. 37 ff. (39: keine Korrektur bei Gesetzen, »quae inhonestum

Spezialgesetz, das der Gesetzgeber bewußt so gegeben hat, gerade keiner (richterlichen) Billigkeitskorrektur, und damit war der gefährlichste Eingriff des Richters in das geschriebene Recht ausgeschlossen. Die deutschen Autoren halten sich, soweit ersichtlich, in diesem Rahmen. Es wird etwa gesagt: Ein Abweichen vom geschriebenen Recht ist nur möglich bei billigem Recht, wenn ein probabler Sinn ermittelt werden kann (Harpprecht), bei generellen Gesetzen, die sich im Einzelfall unbillig auswirken, nicht bei speziellem »rigor iuris« (Bachov, Brunnemann)⁴¹. Manche Autoren nähern sich schon im frühen 17. Jahrhundert haarscharf wieder der mittelalterlichen »aequitas scripta«-Lehre an, etwa 1608 Marquard Freher: nach ihm darf der Richter nur eine evidente und manifeste Billigkeit berücksichtigen⁴², und evident soll sie nur sein, wenn sie »ex | scripto jure« hervorgeht. Ähnlich gesetzestreue Äußerungen findet man dann später auch bei Struve, Lyncker, Ziegler und Thomasius⁴³.

Damit war die restriktive Gesetzesauslegung auch auf der Basis der neuen Aequitas-Lehre entschärft; die lückenfüllende Aequitas wurde offenbar als unbedeutende Randerscheinung angesehen, und die extensive bzw. analoge Interpretation warf geringere Probleme auf, weil sie sich noch eher als sinngemäßer Vollzug des geschriebenen Rechts auffassen läßt. Angesichts dieser im praktischen Detail sehr zurückhaltenden Einstellung zur Aequitas ist wohl kaum anzunehmen, daß man im 16. und 17. Jahrhundert einen besonders intensiven Gebrauch von ihr gemacht hat.

quid praecipunt simpliciter, aut id, quod ex officio necessario faciendum est, vetant«). Vgl. auch Anton Faber, *Iurisprudentiae Papinianae scientia*, Lyon 1607, tit. 1, princ. 2, ill. 2, S. 5 f.

⁴¹ J. Harpprecht (Fn. 17), zu I. 1, 2, 9 »sine scripto«, Nr. 63, Sp. 151 (C. 1, 14, 1 spricht von der Interpretation »juris in totum iniqui«); R. Bachovius ab Echt (Fn. 17), S. 71; J. Brunnemann (Fn. 26), zu C. 1, 14, 1, Nr. 5, S. 58.

⁴² M. Freher (Fn. 17), Sp. 378 f. Siehe zu Frehers »Sulpitius« auch Brigitte Schwan, *Das juristische Schaffen Marquard Frehers (1565–1614)*, Speyer 1984, S. 162–170.

⁴³ G. A. Struve, *Syntagma* (Fn. 32), hrsg. v. Peter Müller, 3. Ausg., Frankfurt und Leipzig 1738, Exerc. 2, Nr. 44, Anm. β, S. 90: »aequitas non adjuta legibus curanda non est«; N. C. Lyncker (Fn. 30), lib. 1, tit. 3, Nr. 16, S. 70: die anzuwendende aequitas muß »informata iuribus« sein. Nur die »aequitas intrinseca« (»quae in oculos incurrens, legibusque aliis adiuta«, im Gegensatz zur »aequitas extrinseca«) wollen berücksichtigen: Caspar Ziegler, *De iuribus majestatis tractatus academicus*, Wittenberg 1698, lib. 1, cap. 6, Nr. 15, S. 181; Christian Thomasius, *Dissertatio juris inauguralis De aequitate cerebrina* L. II C. de rescind. vendit. et ejus usu practico (Resp. Johann Friedrich Stützing), Halle 1713, cap. 1, § 13, S. 12, und Augustin Leyser, *Meditationes ad Pandectas*, Vol. 1 (1717), ed. nova, Frankenthal 1778, spec. 3, Nr. 6, S. 28–30: Es handelt sich um die berühmte Entscheidung, in der Leyser ein formungültiges Testament aufgrund »Aequitas« aufrechterhalten will, vgl. dazu C. Schott, »Aequitas cerebrina« (Fn. 1), S. 151 f.; Klaus Luig, *Richterkönigtum und Kadijurisprudenz im Zeitalter von Naturrecht und Usus modernus: Augustin Leyser (1683–1752)*, in: ders./Detlef Liebs (Hrsg.), *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition*, Ebelsbach 1980, S. 295 ff. (330). Mir erscheint wichtig, daß sich Leyser theoretisch durchaus im Rahmen des Zeitüblichen hält, zweifelhaft und m. E. in der Tat ein Mißgriff ist allerdings seine Subsumtion.

2. Zur Verwendung der Aequitas in der Rechtsprechung des späten 16. und 17. Jahrhunderts

Das ist auch der erste Eindruck, der sich aus den zahlreichen Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen des 17. Jahrhunderts ergibt. Ich habe nur einige der bekanntesten anhand ihrer (meistens sehr sorgfältigen) Register durchgesehen; das Bild ist aber überall das gleiche:

Überhaupt keine Fundstelle zu »aequitas« enthalten die Register | der Kammergerichtsentscheidungen von Joachim Mynsinger von Frundeck, der »Conclusiones practicabiles« von Matthias Berlich und der Konsilien von Johann Brunnemann⁴⁴. In den über sechshundertseitigen »Practicae observationes« von Andreas Gaill kommt die Aequitas nur in zwei Entscheidungen vor. Die eine⁴⁵ schränkt die Wirkung der »novi operis nunciatio« für den Fall ein, daß die Nunziation offensichtlich unberechtigt ist; es handelt sich also um eine restriktive Auslegung. Die andere Entscheidung legt dar, daß ein »Emphyteuta«, der eine »res evidenter sterilis, vel tempore belli« gepachtet hat, nicht den vollen Pachtzins zahlen muß, wenn dieser besonders hoch, also als Gegenleistung für die gezogenen Nutzungen anzusehen ist. Darin kann man einen Rückgriff auf die Aequitas sehen. Allerdings ist die Lösung nicht besonders überraschend, denn sie war schon im Mittelalter die vorherrschende⁴⁶. – Ähnlich sieht es in Christoph Besolds Sammlung von Tübinger Konsilien aus. Von den über dreihundert Konsilien machen nur vier Ausführungen zur Aequitas, und Einfluß auf die Entscheidung wird ihr nur in zwei Fällen gegeben: Die eine betrifft die Klage eines Pfarrers, mit dem 1621 ein Gehalt von drei Gulden vereinbart gewesen war, was damals einem Taler entsprach. Der Gulden entwertete sich aber in den folgenden Jahren so nachhaltig, daß schließlich auf einen Taler zehn Gulden kamen. Das Konsilium nimmt an, die Vereinbarung sei »auf gutes Geld« gerichtet gewesen und spricht dem Pfarrer mehr zu als die drei Gulden⁴⁷; es handelt sich also nicht um eine Entscheidung contra oder praeter legem, sondern nur um eine – vielleicht nicht zwingende, aber | doch plausible – »billige« Vertragsauslegung. In dem anderen Konsilium wird einem

⁴⁴ Joachim Mynsinger von Frundeck, *Singularium observationum Iudicii Imperialis Camerae centuriae V*, Basel 1576; Matthias Berlichius, *Conclusiones practicabiles*, 5 Teile, Leipzig 1670; Johann Brunnemann, *Consilia sive responsa academica*, hrsg. v. Samuel Stryk, 2. Ausg., Frankfurt / Oder 1704.

⁴⁵ Andreas Gaill, *Practicarum observationum, tam ad processum iudicium, praesertim imperialis camerae, quam causarum decisiones pertinentium libri duo*, ed. postrema correctior, hrsg. v. Gualterius Gymnicus, Köln 1697, lib. 1, obs. 16, S. 31 (Nr. 4).

⁴⁶ A. Gaill (Fn. 45), lib. 2, obs. 23, Nr. 24–25, S. 321 (im Register falsch). Diese und die in Fn. 45 zitierte Entscheidung stammen noch aus dem 16. Jahrhundert, denn sie sind bereits in einer Ausgabe von 1586 enthalten. Zur Sache Wolfgang Dannhorn, *Römische Emphyteuse und deutsche Erbleihe. Ein Beitrag zur Entstehung der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*, Köln etc. 2003, S. 16 f., 47 f. mit Hinweis auf die Gaill-Stelle S. 48 Anm. 171.

[Der Text zu dieser und der vorigen Fußnote wurde gegenüber dem Erstdruck verändert.]

⁴⁷ Christoph Besold (Hrsg.), *Consiliorum Tübingensium volumina VI*, Tübingen 1661, pars 2, cons. 66 (aus dem Jahr 1626), S. 191 ff., bes. Nr. 21, 22.

Lehnsherrn die Rückforderung seines Lehens versagt, die er auf eine Pflichtverletzung des Lehnnehmers stützen wollte. Die Entscheidung beruht u. a. darauf, daß die jetzige Lehnnehmerin kein Verschulden treffe; nur ergänzend und nicht als tragende Begründung wird noch der Satz herangezogen, daß zwischen Lehnsherrn und Lehnnehmer die Aequitas besonders zu beachten sei⁴⁸. Die beiden anderen Konsilien lehnen eine gesetzeskorrigierende Heranziehung der Aequitas ab. Einmal wird ein Legat wegen Mißachtung der einschlägigen Formvorschriften für unwirksam erklärt und seine Aufrechterhaltung aus Aequitas-Gründen verweigert: der Richter dürfe ein geschriebenes unbilliges Gesetz nicht korrigieren, »die Aequitas muß geschrieben sein«⁴⁹! Das zweite Konsilium lehnt es ab, die »laesio enormis« auch dann durchgreifen zu lassen, wenn sich das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung erst nach Kaufabschluß (durch Geldentwertung) einstellt. »Denn die Aequitas ohne Recht, ohne Gesetz, die ungeschrieben ist«, sei ein »pestilentissimum virus«⁵⁰.

Sehr behutsam gehen mit der Aequitas auch die großen Entscheidungssammlungen von Benedict Carpzov und David Mevius um. Von Carpzov allerdings wird in der modernen Literatur gelegentlich gesagt, er habe der »Aequitas« sehr großen Spielraum gegeben⁵¹. Nach den Aequitas-Argumentationen, die sich in seiner »Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica« und seinen »Responsa« finden, läßt sich dieses Urteil aber nicht bestätigen. In der »Jurisprudentia forensis« mit ihren anderthalbtausend Seiten gibt es nur zwei Entscheidungen, die auf die Aequitas Bezug nehmen. Die eine läßt aufgrund der Aequitas eine bestimmte | Einwendung auch noch nach der »litis contestatio« zu⁵², beruft sich hierfür aber auf einen ständigen sächsischen Gerichtsgebrauch, läßt sich also vielleicht auch aus Gewohnheitsrecht rechtfertigen. Die andere Entscheidung ist darum besonders interessant, weil sie – nicht nur in dieser Sammlung – die einzige ist, die ich zur »freien« lückenausfüllenden Aequitas gefunden habe (als solche wird sie z. B. auch von Lyncker⁵³ zitiert). Eine Frau hatte ohne Mitwirkung des Vormundes ein Darlehen aufgenommen, der Darlehensgeber verlangte Rückgabe. Das Gericht billigte ihm den Anspruch zu: er ergebe sich aus der »ratio naturalis«, »auch wenn dies in keinem Gesetz vorgesehen ist«, die »Aequitas nämlich rät das an, auch wenn wir

⁴⁸ C. Besold (Fn. 47), p. 2, cons. 57 (von 1627), S. 103 ff., Nr. 171 (S. 120).

⁴⁹ C. Besold (Fn. 47), p. 2, cons. 86 (von 1629), S. 284 ff., Nr. 22 (S. 286): »Ergo aequitas debet esse scripta, vel particulariter, vel generaliter, vel aliunde deducta a jure scripto«.

⁵⁰ C. Besold (Fn. 47), p. 6, cons. 294 (von 1622?), S. 194 ff., Nr. 67 (S. 206): »Etenim aequitatem sine jure, sine lege, quae scripta non est, sed captiose arrepta, pestilentissimum virus esse, ajunt Bart. Bl. et reliqui ...«

⁵¹ C. Schott, »Rechtsgrundsätze« (Fn. 1), S. 66; zurückhaltender wohl Joachim Fr. Heine, Zur Methode in Benedikt Carpzovs zivilrechtlichen Werken, in: ZRG (RA) 82 (1965), S. 227 ff. (270–272).

⁵² Benedict Carpzov, Jurisprudentia Forensis Romano-Saxonica, hrsg. v. Andreas Mylius, Leipzig und Frankfurt 1684, pars 1, const. 3, defin. 17, Nr. 6, S. 33.

⁵³ N. C. Lyncker (Fn. 30), zu lib. 1, tit. 3, Nr. 16, S. 70.

keine Rechtsnorm haben«⁵⁴. Auch das klingt aber wohl freirechtlicher als es wirklich ist, denn man hätte den Fall wohl auch ohne Aequitas mit dem Darlehens- oder Kondiktionsrecht lösen können. – Von Carpzovs 122 »Responsa electoralia« ziehen nur drei die Aequitas, offenbar in allen Fällen zwecks Gesetzesrestriktion, heran⁵⁵. Die Sachverhalte sind zum Teil recht verwickelt; im Ergebnis unmittelbar einleuchtend ist aber jedenfalls die Lösung eines Falles: Ein Darlehen sollte »quamprimum« (»förderlichst«) zurückgegeben werden, dies geschah jedoch binnen zehn Jahren nicht, worüber Gläubiger und Schuldner verstarben. Die Erben des Gläubigers klagten auf Verzugszinsen vom Zeitpunkt der Darlehnshingabe an, drangen damit aber nicht durch⁵⁶. Auch dafür hätte es der Aequitas wohl nicht bedurft, denn es lag offenbar nicht einmal eine verzugsbegründende Mahnung des Gläubigers vor. Im ganzen stützen sich also in Carpzovs beiden großen Sammelwerken nur fünf Entscheidungen auf die Aequitas, und mindestens drei von ihnen hätten wohl auch anders | begründet werden können. Dieses Ergebnis spricht nicht gerade für eine exzessive Benutzung der Aequitas durch Carpzov.

Ganz restriktiv ist schließlich die Einstellung von David Mevius. Mit der Aequitas setzen sich ausweislich des Registers nur drei von seinen wohl rund tausend »Decisiones« auseinander. Dabei wird die Billigkeit nur in einem Fall zur Begründung der Entscheidung herangezogen, nämlich dafür, daß in einer Gesellschaft (societas) im Zweifel gleiche Gewinn- und Verlustanteile bestehen⁵⁷. Hier verweist aber nach Mevius schon das römische Recht selbst (D. 17, 2, 76 [78, 80]) auf das »arbitrium boni viri«, so daß die Aequitas hier nur im Rahmen des geschriebenen Rechts und nicht praeter oder contra legem eingesetzt wird. In den beiden anderen Fällen lehnt Mevius eine Aequitas-Korrektur des geschriebenen Rechts ab, denn »die Aequitas ohne Gesetz ist »cerebrina« und leichtfertig«⁵⁸, die Aequitas, »die mit dem geschriebenen Recht nicht übereinkommt«, ist Sache des Gesetzgebers, nicht des Richters⁵⁹.

Diese Beobachtungen bedürften sicherlich noch weiterer Bestätigung, und natürlich ist auch damit zu rechnen, daß die Richter und Gutachter in der frühen Neuzeit – wie zu allen Zeiten – Billigkeitsentscheidungen häufig nicht ausdrücklich als solche apostrophiert, sondern unter anderen Begründungen versteckt

⁵⁴ B. Carpzov (Fn. 52), p. 2, c. 15, d. 14, S. 537 li. Sp., Nr. 6: »ratio naturalis« »et si nulla lege hoc cautum est«, Nr. 7: »Aequitas quippe hoc suggerit, etsi iure deficeremur«. Die zugrunde liegende Entscheidung ist von 1621.

⁵⁵ Benedict Carpzov, Responsa iuris electoralia, Leipzig 1642, lib. 5, tit. 9, resp. 100, Nr. 23–25; l. 5, t. 9, resp. 96, Nr. 13; l. 4, t. 7, resp. 56, Nr. 19 f.

⁵⁶ B. Carpzov (Fn. 55), l. 4, t. 7, resp. 56, Nr. 19 f.

⁵⁷ David Mevius, Decisiones super causis praecipuis ad summum tribunal regium Vismarense delatis, hrsg. v. Johann Jacob v. Ryssel, 6. Ausg., Frankfurt am Main 1726, pars 8, dec. 13 (von 1660/61), S. 293, Nr. 6–8.

⁵⁸ D. Mevius (Fn. 57), p. 1, dec. 208 (von 1653), S. 79, Nr. 10: lex »sine qua aequitas, quae subesse videtur, haud attenditur.« Im Register wird das umschrieben mit der im Text zitierten Aussage: »aequitas sine lege est cerebrina et temeraria«.

⁵⁹ D. Mevius (Fn. 57), p. 7, dec. 314 (von 1659), S. 259, Nr. 6: »Est illius aequitatis, quae iuri scripto non convenit, dictamen et applicatio non judicariae, sed legislatoriae potestatis.«

haben. Von der Aequitas selbst als Mittel zur Korrektur oder Ergänzung des positiven Rechts scheint aber im späten 16. und im 17. Jahrhundert nur sehr vorsichtig Gebrauch gemacht worden zu sein. Es gibt also keinerlei Anhaltspunkte für eine freirechtliche Phase in der deutschen Jurisprudenz des 16. und 17. Jahrhunderts, die mit der Lehre von der Aequitas als ungeschriebener Rechtsquelle korrespondieren würde. |

III. Aequitas-Lehre und Theorie der Rechtsquellen im 16. und 17. Jahrhundert

1. Veränderung der Begriffe des (positiven) Gesetzes- und Gewohnheitsrechts im mittleren 17. Jahrhundert

Die Aufnahme der Aequitas unter die Rechtsquellen und ihre Eliminierung aus ihnen im mittleren 17. Jahrhundert muß also andere Gründe⁶⁰ gehabt haben, die wahrscheinlich in der Rechtsquellentheorie selbst zu suchen sind.

In der Tat verändern sich im 17. Jahrhundert die Begriffe des positiven Gesetzes und des Gewohnheitsrechts: Die römischrechtlichen Quellen definieren »Gesetz« als Beschluß des »römischen Volkes auf Antrag eines senatorischen Magistrats« (I. 1, 2, 4)⁶¹, | als »allgemeine Vorschrift, Beschluß kluger Männer, ein Zwangsmittel gegen Unrecht ... und ein gemeinschaftliches Versprechen der Bürgerschaft« (D. 1, 3, 1)⁶², und die Juristen des 16. und frühen 17. Jahrhunderts haben diese

⁶⁰ Auf die Frage, warum die Aequitas im 16. Jahrhundert unter die Rechtsquellen *aufgenommen* worden ist, kann ich einstweilen keine abschließende Antwort geben. Sicherlich spielt bei der humanistischen Wiederentdeckung der Aequitas eine Rolle, daß die Humanisten dem Positivismus und Autoritätenkult der mittelalterlichen Juristen ein Prinzip entgegensetzen wollten, das Ordnung in der unendlichen Fülle der Details und Meinungen zu schaffen schien (vgl. auch G. Kisch [Fn. 1], S. 52). Das wird bei den beiden bedeutendsten Vorkämpfern der Aequitas in Frankreich und Deutschland, Budé und Oldendorp, gut deutlich: Budé meint, wenn sich die mittelalterlichen Juristen mehr um die Aequitas bekümmert hätten, »dann hätten sie gewiß nicht jene ungeheuren und zahlreichen Bände von Rechtskommentaren hinterlassen, welche den Stoff und Zunder für die Entfachung von Rechtsstreitigkeiten bilden« (nach G. Kisch [Fn. 1], S. 191 f. und Originaltext 501). J. Oldendorp, Wat byllich (Fn. 11), S. 53 f. erklärt, manche tausend Menschen würden »durch weitläufige Streitigkeiten und Lehrmeinungen in Gerichtshändeln zu Mühseligkeiten, unnützen Ausgaben, Zeitverlust und zuletzt zu aller Bosheit veranlaßt, die man durch Billigkeit in Frieden, Wohlstand und allem Guten erhalten und kurzweg entscheiden könnte.« So betrachtet, erscheint die Aequitas-Konjunktur geradezu als Parallelerscheinung zu den äußeren Ordnungs-, »System«-Bemühungen des 16. Jahrhunderts. In der Sache sind allerdings die Unterschiede gegenüber der mittelalterlichen Jurisprudenz wohl nicht so erheblich (s. o. den Abschnitt II), und selbst die Vorstellung von der Aequitas als subsidiärem Recht – wenn auch nicht als ungeschriebener Rechtsquelle – scheint den mittelalterlichen Juristen nicht fremd gewesen zu sein, vgl. N. Horn (Fn. 1), S. 22 zu Baldus, bei dem aber offenbar Lückenfüllung und ausdehnende Auslegung ineinander übergehen (S. 153 Anm. 16).

⁶¹ Ich folge der deutschen Übersetzung von: Corpus iuris civilis. Text und Übersetzung, gemeinschaftlich übersetzt von Okko Behrends/Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Hans Hermann Seiler, I, Institutionen, Heidelberg 1990, S. 3.

⁶² Übersetzung nach: Corpus iuris civilis (Fn. 61), II, Digesten 1–10, Heidelberg 1995, S. 111.

Begriffsbestimmungen meistens noch pietätvoll übernommen⁶³. Erst allmählich verbreitete sich die Einsicht, daß diese Begriffe zeitgebunden waren und den frühneuzeitlichen Verfassungsverhältnissen nicht mehr entsprachen. »Gesetz« mußte also entweder abstrakt als Befehl des Gesetzgebers oder konkret – je nach den Verfassungszuständen – als vom Herrscher allein oder im Zusammenwirken mit den Ständen erlassene Vorschrift definiert werden. Bahnbrechend für diese neue Gesetzesdefinition waren Jean Bodins »Les six livres de la république«⁶⁴ und später Thomas Hobbes' »De cive«⁶⁵. In Deutschland finden sich Anhänger der neuen Definition schon um 1600⁶⁶, spätestens in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts scheint sie sich durchgesetzt zu haben⁶⁷. »Gesetz« wird nun bezeichnet als ein Befehl, »der allein auf dem Willen der höchsten staatlichen Gewalt beruht« (Pufendorf), als »öffentlicher Befehl des Gesetzgebers« (Lauterbach), als »vom Souverän vorgeschriebene | Regelung, nach der die Handlungen der Menschen einzurichten sind« (Struve)⁶⁸.

Ganz in dieselbe Richtung entwickelt sich der Begriff des *Gewohnheitsrechts*. Nach den Digesten war die »consuetudo« dasjenige Recht, welches »das Volk ohne jede Schriftform gebilligt hat« (D. 1, 3, 32, 1)⁶⁹, und die Institutionen sagen (I. 1, 2, 9): die »langwährende Gewohnheit, die von denen, die sie üben, übereinstimmend gebilligt wird, kommt einem Gesetz gleich«⁷⁰. Gewohnheitsrecht wird also nach diesen Quellen allein durch das Volk erzeugt, und so sehen es auch noch die meisten Juristen um 1600⁷¹. Mit dem Eindringen des neuen Gesetzesbegriffs gerät

⁶³ Etwa J. Althusius (Fn. 26), I. 1, c. 14, Nr. 16, S. 40, s. a. I. 1, c. 80, Nr. 40, S. 283; J. Meier (Fn. 25), zu D. 1, 3, Nr. 2 (S. 15, anders dann aber schon die Zusätze von Otto Tabor in Nr. 3, 4, S. 16!); D. Reinkingk (Fn. 26), I. 2, class. 2, cap. 1, Nr. 10, S. 786.

⁶⁴ Jean Bodin, Les six livres de la république, Buch I, Kap. 8: »Car la loy depend de celuy qui a la souveraineté« (S. 135 der Ausgabe Paris 1583).

⁶⁵ Thomas Hobbes, De cive (1646), Kap. 6, Nr. 9: »Et leges civiles ... nihil aliud sunt, quam ejus, qui in civitate summa potestate praeditus est, de civium futuris actionibus mandata«.

⁶⁶ Hermann Kirchner, Respublica, Marburg 1608, disp. 2, th. 5, fol B 3v; Hermann Vultejus, Jurisprudentiae Romanae a Justiniano compositae libri II, 4. Ausg., Marburg 1614, I. 1, c. 2, S. 2: »Lex est sanctio seu iussum eius, qui iuris condendi habet autoritatem«.

⁶⁷ Vgl. Heinz Mohnhaupt, Potestas Legislatoria und Gesetzesbegriff im Ancien Régime, in: Ius Commune 4 (1972), S. 188–239 (190, 199 ff.); Rolf Grawert, Gesetz, in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, II, Stuttgart 1975, S. 863–922 (879 ff.); Jan Schröder, Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre. Gesetzgebungs- und Rechtsquellen-theorie im 17. und 18. Jahrhundert, in: ZRG (GA) 109 (1992), S. 1–47 (34 f.).

⁶⁸ Samuel Pufendorf, De iure naturae et gentium libri octo (1672), neue Ausg. Frankfurt am Main 1716, lib. 8, cap. 1, Nr. 1, S. 1076 li. Sp.: »lex civilis respectu originis est, quae unice a voluntate summae potestatis civilis profecta est«; G. A. Struve (Fn. 32), Exerc. 1, Nr. 47, S. 24: »Jus in genere est ordinatio, regula s. principium a superiori praescriptum, secundum quod actiones hominum instituendae«; W. A. Lauterbach (Fn. 32), I. 1, t. 1, Nr. 21, S. 37: »Jus« ist »publicum Legislatoris jussum, vim habens obligandi inferiores ad id, quod aequum et justum est, in actionibus suis observandum« (nach vorherigem Zitat von D. 1, 1, 1 pr. »ius est ars aequi et boni«).

⁶⁹ Übersetzung nach: Corpus iuris civilis, II (Fn. 62), S. 115.

⁷⁰ Übersetzung nach: Corpus iuris civilis, I (Fn. 61), S. 5.

⁷¹ Etwa H. Donellus, Commentarii (Fn. 40), I. 1, c. 10, § 1, S. 65; H. Vultejus (Fn. 66), I. 1, c. 3, S. 6; D. Reinkingk (Fn. 26), I. 2, class. 2, c. 9, Nr. 1, S. 834. Vgl. dazu Siegfried Brie, Die Stellung

aber auch die alte Gewohnheitsrechtslehre in Zweifel. Man fragt sich, ob im absolutistischen oder ständischen Staat das Volk – und sei es auch nur durch ständige Übung – wirklich allein Recht schaffen kann. Die Antwort darauf ist, daß es auch zur Entstehung von Gewohnheitsrecht einer mindestens stillschweigenden Zustimmung des Gesetzgebers bedarf. Daß die Gewohnheit »nicht aus eigener Kraft ein Gesetz bilden kann«, »sondern (sc. nur) wegen der Einwilligung des höchsten Herrschers« nimmt Hobbes schon 1646 an⁷², und die deutschen Juristen machen sich diese Vorstellung im späteren 17. Jahrhundert zu eigen⁷³. Gewohnheitsrecht erscheint jetzt als Recht, »welches Rechtswirksamkeit durch | die stillschweigende Zustimmung der höchsten Gewalt hat« (Struve), »das durch den stillschweigenden, aus langdauernder Sitte erschlossenen Willen des Gesetzgebers eingeführt ist« (Lauterbach), auf der »Duldung des Gesetzgebers« beruht (Schilter)⁷⁴ usw.

Damit wurde also seit der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts sowohl das geschriebene Gesetz als auch das Gewohnheitsrecht auf den Willen der gesetzgebenden Gewalt zurückgeführt, und es lag die Schlußfolgerung nahe, daß sich das positive Recht überhaupt nur auf diese Weise bilden kann. In der Tat ziehen zwei führende Vertreter des *Usus modernus*, Struve und Lauterbach diese Konsequenz, indem sie nun das gesamte positive Recht als ein Erzeugnis des staatlichen Gesetzgebers definieren⁷⁵. In dieser Lehre von den Quellen des positiven Rechts ließ sich die *Aequitas* aber nicht mehr unterbringen, weil sie ja nicht vom staatlichen Gesetzgeber produziert wird. Fügte sich also die *Aequitas* in den »juristischen Pluralismus« des Mittelalters⁷⁶ und der beginnenden Neuzeit vielleicht noch ein, so war für sie in der absolutistischen Quellenlehre des späten 17. und des 18. Jahrhunderts, welche die (positive) Rechtsbildung beim Gesetzgeber zentralisiert, kein Platz mehr.

Der generelle zeitliche und sachliche Zusammenhang zwischen der neuen Lehre und der Eliminierung der *Aequitas* aus den positiven Rechtsquellen ist m. E. so offensichtlich, daß er gar keiner weiteren Belege bedürfte. Er läßt sich aber auch konkret bei den Autoren nachweisen, die zur Rechtsquelleneigenschaft der *Aequitas* Stellung nehmen. Von den Juristen um 1600, die die *Aequitas* als ungeschriebenes Recht oder doch als subsidiäre Rechtsquelle betrachten, legen alle noch die römischrechtlichen Begriffe zu Grunde, und während lediglich Wesenbeck⁷⁷ und Althusius | (dieser auch nur beim Gewohnheitsrecht)⁷⁸ deren Anwendbarkeit auf das zeitgenössische Recht bezweifeln, übernehmen Obrecht, Harpprecht, Meier,

der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht, in: Festgabe für Felix Dahn zu seinem 50. Doktorjubiläum, I, Breslau 1905, S. 131–164; J. Schröder (Fn. 67), S. 36–38.

⁷² T. Hobbes (Fn. 65), Kap. 14, Nr. 15 (dt. Übers. S. 230).

⁷³ Vgl. zum Ganzen J. Schröder (Fn. 67), S. 38 ff.

⁷⁴ G. A. Struve (Fn. 32), Exerc. 2, Nr. 19, S. 55; W. A. Lauterbach (Fn. 32), zu D. 1, 3, Nr. 31, S.; Johann Schilter, *Praxis iuris Romani in foro Germanico*, ed. altera, I, Jena 1698, Exerc. 2, § 16, S. 34.

⁷⁵ Wie Fn. 68 (es handelt sich um Definitionen von »jus« [sc. positivum] überhaupt).

⁷⁶ Siehe P. Grossi (Fn. 1), S. 223 ff. (»un »diritto senza Stato«, S. 230).

⁷⁷ M. Wesenbeck (Fn. 17), I, 1, t. 3, Nr. 3, S. 11 (lex), a. a. O. Nr. 8, S. 13 (consuetudo).

⁷⁸ J. Althusius (Fn. 26), I, 1, c. 15, Nr. 21, S. 46. Zu Althusius' Gesetzesbegriff s. o. Fn. 63.

Reinkingk und der junge Bocer⁷⁹ noch völlig kritiklos diese von der Verfassungswirklichkeit längst überholten Definitionen. Umgekehrt hält keiner der Autoren, die seit dem zweiten Drittel des 17. Jahrhunderts die Lehre von der Aequitas als ungeschriebenem Recht ausdrücklich bekämpfen, noch ohne Einschränkungen an den römischen Begriffen fest. Vinnius und Strauch gehen zwar noch von ihnen aus, erkennen aber ihre historische Bedingtheit⁸⁰, und bei Rennemann (in bezug auf den Begriff »lex«), Eckolt und Lyncker finden sich bereits moderne Definitionen⁸¹. Wenn sie es also auch nicht ausdrücklich sagen, so dürften sich diese Autoren doch darüber im klaren gewesen sein, warum sie die Aequitas jedenfalls im positiven Recht nicht mehr unterbringen konnten.

2. Veränderung des Verhältnisses von Naturrecht und Aequitas

Der Wandel der Begriffe vom positiven Recht erklärt aber die Eliminierung der Aequitas aus den Rechtsquellen noch nicht vollständig. Ließ sich die Aequitas nicht (mehr) im positiven Recht | lokalisieren, so hätte man sie doch immer noch zum Natur- oder Völkerrecht oder wenigstens, wie es schon Vultejus⁸² vorgeschlagen hatte, als »causa iuris« neben das Recht stellen können. Dafür, daß auch das nicht geschah, gibt es nur eine einleuchtende Erklärung: die Verschmelzung der Aequitas mit dem Naturrecht. Wie und warum kommt es zu einer solchen Verschmelzung im späten 17. Jahrhundert?

a) Das Nebeneinander von Naturrecht und Aequitas bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts

aa) Korrektur des Naturrechts durch Aequitas im 16. und frühen 17. Jahrhundert

Bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts kann von einer Verschmelzung der Aequitas mit dem Naturrecht noch nicht die Rede sein. Aequitas und Naturrecht stehen nebeneinander. Am deutlichsten wird das daran, daß man sogar eine Korrektur des Naturrechts durch die Aequitas für möglich hielt, und daß das noch um 1600 of-

⁷⁹ G. Obrecht (Fn. 25), p. 1, disp. 1, Nr. 58 f., S. 3 (lex); a. a. O. Nr. 106, 110, S. 5 (consuetudo); J. Harpprecht (Fn. 25), l. 1, t. 2, § Lex est, Nr. 4 f., Sp. 111 (lex); a. a. O. § sine scripto, Nr. 1, Sp. 137 (consuetudo); J. Meier (Fn. 25), wie Fn. 63 (lex); zu D. 1, 3 Nr. 33 ff., S. 23 (consuetudo; Nr. 35 wieder ein einschränkender Zusatz von Otto Tabor!); D. Reinkingk (Fn. 26), wie Fn. 63 (lex), 71 (consuetudo); H. Bocer, Ad tres priores (Fn. 25), disp. 1, Nr. 17 f., S. 9 (lex); a. a. O. Nr. 27, S. 13 (consuetudo). In einer vermutlich späteren Schrift: De jure non scripto sive consuetudine, in: ders., Disputationum de universo, quo utimur, jure ... I, Tübingen 1612, disp. 4, S. 26 ff., Nr. 3, S. 27, verlangt Bocer allerdings die Zustimmung des Gesetzgebers für die Entstehung von Gewohnheitsrecht.

⁸⁰ A. Vinnius (Fn. 28), zu I. 1, 2, 4, pr., S. 13 (lex); zu I. 1, 2, 9, Nr. 2, S. 18 (consuetudo); J. Strauch (Fn. 31), diss. 1, th. 6, S. 8 (lex); a. a. O. th. 9 (consuetudo).

⁸¹ H. Rennemann (Fn. 27), disp. 4, th. 5, b, S. 36 (lex); disp. 9, th. 2, S. 102 und 9, S. 104 (consuetudo); A. Eckolt (Fn. 29), l. 1, t. 3, §§ 6, 7, S. 26 (lex); a. a. O., § 20, S. 32 (consuetudo); N. C. Lyncker (Fn. 30), l. 1, t. 3, Nr. 3, S. 61 (lex); a. a. O. Nr. 36 f., S. 83 f. (consuetudo).

⁸² Wie Fn. 21.

fenbar die herrschende Meinung war: »Fast alle Autoren«, berichtet der spanische Spätscholastiker Francisco Suarez 1612 in seinem Traktat »De legibus«, »scheinen darin übereinzustimmen, daß das natürliche Gesetz eine Interpretation ›per epikiam‹ erhalten kann«⁸³. Im 16. Jahrhundert vertreten zum Beispiel Juristen wie Connanus und Obrecht und Theologen wie Philipp Melanchthon und Domingo de Soto ausdrücklich diese Ansicht⁸⁴. Sie wird | meistens exemplifiziert an dem berühmten, schon in Platons »Staat«⁸⁵ verwendeten Schwertbeispiel: Jemand gibt ein Schwert in Verwahrung; als er es zurückverlangt, ist er wahnsinnig geworden und droht, mit dem Schwert Menschen zu töten. An sich muß der Verwahrer das Schwert zurückgeben (diese Pflicht soll sich offenbar schon aus dem Naturrecht ergeben⁸⁶). Gilt das nun auch im Fall des verrückt gewordenen Deponenten? Das möchte man verneinen, glaubt aber, es nur mit Hilfe der Aequitas (im Sinne von epieikeia) begründen zu können⁸⁷. Ähnlich löst man das Problem einer Tötung in Notwehr – hier werde das Gebot »Du sollst nicht töten« durch Aequitas gemildert⁸⁸.

Das juristisch Unbefriedigende dieser Lösung scheinen allerdings auch die Autoren um 1600 schon gespürt zu haben. So meinen etwa die Theologen Albertus Bolognetus und Gabriel Vazquez, das Naturrecht bedürfe keiner Aequitas-Korrektur, da es niemals fehlerhaft sei⁸⁹; nur im positiven menschlichen (unter Umständen auch göttlichen) Recht habe die Aequitas ihren Platz. Über die Lösung des

⁸³ Francisco Suarez, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* (1612), lib. 2, cap. 16, Nr. 1 = zweisprachige Ausg. v. Luciano Perena, Madrid 1971 ff., IV (1973), S. 78. Vgl. allgemein zur Naturrechtslehre der spanischen Spätscholastiker: R. Specht, *Naturrecht III* 4, in: *HistWbPhilos.* 6 (1984), Sp. 576–582 (m. w. N. 581 f.); Karl-Heinz Ilting, *Naturrecht III* 4, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, hrsg. v. O. Brunner, W. Conze u. R. Koselleck, 4 (1978), S. 272 f., sowie die Fn. 99 zitierten Werke.

⁸⁴ F. Connanus (Fn. 22), lib. 1, cap. 11, Nr. 6, S. 57 li. (Anwendbarkeit der Aequitas auf das ius gentium, das Connanus als erlaubendes Naturrecht einordnet); G. Obrecht, wie Fn. 25, th. 123, S. 5; Philipp Melanchthon, *Philosophiae moralis epitomes libri duo* (1546), lib. 2, »Quid interest inter summum ius et epieikeian« = *ders.*, *Werke*, Studienausgabe, hrsg. v. R. Stupperich, III (hrsg. v. R. Nürnberger) 1961, S. 213; Domingo de Soto (*Dominicus Soto*), *De iustitia et iure libri decem*, Salamanca 1556, lib. 1, qu. 5, art. 3, S. 44 li. = zweisprachige Faksimileausgabe, hrsg. v. Venancio Diego Carro u. Marcelino Gonzalez Ordonez, Madrid 1967 ff., I (1967), S. 44. Siehe auch die Belegstellen bei F. Suarez, wie vorige Fn., Nr. 1, 2 (IV, S. 78–80). – Ich beschränke mich bei den folgenden Ausführungen zum vorgrotianischen theologischen Naturrecht auf die Werke der Protestanten Melanchthon und Hemmingsen und der Katholiken de Soto, G. Vazquez und Suarez. Diese Auswahl ist m. E. insoweit vertretbar, als es nur um die Hervorhebung gemeinsamer Charakteristika des älteren Naturrechts im Gegensatz zum rationalen Naturrecht seit Hobbes und Pufendorf geht.

⁸⁵ Platon, *Der Staat*, I. Buch, 331 B.

⁸⁶ P. Melanchthon (Fn. 84), lib. 1, »Divisio virtutum« (S. 199 f.) folgert sie aus dem 8. Gebot des Dekalogs; F. Suarez (Fn. 83), lib. 2, cap. 19, Nr. 7 (IV, S. 133) rechnet die Pflicht, bestehende Verträge zu halten, zum Naturrecht, die Abschlußvoraussetzungen aber zum Zivil- bzw. Völkerrecht.

⁸⁷ So P. Melanchthon, wie vorige Fn., und D. de Soto, wie Fn. 84.

⁸⁸ Bei F. Suarez, wie Fn. 83, Nr. 6 (IV, S. 83) als Beispiel für die Notwendigkeit einer »Interpretation« des Naturgesetzes, die er allerdings von der Aequitas-Korrektur unterscheidet.

⁸⁹ A. Bolognetus (Fn. 39), cap. 31, S. 589 ff.; Gabriel Vazquez, *Commentariorum ac Disputationum in primam secundae sancti Thomae tom. 2, complectens quaestiones a nonagesima usque*

Schwertfalles und anderer geben diese Autoren aber keine klare Auskunft. Vazquez meint, die naturrechtlichen Vorschriften gälten nur »mit den notwendigen Einschränkungen«⁹⁰, | ohne daß klar würde, wie diese Einschränkungen juristisch zu fassen sind. Francisco Suarez unterscheidet in seiner eigenen Erörterung des Problems die Interpretation von der Aequitas: Eine Interpretation sei auch im Naturrecht möglich. Sie ergebe z. B., daß die Rückgabepflicht bei der Verwahrung und das Tötungsverbot nicht uneingeschränkt gälten⁹¹. Deshalb bedürfe es einer Anwendung der Aequitas, *epieikeia*, nicht mehr, denn die zu allgemeine Fassung dieser Vorschriften werde ja bereits durch Interpretation korrigiert⁹². Diese Lösung ist sicherlich juristisch ansprechender als die von Suarez' Vorgängern, sie konstruiert aber einen Gegensatz zwischen Interpretation und Anwendung der Aequitas, der nach der zeitgenössischen Auffassung nicht besteht. Im übrigen unterscheidet sie sich, da auch sie das Naturrecht für lückenhaft und ergänzungsbedürftig hält, doch nur in Nuancen von der damals herrschenden Meinung.

Es ist deshalb nicht überraschend, daß Hugo Grotius, obwohl er Suarez' Traktat kannte⁹³, in seiner Abhandlung »De aequitate, indulgentia et facilitate« zu der traditionellen Auffassung zurückkehrt. Objekt der Aequitas sind für ihn »selbst die Vorschriften des *ius gentium* und des Naturrechts ..., die zwar nicht geschrieben, aber doch allgemein konzipiert sind«. Er demonstriert das wiederum am Schwertbeispiel⁹⁴, während er die Durchbrechung des Tötungsverbots im Falle der Notwehr dem positiven göttlichen Recht zuordnet⁹⁵. Grotius' Ansicht findet auch in der Folgezeit noch Anhänger, etwa in den »*Elementa iuris universalis*« des Johannes von Felden⁹⁶ und noch in Georg Adam Struves Dissertation »*De iure, aequitate et interpretatione iuris*« von 1676⁹⁷. Erstmals, | soweit ich sehe, greift sie um 1660 der niederländische Jurist Ulrich Huber vehement und mit völlig neuen Argumenten an⁹⁸ und scheint sie damit nach und nach verdrängt zu haben. Aber dieser Meinungsumschwung repräsentiert schon die nächste Entwicklungsstufe.

ad finem et super his disputationes CCXXIII, Lyon 1620, quaest. 99, art. 6, disp. 176, cap. 1, Nr. 3, 4, S. 142.

⁹⁰ Wie vorige Fn.

⁹¹ Wie Fn. 88 und Nr. 7 (IV, S. 84) zum Schwertbeispiel.

⁹² F. Suarez, wie Fn. 83, Nr. 7 (IV, S. 84).

⁹³ S. die Suarez-Zitate in »*De iure belli ac pacis*«, I. 1, c. 4, § 15, Nr. 1 (Anm. 4); I. 2, c. 4, § 5, Nr. 2 (Anm. 8); I. 2, c. 14, § 5 (Anm. 2); I. 2, c. 23, § 13, Nr. 2 (Anm. 4).

⁹⁴ H. Grotius (Fn. 40), cap. 1, Nr. 6, S. 38.

⁹⁵ H. Grotius (Fn. 40), cap. 1, Nr. 7, S. 38.

⁹⁶ Johannes von Felden, *Elementa iuris universi et in specie publici Iustinianei*, Frankfurt 1664, pars 1, cap. 9 (nach Ulrich Huber, *Digressiones Justinianae*, 3. Ausg., hrsg. v. Zacharias Huber, Franeker 1696, lib. 1, cap. 6, Nr. 2, S. 14).

⁹⁷ Georg Adam Struve, *De iure, aequitate et interpretatione iuris* (Resp.: Christian Ehrenfried Nicolai), Jena 1676, cap. 5, § 5, S. 79 f.; ders. (Fn. 43), Exerc. 2, Nr. 44, Anm. α, S. 90. Auch noch Philipp Reinhard Vitriarius, *Universum jus civile privatum ad methodum Institutionum Justiniani compositum*, Leiden 1697, lib. 1, tit. 2, Nr. 69, S. 48, unter Berufung auf Grotius und Struve.

⁹⁸ Wie Fn. 96.

bb) Die Vorstellungen vom Naturrecht: Strukturelle Unvollständigkeit

Das Nebeneinander von Naturrecht und Aequitas, wie es in der Lehre des 16. und 17. Jahrhunderts zum Ausdruck kommt, beruht auf der zeitgenössischen Vorstellung, daß das Naturrecht unvollständig und der Ergänzung durch andere Rechtsquellen bedürftig sei. Es handelt sich dabei allerdings nicht um die *materielle* Unvollständigkeit, die das vorgrotianische Naturrecht gleichfalls charakterisiert, nämlich den Ausschluß fast des gesamten Privatrechts, insbesondere der Eigentums- und der Vertragstheorie⁹⁹, denn diese materielle Unvollständigkeit ist durch Grotius weitgehend überwunden worden, ohne daß sich das Verhältnis von Naturrecht und Aequitas geändert hätte. Es handelt sich vielmehr um eine, wie man vielleicht sagen kann, *strukturelle Unvollständigkeit*, d. h. um den fragmentarischen Charakter des Naturrechts auch in den Materien, die es erfaßt. So enthält das Naturrecht selbst nach der Vorstellung des 16./17. Jahrhunderts z. B. nur das Tötungsverbot als solches, nicht auch Regeln über Zurechnung, Rechtfertigungsgründe usw., es enthält nur die Vertragspflicht, etwa zur Rückgabe des Depositum, als solche, nicht auch Regeln über die Umstände, | unter denen die Verpflichtung entfällt usw. Daß es in dieser Form nicht sinnvoll angewendet werden konnte, war auch den Autoren des 16./17. Jahrhunderts klar. Es bedurfte also entweder der Herbeiziehung der Aequitas oder einer positivrechtlichen Ergänzung. Ganz konsequent werden deshalb dieselben Problemfälle, die man im Zusammenhang mit der Aequitas erörtert¹⁰⁰, auch im Zusammenhang mit der Ergänzung des Naturrechts durch das positive Recht behandelt. So »erklärt« etwa nach Harpprecht das positive Recht das Naturrecht dahingehend, daß das Tötungsverbot nicht bei Notwehr gilt¹⁰¹. Im Naturrecht selbst sind diese Einschränkungen eben nicht enthalten¹⁰², es besteht nur aus koordinierten Rechtsfragmenten ohne systematischen

⁹⁹ Vgl. dazu etwa *Hans Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1962, S. 98 f., und – noch immer sehr nützlich – *Otto Wilhelm Krause*, Naturrechtler des sechzehnten Jahrhunderts. Ihre Bedeutung für die Entwicklung eines natürlichen Privatrechts (Jur. Diss. Göttingen 1949), Frankfurt am Main 1982, S. 98 ff., 144 ff. und passim. Beide unterscheiden allerdings nicht klar zwischen der materiellen, äußeren und der strukturellen, inneren Vollständigkeit des Naturrechts. Die Vorstellung, bereits Grotius habe die »mittleren Prinzipien« und die »circumstantiae« in das Naturrecht aufgenommen (*Welzel*, S. 124 f.; *Krause*, S. 77 f.), ist gerade nicht richtig. Zutreffend neuerdings *James Gordley*, The philosophical origins of modern contract doctrine, Oxford 1991, S. 123 Anm. 42.

¹⁰⁰ Zur Einschränkung des Tötungsverbots (allerdings unklar, ob des natur- oder positivrechtlichen) durch Aequitas im Falle von Notwehr oder Zufall s. etwa *F. Connanus* (Fn. 22), lib. 1, cap. 11, Nr. 2, S. 54; *R. Bachovius ab Echt* (Fn. 17), Nr. 2, S. 69 f.

¹⁰¹ *J. Harpprecht* (Fn. 17), lib. 1, tit. 2, 11 »Sed naturalia«, Nr. 3, Sp. 155. Bei *Valentin Wilhelm Forster*, Interpres, sive de interpretatione iuris libri duo (1613), in: *Everardus Otto* (Hrsg.), Thesaurus iuris Romani, II, Leiden 1726, Sp. 945 ff., lib. 2, cap. 3, Nr. 20 (Sp. 1033) erscheint die Notwehr als eine Einschränkung des positivrechtlichen Tötungsverbots aus der Aequitas. Vgl. auch *Melchior Kling*, In quatuor libros Institutionum iuris principis Iustiniani enarrationes (erstmals 1542), Lyon 1557, lib. 1, tit. 1 »De iure civili«, Nr. 26, S. 13 (Ausschließung des Tötungsverbots bei Gebannten).

¹⁰² Oder nur als weitere *koordinierte* Regel (nicht als der Regel subordinierte Ausnahme), etwa das Recht zur Selbstverteidigung neben dem Tötungsverbot, s. z. B. die Zusammenstellung bei

Unterbau. Dieselbe Vorstellung prägt die Stellungnahmen zu der Frage, ob das Naturrecht veränderlich ist. Durchweg beharrt man darauf, das Naturrecht sei ewig und nicht (nicht einmal durch Gott) veränderbar¹⁰³. Das Problem der Ausnahmefälle wie den Schwertfall, | Notwehrfall usw. bewältigt man mit dem Lehrsatz, daß auch hier die naturrechtliche Regel weitergelte, nur im einzelnen Fall die »Materie« sich verändere¹⁰⁴. So meint noch Grotius: Das Naturrecht ist unveränderlich. »Wenn also der Gläubiger erhalten hat, was ich ihm schulde, dann muß ich nicht mehr zahlen, aber nicht, weil das Naturrecht aufgehört hat vorzuschreiben, daß ich bezahlen soll, was ich schulde, sondern weil das, was ich schuldete, aufgehört hat, geschuldet zu sein«¹⁰⁵. Heute würden wir genau das sagen, was Grotius bestreitet: Die (naturrechtliche) Vorschrift oder Regel gilt hier wirklich nicht mehr, weil sie durch die weitere Regel, daß Schulden durch Erfüllung erlöschen, modifiziert wird. Aber Grotius kennt eine solche modifizierende Regel noch nicht. Für ihn gibt es nur die eine Regel und den unter Umständen besonders zu behandelnden Fall; unter der allgemeinen Regel steht direkt der Fall und nicht ein System von weiteren ergänzenden und modifizierenden Regeln. Daher kann die Lösung des Falles nur jenseits des Naturrechts, mittels Aequitas oder positivem Recht erfolgen.

Diese Unvollkommenheit des Naturrechts berührt zunächst merkwürdig in einer Zeit, die sich das ganze Recht noch fest in der göttlichen Weltordnung verankert denkt. Man muß sich aber klarmachen, daß es im 16. und frühen 17. Jahrhundert auch gar keine scharfe Abgrenzung zwischen göttlich-natürlichem Recht einerseits und menschlichem Recht andererseits gibt. Für die Autoren des 16. und frühen 17. Jahrhunderts ist das positive Recht selbst Naturrecht¹⁰⁶, dessen letzte

M. Kling (Fn. 101), lib. 1, tit. 1 »De iustitia et iure«, Nr. 13, S. 4. Nach P. Melancthon, wie folgende Fn., kollidieren auch im Schwertbeispiel zwei Gebote, nämlich die Pflicht zur Vertragstreue und die Pflicht, andere nicht zu verletzen.

¹⁰³ S. etwa von Juristen M. Kling, wie Fn. 101; M. Wesenbeck (Fn. 17), lib. 1, tit. 1, Nr. 15, S. 7; A. Vinnius (Fn. 28), zu lib. 1, tit. 2, 11 »Sed naturalia ...«, Nr. 2, S. 21. Von Theologen: P. Melancthon (Fn. 84), lib. 2, »Estne ius naturae semper immutabile?«, S. 210 f. (allerdings soll es auch eine Gruppe von Vorschriften geben, die veränderlich sind, wie etwa das Zinsverbot); Nicolaus Hemmingius, De lege naturae apodictica methodus, Wittenberg 1564, fol. O 6r/v (nicht mehr foliiert): nur »in specie« sind die Naturrechtsvorschriften veränderlich, nicht »in genere«; D. de Soto (Fn. 84), lib. 1, qu. 4, art. 5, S. 36 r. Sp. (die »prima principia« sind unveränderlich); G. Vazquez (Fn. 89), qu. 94, art. 5, Nr. 10/11, S. 26 f. (nur die »secundaria praecepta« sind veränderlich, aber das Tötungsverbot kann nicht einmal Gott aufheben); F. Suarez (Fn. 83), lib. 2, cap. 13, Nr. 2 (IV, S. 4); Hugo Grotius, De iure belli ac pacis (1625), lib. 1, cap. 1, § 10, Nr. 5 (hrsg. v. B. J. A. de Kanter-van Hettinga Tromp, Leiden 1939, Ndr. mit Anm. v. R. Feenstra u. a. Aalen 1993, S. 35).

¹⁰⁴ D. de Soto, wie vorige Fn. (»mutatio haec non tam in lege fit, quam in rebus ipsis«); G. Vazquez, wie vorige Fn. (»nec enim praeceptum naturale referri debet ad materiam absolute consideratam, sed cum talibus circumstantiis«, wie etwa der Notwehr); F. Suarez (Fn. 83), lib. 2, cap. 13, Nr. 6–9 (IV, S. 9–12).

¹⁰⁵ Hugo Grotius (Fn. 103), lib. 1, cap. 1, § 10, Nr. 6 (S. 36): »si creditor quod ei debeo acceptum ferat, iam solvere non teneor, non quia ius naturae desierit praecipere solvendum quod debeo, sed quia quod debebam deberi desiit«.

¹⁰⁶ S. etwa N. Hemmingius (Fn. 103), fol. O 8v/P 1r, wonach sogar positivrechtliche Gebote in dem vom Naturrecht freigelassenen Bereich im weiteren Sinne zum Naturrecht gehören sollen.

und »ausgeformteste | Stufe«¹⁰⁷, vom Naturrecht abgeleitet usw.¹⁰⁸ Auch der positive Gesetzgeber darf nicht vom Naturrecht abweichen: ein naturrechtswidriges positives Gesetz ist ungerecht, es ist überhaupt kein Gesetz¹⁰⁹ (ob der Adressat gleichwohl der Obrigkeit und ihrem naturrechtswidrigen Gesetz gehorchen muß, ist allerdings eine andere Frage¹¹⁰). Der formale Pluralismus der Rechtsquellen – Gott (natürliches und positives göttliches Recht), Volk (Gewohnheitsrecht), menschliches Gesetzgebungsorgan (Gesetz), Aequitas – ruht also materiell in einer Einheit, weil alle diese Rechtsquellen nur unterschiedliche Erscheinungsformen des immer gleichen, von Gott dem menschlichen Geist eingepflanzten Naturrechts darstellen. Die Substanz des gesamten Rechts ist göttlich-natürlich, das göttliche Naturrecht sozusagen das Dach, unter dem die gesamte Rechtsordnung lebt. Daß unter diesen Voraussetzungen die Aequitas als ergänzende Rechtsquelle betrachtet und nicht scharf von den positiven Rechtsquellen, die ja gleichfalls materiell | Naturrecht darstellen sollten, unterschieden wurde, ist leicht verständlich.

Die strukturelle Unvollständigkeit des Naturrechts, seine Abhängigkeit von weiteren Instrumenten, die es im Einzelfall erst verwendbar machen, erklärt schließlich auch die wissenschaftstheoretische Einordnung der Rechtslehre und Ethik (zwischen denen nicht unterschieden wird) im 16. Jahrhundert. Wissenschaft war nach der überkommenen aristotelischen Wissenschaftslehre nur möglich von dem, was notwendigerweise, immer und überall gilt¹¹¹. Das traf auf die fragmentarischen Vorschriften des Naturrechts nach der Zeitauffassung zwar zu. Es galt aber nicht vom Recht (oder der Ethik) insgesamt, denn es ließ sich eben nicht jeder Einzelfall ohne weiteres mit den naturrechtlichen Regeln erfassen. Der Einzelfall, die einzelne Handlung konnte besondere Umstände aufweisen, die dem Naturrecht erst durch Aequitas oder durch das positive Recht angepaßt werden

¹⁰⁷ S. *Ulrich Zasius*, In titulos aliquot Digesti veteris commentaria, zu D. 1, 1, 1 § »Huius studii«, Nr. 41: »Coll. per summam, ius naturale intendi quibusdam gradibus ... Et si addas quintum, est formatissimum, scilicet Ius civile, quod praecise et perfecte est forma iustitiae« (= Opera [Fn. 12], I, Lyon 1550, S. 128).

¹⁰⁸ *P. Melanchthon* (Fn. 84), lib. 1, »Estne concessus usus ...«: »Consentit autem philosophia cum legibus magistratuum, quia utrumque genus oritur ex lege naturae« (S. 159); *D. de Soto* (Fn. 84), lib. 1, quaest. 5, art. 2, S. 40: »Omnis lex humanitus posita, si recte est, a lege naturae derivatur«; *G. Vazquez* (Fn. 89), q. 95, art. 2, Nr. 39, S. 40; *F. Suarez* (Fn. 83), lib. 1, cap. 3, Nr. 17 (»quia primordialiter omnis lex humana derivatur aliquo modo a lege aeterna ...«).

¹⁰⁹ *P. Melanchthon* (Fn. 84), lib. 2, »Rectene Bonifacius VIII ...«: »circumscribenda est potestas magistratuum, quod scilicet non habeant auctoritatem praecipiendi aliquid contra ius naturae« (S. 256); *N. Hemmingius* (Fn. 103), fol. A 6r, O 6r (z. B. ein Gebot von Verwandtenehen ist nichtig, die ihm folgen, werden vom Naturrecht verdammt); *D. de Soto* (Fn. 84), lib. 2, qu. 3, art. 3, S. 25; lib. 3, qu. 1, art. 2, S. 195 (»Nam si quid contra ius naturae constituat, nunquam vim legis obtinebit«); *G. Vazquez* (Fn. 89), disp. 154, c. 3, Nr. 15, S. 41 [zu qu. 95, art. 2]; *F. Suarez* (83), lib. 2, cap. 14, Nr. 8: »Nulla potestas humana, etiamsi pontificia sit, potest proprium aliquod praeceptum legis naturalis abrogare ...« (IV, S. 24). S. auch die Stufenfolge der Rechtsquellen bei *H. Vultejus* (Fn. 20).

¹¹⁰ S. etwa *O. W. Krause* (Fn. 99), S. 20 (zu Connanus).

¹¹¹ *Aristoteles* (Fn. 9), VI, 3; 1139 b: »Der Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis hat also den Charakter der Notwendigkeit. Das heißt, er ist ewig.«

mußten. Diese besonderen Umstände des einzelnen Falles oder das positive Recht waren aber nicht »notwendig«, weil sie nicht überall und jederzeit gleich blieben, sie waren also »kontingent«. Aus diesem Grund hatte schon Aristoteles der Ethik und Rechtslehre den Wissenschaftscharakter abgesprochen: man müsse »sich also damit bescheiden, bei einem solchen Thema und bei solchen Prämissen die Wahrheit nur grob und umrißhaft anzudeuten«¹¹², es könne »die sittliche Einsicht nicht wissenschaftliche Erkenntnis sein ... weil das Gebiet des Handelns veränderlich ist«¹¹³. Ergänzt man »das Gebiet des Handelns« um »das Gebiet der positiven Gesetze«, wie es ein Aristoteles-Kommentar aus dem 16. Jahrhundert tut¹¹⁴, dann hat man die noch um und nach 1600 herrschende Auffassung: Ethik und Recht sind keine Wissenschaft, sondern eine auf das Handeln gerichtete »Prudentia«¹¹⁵. Sie können deshalb auch nicht nach der streng wissenschaftlich-beweisenden, demonstrativen – im Sprachgebrauch der Zeit »synthetischen« – Methode dargestellt werden¹¹⁶. Man darf sich nicht dadurch täuschen lassen, daß es schon im 16. Jahrhundert erste Versuche einer demonstrativen Behandlung des Naturrechts durch Melanchthon und Niels Hemmingsen gegeben hat¹¹⁷. Denn diese Darstellungen beanspruchten im Grunde nicht mehr, als einige oberste Grundsätze des Naturrechts wissenschaftlich zu beweisen; von synthetischen, demonstrativen Systemen des gesamten Rechts kann keine Rede sein. Bis etwa zur Mitte des 17. Jahrhunderts blieb es dabei, daß es von Recht und Ethik als ganzem keine Wissenschaft geben konnte, weil ihr Gegenstand »kontingent« war, sich nicht vollständig durch immer gleiche Regeln erfassen ließ.

¹¹² Aristoteles (Fn. 9), I, 1; 1094 b.

¹¹³ Aristoteles (Fn. 9), VI, 5; 1140 b.

¹¹⁴ Aristotelis Stagiritae peripateticorum principis Ethicorum ad Nicomachum libri decem, Ioanne Argyropylo, Byzantino interprete ... cum Donati Acciaioli, Florentini ... commentariis, Lyon 1554, zu lib. 1, cap. 3, S. 14: keine demonstrative Methode bei Disziplinen, die abgeleitet werden »a causis contingentibus ut sunt actiones humanae«; S. 15: die Ethik beschäftigt sich mit Dingen, »quae non constant natura, ut sint eadem apud omnes, sed lege et constitutione quae est varia apud diversas nationes et civitates, ut patet«.

¹¹⁵ H. Grotius (Fn. 103), lib. 2, cap. 23, § 1, pr. (S. 566): »Verissimum est quod scripsit Aristoteles (sc. Nik. Eth. I, 1) in moralibus non aequae, ut in mathematicis disciplinis certitudinem inveniri«. Vgl. auch etwa D. de Soto (Fn. 84), lib. 1, qu. 4, art. 4, S. 35 li. Sp. (»In ratione autem practica, quia ex necessariis principiis discurrendum ad contingentia in quibus actiones humanae consistunt, necesse est, quandoque defectus contingere«).

¹¹⁶ Jacobus Zabarella, De methodis libri IV (erstmal 1578), in: ders., Opera logica, 3. Ausg., Köln 1597, lib. 2, cap. 6, S. 180 (operative Disziplinen wie die Moralphilosophie sind nicht nach der demonstrativen »synthetischen« Methode zu behandeln); Bartholomaeus Keckermann, Systema Logicae, 2. Ausg., Hanau 1603, lib. 3, tract. 2, S. 591 f., 593 f.; Johann Heinrich Alsted, Logicae systema harmonicum, Herborn 1614, S. 2, 5, 498; Christophorus Scheibler, Opus logicum, neue Ausg., Marburg 1634, S. 10 ff., 33, 809 f.; auch noch Kilian Rudrauffius, Commentarioli vel institutiones majores Logicae, Gießen 1675, S. 347.

¹¹⁷ P. Melanchthon (Fn. 84), lib. 1, »Quid interest inter Philosophiam et Evangelium?« (S. 158): »et in philosophia morali sunt certa principia practica, et hinc nascuntur firmae demonstrationes«; N. Hemmingius (Fn. 103), fol. Br.

b) Die Verschmelzung von Naturrecht und Aequitas
seit dem späten 17. Jahrhundert

aa) Die neuen Vorstellungen vom Naturrecht: Wissenschaftlichkeit
und strukturelle Vollständigkeit

In der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts setzt sich bekanntlich | durch Thomas Hobbes und Samuel Pufendorf eine neue Naturrechtslehre durch, die das (Natur-) Recht als wissenschaftliche und in streng beweisender, demonstrativer Methode darstellbare Disziplin ansieht. Diese Vorstellung bleibt dann in Deutschland durch Christian Wolff und die von ihm beeinflussten Juristen wie Darjes, Nettelblatt und Achenwall bis zum Ende des 18. Jahrhunderts herrschend¹¹⁸. Mit ihr war notwendigerweise auch ein neues Bild vom Inhalt des (Natur-)Rechts verbunden. Wenn das ganze Recht eine Wissenschaft sein sollte, dann konnte sein Schwerpunkt nicht mehr beim Einzelfall und den positivrechtlichen Spezialgesetzen liegen, sondern die allgemeine Rechtslehre selbst mußte strukturell vollständig, umfassend in Regeln oder Prinzipien erfaßbar sein. Pufendorfs Vorrede zu seinem ersten naturrechtlichen Versuch, den »Elementa jurisprudentiae universalis« macht den neuen Standpunkt deutlich. Bisher sei, so sagt er, »die Wissenschaft des Rechts und des aequum, die nicht nur in den Gesetzen eines Staates besteht ... nicht so gepflegt worden«, wie es sich gehöre. »Zu den Hauptursachen ... scheint es zu zählen, daß fast bei allen Gebildeten sich die Überzeugung festgesetzt hat, den moralischen Dingen fehle von Natur aus eine feste Bestimmtheit und das, was man über sie wissen kann, stehe nur aufgrund wahrscheinlicher Überzeugung fest«¹¹⁹. Man müsse aber als Gegenstand des Rechts nicht die kontingenten einzelnen Handlungen, sondern »ein Prinzip oder allgemeinen Ausspruch« betrachten. Natürlich wäre es lächerlich, »wenn jemand in irgendeiner Lehre demonstrieren wollte, z. B. daß Sejus hier und jetzt stiehlt oder Titius räubert«. Aber niemand wird »zu verneinen wagen, | daß – wenn wir einmal setzen, daß Sejus stiehlt, Titius räubert – demonstriert werden kann, daß diese gegen das Naturgesetz sündigen, so daß man in dieser Sache nicht weniger gewiß ist, als« in anderen »Disziplinen, die nach dem Bekenntnis aller sich der Sicherheit von Wissenschaften erfreuen«¹²⁰. Man muß

¹¹⁸ Als Wissenschaft betrachten die Naturrechtslehre etwa *Christian Wolff*, *De iurisprudentia civili in formam demonstrativam redigenda*, in: *ders.*; *Horae subsecivae Marburgenses anni MDCCXXX ...*, Trimestre Brumale, Frankfurt und Leipzig 1731, S. 84–150 (84f.), *Immanuel Kant*, *Die Metaphysik der Sitten in zwey Theilen*, I. TL: Rechtslehre, Königsberg 1797, S. 31.

¹¹⁹ *Samuel Pufendorf*, *Elementorum jurisprudentiae universalis libri II* (1660), Frankfurt und Jena 1680, fol. (5)r: »Scientiam juris et aequi, quae non unius civitatis legibus absolvitur ... pro eo, ac ipsius necessitas et dignitas postulabat, non usque adeo exultam hactenus dedere. Inter ejus rei praecipuas causas et haec videtur fuisse, quod communis fere eruditissimae sedesit persuasio, firmam atque fallere nesciam certitudinem rebus moralibus per naturam suam deesse«.

¹²⁰ *S. Pufendorf* (Fn. 119), fol. (5)v und f.: »... revera ... *subjectum demonstrationis* notat effatum seu propositionem ..., quae demonstranda est, i. e. in qua necessaria praedicari (praedicati?) cum subjecto connexio ostendenda est *per principium* aliquod ...« (Hervorhebung im Original). »Adeoque quemadmodum ridiculum foret, si quis in disciplina aliqua demonstrare velit, v. g. Sejum heic et nunc furari, Titium latrocinari; Ita nemo cordatus negare ausit, quin, ubi ponamus