

# „IURA NOVIT CURIA“. UND „FUNDATAM INTENTIONEM HABERE“ ALS EIN NIEDERSCHLAG DER REZEPTION IN DEUTSCHLAND

ARITSUNE KATSUTA\*

## I

Die Reichskammergerichtsordnung von 1495 und ihr Entwurf von 1486 sollten den ganzen Ablauf der Rezeption des römischen Rechts hindurch, auf F. Wieackers Worte hin,<sup>1</sup> der Verwissenschaftlichung etwa seit dem 13. Jahrhundert in Deutschland durchaus, von entscheidender Bedeutung sein, indem dieses Reichsgesetz erstens Berufung der gelehrten Juristen auf Beisitzer des Reichsgerichts und zweitens Anwendbarkeit des gemeinen Rechts des Reichs d.h. des römischen Rechts und Reichsgesetzes erst legitimiert hat. In der Form des Amtseids des Beisitzers lautet Art.3 der Ordnung: . . . . *nach des Reichs gemainen Rechten, auch nach redlichen, erbern und leidlichen Ordnungen, Statuten und Gewonhaiten der Fürstenthumb, Herrschafften und Gericht, die für sy pracht werden . . . . zu richten.*<sup>2</sup> Die juristische Theorie in den Gesetzessätzen kommt von der sogenannten italienischen Statuentheorie her. Die bisherigen wissenschaftlichen Leistungen darüber sind wunderbarerweise nicht so viel gewesen,<sup>3</sup> obwohl die Statuentheorie vielseitige juristische Problematik einschlägt, wie unten gesehen werden.

Es scheint mir, die sogenannte Statuentheorie in vier Klassen eingeteilt werden zu können. Von dem Statut, das Stadtkommune willkürlich gesetzt hat, fragt man erst bei den Glossatoren, ob solches Statut ein dogmatisch legitimes Gesetz ist, weil der Kaiser der einziger Gesetzgeber in der Welt nach dem Justinianischen Recht (D.1.4.1)<sup>4</sup> sein soll. Der schwierige Aufgabe wurde von den Kommentatoren vor allem Rosate und Bartolus unter aufkommender Stadtmacht im 14. Jahrhundert mit der Lehre der Kaisersbewilligung der Gesetzgebung der

---

\* Professor (*Kyōju*) der Rechtsgeschichte.

<sup>1</sup> F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967 S. 131f.

<sup>2</sup> Zeumer, *Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Reichsverfassung* 2. Aufl. N. 174.

<sup>3</sup> H. Coing, *Zur romanistischen Auslegung von Rezeptionsgesetzen*; ZRG R. 56 (1936) S. 264f. W. Trusen, *Römisches und partikuläres Recht in der Rezeptionszeit*; Festschrift für H. Lange, 1970, S. 97f. K. Luig, *Universales Recht und partikulares Recht in den Meditationes ad Pandectas von Augustin Leyser*; *Diritto commune e diritto locali nella storia dell'Europa*, 1980, pp. 26. W. Wiegand, *Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel Habere fundatam intentionem*; Festschrift für H. Krause, 1975, S. 126f. S. Brie, *Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zur Gewohnheitsrecht*; Festgabe für F. Dahn, I, S. 131f. W. Wiegand, *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit*, 1977. Wieacker hat 1967 nur Coings und Kunkels Anmerkung in *Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte* I, 2 (1938), Einl. XLI u. Anm. 94. zitiert.

<sup>4</sup> *Quod principi placuit, legis habet vigorem: Uptote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.*

Stadtkommune auf der Autorität der Pax Constantiensis von 1183 Art. 10<sup>5</sup> oder mit der juristischen Argumentation von Präskription der Gerichtsbarkeit,<sup>6</sup> *Jurisdictio* bei der Stadtkommune gelöst. Den Rahmen dieser Konzeption kann man die Theorie über die Gesetzgebungsbefugnis der Stadtkommune d.h. das *ius statuendi* nennen. Damit konnten die Juristen im 14. Jahrhundert Statut zweifelfrei für das partikuläre Recht, *ius proprium* in D.1.1.9 gelten lassen.

Zweitens nach der juristischen Bewärung der Gültigkeit des Statuts als eines legitimen Gesetzes, mußten die italienischen Juristen noch weiter zugunsten der Stadtkommune in den Vorrang jedes Statuts vor dem gemeinen Recht, *ius commune* konsentieren, obwohl ihre Vorläufer, die Glossatoren jedoch dasjenige Statut außer Kraft gesetzt hatten, das den in *Corpus iuris* zusammengestellten oder von ihm abgeleiteten Rechtssätzen entgegensteht.<sup>7</sup> Wenn man in der geschichtlichen Entwicklung der Theorie und Praxis in Justiz die jeweilige Spannung zwischen *de iure* und *de facto* kennzeichnen könnte, blieb nichts schon im 14. Jahrhundert der juristischen Theorie, *de iure* bzw. damaligen autoritativen Rechtsdogmatik selbst übrig, als ihren Platz dieser faktischen Wirklichkeit bzw. der Statutgesetzgebung der Stadtkommune einzuräumen und dazu den Vorrang des Faktums d.h. des Statuts vor dem gemeinen Recht, das Juristen zweifellos als *ratio scripta* glaubten, dogmatisch zu begründen, wenn auch sie davon immer unwillig waren. Dies bedeutet die Aufnahme des faktischen und willkürlichen Statuts in ihr unverletzbares rechtsdogmatisches System. Sonst hätten die damaligen Juristen unter dem starken Einfluß der Stadtkommune ihre soziale Bedeutung und Funktionen verloren. Glücklicherweise bereitete *Corpus iuris* einen den Juristen sehr günstigen Staz vor: *in toto iure generi per speciem derogatur . . . .* (D.50.17.80). Baldus schilderte endlich ansehend die wirkliche Justiz in der Stadt zu C.2.10: *iudex tamen debet sequi statutum, cum iuraverat illud servare*<sup>8</sup> . . . . und zu D.1.1.9.n.1: *omnes populi possunt facere sibi statuta et ubi cessat statutum habet locum ius commune.* und zu C.6.28.4.n.6. *casus est omissus a statuto, et sic stabimus iuri communi . . . .*<sup>9</sup> Nun war die Statutentheorie von der vorzüglichen Anwendung des Statuts vor dem gemeinen Recht in der Praxis festgelegt. Damit wurde die Subsidiarität des gemeinen römischen Rechts, die schon im 12. Jahrhundert in Norditalien bei der Behandlung des Lehnrechts und Gewohnheitsrechts in der Praxis ge-

<sup>5</sup> . . . . sed nos habemus nuntium in civitate . . . . qui de ipsa appellatione cognoscat et iuret, quod buona fide causas examinabit et diffinit secundum mores et leges illius civitatis. . . . Dazu glossiert: No. ex eo, quod dicit mores, quod licitum est cuilibet civitati habere consuetudines proprias. Ex eo quod dicit leges, nota quod licitum est civitati habere propria statuta per praesidem provinciae. Sed si civitas sit sibi ipsi praeses, sufficit quod potestas civitatis cum decurionibus faciat statuta vel cives eius accedente autoritate superioris. Nam cum facere statuta sit jurisdictionis.

<sup>6</sup> Bartolus ad. D.1.1.9, D.4.4.3 et C.10.63.5. Über die Befugnis der Statutengesetzgebung von Stadtkommune hat Prof. Mori (Keio Uni. Tokio) auch eine ausgezeichnete Arbeit auf Japanisch geschrieben. Hogaku-Kenkyu, 49.8-11.

<sup>7</sup> Vgl. W. Engelmann, Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftlichen Lehre, 1938, S. 53, 105. S. Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, 1899, S. 120f.

<sup>8</sup> Z.B. lautet das Statutum von Brescia, 1313: Prologue supra sacramento potestatis; In primis statutum et ordinatum est, quod quilibet qui erit per tempora potestas comunis Brixiae teneatur . . . . in publica contione comunis Brixiae iurare regimen civitatis Brixiae secundum infrascriptum modum et forman. . . . Et servare, et servari facere omnia statuta et ordinamenta et reformationes et provisiones comunis et populi Brixiae et consilii quingentorum . . . . (U. Nicolini, Per lo studio dell'ordinamento giuridico nel comune medievale, Milano, 1972, p. 499).

<sup>9</sup> Vgl. Trusen, a.a.O., S. 101.

wöhnlich geworden war,<sup>10</sup> endlich dogmatisch formiert und in *communis opinio doctorum* aufgenommen. Die Statutentheorie haben dann beide Seite aus der Rechtsdogmatik gezogen, die stetig allgemeine Gültigkeit des römischen Rechts und die vorzügliche Anwendbarkeit des örtlichen Rechts. Die Theorie in bezug auf Rechtsanwendung mit beiden Seiten ist von große Bedeutung für die Entfaltung und Ausbreitung der italienischen Rechtsdogmatik, *ius commune*, in der europäischen Rechtsgeschichte, wie Coing aufmerksam gemacht hat.<sup>11</sup> Es wäre nicht erfolgreich für *ius commune*, sich überall in Europa als ein autoritatives zu verbreiten, wenn es immer seine absolute Gültigkeit vor örtlichen Rechten oder Gewohnheiten behaupten könnte. Hier möchte ich die die Anwendbarkeit des örtlichen Rechts vor dem gemeinen Recht festlegende Lehre die Statutenvorrangstheorie nennen. Wenn auch örtliche Rechte und Gewohnheiten dem *ius commune* entgegenstehen können, müssen sie die örtlichen Richter *ex officio* und auch juristisch dogmatisch anwenden.

Drittens haben die Juristen trotzdem an der Rationalität des *ius commune* geangen, indem sie bei der Auslegung des örtlichen Rechts in der Praxis in Betracht des Unterschieds zwischen *ius proprium* und *commune* erwidert. Dieses ist für sie auf gleiche das römische Recht und deswegen unbedingt vernünftig und ausdehnbar bei der Auslegung, während jenes in seiner Vernünftigkeit so unsicher ist, daß man ihn ohnehin begrenzend und präzise interpretieren und anwenden. Die Forderung der Vernünftigkeit an das partikuläre Recht kam auf anderer Seite auch aus der Theologie her. Dann sind die juristische Lehre zu einem Ergebnis in der Regel gekommen: *Statuta sint stricte interpretenda.* oder *Statuta servanda ad literam.* und *Generalia statuta recipiunt interpretationem declarativam a iure communi.*<sup>12</sup> über derer Rezeption in Deutschland Coing schon vor dem Kriege bahnbrechend gearbeitet hat.

Viertens handelt es sich um das Thema von dem Zusammenstoß unter den Statuten der verschiedenen Städten, d.h. die Frage, welches Statut man bei dem Streitsfall in der Praxis anwenden soll, der sich über die pluralischen Städte erstrecken. Darüber haben sich die Diskussionen immer noch in eine selbständige Disziplin der Rechtsdogmatik vertieft. So ist das

<sup>10</sup> *Iudicio etenim, quod de feudis agitur, illud legibus nosteris contrarium dici solet. Legum autem Romanarum non est vilis auctoritas, sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant aut mores. Strenuus autem legisperitus, sicubi emerserit, quod consuetudine feudi non sit comprehensum, absque calumnia uti poterit lege scripta.* (Ubertus de Orto Anselmo filio suo dilecto salutem. um 1150: K. Kroeschell, Dt. RG 1,6. Aufl. S. 271).

<sup>11</sup> Coing, Gesammelte Aufsätze, II, S. 144 u. 160.

<sup>12</sup> Andreas Gail, *Practicarum Observationum libri duo*, 1580 Köln, II, Observ. 33, n. 9, 33, n. 1, n. 3. Er zitiert z.B. Baldus, Bartolus, B. Socinus, Panormitanus, Albericus (de Rosate), Salicetus, wie et haec maxime procedunt, quando statutum a iure communi, ut hoc casu exorbitat, quia tunc strictissime interpretari debet, c. cum delictus de consuetud. . . . Socin. sen. consil. 31, num. 2, vol. 1. Ancha. consil. 91, in prin adeo ut extensio fieri nequeat etiam ex identitate rationis. Bald. in fin. nu. 9. C. communia utriusq. iud. (C. 3.38.12) Curt. consil. 43, nu. 19. (Gail, II, Observ. 124, n. 7). Et quamvis statuta a iure communi recipiant interpretationem passivam, . . . . tamen interpretatio ita facienda, ut quantum fieri possit minus corrigant ius commune. . . . ideo stricte intelligendum et interpretandum d. c. statutum, cum aliis iuribus supra allegatis: nam licet statuti ratio sit agnationis conservatio, et sic secundum quosdam favorabile et non odiosum, (Gail, Observ. II, 140, N. 12). Cum casus in statutis specialiter vel expresse non decisi remaneant sub dispositione iuris communis, et statuta strictissime et ita interpretanda sint. . . . (Eisengrein, Oberrat in Württemberg am Anfang des 17. Jh.; Stobbe, II, 121, N. 26). Caseterum uti iis, qui eam interpretationem praxi forensi approbarunt, nihil derogatum cupio, sic ubi de vero hujus articuli intellectu quaeritur, non possum sentire abrogatum esse illud iuris civilis remedium, dum nec verba id exigunt, nec ex mente articuli id cogere liceat, nec statutis abrogatio iuris communis praesertim favorabilis beneficii adscribenda est, ubi alia ejus mens aut constat aut argui potest. (Mevius, Commnt. in Jus Lubec., III, V. 1, n. 35). Man solle die einheimischen Gesetze und Gewohnheiten nach dem Kaiserrecht bogen u. duden, wie man immer kann. (Langenbecks Glosse zum Hamburger Stadtrecht. L. II: Stobbe, II, 121, N. 26).

Internationale Privatrecht entstanden. Daß die Lehre in diesem Bereich der Statutentheorie aus der Kommentierung nicht sowohl zu D.1.1.9 als zu C.1.1.1 in Angriff genommen hat, macht uns besonders wegen ihrer weitschweifigen oder gekünstelten Argumentation ziemlich verlegen, die die scholastische Methode typisch kennzeichnet.<sup>13</sup>

Unter solchen gegliederten angeblichen Statutentheorie möchte ich hier vor allem die zweite, Statutenvorrangstheorie von der vorzüglichen Anwendbarkeit des Statuts oder einheimischen Rechts vor dem *ius commune* und ihre Modifikationen in der Zeit der Rezeption in Deutschland erwähnen. Wie wir unten sehen, brachte die Modifikation dieser Theorie in Deutschland, genau gesagt im Reich, die Regeln oder Rechtssprüche, die ich an meiner Überschrift zeige, hervor. Freilich vergleicht man die einfache und absolute Statutenvorrangstheorie mit den Sätzen bei der Reichskammergerichtsordnung von 1495, ist es ganz klar, daß diese sehr bemerkenswerte und interessante Änderung erfahren hat. Die Änderung oder Modifikation ergeht von einer Bedingung. Damit mögen die Statutenvorrangstheorie eventuell niemals oder sehr wenig wegen der Bedingung funktionieren. Wenigstens kann man hier sagen, daß die Statutenvorrangstheorie in der Reichskammergerichtsordnung nicht mehr die eichte oder die italienisch-städtische ist.

## II

Wir können eine anfängliche Spur der Rezeption der Statutenvorrangstheorie in Deutschland in Lüneburger Ratsschluß von 1401 finden, in dem die vorzügliche Anwendbarkeit des lüneburger Stadtrechts, nicht nur vor dem gemeinen Recht, sondern auch vor den anderen Rechten, Sachsenrecht und Kirchenrecht, nämlich in einen Form, sozusagen in Vorrangstheorie der anwendbaren Rechte vorgezeigt wurde.<sup>14</sup> Solche Leiter denkt man wohl unnötig in Italien an, wo die Rechte der Stadt mit ihrer Herrschaft der Umgebung funktionieren konnten, wie Landrechte in Deutschland. Die Vorrangstheorie ist folgendes: Stadtrecht ist vor Sachsenrecht (dem Landrecht), vor Kaiserecht (dem römischen gemeinen Recht), und vor dem Kirchenrecht anwendbar. Dazu noch fügt man, wie Luig, als das vorzüglichste den Vertrag hinzu.<sup>15</sup> In der Rezeptionszeit schon pflegte diese Leiter im allgemeinen in der Praxis zu sein.<sup>16</sup> Allerdings sollte die hinzugefügte erste Treppe nicht aus der italienischen dogmatischen Leistung gekommen sein. Sondern ist ihr Ursprung das Sprichwort: *Geding bricht Landrecht*. Nach Hagemann,<sup>17</sup> der vielleicht recht hat, kam es aus der nordfranzö-

<sup>13</sup> Vgl. Textes de Jacques de Révigny: E.M. Meijers, *Etude d'histoire du droit*, III, p. 133.

<sup>14</sup> . . . . dat me tovoeren sik holden scal an dit iegenwartighe boek and an der Stad priuilegia . . . . wes me in dessem boke edder in den priuilegien nicht en vind, dar willet de Rad und borghere in allen saken . . . . na desser tyd sik mer richten an mene sassech landrecht. Und wes me dar nicht ane vind, dar schal me sik denne in den stucken richten und holden an dat keyserrecht. Und wes me dar vort nicht ane vind, dar schal me sik holden an dat gheistlihe recht. (Stobbe, G. dt. RQ, I, 652, N. 121). Außer Deutschland zeigt Coing das Beispiel von Lérida: Recht soll zunächst nach den örtlichen Statuten und Gewohnheiten, dann nach den Gesetzen und Statuten von Argonien, dann nach dem gotischen Recht und schließlich nach römischen Recht gesprochen werden. (Coing, a.a.O., S. 160).

<sup>15</sup> Luig, *Universales Recht u. partikulares Recht*, S. 27.

<sup>16</sup> *Consuetudini et statuto expressis pactis renuntiari potest. In tacitis enim semper consuetudo et statutum videntur inesse ut C. 4.65.19.* von Philipp Fürstenberg, dem älteren Frankfurter (Main) Bürgermeister im Anfang des 16. Jahrhunderts (Coing, *Zur romanistischen Auslegung*, S. 269).

<sup>17</sup> H.R. Hagemann, *Gedinge bricht Landrecht*; ZRG G. 87, S. 118ff.

sichen, rhetorikschulmäßigen Regel, weder aus dem volkstümlich-germanischen Sprichwort, das Germanisten im 19. Jahrhundert gekennzeichnet haben, noch aus irgendeiner Rechtslehre her. Das ist schon im Anfang des 12. Jahrhunderts, vor der Zeit von Vacarius, der erst die italienische Jurisprudenz in England mitgebracht und nach 1139 in Oxford gelehrt hat in dem englischen königlichen Gesetz, *Leges Henrici* von 1114–1118 vorgezeigt: *Pactum leges vincit*,<sup>18</sup> Dann später im 14. Jahrhundert stellte J. Andreae dar, daß die Regel: *Pactum rumpit leges*.<sup>19</sup> volkstümlich schon zu sprechen pflege und sie mit der Regel von D.50.17.23 inhaltlich einstimmt sei. Hagemann vermutet die Verbreitung des Sprichwortes durch die Rhetorikschulung in Europa.<sup>20</sup> Jedenfalls ist damit diejenige Lehre festgestellt worden, daß ein Recht in dem je kleineren Rechtskreis, desto stärker anwendbar sei. Solcher stufartigen Vorrangsteiler der Rechtsanwendung bedurfte man notwendig für die deutschen Verhältnisse mit viel zersplitterten Rechtskreisen. Es gibt noch die anderen Beispiele der Rezeption der absoluten Statutenvorrangstheorie, wie in Hamburger Stadtrecht von 1497 und Leipziger Obergerichtsordnung von 1488 in der früheren Zeit.<sup>21</sup> Darüber sehen wir noch unten.

Die Statutenvorrangstheorie bei der Reichskammergerichtsordnung am Ende des 15. Jahrhundert verändert sich so wesentlich, daß man ihre Herkunft äußerlich übersehen mag. Sie deutet, daß die Richter zunächst in der Regel das gemeine Recht des Reichs, das *ius commune* und Reichsgesetz,<sup>22</sup> anwenden können, und dann auch, wenn die Parteien ihr lokales einheimisches Recht behaupten und sie es legitim bewiesen haben, aber ferner es die Richter als ein vernünftiges anerkennen, sie es endlich anwenden können. Nach solcher legitimen Verfahren also unter der eigentlichen Bedingung kann die Statutenvorrangstheorie erst funktionieren oder von Bedeutung sein. Daher möchte ich solche Statutenvorrangstheorie „die bedingte“ nennen. Die absolute und italienische Lehre veränderte sich ziemlich qualitativ. Bei jener kommt es auf zwei Bedingungen, eine prozessrechtliche und andere materiellrechtliche, an. Diese kommt aus der theologischen und kanonischen Aufbesserungsregel gegenüber den einheimischen lokalen Gewohnheiten her, der die geistliche Verwaltung

<sup>18</sup> *Pactum enim legem vincit et amor iudicium.* (*Leges Henrici* 39, 5; Liebermann, *Die Gesetze der Angelsachsen*, Nd. 1960, I, 572).

<sup>19</sup> Zu VI de regulis iuris 85 (aus D. 50.17.23): *Contractus ex conventionem legem accipere dinoscuntur.* glossiert J. Andreae: *Dicunt vulgares; Pactum rumpit leges et hoc dicit haec regula.* (Hagemann, a.a.O., S. 122).

<sup>20</sup> Z.B. im 1328 vollendeten Rechtsbuch des Ruprecht von Freising Art. 230: *Gedings bricht Landrecht und Stadtrecht. . . . Wilkore brekt alle recht vor schepen unde vor gerichte. in Burger Landrecht um 1300.* (Hagemann, S. 126, N. 67). M. Weber hat auch die fast allgemeine Gültigkeit dieser Regel in Europa anerkannt (*Wirtschaft und Gesellschaft, Rechtssoziologie* 3. Aufl., S. 432) Aber n.m.M. ist seine Meinung die allgemeine Statutenvorrangstheorie.

<sup>21</sup> Hamburger Stadtrecht von 1497: *An triulaftigen saken, in deme boke apembar vmbescheden, men sick nicht vmbillick wendet efte neghet to gemenen rechten desser lande edder der keyser auer dat gantze rike bestediget.* (Lappenberg, *Die ältesten Stadt- Schiff- und Landrechte Hamburgs*, 1845, 170; Trusen, S. 103, N. 24). Leipziger Oberhofgerichtsordnung v. 1488: *Es sollen auch alle Sachen vor dem Gerichte nach Sechsgschenn Rechten, wu das rechtlich u. bestendingk ausgedruckt, vorsprochen werden, wu es abber unausgesrucket, tunkel adder unvornemlich ist, soll es erfüllunge u. deutunge nach gemeynen Rechten nehmenn.* (Es ist dieser Satz wörtlich herübergenommen aus dem ständischen Bedenken von 1487). (Stobbe, I, S. 125, Trusen, S. 103, N. 22). Gerichtsordnung für das Wittenberger Oberhofgericht v. 1550: *Sächsische Rechte, so fern die nicht wider Gottes Wort oder von der Christlichen Kirche nicht abgethan seyn, sollen gehalten werden, u. in welchen Fällen das Sächsische Recht nicht sonderlich ordnet u. statuiert, sollen die gemeine geschriebene Recht gebauchet werden.* (Stobbe, I, S. 125).

<sup>22</sup> RKG O v. 1555 bestimmt ausdrücklich: . . . nach des reichs gemeynen rechten, abschiedt und dem jetz bewilligten und auf disem reichstag aufgerichten frieden in religion und andern sachen, auch handhabung des freundens und nach redlichen erbaren und lendischen ordnungen, statuten und gewonheyten der fürstenthumben, herschaften und gericht, die vor sie bracht werden, . . . (Laufs, RKG O v. 1555, S. 151).

und Justiz bedürftig und, die juristisch auch begründet und festgelegt war.<sup>23</sup> Von der Bedingung muß man darauf aufmerksam machen, daß die Richter das Recht haben, die Vernünftigkeit des von der Parteien bewiesenen, lokalen Rechts zu entscheiden.<sup>24</sup>

Jene prozessrechtliche Bedingung hat eine sehr komplizierte Entwicklungsgeschichte der Rechtsdogmatik. Darüber hat Wiegand neuerdings seine sehr interessante und ausführlichen Forschung gearbeitet.<sup>25</sup> Ich verdanke auch ihm viel. Mit seiner Arbeit sind die dogmatische Probleme von der bedingten Statutenvorrangstheorie klar gemacht worden, aus der die Regel: *Jura novit curia*. und *Fundatam intentionem habere* stammen. So hat Deutschland in der Zeit der Rezeption die zwei verschiedenen, echte und bedingte, Statutenvorrangstheorien aufgenommen.

### III

Unter der autoritativen mittelalterlichen Rechtsidee, daß das römische Recht als Kaiserecht, *ratio scripta* und *ius commune* im allgemeinen gültig sein soll, mußten die Juristen, als sie einem Statut als *ius proprium* das gemeine Recht in dem Geltungsbereich des Statuts also teilweise abschaffen (*derogare*) lassen wollten, zunächst das prozess- oder beweisrechtliche Hindernis beseitigen. Denn das römische Beweisrecht ist etwas mangelhaftig, und zwar erlaubt es prinzipiell den Parteien den Beweis nicht sowohl für einen negativen Satz, als für einen positiven. Ein Grundsatz dafür: *Affirmanti non neganti, incumbit probatio*. war von Irnerius unterstützt auf D.22.3.2, C.4.19 usw. verallgemeinert worden, obwohl solche Regel den Zeitgenossen schon zweifelhaft erschien.<sup>26</sup> Später wenden die Kommentatoren vor allem Cynus auf Grund von D.22.3.5. pr.<sup>27</sup> gegen das Leitprinzip ein. Der Rechtssatz ist das einzige Ausnahmegesetz des römischen Beweisrechts und die damit unterstützte Lehre von Baldus: *Allegans prohibitionem iuris, seu aliquem esse prohibitum ab eo quod regulariter est permittum debet id probare*. ist in *Communis opinio* vorherrschend.<sup>28</sup> Im 16. Jahrhundert war die Lehre von Pacianus als eine These formiert: *Quod negativa iuris probanda est a negante, quando negatur, illud, quod est de genere permissorum*.—Wer *ius* negiert, muß den Beweis antreten, wenn das *ius* in allgemeinen erlaubt ist.<sup>29</sup> Wir kehren zur These unten nochmal zurück,

<sup>23</sup> Vgl. S. Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, 1899, S. 75f. u. 180f.

<sup>24</sup> Hostiensis erklärte, daß, da keine sicheren Regeln über Rationabilität oder Irrationabilität von Gewohnheiten aufgestellt werden könnten, die Entscheidung hierüber dem Richter überlassen werden müsse. Diese Ansicht ging, mit ausdrücklicher Berufung auf Hostiensis, in die Glosse zum *liber Sextus*, und sie erlangte überhaupt allgemeine Zustimmung. (Brie, a.a.O., S. 185f.) Das Erfordernis der Rationabilität galt den Kanonisten nicht als ein spezifisches für Gewohnheitsrechte, sondern sie hielten dasselbe, in Übereinstimmung mit dem kanonischen Rechte, für ein den ungeschriebenen und den geschriebenen Rechtssätzen gemeinsames. (a.a.O., S. 186).

<sup>25</sup> W. Wiegand, Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel *Habere fundatam intentionem*: Festschrift f. Hermann Krause, 1975, S. 127ff. derselbe, Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit, 1977.

<sup>26</sup> Vgl. Wiegand, Rechtsanwendungslehre, S. 14 u. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses, 1827, S. 321–329.

<sup>27</sup> *Ab ea parte, quae dicit adversarium suum ab aliquo iure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione, id probari oportere.*

<sup>28</sup> Wiegand, a.a.O., S. 20, N. 18.

<sup>29</sup> In dem cap. 52. F. Paciani, *Tractatus de probationibus*, 1593. Das Werk erschien zunächst unter dem Titel „*cui incumbit*“ *onus probandi* und wurde noch 1724 mit einem von S. Stryk verfaßten Vorwort in Deutschland unter dem später üblichen, angeblichen Titel ediert. (Wiegand, a.a.O., S. 17 u. N. 1). Daher könnte das ein maßgebliches Werk in der Zeit des *Usus modernus* in Deutschland sein.

daher sage ich hier kurz vorher, daß sie die Voraussetzung der Lehre von der Vermutung der Gerechtigkeit des Anspruchs der auf dem gemeinen Recht beruhenden Partei: *Fundatam intentionem habere* und von der Beweislast der auf dem lokalen Recht beruhenden Partei und nämlich die Voraussetzung der bedingten Statutenvorrangstheorie sei.

Jedoch handelt es sich noch weiter um die Frage, ob das Recht ein Gegenstand der prozessrechtlichen Beweisführung sein kann. Das römische Recht unterscheidet *ius* von *factum* nicht unmittelbar (C.5.16.25.2)<sup>30</sup>, sondern mittelbar in Beziehung zu der Kenntnis des Richters in D.22.6.2: *In omni parte in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit*. Damit ging man sehr leicht zum Ergebnis: *Licet positioni iuris non sit respondendum, quia ius non indiget probationi*.<sup>31</sup>

Dann kommt es auf die Frage an, ob das von Parteien zu beweisende Statut, Gewohnheitsrecht u.ä. ein Faktum ist. Von dem Gewohnheitsrecht kann man in *Corpus iuris* widerspruchsvolle Rechtssätze, z.B. C.8.52.2 und D.1.3.39, die eine Gewohnheit vom Recht unterscheiden, auch anders C.8.52.2, D. 1.3.36 und D.1.3.32.1., nach denen sie scheint, als ob ein Recht wäre.<sup>32</sup> Trotzdem zeigt C.8.52.1 die Bedürfnis des Beweises von der Partei für die Gewohnheit.<sup>33</sup> Schon waren sich die Glossatoren gemäß D.2.2.2.<sup>34</sup> bewußt, daß ein Richter *ex officio* ohne hin die Rechtssätze kennen und berücksichtigen müsse, und auch daß nur Tatsachen und keine Rechtssätze der Gegenstand des Beweises im Verfahren sein könnten. Die Forderung des Beweises für die Gewohnheit suchen die Glossatoren dogmatisch durch zwei Gesichtspunkte zu rechtfertigen und die *Glossa ordinaria* beschreibt: Nur das geschriebene Recht sei so sicher und bestimmt, daß allgemeine Kenntnis desselben vorausgesetzt werden könne und das ungeschriebene Recht hänge von Tatsachen ab, deswegen müsse die Tatsache bewiesen werden.<sup>35</sup> Dies ist von D.22.6.2<sup>36</sup> unterstützt, der gleichzeitig die mögliche Ignoranz des Richters betreffs eines Faktums vorzeigt. Die erlaubte Ignoranz des Faktums bietet ein neues Maß für die Beweisbedürftigkeit anstatt der undeutlichen Unterschied zwischen Recht und Faktum. Ferner zeigt der praktische Jurist Rosate im 14. Jahrhundert die Notorietät als das Gegenbild der möglichen Ignoranz über die Kenntnis des Richters vor. Und er stellt zitierend die Lehre von Jacobus de Ravanis dar, daß es unnötig sei, die notorische Gewohnheit bewiesen zu werden, weil sie in allgemeinen gut bekannt sei, wie, *quod ubi consuetudo esset notoria ut in anglia et francia quod maior nato succedat in totum non oportet tunc consuetudo proponi vel allegari*.<sup>37</sup> In der zusammenfassende

<sup>30</sup> . . . . . nec in certum subtilem divisionem facti vel iuris introducti posse.

<sup>31</sup> Wiegand, a.a.O., S. 45. Dieser Satz ist Bartolus Commentierung zu D. 34.2.37.

<sup>32</sup> C. 8.53.2: *Consuetudinis usque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem*. C. 8.53.3: *Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo imitatur et retinet: et quod officiis curiis civitatibus principiis vel collegiis praestitum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus*.

<sup>33</sup> *Praesses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet*. . . . .

<sup>34</sup> *Hoc edicto dolus debet ius dicentis puniri: nam si adessoris imprudentia ius aliter dictum sit quam oportuit debet hoc magistratui officere, sed ipsi adessori*.

<sup>35</sup> Vgl. Brie, a.a.O., S. 125.

<sup>36</sup> *In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat*.

<sup>37</sup> *Sed anagens in libello habeat necesse exprimere et proponere consuetudinem dicendo et hoc peto propter consuetudinem? Videtur quod non: quia consuetudo similis est legi. Sed qui agit ex iuris scripto non habet*

Darstellung von Bartolus ist wohl auch das Merkmal der Notorietät eines rechtlichen Satzes so von Bedeutung, daß er als das beweisbedürftige das Statut der anderen Stadt und die örtlichen ungeschriebenen Gewohnheit klassifiziert, obwohl er *ius commune*, *statutum*, *consuetudo*, und *ius dispositivum* (*pactum vel privilegium?*) alles zusammen *ius* nennt.<sup>38</sup> Diese Vortretung der legistischen Dogmatik mit dem Merkmal der Notorietät war stark von der Seite der Kanonistik unterstützt. Solcher Grund oder Schlüsselstelle ist das Dekretale „*Licet Romanus*“ von Liber Sextus (VI 1.2.1) von 1298. Es lautet: *Pontifex . . . . specialium et personarum singularium consuetudines et statuta, quum sint facti et in facto consistant, potest probabiliter ignorare . . . .* Dessen Gesetzgeber, Bonifacius VIII mußte dabei auf das traditionellen Kriterium—Recht und Faktum—beruhen, danach gilt ein ihm unbekanntes lokale Statut und eine solche Gewohnheit für eine Tatsache. Kanonist Ph. Franchus kommentiert in der Mitte des 15. Jahrhunderts zu VI 1.2.1, daß der Richter das Statut seiner Stadt nicht ignorieren darf, weil er dessen Beobachtung in seinem Gericht geschworen hat und weil das örtliche Statut das gemeine Recht der Vaterstadt sei, wie Baldus gesagt hat.<sup>39</sup> Noch weiter dehnt sich Franchus von der Unnötigkeit der Allegation oder Probation des gemeinen Rechts und

*neesse exprimere proponere legem ex qua agit C. 2.1.3 ergo ita est in consuetudine. Doctores tamen tenent contrarium: quia leges sunt certe et scripte ut D. 22.3.5. pr . . . . consuetudines autem sunt facti et incerta ut VI 1.2.1 ubi dicitur quod consuetudo probatur ergo in libello proponitur. Jacobus de Ravanis dicebat quod. . . .* (Wiegand, a.a.O., S. 104).

<sup>38</sup> Bartolus zu C. 2.58.2.2., n. 29–30 und auch nach deren Skizze von Wiegand (Wiegand, a.a.O., S. 56, N. 53).

<sup>39</sup> *Cum sint facti et ita allegatur quod statuta et consuetudines dicuntur esse quid facti et in facto consistere (VI 1.2.1) . . . . probabiliter ignorari quod, qui non est de loco, praesumitur ignorare statuta et consuetudines illius loci unde probat iste textus quod in statutis et consuetudinibus quod est cadere probabilis ignorantia et sic facit, quod positiones et articuli possit fieri super iure consuetudinario vel statuti eo casu quo talia sunt probanda, quia omne quod est probabile et articulandum . . . . Et idem in extravagantibus in quibus cadit probabilis ignorantia . . . . secus in iure communi: quia positionibus et articulis iuris non est respondendum. Cum iura sint certa et notoria ut 1. ornamentorum (D. 34.2.37) unde probari non debeant . . . . In glossa in verbis cum sint conclude ex dictis Archidiaconi (Guido de Baysio) et aliorum doctorum quod ius commune dicitur publicum quo ad omnes et omnes scire et observare tenetur . . . . 1. leges sacratissimae (C. 1.14.3) et leges ut generales (C. 1.14.9) et ideo est quod per secundam constitutionem contrarium prime intellegitur prima revocata: quia superior praesumitur scire iura communia et publica ut hic in textu. Secus est in statuto vel consuetudine que dicuntur ius privatum ipsius loci et sic sunt facti et in facto consistunt, quatenus respiciunt certum locum ea quo non sunt universalis, ideo superior praesumitur ignorare . . . . Sed quo ad subditos statuta et consuetudines dicuntur esse iuris ex quo eos ligant . . . . 1. omnes populi et 1. de quibus (D. 1.1.9 et D. 1.3.32) . . . . unde locales consuetudines quo ad ipsum locum dicuntur ius commune ratio est quia a iure communi confirmatur ut dicta 1. omnes populi . . . . Ex quibus omnibus dictis et ipso textu inferitur . . . . quod subditi non possunt allegare ignorantiam statuti vel consuetudinis ipsius loci quae quo ad eos dicuntur esse iura unde ignorantia non excusat (VI de regulis iuris) . . . . quod iudex loci non possit allegare ignorantiam statuti ipsius loci: quia sicut iudex non debet ignorare iura communia ut supra. Unde dicebat Baldus. . . . C. ut quae desunt (C. 2.10). . . . Quod licet statutum non fuerit allegatum vel productum in causa coram iudice tamen iudex tenetur iudicare et servare statutum sicut iura quia sicut iura communia non est neesse quod allegentur, quia quilibet praesumitur scire ut supra, nec etiam quod probentur quia iura sunt certa ut 1.2. in omni de iuris et facti ignorantia (D. 22. 6.2) et nota in 1. ornament. (D. 34.2.37) et ab omnibus debent observari absque eo quod allegentur vel probentur ut in dictu c. supra de constitutionibus (VI 1.2.1). Ita et idem est in ipsius statutis que dicuntur esse iuris communis quo ad subditos et quo ad iudicem. . . . Bartolus in dicta 1. omnes populi . . . .; quod tamen limita esse verum nisi essent statuta non publice nota. Puta reformationes non incorporatas in volumine statutorum; quia deberent allegari et probari coram iudice argumentum textus hic et in cap. pastoralis (X. 2.22.8) et 1. cum proratis (D. 42.1.32) . . . . et ibi per Bartolum secus si talia essent publice nota in loco quia tunc iudicaretur de eis prout et de ipsis statutis . . . . idem limitat Bartolus in dicta 1. omnes populi procedere in statutis eiusdem civitatis vel loci: secus in statutis alterius civitatis vel loci quia tunc illa dicuntur esse facti et in eis cadit probabilis ignorantia ut hic in textu et deberent producti et probari coram iudice . . . . et per doctores in cap. pastoralis. (Philippus Franchus (Kanonist, †1471), In Sextum Decretalium, 1536, ad VI 1.2.1: W. Wiegand, Anwendungslehre, 143 f.).*

örtlichen Statuts die Vermutung ihrer Kenntnis des Richters aus, aber beim Statut anderer Stadt nicht, weil es aus der Tatsache besteht und leicht ignoriert zu werden pflegt. Dazu kommt noch die prozessrechtliche Präsumtionslehre. Schon glossisierte Tancred zu C.4.19. 16: *Et nota, quod licet sit generaliter verum quod reus probare non teneatur, tamen quaedam faciunt ut onus probandi transfertur in reum, haec scilicet: . . . . pro actore praesumptio . . . praesumptio, quae est pro actore, transfert onus probationis in reum*<sup>40</sup> . . . . Dann erläuterte Cynus da Pistoia hierfür: *Dicit glossa verum est, quod actor probat intentionem suam, nisi intentio eius fuerit fundata praesumptione iuris, quia tunc incumbit onus probandi reo. Sed hic fuit fundata intentio, quia probato, quod praedia fuerunt paterna, quod probatur ex confessione adversariorum praesumitur . . .*<sup>41</sup> Endlich wurde die traditionelle Beweisregel mit Bartolus Darstellung durchbrochen, indem der Kläger, der eigentlich Beweispflicht übernimmt, damit von ihr befreit ist, seinen Anspruch auf die Präsumption des Rechts zu unterstützen: *Solutio; hoc ideo, quia jam fundata erat intentio actoris juris praesumptione.*<sup>42</sup> Die Lehre, die Bedeutung von *fundata intentio* etwas umgeschrieben hat, wird später von Pacianus genau aufgenommen werden.

Jedenfalls ist Papst der oberste Richter in der geistlichen Welt, also der universalen Organisation, deswegen müssen er und seine Vertreter nur ihr gemeinsames Recht kennen, aber brauchen sie weder einzelnen Statute noch örtlichen Gewohnheiten. Wenn man sich die Darstellung von Baldus erinnert, daß ein Statut nur in der angeblichen Stadt gültig ist, weil die Richter der Stadt seine Beobachtung geschworen hat und daher es *ex officio* anwenden muß, ist es ein Ergebnis, daß der Richter einer Organisation unbedingt das Recht der Organisation oder des ihre Gerichtsbarkeit erreichenden Bereichs kennen und anwenden müsse. Man könnte unter dem Einfluß der Institutionslehre sagen, daß der Richter der universalen Organisation, Kirche und Reichs,<sup>43</sup> jedes gemeine Recht, doch andere Rechte nicht kennen. Solche Meinung findet man auch in Darstellung von Coler in der späten Rezeptionszeit.<sup>44</sup> So wurde die viele oder fast alle Leistungen der Legistik und Kanonistik die 15. und 16. Jahrhunderte über in Deutschland übernommen, wie von J. Fichard, Ph. Fürstenberg, J. Sichard, und A. Gail usw.<sup>45</sup>

Diese waren freilich der Hintergrund oder Bestände der Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre bei dem Gesetzgebung der Reichskammergerichtsordnung. So wurde die Modifikation der absoluten Statutenvorrangslehre zur den bedingten, dogmatisch besonders in der Kanonistik zur Vollendung gebracht. Die Kammerrichter brauchen nur das gemeine Recht des Reichs zu kennen, obwohl ihnen die etwas spätere Reichskammergerichtsordnung von 1555 ihren Verstand und Kenntnis der einheimischen Rechten und Gewohnheiten er-

<sup>40</sup> u. <sup>41</sup> Wiegand, *Fundatam intentionem habere*, S. 140.

<sup>42</sup> Wiegand, a.a.O., S. 141.

<sup>43</sup> Dafür braucht man in der Kanonistik auf VI 1.2.1 zu beruhen dann später auch in der Legistik.

<sup>44</sup> Matthias Coler, der in Wittenberg gelehrt und Richter des sächsischen Obergerichts war, und an die Tradition sächsischer Prozessualisten anknüpfte dann den Weg für die Blüte im 17. Jahrhundert vorbereitete, stellte in seinem 1572 erschienenen *Tractatus de Processibus Executivis; Nullo minus iudicem, cui valde turpe foret, ius, in quo reddendo quotidie occupatur ignorare . . . sicut iudex universalis non debet ignorare ius commune, ita iudex particularis non debet ius particulare, per consuetudinem loci introductum.* (Wiegand, *Rechtsanwendungslehre*, S. 169f.)

<sup>45</sup> Vgl. Coing, *Zur romanistischen Auslegung* S. 265f. über die Statutenlehre von J. Fichard und Ph. Fürstenberg. Wiegand, a.a.O., S. 83ff., 98f., u. 123ff. über die von J. Sichard.

wartet.<sup>46</sup> Solche Forderung gab es nicht bei der Ordnung von 1495. Denkt man an, daß die Ordnung von 1521 den aus dem Uradel gestammten Richtern die Rechtsgelehrsamkeit erwartet, und die Ordnung von 1555 in allgemeinen immer ausführlicher und sorgfältiger regeln wollte, deutet die erwünschte Kenntnis der einheimischen Rechte bei ihr vielmehr ein Kennzeichen des Vorrückens des gelehrten gemeinen Rechts ins Reichskammergericht. Freilich handelt es sich um die Rechtskenntnis der rechtsgelehrten, vor allem von den lokalen einheimischen Rechte. Sie hängt nicht nur von ihrer Gelehrsamkeit und Karrier, sondern auch von seinem Zustand ab. Wir können uns hier ihre das einheimische Recht und die ungelehrten verachtenden Worte erinnern: *Sie thun wie die Affen, die auch einmal heuser hawen wollten, trugen holz und steyn zusammen und da si zu lang umgangen, unnd nichts tauglich gemacht hatten, sahen sie erst, daß es jnen am zimmern und fügen fehlt und das sie des bawen nit gelernt hatten. oder . . . . gelten die Statuta nit und seindt nichts werdt die mann Keyserlichen Rechten zu wider macht.*<sup>47</sup>

Der Vorgang des Usus modernus pandectarum läuft im großen und ganzen seit dem Anfang des 16. Jahrhunderts langsam. Dadurch sind viele lokale Rechte gesetzt und geschrieben worden, wie in der Form der Reformation, sei es von römischem Recht stark bei der Wormser, sei es gemäßigt bei der Freiburger beeinflusst.<sup>48</sup> Die Gesetzgebungen in der Rezeptionszeit haben drei Funktionen; erstens für Rechtspolitik der jeweiligen herrschaftlichen Gewalt um die Kundbarkeit ihres Rechts mit seiner Schriftlichkeit. Und anderer Seite setzt man das örtliche Recht, um seine Beweisbarkeit in örtlichem oder oberem Gericht zu versichern und zu vereinfachen.<sup>49</sup> Und drittens muss man den Rechtszustand, der durch die Rezeption ziemlich verwirrt und unsicher geworden ist, mit der Reformation in Ordnung bringen. Trotz solchen Reformationen der lokalen Rechte ist die dem gemeinen Recht günstigsten prozessrechtliche Lehre vorbereitet und allmählich beherrschend. Das ist die Präsumptionslehre der Gültigkeit des gemeinen Rechts, insofern Einwendung der Partei mit lokalem Recht nicht bewiesen wird. Die allgemeine Gültigkeit des gemeinen römischen Rechts ist auf der sogenannten politischen Romidee, besonders seit der Mitte des 16. Jahrhunderts auch auf dem Lotharischen Kaisergesetz noch stärker unterstützt, das in eine Chronographie von Melancthon heimlich eingeschoben worden ist. Damals zweifelt niemand, bis Conring in der Mitte des 17. Jahrhunderts positivistisch bewiesen hat, daß die Geschichte vom Befehl des Kaisers Lothar III. auf Grund der Forderung Innerius eine bloße Legende sei.<sup>50</sup> Allerdings waren solche Rechtsdenken der feste Grund für die allgemeinen Gültigkeit des gemeinen, römischen Kaiserrechts und dann auch der unzweifelhafte dogmatische Hinter-

<sup>46</sup> . . . . So ordnen, setzen und wollen wir, daß der kaiserlichen maiestat cammerrichter ein dapfer person, auß dem reich teutscher nation geboren, derselben herkommen, löblicher gebreuch und guter gewohnheyt nicht allein wolkündet und erfahren, sonder auch verstendig, die rechtliche proceß zu dirigieren und die partheyen zu außtrag und erörterung trewlich zu fürdern, . . . . (RKGÖ v. 1555, I, III, 1: Laufs, RKGÖ v. 1555, S. 75).

<sup>47</sup> Trusen, a.a.O., S. 108.

<sup>48</sup> Vgl. Kunkel, Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, 1. Bd. 1. Hbd. S. XIXff., Wieacker, a.a.O., S., 193f.

<sup>49</sup> In der Regel genügten im Prozess zum Beweis zwei Zeugen. Aber nach dem Gesetz in der Wormser Reformation von 1498, vom römischen Recht stark beeinflusst, unvordenkliche Gewohnheiten von fünf Zeugen bewiesen werden sollten. Nach Frankenhäuser Statuten von 1558 soll die Beachtung der Gewohnheit über 30 Jahr und tag bewiesen weruen. (Trusen, a.a.O., S. 114, u. N. 61).

<sup>50</sup> Vgl. E.V. Moeller, Hermann Conring der Vorkämpfer des deutschen Rechts; Quellen und Darstellungen zur Geschichte Niedersachsens, Bd. 31, 1915, Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. III, S. 97ff.

grund der Präsumtionslehre des Rechts, vor allem der Lehre von *praesumptio iuris communis*.<sup>51</sup> Im oberen und von den Rechtsgelehrten Richtern besetzten Gericht braucht der Kläger, der seinen Anspruch auf dem gemeinen Recht beruht, keinen Beweis dafür und wird sein richtiger Anspruch von den Richtern vermutet, insofern seine Behauptung oder sein Grund durch den Einwand mit dem einheimischen lokalen Recht von dem Beklagten nicht verneint wird, wie am Ende des 16. Jahrhunderts M. Wesenbeck in seinem Gutachten sagte: *Nam qui habet regulam iuris communis pro se, habet intentiopem fundatam . . . . secundum quam est, pronuciandum, et obtinet donec contra specialitas iam excepta, vel consuetudo aut statutum contrarium probetur, in casu obtinere de quo agitur . . . .*<sup>52</sup> So hier findet man die praktische Phase der seit dem 14. Jahrhundert entwickelten und rezipierten Rechtsanwendungslehre in Deutschland, die das Unterscheidungsmerkmal zwischen *ius* und *factum* und das von der Notorietät des Rechtssatzes und die die Notorietät voraussetzende bzw. wesentlich auf der damaligen Rechtskenntnis der gelehrten Richter beruhende Präsumtionslehre zusammengefasst hat. Dabei ergeht eine Art der logischen Umkehrung. Statt zu sagen: Alles, was präsumiert wird, braucht nicht bewiesen zu werden, stellt man den Satz auf: Alles, was nicht bewiesen zu werden, wird präsumiert. Nun muß die Partei, die mit dem negativen Rechtssatz einwenden also mit dem lokalen Recht das gemeine Recht, kaiserliche römische Recht teilweise abschaffen will, zur Beweislast gehen, obwohl Statut und Gewohnheit, die für ein Recht gelten oder gelten können, wenn sie den Richtern unbekannt sind. Dagegen ist eine notorische Gewohnheit und ein örtliches Statut den örtlichen Richtern bekannt und braucht von Parteien nicht bewiesen zu werden. Die örtlichen Richter müssen das örtliche Statut *ex officio* wegen ihres Schwurs anwenden und ihre Vernachlässigung des örtlichen Statuts gilt für die des gemeinen Rechts, wie Philippus Franchus in der Mitte des 15. Jahrhunderts argumentiert: *Index loci non possit allegare ignorantiam statuti ipsius loci: quia sicut iudex non debet ignorare iura communia, ita nec statuta loci, quae quo subditos dicuntur esse iure communita . . . licet statutum non fuerit allegatum, vel productum in causa coram iudice tamen iudex tenetur iudicare et servare statutum, sicut iura, quia sicut iura communia, non est necesse, quod allegantur quia quilibet praesumitur scire . . . omnibus debent observari absque eo, quod allegantur vel probentur . . . et idem est in ipsius statutis, quae dicuntur esse iuris communis, quo ad subditos et quo ad iudicum . . .*<sup>53</sup> Er zitiert Baldus Darstellung zu D.1.1.9: *Statutum est ius commune patriae*. Aber man muß nicht hier vergessen, daß das dem Richter bekannte Recht nicht immer vorzüglich angewandt wird, weil *Index ex officio potest supplere in iure non in facto* (C.2.10), und außerörtliches Statut, ungeschriebene Gewohnheit, noch nicht registriertes Statut oder extravagans nach der Statutenvorrangstheorie von dem örtlichen Richter *ex officio* angewandt werden kann, wenn es von der Partei legitim bewiesen wird. Allerdings funktioniert die Notorietät des (Rechts-)satzes nun als ein so bedeutungsvolles Unterscheidungskriterium zwischen *ius* und *factum*, das Statut, das die Kommentatoren mit Mühewaltung, ausführlicher Argumentation zu *ius* gemacht haben, abgesehen von dem örtlichen und registrierten, wieder für *factum* gelten zu lassen. Man kann nicht mehr sagen,

<sup>51</sup> *Constitutiones, statuta, consuetudines in singulis territoriis inter iura municipalia habentur, quae possunt juri Romano derogare, ipsaeque constitutiones imperiales non aliud sunt, quam jus municipale imperii: solum vero jus romanum est jus commune, ex quo casus in iuribus municipalibus vel non expresse vel obscure positi terminantur.* (A. Duck, *Summa industria*. 1.2, c. 2: Conring, *De origine iur. Germ.* c. 33).

<sup>52</sup> M. Wesenbeck, *Consilium* 205 (Wiegand, *Rechtsanwendungslehre*, S. 7, *Fundatam intentionem habere*, S. 133).

<sup>53</sup> Wiegand, *Rechtsanwendungslehre*, S. 151.

daß, was nicht bewiesen zu werden braucht, *ius sei*. Das gemeine Recht ist allen gelehrten Richtern gut bekannt und niemand bezweifelt seine allgemeine Gültigkeit. Dazu ist es das anzuwendende Recht in dem Gericht der universalen Organisation, wie des Reichs und der Kirche. In solchen Organisationen kommt es den Richtern auf die Kenntnis des gemeinen oder kanonischen Rechts an. So kennen die Richter im Reichskammergericht nur das gemeine Recht des Reichs d.h. das römische Recht und die Reichsgesetze und dürfen die übrigen ignorieren, auf den die Parteien gelegentlich beruhen wollen. In diesem Fall gehen die Parteien zur subjektiven Beweislast. Sie müssen ihr lokales Recht mit über zwei Zeugen oder Dokumenten beweisen. Die Struktur des Beweisrechts in einem universalen nämlich Reichskammergericht ist theoretisch in Rechte, wenn auch das Reichskammergericht in der Tat niemals das universale Gericht im Reich ist. Das ist im Lauf des 16. Jahrhunderts formliert worden, wie Coler schrieb: *Sicut index universalis non debet ignorare ius commune, ita iudex particularis non debet ignorare ius particulare, per consuetudinem loci introductum*. Verwendet man darauf das Sprichwort: *Iura novit curia*, in positivem Sinn, ist es so, daß die Richter im Reichskammergericht nur das gemeine Recht des Reichs aber anderes nicht kennen. In angeblichem Gericht deswegen, wenn man auf dem gemeine Recht beruht, wird dessen Kenntnis der Richter und die Gerechtigkeit des Anspruchs selbst präsumiert. Logisch gesagt, ändert sich die Statutenvorrangstheorie gar nicht, und zwar werden bloß die zwei Zusätze, *praesumptio iuris communis* und *onus probationis* hinzugefügt. Allerdings ist die modifizierte Statutenvorrangstheorie wirklich den gelehrten Richtern sehr günstig und vielleicht notwendig. Ihnen ist es unmöglich, riesige Zahl der einzelnen lokalen Rechte und Gewohnheiten zu kennen und zu vervollständigen.

Andreas Gail, der Kameralist in zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts übernimmt die angebliche Theorie fast alle und sagt: *Hinc est, quod Assessores Camerae Imperialis, quando in numerum Assessorum recipiuntur, iurare debeat: quod secundum Imperii constitutiones, secundum ius commune, et laudabiles locorum consuetudines iudicare velint, quod regurariter in omnibus omnium locorum iudicibus receptum*.<sup>54</sup> Wie Gail darstellt, hat sich die damalige Rechtsanwendungslehre d.h. die bedingte Statutenvorrangstheorie als *Communis opinio doctorum* auch unter die gelehrten Juristen in Deutschland ausgebreitet.

#### IV

Für die aufkommenden und unabhängig werdenden Länder, die zunächst ihre Justizverfassung in Ordnung bringen wollen, um ihres zersplitterten Recht einheitlich durchzuführen, ist die Reichskammergerichtsordnung besonders von 1495 ein zeitgemäßes und geeignetes Vorbild für ihre Gerichtsordnungsgesetzgebung. Vor allem scheint es sehr möglich, daß die an der Gesetzgebung teilnehmenden gelehrten Juristen wegen Bequemlichkeit das Vorbild nachahmen. Ein typisches Beispiel ist die Hessische Hofgerichtsordnung von 1527. Ihr Titel 5. heißt, als ob er Reichsgesetz wäre: *Hofrichter und Urteiler sollen uns Landgrafen Philippsen*

<sup>54</sup> A. Gail, *Practicarum observationum tam ad processum iudicarium, coloniae, 1580*. I, Observatio 36, n. 14. *Statutum contra ius commune stricte intelligi debet*. (II, Observ. 124, n. 7). *Praedicta accipienda sunt, quando statutum vel consuetudo in iudicio esset allegata; et in actis sufficienter probata: quia cum consuetudo sit facti et facta non praesumantur ideo allegari et probari debet*. (I, Observ. 36, n. 16). D. Mevius, *Commentatrii in ius lubicense, 1700*, III, 2, 1, n. 27: *Juris communis principia sine contrario expressis textus tollenda non sunt*.

zu Hessen etc. geloben und zu den Heyligen schweren, dem Hofgericht trewlich und mit feiß für zu sein|Und nach gemeinen Kayserlichen geschriebnen Rechten, redlich und erbarn Statuten und Gewohnheiten unsers Fürstenthumb und Landschaft|Auch dieser Ordnung, wo die für sie bracht werden, nach ihrer besten Verständnus gleich zu richten und zu urteilen.<sup>44</sup> Dabei auch ergeht die bedingte Statutenvorrangstheorie nach dem autoritativen Vorbild der Reichskammergerichtsordnung. Jedoch schließt die Hessische Gerichtsordnung infolgedessen in sich eine widerspruchsvolle Rechtsanwendungslehre. Daß die Parteien in Hessen, die ihre örtlichen d.h. hessischen Statuten oder Gewohnheiten behaupten, diese selbst vor dem Hofgericht beweisen müssen, scheint jemandem etwas komisch und unwahrscheinlich zu sein.<sup>55</sup> Nach dieser Hofgerichtsordnung brauchen die Richter des Gerichts die örtlichen Rechte nicht zu kennen. Ist dieses merkwürdige Gesetze von dem einfachen Fehler oder bloßen Plagiat der gelehrten Juristen bei seiner Abfassung gekommen? Es handelt sich um die vielen Beispiele der Rezeption der bedingten Statutenvorrangstheorie nach dem Vorbild des Reichs, die die subjektive Beweislast der Partei für ein landrechtliches Recht mit dem Ausdruck, wie *die für sie gepraht werden* oder *sofern dieselben fürkommen*, in Kurpfalz,<sup>56</sup> Mainz,<sup>57</sup> Braunschweig<sup>58</sup> usw. reguliert. Kameralist Mynsinger stellte auch die folgende Regel bei der Verfassung der Wolffenbüttelschen Hofgerichtsordnung von 1556 schon nach der Reichskammergerichtsordnung auf: *nicht nach Sächsischen, sondern nach den gemeinen geschriebenen kaiserlichen Rechten zu regulieren ist . . . .*<sup>59</sup> Es scheint mir, daß die damaligen gelehrten Juristen mit der ihnen günstigen Regel die Katze aus dem Sack lassen.<sup>60</sup>

Nun möchte ich davon zu anderen Beispielen Augen abwenden. In 1486 ist der ständische Entwurf der Reichskammergerichtsordnung<sup>61</sup> vollendet, während die Leipziger Ober-

<sup>55</sup> Wiegand, a.a.O., S. 175. Vorher auch regelte Hessische Hofgerichtsordnung von 1500; Titel 2. . . . . (Urteiler wollen richten) nach gemeynen Keyserlichenn beschriebenn rechten, Auch nach reddelichen u. Erbarn Statuten u. gewonheyten unsers Fürstenthumbs u. landschaft wo die für sie bracht werden. (Stobbe, G.d.dt.RQ, II, S. 131). Vgl. Luig, a.a.O., S. 36.

<sup>56</sup> Die kurpfälzische Landes- und Gerichtsordnung von 1582 übernimmt das Stil der Reichskammergerichtsordnung, wie „Die Beysitzer unseres Hofgerichts sollen in allen Sachen auf die gemeine geschriebne Recht, des Heiligen Reichs constitutiones, gute Ordnungen, unser Landrecht, Statuten, redliche, ehrbare Gewohnheiten unseres Churfürstenthumbs . . . . die für sie gepraht . . . . Urteil fassen und außprechen.“ (Wiegand, Anwendungslehre, S. 175, N. 68). Ihr Teil der Gerichtsordnung kommt von der von Hofgerichtsordnung von 1573 her, während die Ordnung von 1582 besonders deren privatrechtliches Teil wörtlich aus dem württembergischen Landrecht von 1555 stammt. Sie ist das erste Landrecht in Kurpfalz, deswegen können die Beisitzer und die rechtsgelehrten hinsichtlich ihrer Kenntnis des Landrechts noch nicht wohl selbstvertrauen haben, um das Stil der württembergischen Gerichtsordnung sofort nicht aufzunehmen. Übrigens hat es in Kurpfalz vorher keinen Entwurf des Landrechts nur einzelne Gesetze für Eherecht von 1556 und 1563 gegeben. (Vgl. Coings HB, II 2, S. 393f.).

<sup>57</sup> Mainzer Hofgerichtsordnung von 1516, Tit. 9: (Die Beisitzer schwören zu urteilen) nach gemeinen rechten u. redlichen, erbarn u. leidlichen Ordnungen Statuten, Gewohnheiten u. Gebrauch, so ferr sie bracht werden. (Stobbe, a.a.O., S. 131).

<sup>58</sup> Trusen, a.a.O., S. 105, N. 29 andere Beispiele, die Gerichtsordnung von Lüneburg und Münster von 1571, die von Sponheim.

<sup>59</sup> Stobbe, a.a.O., S. 94.

<sup>60</sup> Der Ordinarius der Leipziger Juristenfakultät Jakob Thoming schrieb in seiner Stellungnahme zu einem Breslauer Statutenentwurf, der nach seiner Auffassung zu viel einheimisches Recht aufgenommen hatte, im Jahre 1575: Wir aber vor unser Person nichts liebers gesehen hetten, dann daß sie alle durchaus dem Rechten gemess hetten reguliret können werden. (H. Thieme, Statutarrecht und Rezeption; Festschrift Guido Kisch, 1955, S. 69.)

<sup>61</sup> . . . . nach des reichs recht und loblicher ubung des hofs, auch nach redlichen, erbarn und leidlichen ordnungen, statuten und gewohnheiten der fürstenthümer, herrschafften und gericht, die für sie bracht werden, so derra die ordnung und satzung kays. geschriebner recht gemess und leidenlich sein . . . . (Ständischer Entwurf einer Kammergerichtsordnung von 1486; Zeumer, a.a.O., Nr. 172).

hofgerichtsordnung von 1488 die unbedingte Statutenvorrangstheorie schlechthin übernimmt, wie lautet: *Es sollen auch alle Sachenn vor dem Gerichte nach Sechsischenn Rechtenn, wu das rechtlich u. bestendigk ausgedruckt, vorsprochen werdden, wu es abber unausgedrucket, tunkel adder unvornemlich ist, soll es erföllunge u. deutunge nach gemeynen Rechten nehmen.*<sup>62</sup> Für Zelle auch bestimmt die Gerichtsordnung: *nach hergebrachten bestendigen Gewohnheiten, und Statuten dieses Fürstenthums und in mangel deren, nach gemeinen beschriebenen Rechten und des Heiligen Reichs Constitution zu richten.*<sup>63</sup> Es ist bemerkenswert, daß mit diesen Beispielen die Rezeption der einfachen Statutenvorrangstheorie mehr in den Rechtskreisen des Sachsenspiegels oder des sächsischen gemeinen Rechts gefunden ist. Die vorzügliche Stellung des sächsischen Rechts ist übrigens auch bei der späteren Gesetzgebung in Sachsen, der Kursächsischen Konstitution von 1572 gezeigt. In der blieb das sächsische Recht verhältnismäßig, obwohl die Juristen dem Landesherrn vorschlugen, ungerechte und zwecklose, heimische Rechte in einzelnen Fällen aufzuheben.<sup>64</sup> Die nach dem gemeinen Recht Statutenauslegungstheorie ist in der Konstitution und schon sehr oft in den glossierten Sachsenspiegeln übernimmt. Dies deutet vielmehr die starke Widerstandskraft gegen das gemeine römische Recht, sonst begäbe sich die Rezeption des römischen Rechts in complexu auch in Sachsen. Dazu muß man noch auf die dem einheimischen Recht günstige geographische Stellung Sachsens, die ziemlich immer weit von dem Reichskammergerichtsort, Frankfurt, Speyer, Nürnberg, Regensburg, Wetzlar, war, Aufmerksamkeit richten, wie Dieselkamp sagt.<sup>65</sup>

Als die dritte Kategorie der Rezeption der Statutenvorrangstheorie in Deutschland handelt es sich um das Beispiel in Württemberg, das die unbedingte und bedingte, beide Theorie zusammen und ganz richtig aufgenommen hat. In der früheren Rezeptionszeit, 1514 hat die württembergische Hofgerichtsordnung regelt: *Unser Hovrichter u. Urteilsprecher (sollen globen), daß sie nach unser vorEltern gemeinen satzungen, sovil deren in gepruch u. ubung sind, ouch nach redlichen Erbern gewonheiten, Statuten, u. Ordnungen unsers lands, so dië für sie gepracht u. bewisen worden, u. so die nit vorhanden, nach des heil. Reichs Rechten . . . . zu richten.*<sup>66</sup> Deren Struktur der Rechtsanwendungslehre ist dreistufig. Das örtliche und bewiesene Statut u.ä. sind am vorzüglichsten, dann kommt das Landrecht und zuletzt das kaiserliche Recht als die subsidiären. Solche Vorrangstheorie ist ganz genau in das Landrecht von 1555 und die Hofgerichtsordnung von 1557 Württemburgs übernommen worden.<sup>67</sup> In Württemberg steht das Landrecht, für das die Pläne und Entwürfe viel abgefasst und durchgeführt worden sind, an der Stelle des gemeinen Rechts bei der Reichskammergerichtsordnung.

<sup>62</sup> Stobbe, a.a.O., S. 125, vgl. N. 21.

<sup>63</sup> Stobbe, a.a.O., S. 94.

<sup>64</sup> Kunkel, a.a.O., S. XLII.

<sup>65</sup> B. Dieselkamp, Das Reichskammergericht im Rechtsleben des 16. Jahrhundert; Festschrift f. Erler, 1976, S. 465.

<sup>66</sup> Krant-Frensdorf, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, 1886, § 13, Nr. 19.

<sup>67</sup> Des Herzogthums Württemberg Erneuert gemein Landrecht von 1555, I, § 2: *Der Richter soll sprechen nach Ihrer Fürstl. Gn. gemeinen Satzungen, Landrechten und Ordnungen, auch (in den darinn nichtbegriffnen Fällen) sonderbaren, erbarn Statuten vund Gewohnheiten, so die gerichtlich fürgebracht und bewisen werden, oder wa die nicht Vorhanden, nach gemeinen geschriebenen vund des heiligen Reichs Rechten.* (G.C. Wächter, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrecht, Bd. I, 1839, S. 1076). Die erste umfassende Landrechtsgesetzgebung in Württemberg ist die Landesordnung von 1495, und zwar im 16. Jahrhundert kann man viele Gesetzgebungen und Reformationen folgend, wie von 1515, 1521, 1552, 1555, 1576, 1585 und als letzte von 1610 finden. (Wächter, Geschichte, Quellen und Literatur des Württembergischen Privatrechts, 1839, I, S. 83, 96f., 106f., 190f., u. 345f. usw.; Coings HB, II 2, S. 403).

Die Richter müssen das Landrecht neben dem gemeinen Recht kennen und anwenden. Die Partei braucht nicht das Landrecht anders als in Hessen usw. zu beweisen. Der Württembergische Fall ist die logisch-richtige und echte Rezeption der Statutenvorrangstheorie in Ländern Deutschlands. Jedenfalls, könnte man das sagen, wenn das Landrecht fast regelt oder registriert wäre.

In denjenigen Ländern, die ihre Landrechte noch nicht in Ordnung gebracht oder keinen Plan dafür gefasst haben, wollen die gelehrten, angestellten und landfremden Juristen die Verantwortung umgehen, innerörtliches Recht zu kennen und zu supplieren.<sup>68</sup> Wenn erst das Landrecht schriftlich gesetzt wird und kundbar ist, kann der Landesfürst seinen Richtern und Beisitzern befehlen, das gemeine Landrecht zu kennen und anzuwenden. Und die Richter ergreifen hier mit der bedingten Statutenvorrangstheorie gegen das partikulare Recht des kleinen Rechtskreises innerhalb des Landes, das sie ignorieren dürfen.

Übrigens ist die italienische Theorie über die Anwendung des Statuts in der Sphäre der Rechtspolitik des Landesfürsten durch seine Gesetzgebung oder Reformation des Landrechts auch ziemlich von Bedeutung. Denn Baldus sagte schon: *Statutum est ius commune patriae*.<sup>69</sup> Im Ablauf der Rezeption und *Usus modernus Pandectarum* schließt das gesetzte und registrierte Landrecht mehr oder weniger nicht nur das heimische, sondern auch das römische zusammen ein. Solche Gesetzgebung ist auch geplant, um die Unsicherheit der Rechtsverhältnisse im Land als ein Ergebnis der Rezeption mit Regierung zu beseitigen. Deswegen, vor allem nach dem Ende des 16. Jahrhunderts kommt es auf anderen Gegensatz zwischen dem Landrecht und gemeinen, kaiserlichen Recht hinsichtlich der Rechtsanwendungslehre im Land an. Und wenn man das Landrecht als *ius commune* ansieht, kann man es nach der Baldus Lehre ausdehnungsweise auslegen. Dies führt zu einer Verwirrung der Rechtsanwendungslehre unter den *mos italicus* gelehrten Juristen, weil ihr Kriterium für das gemeine Recht die Notorietät des Rechts nämlich ihre Rechtskenntnis selbst deutet. Welches Recht muß man als *ius commune* wählen?

In der Tat ergeht die Verhältnisse wohl dem gemeinen Recht günstig mit der bedingten Statutenvorrangstheorie, die in verhältnismäßig viele Gerichtsordnungen der Länder aufgenommen worden ist. Eine Partei und ihr Advokat müssen ihren Anspruch begründen (fundieren). Wenn sie ihn mit dem gemeinen Recht begründen, das die Richter gut kennen, ist die Gerechtigkeit ihres Anspruchs von den Richtern vermutet wird. Darüber spricht man, daß die Partei ihr mit dem gemeinen Recht begründeten Anspruch hat: *fundatam intentionem habet*. Daraus kommt das Sprichwort: *Fundatam intentionem habere*. Es ist sehr

<sup>68</sup> Z.B. Hessen, das seit der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts zwei Landteile beibehalten und sich hinterher in Hessen-kassel und Hessen-Darmstadt getrennt hat, hatte eigentlich kein Landrecht und nur einzelnen oder lokalen Gesetze, dann endlich am Ende desselben Jahrhunderts, 1581–3, einen Entwurf für das Landrecht aber noch 1687 Landrechtsentwurf für beide Landgrafschaften. (Vgl. Coings HB, II 2, S. 337f.). Vgl. Diestelkamp, Das Verhältnis von Gesetz und Gewohnheitsrecht am Beispiel der Oberhessischen Erbgewohnheiten; Festschrift f. Thieme, 1977, S. 3ff.

<sup>69</sup> Die Formel: *Statut est ius commune in loco vel patriae*. kommt aus D. 1.1.9: *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocatur ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis . . . her.* Z.B. im 15. Jahrhundert verwendet ihn Panormitanus zu X 2.22.8 Kommentierung: *Item facit predicta et iste textus ad questionem an allegans statutum in iuridico teneatur illud producere et de eo fidem facere. Nam possumus dicere sicut in allegatione iuris communis ut si statutum sit eiusdem loci et incorporatum non sit necesse aliter producere sicut nec constitutionem iuris incorporatam. Nam statuta loci habentur pro iure communi ut D. 1.1.9.* (Wiegand, Rechtsanwendungslehre, S. 127, N. 176.) Baldus hat ganz einfach aus dem Rechtssatz die Formel formiert.

bemerkenswert, daß das Sprichwort schon am Ende des 16. Jahrhunderts, nicht erst von Lauterbach in 17. Jahrhundert, von einem sächsischen Juristen, Professoren in Wittenberg M. Wesenbeck in seinem Gutachten wahrscheinlich zum erst nutzbar gemacht worden ist.<sup>70</sup> Seine Verwertung des Sprichwortes zu dieser Zeit bedeutet, daß die bedingte Statutenvorvorrangstheorie durch die Gerichtsordnungen des Reichs und der manchen Länder in Deutschland und dogmatisch durch die Lehre von Präsumtion und Notorietät des gemeinen Rechts immer mehr verstärkt worden und mit den juristischen Literaturen unter den Juristen beherrschend geworden ist. Dahinter steht die mittelalterliche politische Romidee und sie ist auch die autoritative Voraussetzung der gemeinen Lehrmethode der juristischen Fakultäten.

Nachdem Conring die Wirklichkeit der lotharischen Legende positivistisch verneint hat, verliert das römische gemeine Recht als das Kaiserrecht im Ablauf des 17. Jahrhunderts theoretisch seine allgemeine Gültigkeit und auch seine Subsidiarität, obwohl die traditionelle juristische Lehrmethode und Rechtslehre besonders in der Praxis noch hartnäckig sind. Nun ist der einzeln rezipierte römische Rechtssatz nur so gültig wie ein heimisches Recht oder eine Gewohnheit, weil nach der Conrings Darstellung der Vorgang der Rezeption des römischen Rechts nicht mit irgendeiner kaiserlich autoritativer Gesetzgebung, sondern durch die Eindringung der gelehrten Juristen gewohnheitsrechtlich gelaufen sei.<sup>71</sup> Die Conrings Absicht bei dieser Lehre kam aus der sich selbst regierenden Rechtspolitik des Landes her und er wollte gar nicht die praktische Bedeutung des römischen Rechts vernichten. Allerdings führte seine These die Relativisierung der Gültigkeit des ehemals autoritativen römischen Rechts herbei. Damit trat eine merkwürdige Rechtsanwendungslehre von den humanistischen oder patriotistischen Juristen, wie Kulpis, an. Er behauptete, daß, wenn man den römischen Rechtssatz in Deutschland zitieren wolle, müßte man die Tatsache der Rezeption des angeblichen römischen Rechtssatzes beweisen, weil er hier niemals seit alters her gölte und daher seine Gültigkeit nicht vermutet werden könnte.<sup>72</sup> In dieser Darstellung wurde die Lehre der Präsumtion des Rechts, nicht des gemeinen römischen, sondern des einheimischen germanischen Rechts, also die veränderte Lehre von *Fundatam intentionem habere* für das einheimische Recht verwandt.

In der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts versuchten die praktischen Juristen, wie Lauterbach,<sup>73</sup> Stryk<sup>74</sup> usw., die selbst keine einseitigen Anhänger des römischen Rechts und

<sup>70</sup> S. Brie, Die Stellung der deutschen Rechtsgelerten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht; Festgabe f. Felix Dahn, 1905, S. 165, N. 168. Vgl. Stintzing-Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, II, S. 18f. Er stellte dar: . . . die seit dem Ende des 17. Jahrhunderts ausgebildeten Formel, welche sich vollständig ausgeprägt in Lauterbach's Conclusion. forens. Exercit. I, 1662 als erste These findet.

<sup>71</sup> Vgl. Wieacker, a.a.O., S. 145, N. 72 u. 206 und Stintzing-Landsberg, II, S. 165ff.

<sup>72</sup> . . . singulis provinciis leges Germanicas antiquas valere, nullibe Romanas, nisi doceantur receptae; connexionis ratio ea est, quod illae olim legitime promulgatae sunt et obtinurunt, adeoque pro obligatione praesenti praesumptionem inducunt, hae vero, mutationem inferunt, quae, cum facti sit, probari debet. (J.G. Kulpis, Conradi Sinceri, civis Germani, De Germanicarum Legum Veterum, ac Romani Juris in Republica nostra origine, autoritateque praesenti Dissertatio Epistorica, 1682, S. 89f.; Wiegand, Fundatam intentionem habere, S. 130, N. 15).

<sup>73</sup> In nostro Imperio, qui lege nititur Justinianeae, licet observatiam ejus non probet, tamen causam tamdiu habet fundatam, donec adversarius jus posterius monstret contrarium. (W.A. Lauterbach, Conclusionum forensium Exercitationes, I, 1662: Collegium Pandectarum, 1690, Prolegom. II, N. 14; Stintzing-Landsberg, a.a.O., S. 19).

<sup>74</sup> Constabit vero hactenus adductis, an Advocatus in Foris Germaniae fundatam pro se intentionem habeat, si ad causae decisionem allegaverit Legem Juris Justinianei? Sane non est erronea illorum opinio, qui adstrunt: Eum, qui se fundata in Jure Communi, ad probationem observatiae non obligari: Nam sive Consuetudinem illius loci particularium, sive Consuetudinem Germaniae universalem, sive tandem jus Statutarium

tüchtigen Rechtsdogmatiker auch in der Zeit des *Usus modernus Pandectarum* waren, die durch die *Conrings* These immer unsicherer gewordene Rechtsanwendungslehre und Praxis mit der Betonung des Sprichwortes von *Fundatam intentionem habere* für das gemeine Recht zu verbessern. Unter der Voraussetzung der *Conringsthesen*: *receptio iuris romani usu* schlug Schilter noch absoluten Vorzug des römischen weder des germanischen Rechts, sondern als dritte dazwischenstehende Methode die Lehre von *Fundatam intentionem habere* hinsichtlich des römischen Rechts vor: *fundatam intentionem habeat allegans legem Romanum iuris Justiniani, nec oporteat observantiam eius probare, sed reo incumbat probare, illam propter contrarium ius Germanicum non potuisse recipi.*<sup>75</sup> Damit hat F. Wieacker einmal den Charakter des Satzes: *Fundata intentio* einen rechtspolitischen genannt.<sup>76</sup> Gegenüber dem sehr unsicher gewordenen Zustand der Rechtsanwendungslehre war solcher Vorschlag für Praxis notwendig. Und er war eine ausgezeichnete Anleiter für die damaligen praktischen Juristen. Aber der Gegensatz zwischen dem römischen und germanischen Recht ist lieber als der zwischen *ius commune* und *proprium* als ein Ergebnis des Vorschlags aufgetaucht. Und für den Grund der Präsumtionslehre kommt es auf die Tatsache der Rezeption des Rechtssatzes an.

Im 18. Jahrhundert dehnte H. Chr. Senckenberg, der in der Mitte der germanischen Bewegung in Frankfurt/Main war und über die germanischen Rechtsquellen eifrig gearbeitete, den Umfang des gemeinen Rechts aus. Er stellte mit Berücksichtigung auf die geschichtliche Rechtsentwicklung in Deutschland dar, daß Deutschland nicht nur das römische, sondern auch das kanonische Recht rezipiert hat. Und er rechnete nach der traditionellen Baldus Lehre die Landrechte auch ins gemeine Recht ein: *Vt iuris ergo vno Germanico, sicque vt iuris, etiam ei assutis, Iure Civili, cui feudale Longobardicum accessit, Canonico et patrico, praesumptionem fundatam pro se habentibus, ex receptione. Hinc vox Iuris communis, aut gemeines Recht, omnibus speciebus hisce aequae applicata.*<sup>77</sup> Dann erkannte er für alle drei gemeinen Rechte *Fundata intentio* an: *Allegans ergo alterutrum ex tribus Juribus receptis eo usque fundatam habet intentionem, donec aliud adducatur . . . Praesumptio ergo non pro solo Romano Iure, sed pro omnibus*<sup>78</sup> . . . In der Mitte des 18. Jahrhunderts ist die Lehre Baldus: *Statutum est ius commune patriae*. endlich für das Landrecht von Bedeutung gewesen. Nun gibt es jedoch viele gemeine Recht und damit verwirrt sich die Rechtsanwendungslehre. Aber ohne eingehende und quellenmäßige Untersuchung könnte man nicht die Frage antworten, wie das Sprichwort, *Fundata intentio* in der Praxis funktionierte. Jedenfalls deutet die Forschung Wends über Trier an, daß in dem Ablauf des 18. Jahrhunderts allmählich das Landrecht die Bedeutung des gemeinen Rechts im Land erwirbt. Denn die Gesetzgebung des Landrechts von 1713 hat noch in dieser Zeit die römischrechtlichen Rechtsätze rezipiert, um die subsi-

*juris Civili obstare dixerit, facile simul advertes, omnia illa in facto consistere, et sic nec consuetudinem, nec Statutum alleganti, fidem haberi, nisi iisdem probatis.* (S. Stryk, *Specimen usus moderni pandectarum*, § 33: Wiegand, *Rechtsanwendungslehre*, S. 1).

<sup>75</sup> J. Schilter, *Exercitationes ad Pandectas, Additamentum ad § XII*, 1698, S. 39f. (Wiegand, *Fundatam intentionem habere*, S. 129, N. 12). Vgl. Stintzing-Landsberg, a.a.O., S. 186f.

<sup>76</sup> Wieacker, a.a.O., S. 208.

<sup>77</sup> H. Ch. Senckenberg, *Methodus iurisprudentiae*, Frankfurt/Main, 1756, § 11, S. 8.

<sup>78</sup> H. Ch. Senckenberg, *Meditationum de universo iure et historia* Volumen, Giesen, 1740, § 9, S. 776. (Wiegand, a.a.O., S. 126.) *Nihil aliud notius est, quam hoc, Doctores asserer, Jus Romanum adducentem, fundatam habere intentionem, eo usque, donec probetur aliud Jus esse receptum.* (a.a.O., S. 764f.). J.S. Pütter zeigte auch drei gemeine Rechte, das römische, das kanonische und das Lehnrecht. vgl. K. Luig, *Der Geltungsgrund des römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland; La Formazione storica del diritto moderno in Europa*, 1977, S. 832.

diäre Anwendung des gemeinen Rechts möglicherweise weniger zu machen und zweifelhaftes Problem autoritativ zu lösen, obwohl die Subsidiarität des römischen gemeinen Rechts vollends nicht abgelehnt worden ist.<sup>79</sup> Schon haben die vielen Landrechte in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts die Anwendung des Gewohnheitsrechts untersagt,<sup>80</sup> um ihre Gesetze in der Praxis durchzuführen. Wohl am Ende des 18. Jahrhunderts funktioniert das Landrecht d.h. die Gesetzgebung des Landesfürsten als das gemeine Recht in seinem Land. Dann erlangt die traditionelle Rechtsanwendungslehre die andere und neuzeitliche Bedeutung. Es ist wohl problematisch, wie effektiv die Formel *Fundatam intentionem habere* in der Praxis seit dem Ende des 16. Jahrhunderts funktionierte. Luig hat schon über ihren Effekt mit dem Beispiel bei den *Meditationes ad Pandectas* von Augustin Leyser negativ erklärt.<sup>81</sup> Aber ich möchte sagen, daß die seit der Rezeption herrschende Rechtsanwendungslehre im Ablauf des 18. Jahrhunderts von der Phase *Fundatam intentionem habere* zu der *Jura novit curia*. wohl wegen der Einrichtung der Landrechte allmählich übergegangen ist.

## V

Leider kann ich nicht ermitteln, wer zum erst die Formel *Jura novit curia*. vorgezeigt hat. Die Formel deutet erstens positiv, daß, das Recht, das der Richter im örtlichen Gericht anwenden muß, wegen seines Amtseids, später auf Grund seiner Qualifikation, prinzipiell vom Richter gekannt wird und nicht ignoriert werden darf. Daher kann die Formel in diesem Sinn auf die Quelle des Richterseids in Römerzeit oder im Mittelalter zurückgehen. Auf anderer Seite zeigt die Formel von einem Ausnahmefall, daß die Partei denjenigen Rechtsatz selbst beweisen muß, den der Richter nicht kennt und ignorieren darf. Man braucht das Sprichwort manchmal, um das zu kennende Recht des Richters im Gericht festzulegen, wie *Jura novit curia* in dem Reichskammergericht das gemeine römische Recht sei. Trotzdem ist der wichtigere Sinn des Sprichworts seit dem 19. Jahrhundert, daß die Partei das Recht oder die Gewohnheit, die sie behauptet, aber der Richter nicht kennt und ex officio anwenden muß, ausnahmsweise selbst beweisen kann. Diese subjektive Beweisspflicht kann man, schon gezeigt ist, dogmengeschichtlich auf den Entwurf der Reichskammergerichtsordnung von 1486<sup>82</sup> zurückgehen. Die schwierige dogmatische Frage, ob, was die Partei im Gericht beweisen muß, ein Recht oder nicht ist. Die Lehre, daß ein partikuläres, gewohnheitliches und ausländisches Recht kein ius, sondern factum sei, blieb bis zum Ende des 18. Jahrhunderts wohl stehen und ist erst von Savigny und Puchta grundsätzlich verworfen worden.<sup>83</sup> Besonders hat Puchta eine Modifikation der traditionellen anomalen Lehre vorgeschlagen: Wer freilich von der irrigen Vorstellung ausgeht, Rechtssätze dieser Art seien durchgängig wie Facta zu handel, würde die Frage, ob der Rechtssätze von den Parteien allegiert worden sind, würde bejahen müssen, damit aber das widersinnige Resultat haben, daß das, was bloß

<sup>79</sup> H. Wend, Die Anwendung des Trierer Landrechts von 1668–1713, 1973, (Diss. Ffm.) S. 127f.

<sup>80</sup> Trusen, a.a.O., S. 107. Beispiele; Kurkölnisches Landrecht von 1663, Kurtrierer von 1688, Stadtrecht von Braunschweig von 1675.

<sup>81</sup> K. Luig, Universales Recht und Partikulares Recht, S. 41ff.

<sup>82</sup> Note 61.

<sup>83</sup> Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, I, 1840, S. 181ff. Vgl. O. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts 3. Aufl. 1893, I, S. 163ff.

zur Beseitigung eines Hindernisses gesetzt ist, selbst ein Hindernis der Anwendung wird. Wie wenn der Reisende, um sich der ihm angezeigten Fähre zu bedienen, am Ufer des Stroms stehen bliebe, über den seit kurzem eine Brücke führt. Jede Abweichung von der Regel, daß dem Richter die Rechtssätze nicht erst durch die Parteien zu geben sind, ist als etwas singuläres zu betrachten, sie darf daher, wenn sie durch die Umstände Bedürfnis wird, nicht über dieses Bedürfnis hinaus erstreckt, *quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias, quae propter necessitatem recepta sunt*. . . . Die Notwendigkeit der Allegation solcher Rechtssätze ist keine absolute, sondern sie ist dadurch bedingt, daß der Richter ihre Existenz nicht kennt, und zu kennen braucht, ihm also kein Vorwurf gemacht werden kann, wenn er z.B. die Form eines Rechtsgeschäfts nach dem gemeinen Recht, oder den Landesgesetzen beurteilt, während an dem Ort seiner Errichtung ein besonderes ihm unbekanntes Recht darüber galt.<sup>84</sup> So hat Puchta die Statutenvorrangstheorie angekannt und unter dem wirklichen Zustand der Rechtskenntnis des Richters und seiner Pflicht den Beweis des Rechtssatzes von den Parteien als eine Ausnahme der Grundregel des Statutes: *iura novit curia* festgelegt. Dann später hat ZPO in Art. 293 geregelt: Das in einem anderen Staate geltendes Recht, die Gewohnheitsrecht und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Hier findet man den Niederschlag des Sprichworts seit der Reichskammergerichtsordnung von 1495 her, wie A. Blomeyer und D. Liebs darüber Stölzels Darstellung über das Reichskammergericht<sup>85</sup> angeführt haben. Und zwar lautet der Artikel dazu: Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigegebenen Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen. Damit fügte das Gesetz das Suppletionsrecht des Richters hinzu und tauschte die in der angeblichen Lehre seit dem Mittelalter stetige subjektive Beweislast mit der objektiven, über die Rosenberg in allgemeinen am Anfang dieses Jahrhunderts hin behauptet hat.<sup>86</sup>

\* \* \*

Zum Schluß möchte ich kurz sagen. Die seit dem 12. Jahrhundert entwickelte Legistik dann Kanonistik in Italien haben die Vorrangs- und Auslegungstheorie des Statuts der Stadtkommune mit der Hilfe der Justinianischen Rechtssätze über die Gewohnheit, die Präsumtion des Rechts und die Beweislast dogmatisch festgelegt. Aber als die Theorie in die universale Organisation d.h. Kirche und Reich eingeführt wurde, mußte sie sich zur bedingte logisch notwendig verändern, weil der Richter in der universalen Organisation nur das universale Recht kennen kann. Das Reichskammergericht kennt schlechthin das gemeine Recht. Sein Richter wendet das gemeine Recht ohne weiteres an, wenn die Partei das einheimische, lokale Recht nicht vorbringt und beweist. Diese Methode war ihm sehr günstig. Er hatte nur das gemeine römische Recht gelernt und konnte nicht die lokalen Rechte kennen. Diese geht jedoch nur in dem universalen Gericht. Trotzdem, in vielen Landgerichten wurde leicht-

<sup>84</sup> G.F. Puchta, *Gewohnheitsrecht*, 1837, II, S. 172.

<sup>85</sup> A. Blomeyer, *Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren*, 1963, S. 84, N. 2. Im 19. Jahrhundert auch wie G.W. Wetzell, *System des ordentlichen Zivilprozesses*, 1878, S. 178f., Windscheid, *Lehrbuch der Pandekten*, § 14, N. 3. Und neueste, D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 1982, S. 103. Hier zitiert, A. Stölzel, *Die Entwicklung der gelehrten Rechtsprechung*, II, S. 79.

<sup>86</sup> L. Rosenberg, *Die Beweislast auf der Grundlage des BGB. und der ZPO*. 4. Aufl. S. 20.

sinnig die Methode nach dem Vorbild der Reichskammergerichtsordnung von 1495 rezipiert. In solchen Gerichten kannte der Richter häufig nur das gemeine Recht. Das gemeine Recht im Reich war im allgemeinen bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts das römische Recht und die Reichsgesetze. Das notorische und dessen Kenntnis vermutbare gemeine Recht war als ob das absolut vorzügliche Recht, weil das einheimische lokale Recht von der Partei bewiesen werden mußte, und oft unsicher oder manchmal irrational war. Dann erlangte das gemeine Recht die Formel *Fundatam intentionem habere* neben seine eigentliche Subsidiarität überall in Deutschland. Solcher Vorgang findet man weder in Frankreich, wo die einheimische Gewohnheit schon im 13. Jahrhundert ziemlich behauptete und die Institution für ihren Beweis d.h. Enquête par turbe eingerichtet wurde, noch in Italien, wo die einfache Statutenvorrangslehre in der Stadtkommune normalweise erhalten werden konnte. Daher, daß die Formel *Fundatam intentionem habere* auf Grund von Praesumptio iuris communis oder die abweichende Meinung der Formel *Jura novit curia* mit der Beweislast der Partei allgemein anerkannt war, ist das spezifisch deutsche Phänomen. Das kam aus der sogenannten Rezeption in Deutschland, sozusagen, der Beherrschung der juristische Fachgelehrsamkeit, der Hochschätzung des römischen Kaiserrechts und der Mangel des heimischen gemeinen Rechts, nämlich der Zerspitterung der einheimischen Rechten her. Auf solchem Grund haben die Rechtsgelehrten bequem die Reichskammergerichtsordnung in die Gerichtsordnung der Länder aufgenommen. Die Stellung des Landrechts als ein gemeines Recht war auch noch nicht stark, weil das Landrecht selbst unter der Voraussetzung der Subsidiarität des römischen gemeinen Rechts eingesetzt worden ist. Jedoch auch bei der Kodifikation des neueren vollkommenen Rechtssystems unter dem Einfluß der naturrechtlichen Lehre konnte der Richter noch nicht alle Rechte, die er ex officio anwenden muß, kennen, z.B. das spezielle Statut oder das ausländische Recht usw. Hier handelt es sich um die Möglichkeit des Wiedergeburt der Formel *Jura novit curia* im Ausnahmefall. So entstanden Art. 293 von ZPO und Art. 219 von der japanischen früheren ZPO. Man könnte ironisch sagen, daß die Maxime, die oft auch in den Ländern Deutschlands der Neuzeit unrichtig gebraucht wurde und sich verbreitete, für das nach dem Ende des vorliegenden Jahrhunderts gegebene Rechtsanwendungsproblem über das spezielle Recht ganz leicht verwandt werden konnte. Dafür braucht der deutsche Rechtsdogmatiker von neuem kein Prinzip zu schaffen.