

Geltung

Der Weg von der Gewohnheit zur Positivität des Rechts

1 Die Anwendungsgebote der frühneuzeitlichen Gesetze

Im Jahre 1721 setzt der preußische König Friedrich Wilhelm I. für das Herzogtum Preußen ein sogenanntes »Landrecht« in Kraft. Anders als der moderne Gesetzgeber begnügt sich der König dabei nicht mit der bloßen Publikation des Gesetzes, sondern er fügt dem Gesetzestext am Schluss ein ausdrückliches, an die Gerichte gewendetes Anwendungsgebot bei. Damit soll augenscheinlich eine bestimmte Argumentationslinie, mit der die Gerichte die Nichtanwendung des Gesetzes begründen könnten, von vornherein abgeschnitten werden: Der Einwand mangelnder Observanz, so heißt es in diesem Anwendungsgebot, sei kein Grund, das Landrecht nicht anzuwenden. Mangelnde Observanz entbinde die Richter keinesfalls von der Pflicht, das Landrecht ihrer Urteilstätigkeit zugrunde zu legen. Denn es sei gerade die Schuldigkeit der Richter, »unsere Gesetze zur Observanz zu bringen«.¹ Derartige Anwendungsgebote sind häufig anzutreffender Bestandteil vor allem der frühneuzeitlichen »Landrechte« und »Reformationen«.² In der Regel beinhalten sie ein in erster Linie an die Rechtsstabe gerichtetes Gebot, das betreffende Landrecht »gleich nach beschehener Publication aller Orths ad observantiam« zu bringen – so die Formulierung etwa im Trierer Landrecht von 1668.³ Häufig ist dies dann verbunden mit dem Verbot, weiterhin neben oder gar an Stelle des neu ergangenen Landrechts das bislang gerichtsgebräuchliche Gewohnheitsrecht anzuwenden. In diesem Muster hält sich auch das eingangs zitierte Anwendungsgebot König Friedrich Wilhelms I., nur dass hier überdies ganz gezielt ein bestimmter Gegeneinwand von Seiten der Gerichte vorweggenommen wird: der Einwand nämlich, dass ein Gesetz – und sei es auch nach allen Regeln promulgiert und bekanntgemacht – so lange keine Wirksamkeit entfalten könne, als es nicht zur »Observanz« gelangt sei. In den reichskammergerichtlichen »Decisiones« Johann Meichsners etwa findet sich dieses Argument wie eine unbestrittene Selbstverständlichkeit vorgetragen: »Statutum enim, quod non est receptum in observantia, licet fuerit publicatum, nullas habet vires, ideo ligare non potest.«⁴

1 Zitiert nach BERNHARD DIESTELKAMP, Das Verhältnis von Gesetz und Gewohnheitsrecht im 16. Jahrhundert – aufgezeigt am Beispiel der Oberhessischen Erbgewohnheiten von 1572, in: Rechtshistorische Studien. Hans Thieme zum 70. Geburtstag, Köln, Wien 1977, 1–33, 32.
2 Siehe hierzu etwa den »Beschluss« des Württembergischen Land-

rechts von 1555, (Druck: Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, Bd. 1,2: Landrechte des 16. Jahrhunderts, hg. von FRANZ BEYERLE, bearb. von WOLFGANG KUNKEL, Weimar 1938, 172; Proömium des Solmser Landrechts (Druck: Ebd., 175).

3 »Vorrede«; Druck bei HAGEN WEND, Die Anwendung des Trierer Landrechts im rechtsrheinischen Teil des Kurstaates und in

benachbarten Gebieten. Zugl. eine Studie zum Verhältnis zwischen Gesetzesrecht und der Rechtswirklichkeit im ausgehenden 17. und im 18. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 1973, 218 f.

4 JOHANN MEICHSNER, Decisiones diversarum causarum in Camera Imperiali iudicatarum, Bd. 3, Frankfurt a. M. 1604, Decisio XX, S. 791, Nr. 41.

Die expressiven Anwendungsgebote, mit denen der frühneuzeitliche Gesetzgeber die Justiz an seine Gesetze zu binden sucht, scheinen, von der Warte modernen Geltungsdenkens aus betrachtet, fremdartig. Auch ohne eine eigenständige Aufforderung an die Adressaten, sich hinfort an das erlassene Gesetz zu halten, käme heute niemand in den Sinn, die Verbindlichkeit eines durch Publikation formell in Kraft getretenen Gesetzes zu bezweifeln. Es schließt das Gebot seiner gerichtlichen Anwendung unausgesprochen mit ein. Der Sinn ausdrücklicher Anwendungsgebote, wie sie hier zur Rede stehen, erschließt sich indessen, wenn man sie im Kontext eines justiziellen Rechtsverständnisses sieht, das die Ausrichtung der Gerichte auf die zunehmend gewichtiger werdende staatliche Normsetzung erschwerte. Dieses Rechtsverständnis war auch in der frühen Neuzeit noch in starkem Maße von einer Art »usualem Geltungsdenken« bestimmt. Damit soll ein Rechtsdenken bezeichnet werden, das dazu neigte, die Verbindlichkeit der Rechtsnormen von deren faktischen Gebrauch, deren »Observanz«, abhängig zu machen – und zwar nicht nur im Falle des Gewohnheitsrechts, sondern auch im Bereich der Gesetzgebung. Im Gegensatz dazu ließen sich die modernen Vorstellungen von »Rechtsgeltung« als »formell« bezeichnen, denn bei ihnen ist zumindest die Verbindlichkeit der *Gesetze* von einem Formalakt abhängig, mit dem die gesetzgebende Gewalt ihren Willen äußert: Ein Gesetz tritt dann »in Kraft«, wenn das seinerseits gesetzlich festgelegte Verfahren der gesetzgeberischen Willensbildung und -äußerung mit der Gesetzespublikation formell abgeschlossen ist. Die Anwendungsgebote, die der frühneuzeitliche Staat seinen Gesetzen beifügte, suchten solchen »formellen« Geltungsvorstellungen Raum zu verschaffen, indem sie dem Kriterium der Observanz den publizierten Befehl des Fürsten entgegensetzten: Nicht die Observanz sollte es sein, welche die Richter zur Anwendung des königlichen Gesetzes verpflichtet, sondern der im Publikationspatent geäußerte landesherrliche Wille. Ihn sollte das Gericht durch Anwendung des Gesetzes »zur Observanz bringen«. Die Observanz ist hier nicht Geltungsgrund des Gesetzes, sondern das Ziel des Gesetzgebungsaktes.⁵

Es ist allerdings die Stimme des Gesetzgebers *selbst*, die aus dem genannten Publikationspatent spricht. Sie kommt also aus der Sphäre der Politik und ist augenscheinlich an eine Justiz gewendet, der das dahinterstehende Gesetzesverständnis alles an-

5 Das wird allerdings verdeckt, wenn man solche Publikationspatente in der Weise deutet, der partikulare Gesetzgeber habe es darin den Parteien und den Richtern untersagt, »die Observanz des schriftlich fixierten Rechts zu bezweifeln« (so PETER OESTMANN, *Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich*, Frankfurt a. M. 2002, 649). In dem genannten

Publikationspatent von 1721 liegt der Akzent auf einem anderen Punkt: Auf die faktische Frage der Observanz soll es überhaupt nicht mehr ankommen. Die Richter sollen das Gesetz vielmehr unabhängig von seiner Observanz anwenden, weil es der König als Gesetzgeber so will. Nicht eine bestimmte Beweisführung wird also verboten, sondern weitergehend der Rückgriff auf das Argu-

ment der Observanz überhaupt. Gerade dies aber zeichnet das formelle Geltungsdenken aus, das nicht nach »Observanz« fragt, sondern nach dem Willen des Gesetzgebers und dessen Publikation.

dere als selbstverständlich war und augenscheinlich erst dazu gebracht werden musste, den Befehl des Landesherrn als alleinige Voraussetzung einer Normanwendung zu akzeptieren. Im Nebeneinander der beiden Geltungsverständnisse war zugleich ein Konflikt zwischen frühneuzeitlichem Gesetzgebungsstaat und den Gerichten angelegt. Wollte der Staat seinen Justizapparat an seinen Gesetzen ausrichten, dann musste er auf einem formellen Geltungsverständnis insistieren und durfte den Gerichten nicht erlauben, nach der Observanz zu fragen. Denn die »Observanz« war etwas, was die Gerichte unabhängig von der Gesetzgebung selbst hervorbrachten. Wie dieses usuale Geltungsverständnis in der Rechtskultur der frühen Neuzeit in Erscheinung und dabei gleichzeitig mit einem moderneren formellen Geltungsverständnis in ein spannungsreiches Verhältnis trat, soll im Folgenden gezeigt werden.

2 Usuales Rechtsgeltungsverständnis

Auf den ersten Blick scheint sich die Rechtswissenschaft in Deutschland spätestens im 17. Jahrhundert einem formellen Geltungsverständnis zu öffnen: Damals begann sich der Gedanke durchzusetzen, dass es in erster Linie die *voluntas legislatoris* sei, die den Rechtsnormen ihre Verbindlichkeit verleihe. Befragt man die Rechtsliteratur des 17. und 18. Jahrhunderts zu der abstrakten Frage, worauf denn die Verbindlichkeit des Rechts beruhe, so stößt man auf eine verbreitete »voluntaristische« Nomenklatur, die den Willen des Gesetzgebers in den Mittelpunkt ihrer Geltungsbegründung stellt.⁶ Die »Vorstellung vom positiven Gesetz als Wille des Gesetzgebers setzt sich seit Samuel Pufendorf auch im deutschen Naturrecht durch«; bis zum Ende des 18. Jahrhunderts »ist sie unbestritten«.⁷ Dieser Befund scheint ein modernes, »formelles« Verständnis der Geltung von Gesetzen zu implizieren: Die Äußerung des gesetzgeberischen Willens begründet die Verbindlichkeit der Gesetze.

Man darf sich indessen von solchen Bekenntnissen zur Verbindlichkeit des gesetzgeberischen Willens nicht täuschen lassen. Sie waren augenscheinlich dem politischen Denken dieser Zeit geschuldet. Es hat den Gedanken der Herrschaftssicherung und -monopolisierung, der effizienten Beherrschung des Gemeinwesens durch den Monarchen in den Vordergrund gerückt und dieses Ziel mit der stetigen existenziellen Bedrohung des Menschen durch den

⁶ HEINZ MOHNHAUPT, Potestas legislatoria und Gesetzesbegriff im Ancien Régime, in: *Ius Commune* 4 (1972) 188–239, 233 ff.

⁷ JAN SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1850)*, München 2001, 98.

Menschen legitimiert. Im Streben nach Konzentration und Zentralisierung von Herrschaft suchte es auch das Recht an den Willen des Fürsten zu binden. Das ältere Naturrecht ist gleichfalls von diesem Gedanken bestimmt, indem es das ganze positive Recht aus dem Willen dessen hervorgehen lässt, der über die »Summa Potestas« verfügt.

Unter der Oberfläche demonstrativen Gehorsams gegenüber dem Gesetzgeber, vorgetragen in den abstrakten Definitionen dessen, was »Recht«, »Gesetz« oder »*consuetudo*« sein soll, kommen indessen an zahlreichen Stellen ausgesprochen traditionelle Vorstellungen zum Vorschein, die noch viel mehr von der Grundkategorie der »Observanz« bestimmt werden, als es die ständigen Referenzen auf die »*voluntas legislatoris*« vermuten lassen. Man kann sie erkennen, wenn man die Theorie des Gewohnheitsrechts und dessen Verhältnis zum Gesetz und zur Gesetzgebung ins Auge fasst. Dann bemerkt man, wie sehr das rechtliche Normgeltungsverständnis des 17. und noch des 18. Jahrhunderts in ein alles überwucherndes gewohnheitsrechtliches Denken eingebettet war. Das äußert sich vor allem darin, dass sich das Gesetz hinsichtlich seines Geltungsgrundes im juristischen Verständnis dieser Zeit kaum vom Gewohnheitsrecht abhob (2.1) und im Übrigen jederzeit zum Opfer gesetzesderogierenden Gewohnheitsrechtes werden konnte, so dass ihm im Verhältnis zu jenem eine ausgesprochen schwache Stellung zukam (2.2).

2.1 *Schwach ausgeprägte Differenz zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht*

Bis weit in das 18. Jahrhundert hinein tendiert die Rechtslehre dazu, Gesetz und Gewohnheitsrecht aneinander anzupassen, so dass es nicht zu einer wirklich trennscharfen Unterscheidung zwischen diesen beiden Normtypen kam. Das zeigt sich bei der rechtlichen Begründung des Gewohnheitsrechts: Wie das Gesetz wurde auch das Gewohnheitsrecht geradezu ostentativ mit dem Willen eines Gesetzgebers in Verbindung gebracht, aus dem es seine Verbindlichkeit bezieht. Da es nicht auf einen bewussten legislativen Setzungsakt zurückgeführt werden konnte, behalf man sich in diesem Falle mit dessen »stillschweigender Zustimmung«.⁸ Maßgebendes Kriterium für die Unterscheidung des Gesetzes vom Gewohnheitsrecht war demnach die Form, in der sich der gesetz-

8 Ebd. 105.

geberische Wille äußert: Er äußert sich ausdrücklich beim Gesetz und stillschweigend im Falle des Gewohnheitsrechts. »*Consuetudo a lege differt, tanquam tacitum ab expresso*« lautet einer der zahlreichen, zu Topoi verdichteten Leitsätze in Johannes Meichsners *Decisiones*.⁹ »*tacitum*« korreliert dabei mit der *consuetudo*, »*expressum*« hingegen mit der *lex*; beide Adjektive sind auf einen normgebenden Willen bezogen. In politisch korrekter Weise wird das Gewohnheitsrecht damit unter dem Kriterium des gesetzgeberischen Willens an das Gesetz angepasst; es wird zu einer Art »stillschweigend erlassenen« Gesetz.¹⁰ Das »Gesetz« als Inbegriff befohlener, auf Grund eines autoritativen Setzungsaktes erzeugter Normen wird zum dominierenden Leitbegriff, der nun auch dem Gewohnheitsrecht aufgezwängt wird; beide bleiben dadurch als Normtypen weitgehend aneinander angeglichen, denn hier wie dort ist es der fürstliche Wille, der ihnen die Legitimität verleiht.

Diese Unterscheidung ist keineswegs frühneuzeitlicher Provenienz, sondern kann auf eine bis weit in das Hochmittelalter reichende Tradition zurückblicken.¹¹ Denn schon die hochmittelalterliche Kanonistik hatte mit dem Topos von der »*consuetudo approbata*« die Gewohnheit mit dem Willen des Fürsten legitimiert:¹² Das Gewohnheitsrecht wurde als Gesetz gedeutet, indem man es wie dieses auf einen Willensakt zurückführte. In der mittelalterlichen Rechtslehre bedeutete dies ohne Zweifel eine erhebliche Umwertung. Denn in der älteren Unterscheidung zwischen *lex* und *consuetudo* hatte das Willensmoment keine Rolle gespielt; ausschlaggebend war allein das Kriterium der äußeren *Form* gewesen, in der die Norm überliefert war: mündliche Überlieferung bei der *consuetudo*, schriftliche Form hingegen beim Gesetz; die *lex* ist dabei nicht mehr als eine »*consuetudo in scriptis redacta*«. ¹³ In genauem Gegensatz zum Topos von der »*consuetudo approbata*« war das Gesetz hierbei lediglich als eine besondere Form des Gewohnheitsrechts aufgefasst worden. Das Gewohnheitsrecht gibt dabei auch das Deutungsmuster für das Gesetz ab, während bei der Figur der *consuetudo approbata* umgekehrt das Gewohnheitsrecht seinerseits an das Gesetz angeglichen wird. Der Schritt von dem vom Gewohnheitsrecht her denkenden Ansatz zu dem sozusagen »gesetzeszentrierten« Denkmuster wurde augenscheinlich zuerst in der Kanonistik, sodann auch im weltlichen gelehrten Recht vollzogen.¹⁴ Gagnér hat ihn in seiner umfassenden »Ideengeschichte

9 MEICHSNER (Fn. 4) *Decisio* 9, S. 177, Nr. 167. Nicht anders bei ANDREAS GAIL, *Practicae observationes*, Köln 1608, Lib. II, Obs. 31, Nr. 10: »Unde etiam differentia inter consuetudinem et statutum colligitur: quod statutum expressum populi consensum, consuetudo vero tantum tacitum habet.«

10 SCHRÖDER (Fn. 7) 105.

11 SIEGFRIED BRIE, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Breslau 1899 (ND Frankfurt 1968), 134.

12 UDO WOLTER, *Die »consuetudo« im kanonischen Recht bis zum Ende des 13. Jahrhunderts*, in: *Gewohnheitsrecht und Rechtsge-wohnheiten im Mittelalter*, hg. von GERHARD DILCHER u. a., Berlin 1992, 87–116, 104.

13 STEN GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala 1960, 216, 296; WINFRIED TRUSEN, *Römisches und partikuläres Recht in der Rezeptionszeit*, in: *Rechtserhaltung und Rechtsentwicklung. Festschrift für Heinrich Lange*, hg. von KURT KUCHINKE, München 1970, 97–120, 100.

14 WOLTER (Fn. 12) 104; GAGNÉR (Fn. 13) 355 f.

der Gesetzgebung« in den Zusammenhang der hochmittelalterlichen »Positivierung des Rechts« gestellt.¹⁵

So tiefgreifend dieser Schritt allerdings auch gewesen sein mag, so elementar blieb der weitere Schritt, den augenscheinlich erst Bodin getan hat, indem er Gesetz und Gewohnheit nicht mehr unter lediglich neuem Deutungsmuster aneinander anglich, sondern unter dem neuartigen Aspekt der Normentstehung scharf voneinander abhob. Soweit ersichtlich, hat er zuerst *consuetudo* und *lex* als zwei unterschiedliche Normtypen unter dem Gesichtspunkt der Normentstehung unterschieden: In seinen epochalen »Six livres de la République« trennt er zunächst »droit« und »loy«: Letzteres zeichnet sich gegenüber dem weiteren Begriff des »Rechts« ausschließlich dadurch aus, dass es durch einen Befehl dessen hervorgebracht wird, dem die *summa potestas* und damit die Gesetzgebungsgewalt zukommt.¹⁶ Das Recht eines Staates tritt auf in Gestalt der Gesetze und des Gewohnheitsrechtes; es ist kennzeichnend, dass für Bodin das Formkriterium bei dieser Gegenüberstellung keine Rolle mehr spielt – und zwar auch, was die Äußerungsform des fürstlichen Willens anbelangt. Die Dichotomie schriftlich/mündlich ist für ihn ebenso wenig mehr maßgebend wie die Gegenüberstellung von ausdrücklich und stillschweigend geäußertem Willen. Ausschlaggebend ist für ihn allein der Umstand, dass sich das Gewohnheitsrecht spontan und sozusagen »von selbst« im Zuge langfristiger Einübung bildet (»prend sa force peu à peu et par longues années d'un commun consentement de tous«) und *nur* das Gesetz von der Obrigkeit befohlen und publiziert wird (»commandée et publiée par puissance«).¹⁷ Es ist also der *Modus der Normentstehung*, der Gesetz und Gewohnheit unterscheidet: Bodin bringt mit dem »Gesetz« ausschließlich die durch willentlichen Setzungsakt erzeugten Normen in Verbindung, demgegenüber das Gewohnheitsrecht in scharfer Abgrenzung als »spontane Ordnung« jenseits zielgerichteter Setzungsakte erscheint. Das Kriterium des von einer fürstlichen Willensentscheidung getragenen Befehls »zur Trennung von *lex* und *ius* einzusetzen«, so Quaritsch, »blieb Bodin vorbehalten«.¹⁸ Insofern konnte Hobbes (»auctoritas, non veritas facit legem«) in diesem Punkt später an den epochalen Neuansatz von Bodin anknüpfen. Ob Bodin bewusst war, dass er sich mit seiner scharfen Distanzierung von Gesetz und Gewohnheit auf ganz neuen Bahnen bewegt, ist unklar.¹⁹ Es muss aber auffallen, dass der Text, in dem dieser für

15 GAGNÉR (Fn. 13) 354 ff.

16 HELMUT QUARITSCH, Staat und Souveränität, Frankfurt a. M. 1965, 334.

17 Zitiert nach QUARITSCH (Fn. 16) 338.

18 QUARITSCH (Fn. 16) 337.

19 Der Perspektivenwechsel ist in Bodins Werk selbst sichtbar. Zehn Jahre vor den »Six livres de la République« hatte Bodin in dem 1566 erschienenen »Methodus, ad

facilem historiarum cognitionem« noch erklärt: »Toute la force des loix civiles et coutumes gist au pouvoir du Prince souverain.« (Zit. QUARITSCH, 338) Hier wird »loi« und »coûtume« unter dem Gesichtspunkt der »pouvoir souverain« also noch in eins gesetzt. Zur Diskussion über das Verhältnis von Gesetzgebung und »coutumes« in Frankreich siehe jetzt LOTHAR SCHILLING, Normsetzung

in der Krise. Zum Gesetzgebungsverhältnis im Frankreich der Religionskriege, Frankfurt a. M. 2005, Kap. 7.3.1.

das neuzeitliche Rechtsverständnis entscheidende Schritt erstmalig getan wird, nicht in einer genuin als rechtswissenschaftlich verstandenen Arbeit steht, sondern in einer »Politik«.

In den rechtlichen Diskurs – jedenfalls in Deutschland – kann der Ansatz Bodins aber zunächst nur in auffallend abgeschwächter Form einfließen. Er wird vielmehr in ein konventionelles Deutungsmuster von »Gesetz« und »Gewohnheit« integriert. Dabei bleiben die zu unterschiedlichen Zeiten entstandenen Differenzierungskriterien nebeneinander stehen: Es ist zwar regelmäßig die Äußerungsform des gesetzgeberischen Willens, die das Grundmuster bei der Abgrenzung von Gesetz und Gewohnheitsrecht abgibt,²⁰ aber die ältere Unterscheidung zwischen *ius scriptum* und *non scriptum* verschwindet deshalb nicht.²¹ Die Argumentation bewegt sich vielmehr wechselweise auf beiden Ebenen. So etwa bei Lauterbach: Wird eine Norm vom Gesetzgeber ausdrücklich, zunächst aber nur in mündlicher Form befohlen und erst später aufgezeichnet, soll ihm zufolge zunächst nur *ius non scriptum* entstehen, das erst durch seine Aufzeichnung zum *ius scriptum* wird. »Si lex expresse promulgata *antequam scribatur*, est lex: sed nondum est scripta lex, sed pertinet ad jus non scriptum.«²² Maßgeblich ist hier einerseits noch die ältere Dichotomie von *ius scriptum* und *non scriptum*, aber der Gesetzesbegriff wird bereits davon gelöst: Auch ein mündliches Gebot bringt eine »lex« hervor, nur eben eine »lex non scripta«. Auf diese Weise wird das (ältere) Kriterium der Überlieferungsform mit dem (neueren) Kriterium der Äußerungsform verbunden.²³ Dabei kommt man zu der auf den ersten Blick paradoxen Figur »schriftlosen geschriebenen Rechts«, zu einem *ius scriptum*, das aber dennoch lediglich mündlich bekannt gemacht wurde. Dem *Compendium Juris*²⁴ Wolfgang Adam Lauterbachs gemäß sind sich die Rechtsgelehrten weitgehend darin einig, dass es ein *ius scriptum sine scriptura*, ein nur mündlich bekannt gemachtes und überliefertes *ius scriptum* gibt.²⁵ Zu dieser erstaunlichen Aussage kommt man, indem man die ältere Dichotomie *ius scriptum/non scriptum* mit der jüngeren Gegenüberstellung *tacitus/expressus consensus* kombiniert: Der Begriff des »*ius scriptum*« fungiert dabei wie eh und je als Platzhalter für »lex«. Geht man sodann aber davon aus, dass es beim »Gesetz« nicht auf die Schriftform, sondern auf den ausdrücklich geäußerten fürstlichen Willen ankommt, so erscheint auch die Schlussfolgerung logisch, dass es *ius scriptum* (= Gesetz) geben kann, das auf einem zwar

20 Siehe hierzu etwa die im Jahre 1712 an der Universität Rinteln publizierte Dissertation von CHRISTIAN LAEVIN STARCKE (Resp.), CONRAD LÜDEKING (Präses), *De fundata pro lege, eiusque observantia, intentione, wo es unter Verweis auf GAIL, Lib. 2, Observ. 31, Num. 10, § 22, heißt:* »In eo enim differt consuetudo a statuto, quod illa *tacito* consensu superioris intraducatur, hoc vero *expressum* ejus consensum requirat.«

21 ROY GARRÉ, *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des späten ius commune in Italien (16.–18. Jahrhundert)*, Frankfurt a. M. 2005, 107.

22 Lib. I, Tit. III, Nr. (4), S. 27.

23 Demgegenüber ist die Definition des Gesetzes bei Donellus deutlich stärker an Bodin angelehnt. Das Kriterium der Überlieferungsform erscheint ihm als Unterscheidungsmerkmal untauglich: »Non enim lex est, quod scriptum est, sed quod legislator voluit« (zit. nach MOHNHAUPT [Fn. 6] 233, Fn. 72). Es ist die Frage, ob diese deutlich modernere Betrachtungsweise mit

der Herkunft von Donellus in Verbindung gebracht werden kann.

24 Ausg.: *Thesaurus Iuris Civilis, sive Succincta Explanatio Compendii Digestorum Schützio-Lauterbachiani*, hg. von Joh. Heinr. Mollenbeck, Lemgo 1717.

25 *Neque etiam contradictionem involvit, jus scriptum esse absque scriptura*; LAUTERBACH (Fn. 24) Lib. I, Tit. III, Nr. 4, S. 27.

ausdrücklich, aber nur mündlich geäußerten Gebot des Gesetzgebers beruht: »statutum statim post publicationem, etiam sine scriptura audit jus scriptura«. ²⁶ Umgekehrt wird deshalb die *consuetudo* durch ihre schriftliche Aufzeichnung auch nicht zum *jus scriptum*, ²⁷ denn die bloße Aufzeichnung vermag den fehlenden *ausdrücklich* geäußerten Willen des Gesetzgebers nicht zu ersetzen.

Auch im *Jus Controversum Civile* (1729) von Samuel Cocceji findet sich jene auf den ersten Blick so eigenartige Aussage wieder, dass es gerade nicht die Schriftform sei, die das Wesen (»essentia«) des geschriebenen Rechts ausmache: Auf die Frage, »an Scriptura sit de essentia Juris scripti«, ²⁸ wird zunächst als Argument *dafür* auf das Römische Recht verwiesen, das von der »differentiam inter jus scriptum et non scriptum« ausgehe. Dem hält Cocceji aber sodann den bekannten Topos »sola voluntas Principis legem facit« entgegen: Danach besteht die »essentia Juris scripti« nicht in der Schriftform, sondern in der *voluntas principis*. Dies war in der Tat eine gewisse Akzentverschiebung: Für Lauterbach hatte die Schriftform im Anschluss an Lyncker noch zur *essentia juris scripti* gehört. ²⁹ Für Cocceji scheint die Bezeichnung »jus scriptum« auf den ersten Blick nur noch historische Bedeutung zu haben: Der Gegensatz schriftlich–nichtschriftlich rühre aus der griechischen Antike; sie beruhe auf dem Gegensatz zwischen attischem und spartanischem Recht, denn ersteres sei durchgehend in schriftlicher Form abgefasst, letzteres hingegen nur mündlich überliefert gewesen. Die Dichotomie schriftlich/nichtschriftlich wurzele also ausschließlich in den »mores illarum civitatum«, habe aber nichts mit »rem ipsam, sententiam ac formam« zu tun. Cocceji ist es ersichtlich um eine Erklärung dafür zu tun, dass die Differenzierung zwischen geschriebenem und nur mündlich überliefertem Recht einerseits noch allgegenwärtig ist, ohne dass ihm aber andererseits eine Bedeutung bei der Bestimmung des »essentiale« geschriebenen Rechts zukäme. So schiebt er weitere Erklärungen nach: »scribere« sei nichts anderes als »sancire«. Diese für den modernen Leser recht kühne Gleichsetzung sucht er mit dem erstaunlich schlichten Argument zu untermauern, die herrscherlichen Befehle seien heutzutage regelmäßig in Schriftform gegossen, so dass sie für gewöhnlich gelesen und nicht lediglich gehört würden; auf diese Weise liefe »sancire« und »scribere« auf das Gleiche hinaus. Dies wird dann schließlich noch etymologisch untermauert: »lex dicatur a legendo, legi autem non potest nisi quod scriptum est«. ³⁰ Auf diese Weise

26 LÜDEKING u. STARCKE (Fn. 20),
a. a. O.

30 COCCEJI (Fn. 28) 40.

27 Ebd.: »E contrario vero consuetudo, licet in scripturam redacta, nihilominus lex non scripta manet.«

28 SAMUEL COCCEJI, *Jus Controversum Civile*, Bd. I, Frankfurt an d. Oder, Leipzig 1729, Lib. I, Tit. III, Qu. II, S. 39.

29 LAUTERBACH (Fn. 24) Lib. I, Tit. III, Nr. 4, S. 27.

wird das *jus scriptum* im Ergebnis zum *jus sancitum* umgedeutet. Dies bedeutet aber umgekehrt: Die Begriffe sind praktisch deckungsgleich. Die Grenze zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht verläuft also weiterhin zu großen Teilen auf derjenigen zwischen schriftlichem und mündlichem Recht.

Ein Blick in die juristischen Wörterbücher und Lexika des 17. und 18. Jahrhunderts bestätigt diesen Befund. Diese Literaturgattung war in ihren Worterklärungen weniger um Originalität denn darum bemüht, die landläufigen Formeln und Topoi vor allem auch denjenigen leichter zugänglich zu machen, die »in Ermangelung erforderlicher Geld-Speesen entweder die Academien gar nicht oder nur kurze Zeit betreten« haben.³¹ »Lex/Gesetz« und »*consuetudo*/Gewohnheit« werden in diesen Wörterbüchern durchgehend in einer Weise definiert, welche die Lehre Bodins zwar anklingen lässt, ohne dabei die ältere Sichtweise aufzugeben. Als durchaus typisch darf man die Formulierungen nehmen, wie sie etwa in einem »Manuale Juris« aus dem Jahre 1692 zu finden sind: Die *lex* wird in erster Linie (»latissime«) noch ganz allgemein als »omnem regulam seu institutum civitatis«, also gleichbedeutend mit dem »Recht« definiert, das sich vom Gewohnheitsrecht in keiner Weise abgrenzen lässt. Erst in zweiter Linie erscheinen dann engere Definitionen, die eine Unterscheidung zum Gewohnheitsrecht überhaupt erst möglich machen: Dabei steht dann die *lex* als »jussum Majestatis, sive sit scriptum, sive non« neben der *lex* als dem »jus scriptum seu expresso consensu sancitum«. Hier sind drei Definitionskriterien einfach nebeneinander gestellt: Einmal ist es der von der Überlieferungsform unabhängige (»sive sit scriptum, sive non«) Befehl (»jussum«), der die *lex* ausmacht, zum anderen die Überlieferungsform (*lex* als »jus scriptum«) und schließlich die Form, in der sich der Wille des Gesetzgebers äußert (*lex* als »jus expresso consensu sancitum«).³² Unschwer erkennt man in dieser Aufstellung die beiden mittelalterlichen Abgrenzungskriterien (Schriftform und Äußerungsform des gesetzgeberischen Willens) neben dem seit Bodin präsenten Kriterium des Gesetzes als eines fürstlichen Befehls. Dementsprechend dreischichtig wird auch die *consuetudo* definiert: Sie zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht aufgeschrieben ist (»Jus non scriptum«), dass der Gesetzgeber seinen Willen nur stillschweigend äußert (»tacitoque summae potestatis consensu approbatum«) und schließlich dadurch, dass sie nicht durch einen obrigkeitlichen Befehl, sondern »subditorum

31 CARL SIGMUND SCHMID, *Gazophilacium Politico-Iuridicum et Theoretico-Practicum*, Frankfurt und Leipzig 1736, Vorrede.

32 SEBASTIAN ALMERS, *Manuale Juris*, Frankfurt und Leipzig, 1692, 725; *Lex*; *latissime* denotat omnem regulam seu institutum civitatis; late et generaliter: *jussum Majestatis, sive sit scriptum, sive non*; specialiter: *significant omne jus scriptum, seu expresso con-*

sensu sancitum, et opponitur consuetudini.

usu introductum« wurde. Auf welches der drei Unterscheidungsmerkmale es letztlich ankommen soll, bleibt offen; das Verständnis von »Gesetz« und »Gewohnheit« oszilliert dadurch zwischen dem älteren, formbezogenen und dem neueren, willensbezogenen Ansatz.³³ Nicht anders stellt sich das Bild in dem 1736 erschienenen »Gazophilacium Politico-Iuridicum et Theoretico-Practicum«³⁴ dar: »Lex«, so heißt es da einerseits, »ist eine Regel, von der höchsten Landesobrigkeit vorgeschrieben«, es wird aber andererseits verschiedentlich auch »nur für das geschriebene Gesetz genommen« und hierin, also unter dem Differenzierungskriterium geschrieben/nicht geschrieben »den Gewohnheiten contradistinguieret«. Die Gewohnheiten sind daher nichts anderes als die »unbeschriebenen Gesetze«;³⁵ das ist nichts anderes als die Umkehrung der uralten Formel von der *lex* als einer *consuetudo in scriptis redacta*: *consuetudo* als »*lex non redacta*«. Auch in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts hat sich das Bild nicht wesentlich geändert, wenn man in der herangezogenen Literaturgattung verbleibt und einen Blick in Georg Stephan Wiesands »Juristisches Handbuch«³⁶ wirft: Gesetz ist diesem Autor einerseits »eine Vorschrift des Obern, wonach der Untertan seine Handlung einrichten soll«,³⁷ aber gleichzeitig wird die Gewohnheit nicht nur als »ein durch langen Gebrauch und stillschweigende Genehmigung des Obern eingeführtes Recht«, sondern auch als »geschriebene(s) Recht« definiert.³⁸ Auch hier schimmern die drei bekannten Differenzierungskriterien noch deutlich durch: Befehl des Souveräns als Geltungsgrund (»*Vorschrift* des Obern«), Form der Willensäußerung des Gesetzgebers (»stillschweigende Genehmigung des Obern«) und Überlieferungsform (»geschriebenes Recht«). Erst im »Churfälz-bayerisch gelehrt-decisiven Universal-Gesetz-Lexikon«³⁹ von 1800 heißt es dann unter dem Stichwort »Jus scriptum«: »Geschriebenes Recht. Wird *nicht* von der Schrift, sondern von des Gesetzgebers *ausdrücklichen* Willenserklärung also genannt und hierdurch dem Jure consuetudinario, welches sich nur auf seinen *stillschweigenden* Willen gründet, entgegengesetzt.«⁴⁰ Kennt man nicht die Tradition, so wird die Aussage geradezu widersinnig, das »schriftliche Recht« heiße nicht wegen seiner Schriftform »schriftlich«, sondern wegen etwas ganz anderem, was mit der Form überhaupt nichts zu tun hat. Sie wird indessen verständlich, wenn man sich verdeutlicht, dass hier nun in der Abgrenzung des Gesetzes vom Gewohnheitsrecht zumindest das

33 GARRÉ (Fn. 21) 107: Die Tradition, »die von einer Äquiparation zwischen ius non scriptum und *consuetudo* geprägt war, wurde nie völlig aufgegeben«.

34 Oben Fn. 31.

35 Gazophilacium (Fn. 31) 370. Umgekehrt ebd., 173: »Consuetudo, ein Gebrauch, eine Gewohnheit, seu Jus non scriptum.«

36 Juristisches Hand-Buch, worinnen die Teutschen Rechte sowohl der

alten als neuern Zeiten aus ihren Quellen hergeleitet, der Verstand dunkler Wörter und Redensarten erklärt, die merkwürdigsten Sachen aber in alphabetischer Ordnung kürzlich erörtert werden, Hildburghausen 1762.

37 Ebd., 499.

38 Ebd., 509.

39 Oder: »Allgemein von unterst bis höchsten Amtsstufen diensam compendiös entscheidender

Rechtsschlüssel« von F. B. M. WAGNER, churfälz-bayerischer Oberlandesregierungs-Secretär in München, Pappenheim 1800.

40 III. Teil, 155.

Kriterium der Überlieferungsform ausgeschieden ist; es erhält sich nur in der Bezeichnung »Jus scriptum«. Das Stichwort selbst transportiert noch das älteste Unterscheidungsmerkmal der Überlieferungsform, während die Erläuterung des Stichworts von der Form des gesetzgeberischen Willens als dem entscheidenden Definitionsmerkmal ausgeht.

Auf diese Weise verblieb die juristische Diskussion von »Gesetz« und »Gewohnheit« auch im 18. Jahrhundert bei den älteren, formbezogenen Unterscheidungen, die – verglichen mit der modernen, auf die Normentstehung abstellenden Unterscheidung – zu einer Nivellierung von Gesetz und Gewohnheitsrecht führten. Und dies um so mehr, als die Anforderungen, die beim Gewohnheitsrecht an den *tacitus consensus* des Gesetzgebers gestellt wurden, ebenso gering wie die Fiktionen kühn waren, von denen man ausging, um die *consuetudo* mit der *voluntas legislatoris* in Verbindung bringen zu können. »Die Anforderungen an die Zustimmung des Gesetzgebers« blieben, so Jan Schröder, »sehr milde«; man sah sie allein schon »in den Vorschriften des Römischen Rechts, die das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anerkennen«. ⁴¹ Die »Zustimmung des Gesetzgebers« wurde demnach aus einer Rechtsquelle abgeleitet, von der im 18. Jahrhundert längst klar war, dass sie ihrerseits nur *usu receptum* war. ⁴² Durch solche Fiktionen wurde das Gesetz im Ergebnis mit dem Gewohnheitsrecht weitgehend gleichgestellt, denn beide sah man gleichermaßen in den Willen des Landesherrn aufgenommen. »Die älteren Ususmodernus-Juristen« vermuteten demnach auch den stillschweigenden Konsens des Gesetzgebers schon dann, »wenn die sonstigen Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts gegeben sind«. ⁴³

Erst im 19. Jahrhundert begann sich eine Unterteilung der Rechtsnormen in »gesetzliche« und solche »gewohnheitsrechtlicher« Provenienz herauszubilden, bei der die beiden Normtypen durch das Willenskriterium nicht miteinander verbunden und aneinander angepasst, sondern vielmehr einander entgegen gesetzt wurden. Auch diese Entgegensetzung geschah unter dem Willensgesichtspunkt, und zwar dadurch, dass nun nicht mehr in der Dichotomie ausdrücklich geäußertes Wille versus stillschweigende Zustimmung gedacht wurde, sondern danach unterschieden wurde, *wer* der Träger dieses Willens ist: entweder das »Volk« oder die Obrigkeit bzw. der »Staat«. Bei dieser Unterscheidung wird der Gegensatz zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht betont, denn

41 SCHRÖDER (Fn. 7) 106f.

42 Auch beim römischen Recht zeigt sich freilich gleichzeitig das Be-

streben, seine Verbindlichkeit mit der *voluntas principis* zu legitimieren. Es ist zwar »per usus receptum«, aber dieser Vorgang wird zusätzlich mit der zumindest stillschweigenden Anerkennung seitens der Territorialfürsten begründet. Die vor allem seit Hermann Conring vordringende Auffassung von der lediglich gewohnheitsrechtlichen Adaption des römischen Rechts wurde

dadurch an das den gesetzgeberischen Willen betonende Rechtsverständnis angepasst; dazu KLAUS LUIG, Der Geltungsgrund des römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland, erstmals 1977, zit. nach: DERS., Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht, Goldbach 1998, 3–29.

43 SCHRÖDER (Fn. 7) 106; ebenso GARRÉ (Fn. 21) 153.

nur das Gesetz wird dabei mit Herrschaft und Staat in Verbindung gebracht. Hinzu kommt, dass bei dieser Gegenüberstellung auch der unterschiedliche *Normbildungsmechanismus* von Gesetz und Gewohnheitsrecht in den Vordergrund gerückt wird: Ein bewusster staatlicher Setzungsakt im Rahmen eines formellen Verfahrens bringt hier das Recht hervor, dort bildet es sich hingegen im Schoße der Gesellschaft durch langfristige Übung. Nur dem Gesetz liegt also ein intentionaler, auf die momentane Neubildung von Normen gerichteter Willensakt zugrunde, während sich das Gewohnheitsrecht im Laufe der Zeit auf der Grundlage zahlreicher summierter Einzelakte bildet, die jeweils für sich betrachtet keineswegs auf die Neubildung von Recht ausgerichtet sind, sondern im Gegenteil gerade in der Überzeugung vorgenommen werden, damit bestimmten rechtlichen Anforderungen zu genügen.

Puchta nimmt noch direkt auf die frühneuzeitliche Gegenüberstellung von Gesetz und Gewohnheitsrecht Bezug, wenn nunmehr auch betont ablehnend: Bei ihm wird jetzt in aller Schärfe zwischen »Entstehungsarten« (»Rechtsquellen«) einerseits und »Erscheinungsformen« (»äußere Darstellung des Rechts«) unterschieden.⁴⁴ Die Differenzierung zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht ist bei ihm keine Frage der »äußeren Darstellung« mehr, sondern ausschließlich eine der Normentstehung. Aber noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts sind die älteren Ansätze augenscheinlich so präsent, dass sich Puchta ganz betont davon absetzen zu müssen glaubt: »Früher« habe man die Unterscheidung zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Recht »fälschlich auf die Entstehung« des Rechts bezogen, indem man das geschriebene mit dem gesetzlichen, das ungeschriebene hingegen mit dem Gewohnheitsrecht gleichgesetzt habe. »Dieser Sprachgebrauch« habe sich »auch nach der Beseitigung dieses Irrtums erhalten«.⁴⁵ An Stelle dessen, was Puchta einen »Irrtum« nennt, nämlich die alte, formbezogene Unterscheidung zwischen Gesetz und Gewohnheit, tritt nun bei ihm eine Differenzierung, bei der das Formkriterium ausgeschieden ist, indem er zwischen drei »Entstehungsarten« unterscheidet, die ihm zugleich »Rechtsquelle« sind: die »rechtliche Überzeugung der Nation«, der Wille der »Obrigkeit« und schließlich die »wissenschaftliche Tätigkeit«; erstere bringt das Gewohnheitsrecht hervor, die Obrigkeit münzt ihren Willen in den Gesetzen aus und die Wissenschaft entwickelt das Juristenrecht. Bei dieser Gliederung wird nicht mehr nach der Form fürstlicher Willensäußerung und

44 Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. 1, Leipzig 1854, 25.

45 Ebd.

noch weniger nach der Form der Normüberlieferung, sondern nach Normquellen gefragt. Die Gegenüberstellung von *populus* und *princeps* als den Quellen von Gewohnheit und Gesetz war dem älteren Rechtsdenken zwar keineswegs fremd gewesen; es konnte in diesem Punkt direkt an entsprechende Unterscheidungen im Römischen Recht anknüpfen. Aber diese rechtsquellenbezogene Differenzierung war im Mittelalter und der frühen Neuzeit von formbezogenen Kriterien überlagert. Es war erst die historische Rechtsschule, die das Gewohnheitsrecht theoretisch neu fundiert hat, indem sie erstmals konsequent auf die Normentstehung statt auf Formkriterien abstellte.⁴⁶

2.2 *Observanz als Geltungskriterium*

So wenig sich Gesetz und Gewohnheitsrecht nach dem älteren Rechtsverständnis noch des 18. Jahrhunderts unter dem Willenskriterium absichten lassen, so gering war auch der Unterschied, was den Geltungsgrund der beiden Normtypen angeht. Auf dem Feld der frühneuzeitlichen Rechtsanwendungslehre⁴⁷ lässt sich dies besonders gut beobachten. Sie hatte sich auf der Grundlage der oberitalienischen Statutentheorie entwickelt. Hintergrund ist der Umstand, dass sich die Gerichte in einer Zeit, in der es die abschließenden Kodifikationen noch nicht gab, regelmäßig mehreren potentiell anwendbaren Rechten gegenüber sahen – vergleichbar mit der Situation im modernen »Internationalen Privatrecht«, wobei sich die »Rechtsvielfalt« nicht wie heute aus dem Nebeneinander mehrerer nationaler Rechtsordnungen ergab, sondern aus der gleichzeitigen »Geltung« einer überstaatlichen Rechtsordnung gelehrter Provenienz, eines territorialen Rechts und unter Umständen sogar noch eines lokalen Rechts gewohnheitsrechtlicher Art. Die unermessliche »Rechtsvielfalt« (Oestmann) schloss einen Zugriff der Gerichte auf das Recht, wie er heute ganz selbstverständlich vorausgesetzt wird, aus, weil es an der Grundvoraussetzung hierfür, einer entsprechenden gerichtlichen Rechtskenntnis nämlich, fehlte. Die Gerichte konnten nicht alle partikularen Rechte kennen. Das galt für das Reichskammergericht ebenso wie für die in der frühen Neuzeit entstandenen territorialen Obergerichte. Denn vor den großen Kodifikationen gab es keine Kodizes, aus denen sich die Gesamtheit der in einem Territorium jeweils geltenden Normen zweifelsfrei hätte entnehmen lassen. Schon deshalb wäre der An-

⁴⁶ Hierzu eingehend HANS-PETER HAFERKAMP, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz«, Frankfurt a. M. 2004, 141 ff.

⁴⁷ Hierzu vor allem WOLFGANG WIEGAND, Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit, Ebelsbach 1977; neuestens OESTMANN (Fn. 5).

spruch, die Gerichte müssten alle in Frage kommenden Rechte eines Territoriums oder gar des Reichs kennen, von vornherein unerfüllbar gewesen, völlig abgesehen von dem Umstand, dass der gelehrte Richter durch seine juristische Ausbildung in erster Linie auf das Gemeine Recht orientiert war. Die Justiz war demnach nicht wie heute auf ein ihr zwar gegenwärtiges, von ihr gekanntes und daher *ex officio* anzuwendendes, aber dafür exklusives System von Normen festgelegt, sondern grundsätzlich jedem, auch dem ihm unbekanntem Recht gegenüber anwendungsbereit, soweit eine Partei sich mit der Behauptung darauf berief, dass ein bestimmtes Recht in dem vor Gericht gebrachten Fall gelte. Ob dies der Fall war, hatten die Gerichte sodann zu prüfen.

Das zentrale Problem der frühneuzeitlichen Rechtsanwendungslehre war das Verhältnis der partikularen Rechte zum *Ius commune*, insbesondere die Frage, inwieweit erstere letzteres verdrängen konnten. Untrennbar damit verbunden war das prozesuale Problem, inwieweit die Parteien bei der Feststellung der im Einzelfall jeweils geltenden Rechte mitzuwirken hatten: Mussten sie die Rechte, auf die sie sich mit ihren Ansprüchen und Einwendungen jeweils beriefen, selbst beibringen oder wurde das im Einzelfall anzuwendende Recht vom Gericht *ex officio* festgestellt?⁴⁸ Unter welchen Voraussetzungen konnte das Gericht zu der Feststellung kommen, dass einem bestimmten Recht an einem bestimmten Ort »Geltung« zukomme? Basis der Rechtsanwendungslehre war die allgemein bekannte Subsidiaritätsregel, nach der das Recht des kleineren gegenüber demjenigen des größeren Rechtskreises, das speziellere gegenüber dem allgemeinen Recht den Vorzug genießt. Danach gingen die partikularen Rechte dem Gemeinen Rechts vor – dies allerdings nur, soweit es sich beim Partikularrecht um »geltendes Recht« handelte. »Geltend« hieß dabei: Es musste sich um faktisch angewendetes, faktisch gebrauchtes Recht handeln. Dass kontinuierliche Übung den Kern des Gewohnheitsrechts ausmache, mag den modernen Beobachter nicht weiter erstaunen. Auffallend ist es hingegen, dass dies für das »Gesetz« ebenso gelten soll: Johannes Meichsner bezieht sich in seinen *Decisiones* auf eine »vulgarem Theoricam, qua dicitur, Statutum non observatum non esse considerabile, neque ligare, quando non dicatur receptum vel observatum«.⁴⁹ Auch beim »Statut« soll es also erst die Observanz sein, die ihm jene Geltungskraft verleiht, auf Grund der es die Normunterworfenen bindet:

48 WIEGAND (Fn. 47) 75.

49 MEICHSNER (Fn. 4) *Decisio* 14, S. 483, Nr. 92.

»Statutum enim, quando non est receptum in observantia, nullas habet vires.«⁵⁰ »Geltung« ist danach bei der Gewohnheit wie beim Statut etwas mit der Zeit Wachsendes; wie ein allmählich dicker werdender Baumstamm nimmt die Kraft einer langfristig beobachteten Norm um so mehr zu, je länger sie faktisch geübt wird: »Et tali quidem statuto eo major vis tribuenda esse videtur«, so erscheint es Meichsner, »cum et longissimo temporis intervallo munitum sit.«⁵¹ Es ist keinesfalls allein der Setzungsakt, der dem Statut seine bindende Kraft verleiht, sondern seine dauerhafte wiederkehrende Bestätigung durch faktisches Tun, das sich an der betreffenden Norm orientiert.⁵²

Es waren solche »usualen« Geltungsvorstellungen, welche die »Durchsetzungschance« der Gesetze im vormodernen Staat drastisch beschränkten.⁵³ Auch wenn die Urteile der älteren Literatur, die der Praxis durchgehend »geringe Achtung« vor den Partikulargesetzen unterstellen wollten,⁵⁴ zu pauschal gewesen sein mögen, so werden sie durch die vereinzelt immerhin vorliegenden Spezialuntersuchungen zum tatsächlichen »Inkrafttreten« bestimmter frühneuzeitlicher Gesetze bestätigt. Für das eingangs erwähnte »Trierer Landrecht« von 1668 liegt eine derartige Untersuchung vor. Die Implementierung dieses Landrechts stellt sich im Ergebnis als ein viele Jahrzehnte dauernder Rezeptionsvorgang dar, im Zuge dessen das Landrecht dann ganz langsam in die schriftlichen Dokumente streitiger wie nichtstreitiger Gerichtsbarkeit – Schriftsätze, gerichtliche Vertragsfertigungen oder Hypothekenbücher – eingesickert ist.⁵⁵ Dies geschah zuerst auf der Ebene der am frühesten professionalisierten Obergerichte⁵⁶ und dauerte am längsten bei der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit der lokalen Gerichte.⁵⁷

Durch ihre Koppelung an die Observanz war die »Geltung« eines Rechts mithin eine Tatsachenfrage. In der Topik, wie sie für die vormoderne Rechtskultur typisch war, wurde dieser Zusammenhang zu griffigen Leitsätzen kondensiert: »consuetudo est facti et in facto consistit«, hieß es etwa,⁵⁸ aber gleichermaßen galt: »statutum est facti et in facto consistit.«⁵⁹ Das »*factum*«, um das es hier ging, war die Observanz des in Frage stehenden Rechts. Sie konnte gerichtsnotorisch sein, dann war das betreffende Recht vom Gericht *ex officio* anzuwenden; es bedurfte dann keiner weiteren Ermittlungen mehr zur Geltung dieses Rechts. Dies war beim Gemeinen Recht allgemein der Fall; seine Observanz war gerichtsnotorisch, so dass sie weder vom Gericht ermittelt und

50 Ebd. Dementsprechend eine bei OESTMANN (Fn. 5) 628, wiedergegebene Sentenz des Reichskammergerichts: Ein Statut gelte nur, wenn es »acceptatum et usu observatum fuerit«.

51 MEICHSNER (Fn. 4) Decisio 14, S. 469, Nr. 27.

52 Ex qua consuetudine subsequuta robor et vires confirmantur ipsius statuti, ut operetur scilicet, ubi alias forte operari non potuisset; ebd.

53 FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. Göttingen 1967, 190.

54 So etwa GEORG KLEINFELLER, *Deutsche Partikulargesetzgebung*

über Civil-Prozess seit Rezeption der fremden Rechte bis zum Ausgang des 18. Jhds., in: *Festgabe der Juristenfakultät zu München für J. J. W. Planck*, München 1887, 273 ff., 275.

55 WEND (Fn. 3) 116 ff.

56 Ebd., 123.

57 Ebd., 120.

58 WIEGAND (Fn. 47) 139 mit zahlreichen Nachweisen.

59 Ebd., 134.

noch weniger von den Parteien bewiesen werden musste. Man kann sicherlich auch davon ausgehen, dass die jeweils für das ganze Territorium erstellten »Landrechte«, wie sie seit dem 16. Jahrhundert in Gestalt der zahlreichen »Reformationen« erlassen wurden, zwar nicht unbedingt beim Reichskammergericht, aber jedenfalls bei den territorialen Obergerichten bekannt waren,⁶⁰ so dass sie es dort wie das Gemeine Recht zu einer gerichtlichen Anwendung *ex officio* bringen konnten.⁶¹ Für die landeseinheitlichen Statuten galt das gleiche, was auf Reichsebene für das Römische Recht galt: Sie waren, wie es schon die oberitalienische Statutenlehre formuliert hatte, »*ius commune in patria*«, so dass sie von den Landesgerichten als das *ius fori ex officio* anzuwenden und ihre Observanz nicht zu beweisen war.

War die Observanz eines Rechts hingegen nicht gerichtsnotorisch, dann stellte sich die Frage der Rollenverteilung zwischen Gericht und Parteien: Müssen die Parteien solche Rechte in den Prozess einführen, damit sie überhaupt berücksichtigt werden, und von wem und wie ist die Observanz dieser Rechte zu beweisen? In der frühneuzeitlichen Prozesspraxis waren, wie man jetzt der eingehenden Untersuchung von Oestmann entnehmen kann, beide Formen der Rechtsermittlung anzutreffen: Soweit ein Recht nicht gerichtsnotorisch war, wurde es von einigen Gerichten teilweise von Amts wegen ermittelt; andere Gerichte hingegen erlegten es den Parteien auf, das Recht, auf das diese sich beriefen, beizubringen und seine Observanz zu beweisen.⁶² Beweisen konnte man dies nicht nur mit Zeugen und anderen geläufigen Beweismitteln, sondern auch dadurch, dass man auf eine entsprechende gerichtliche Praxis verweisen konnte, der das behauptete Recht zugrunde lag.⁶³ Wie auch immer die gerichtliche Praxis im Einzelnen – eine konsequente Linie wird sich in diesem Punkt ohnehin kaum feststellen lassen – ausgesehen haben mag: Das rechtliche Geltungsverständnis blieb jedenfalls weitgehend dem »usualen« Muster verhaftet. Denn die Gerichtsnotorietät eines bestimmten Rechts hatte nur Auswirkungen auf seine Beweisbedürftigkeit: Die Partei, die sich darauf berief, musste das Recht nicht ausdrücklich in das Verfahren einführen, weil in solchen Fällen der Grundsatz *jura novit curia* galt; damit entfiel auch die Beweisbedürftigkeit der Observanz. Dies ließ den Geltungsgrund aber unberührt: Es war auch in diesem Fall die Observanz, deren Beweis allerdings erleichtert oder sogar erlassen war. Es blieb aber auch jetzt noch grund-

60 KLAUS LUTG, Universales Recht und partikulares Recht in den »Meditationes ad Pandectas« von Augustin Leyser, in: *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa. Atti del convegno di Varenna (12.–15. giugno 1979)*, Milano 1980, 27–48, 30 f.

61 TRUSEN (Fn. 13) 113; OESTMANN (Fn. 5) 661.

62 OESTMANN (Fn. 5) 601 f.

63 TRUSEN (Fn. 13) 113.

sätzlich der Gegenbeweis möglich, dass das vom Gericht *ex officio* angewendete Recht nicht mehr *in observantia* oder niemals *ad observantiam* gekommen sei.

Zwischen einem »Statut« und einer bloßen »Gewohnheit« gab es dabei nicht nur in der Definition, sondern auch was ihre Geltung anbelangt keine grundsätzlichen Unterschiede; beide konnten nur dann in die gerichtliche Entscheidung einfließen, wenn ihre »Observanz« entweder gerichtsnotorisch war oder bewiesen wurde. Eine klare Unterscheidung zwischen »Statuten« und »Gewohnheiten« war nach der juristischen Sprachregelung noch des 18. Jahrhunderts nicht möglich.⁶⁴ Beide Begriffe gingen ineinander über;⁶⁵ hierin zeigt sich erneut, wie schwach sich »Gesetz« und »Gewohnheitsrecht« in der älteren, sozusagen »usual« gestimmten Rechtskultur voneinander abhoben.

Wie tiefstehend dieses rechtliche »Observanzdenken« noch im 18. Jahrhundert war, wird selbst bei dem so genannten »Policeyrecht« sichtbar: Das »Policeyrecht« war eine sprachliche Neuschöpfung dieser Zeit. Im historischen Rückblick hat man in der begrifflichen Verbindung von »Policey« und »Recht« ein Anzeichen dafür sehen wollen, dass die überkommene »Trennung von Polizei und Recht« im 18. Jahrhundert allmählich zu schwinden begann; »tradierte Rechtsanschauungen« wären damit aufgegeben worden, indem man nun auch dem policeylichen Gebot den Charakter des Rechts zuerkannt habe.⁶⁶ Aber damit dürfte die Bedeutung dieses Rechtsgebietes doch bei weitem überschätzt worden sein. In der sprachlichen Annäherung der Policey an das Recht manifestiert sich keineswegs ein wesentlich verändertes Rechtsdenken. Im Gegenteil: Dieses »Policeyrecht« war in seinen Anfängen im 18. Jahrhundert nicht mehr als ein in neuartiger Weise zusammengestellter Ausschnitt aus dem »teutschen Privatrecht«, wie es seit dem 17. Jahrhundert emporkam. Auch dieses teutsche Privatrecht unterteilte sich in der üblichen Weise in das nichtschriftliche Gewohnheitsrecht und schriftliches Statutarrecht. Unter der neuen Bezeichnung des »Policeyrechts« findet sich nun ein Teil dieses Statutenrechts zusammengefasst. Die neuartige Stoffgruppierung unter neuem Titel dürfte vor allem von Seiten der Kameralwissenschaften initiiert worden sein. Diese Disziplin begann sich damals universitär zu etablieren;⁶⁷ gleichzeitig entstand das Bedürfnis nach einer zusammenfassenden Darstellung der kameral- und policeywissenschaftlich relevanten Teile des

64 OESTMANN (Fn. 5) 669: Dem modernen Beobachter ist es »nahezu unmöglich«, die »Unterschiede zwischen *consuetudo* und *statutum* herauszuarbeiten«. Ebenso GARRÉ (Fn. 21) 264 f.

65 Bei ZEDLER, Universal-Lexikon, Art. Statut, Statuten (Sp. 1825), erscheint das »Statut« nahezu identisch mit der »Gewohnheit«: Außerhalb seiner engeren Bedeutung im Sinne von »Stadtrecht« bedeutet das Wort *Statut* »insgemein die eingeführte Gewohnheit, das alte Herkommen ...«.

66 REINER SCHULZE, Polizeirecht im 18. Jahrhundert, in: Recht, Gericht, Genossenschaft und Policey. Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie. Symposium für Adalbert Erler, hg. von GERHARD DILCHER und BERNHARD DIESTELKAMP, Berlin 1986, 199–220, 215 f.

67 MICHAEL STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1: Reichspubli-

zistik und Policywissenschaft 1600–1800, München 1988, 374 ff.; KLAUS HINRICH HENNINGS, Aspekte der Institutionalisierung der Ökonomie an den deutschen Universitäten, in: Die Institutionalisierung der Nationalökonomie an deutschen Universitäten. Zur Erinnerung an Klaus Hinrich Hennings, hg. von NORBERT WASZEK, St. Katharinen 1988, 42–54.

deutschen Privatrechts – so jedenfalls wird die Stoffauswahl von den Autoren solcher »Policeyrechte« begründet.⁶⁸ Man darf sich jedenfalls von der neuartigen Wortbildung nicht zu der Vorstellung verleiten lassen, hier würden nun mit einem Mal den Unmassen policeylicher Bestimmungen die Weihen des Rechts zuteil. Die Auswahl der Policey-Normen und deren Aufnahme in das so genannte »Policey-Recht« erfolgte vielmehr nach dem nun sattsam bekannten Kriterium der Observanz. Was die gesetzten Normen der Policey zum »Recht« machte, war weder die Setzung selbst noch der Setzungswille der gesetzgebenden Instanz. Das Policeyrecht bestand vielmehr nur aus solchen Normen, die eine entsprechende Observanz im Rücken hatten. Johann Bernhard Hoffer, Professor an der Universität Altdorf, gibt in seinen 1764 erschienenen »Beyträge(n) zum Policeyrecht der Teutschen«⁶⁹ eine eingehende Begründung des neuen Rechtsgebietes, wobei er sich auch zu der Frage äußert, was eigentlich den Gegenstand des neuen Rechtsfaches ausmache: Für eine Darstellung des Policeyrechts, so Hoffer, wäre es gänzlich sinnlos, nun einfach »aus allen und jeden vorhandenen Gesetzen, Statuten und Verordnungen« ein System zu verfertigen. Denn dabei würden einfach »gedruckte Gesetze« gesammelt, ohne weiter zu prüfen, ob diese Gesetz überhaupt jemals »in Observanz gebracht oder, wo nicht ganz, doch zum Teil, durch ein neueres, aber unpubliziertes Gesetz oder durch ein widriges Herkommen gänzlich abgeschaffet worden«.⁷⁰ Die Aufgabe des Juristen besteht danach darin, aus der Masse des gedruckten Gesetzesmaterials die tatsächlich zur Observanz gekommenen Normen herauszufiltern und sodann diese Normen zur Grundlage der policeyrechtlichen Darstellung zu machen. Es ist höchst aufschlussreich, wie Hoffer diese »Observanzprüfung« beschreibt: Er vergleicht sie mit einer geographisch-politischen und historischen Beschreibung, also mit einer Darstellung tatsächlicher topographischer und politischer Gegebenheiten und historischer Abläufe. Auch darin zeigt sich, dass der Topos vom Statut als *factum* wesentlich mehr war als eine bloße Beweisregel: Der Topos bringt vielmehr *einen* Kern frühneuzeitlichen Rechtsdenkens zum Ausdruck, bei dem sich Ansätze beginnenden formellen Geltungsdenkens mit traditionellem Observanzdenken verbanden. Ein System, bestehend nur aus den Buchstaben gedruckter Gesetze, wäre – um noch einmal Hoffer zu Wort kommen zu lassen – viel zu unzuverlässig, denn es verhalte sich damit ebenso »wie mit den

68 Siehe hierzu etwa FRIEDRICH CHRISTOPH JONATHAN FISCHER, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Bd. 1, Frankfurt an d. Oder 1785, 14. Er sieht den »Endzweck« seiner Darstellung darin, »den Kameralisten alle Rechtsmaterien beyzubringen, die sie dereinst bei ihren Geschäften und Verrichtungen brauchen«. Hierzu auch JOHANN CHRISTIAN PAULY, Die Entstehung des Poli-

zeirechts als wissenschaftliche Disziplin. Ein Beitrag zur Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts, Frankfurt a. M. 2000, 92 ff.

69 JOHANN BERNHARD HOFFER, Beyträge zum Policeyrecht der Teutschen, Frankfurt und Leipzig 1764.

70 HOFFER (Fn. 69) 20.

geographisch-politischen und historischen Beschreibungen von Teutschland, deren Ungewissheit und Unrichtigkeit« sich in dem Maße vermehre, je weiter der »Aufenthalt des Schriftstellers« von demjenigen Orte entfernt gewesen, welcher beschrieben wurde.⁷¹ Um eine Gegend, einen Staat und sein Policeyrecht zutreffend beschreiben zu können, muss man, so könnte man ergänzen, mit der Topographie, der Verfassung und dem tatsächlich geübten Recht des Landes vertraut sein, sonst erhält man eine Phantasieprojektion, aber kein zutreffendes Bild der politischen und rechtlichen Wirklichkeit.

Erst das an der Wende zum 19. Jahrhundert erschienene große »Handbuch des teutschen Policeyrechts«⁷² von Günther Heinrich von Berg zeigt eine Verortung des Policeyrechts, die nun eine deutlich veränderte Einstellung zum staatlichen Gesetz verrät. Berg löst den Zusammenhang des Policeyrechts mit dem Privatrecht und formiert den policeyrechtlichen Stoff ganz neu: Das »eigentliche« Policeyrecht ist bei ihm der »Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten, welche durch die Policeygewalt bestimmt sind«.⁷³ Bei Berg ist das Policeyrecht also dadurch definiert, dass die ihm zuzuzählenden Normen von einer so genannten »Policeygewalt« – sei es dem Reich, sei es den Reichskreisen oder den Territorien – »bestimmt« sind, wie er sich ausdrückt, dass sie also von einer normgebenden Instanz gesetzt sind. Die Setzung reicht ihm für die Annahme von »Recht« aus; das Kriterium der Observanz ist nunmehr ausgeschieden.

Beruhend aber »robur« und »vires« eines Gesetzes auf dessen Observanz, dann muss umgekehrt auch dessen Wirksamkeit entfallen, sobald seine Observanz schwindet. Daraus wiederum folgt, dass sich im Verhältnis von Statut und Gewohnheitsrecht letzteres immer gegen jedes Statut durchsetzen musste, denn der Gewohnheit kommt die Observanz schon *per definitionem* zu, nicht aber dem Statut, bei dem außer seiner faktischen Befolgung irgendein weiteres Kriterium – sei es seine Verkörperung in einem Text, sei es seine Äußerung in einem ausdrücklichen Befehl – hinzutreten muss, damit es sich überhaupt von der *consuetudo* unterscheiden lässt. Stand jedenfalls ein Statut mit der Observanz nicht mehr in Übereinstimmung, so war letztere die maßgebliche Normquelle. Auch diesen Gedanken finden wir bei Meichsner ausdrücklich formuliert: »Quod in observantia et moribus utentium observatur tantae est efficaciae, quod tollat statutum in contrarium.«⁷⁴ Daher war –

⁷¹ Ebd.

⁷² GÜNTHER HEINRICH VON BERG, Handbuch des teutschen Policeyrechts, Bd. 1–7, Hannover 1802–1809.

⁷³ BERG, Buch I, Abschn. 1, S. 27.

⁷⁴ MEICHSNER (Fn. 4) Decisio 14, S. 467, Nr. 15.

wie es Jan Schröder formuliert hat – »gesetzesderogierendes Gewohnheitsrecht« bis in das 18. Jahrhundert hinein auch »kein besonderes Problem«. ⁷⁵ Die Gesetzesderogation durch »*desuetudo*« ist notwendiger Bestandteil einer Rechtsordnung, die in der »Observanz« eine wesentliche Geltungs- bzw. Anwendungsvoraussetzung von Gesetzen sieht. Erst das allmähliche Vordringen »formellen Geltungsdenkens« hat dem staatlichen Gesetz eine von der Observanz unabhängige Legitimierung verschafft, indem es den Formalakt der Publikation als eigenständigen, gewissermaßen »observanzunabhängigen« Geltungsgrund betrachtete.

Von der Warte eines usualen Geltungsverständnisses aus bleibt hingegen jedes Gesetz fortwährend durch den gewohnheitsrechtlichen Kontext, in dem es sich bewegt, in Frage gestellt. Nicht nur durch »Desuetudo« und Derogation, sondern auch durch seine allmähliche und daher auch kaum auffallende Angleichung an das Gewohnheitsrecht durch »Auslegung« im Stile der so genannten »*interpretatio usualis*«. Die beiden eingehenden Untersuchungen Schotts zur Interpretationslehre im *Usus modernus* zeigen mit aller Deutlichkeit, wie diese *interpretatio usualis* im Ergebnis auf eine gewohnheitsrechtliche Derogation der »interpretierten« Gesetze seitens der Justiz hinauslief: »Es war letztlich«, so Schott, »oft nur eine Stilfrage, ob man sich des Gewohnheitsrechts interpretatorisch-instrumental bediente oder ob man es als Rechtsquelle heranzog.« ⁷⁶ Vielfach lässt man sich daher auf die Unterscheidung zwischen bloßer »Auslegung« eines Gesetzes und dessen faktischer Derogation durch unmittelbaren Rückgriff auf das Gewohnheitsrecht gar nicht ein: »*Interpretatio usualis dat ius consuetudinarium*« ⁷⁷ heißt es ganz unbefangen, oder auch: »*Interpretatio usualis instar consuetudinis valet*.« ⁷⁸ Es gibt hier nicht einmal den Versuch einer Abgrenzung zwischen »Auslegung« und »Rechtsfortbildung« – eine Frage, welche die Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert dann in fundamentaler Weise umtreiben wird. Es kommt hinzu, »dass die Praxis überwiegend der Usualinterpretation den Vorrang gegenüber der Doktrinalinterpretation zubilligte«, ⁷⁹ die »Deutung eines Gesetzes mit Hilfe der Gewohnheit« ⁸⁰ also einer stärker textimmanenten Auslegung vorzog. ⁸¹ Die »*Interpretatio usualis*« hat das Gesetzesrecht in einem Maße in die Disposition der Rechtsprechung gestellt, wie man sich dies von der Warte moderner Vorstellungen aus kaum mehr zu vergegenwärtigen vermag; sie ist Ausdruck einer Rechtskultur, der die Unter-

75 SCHRÖDER (Fn. 7) 107. Dementsprechend kommt WEND (Fn. 3) 121, in seiner Untersuchung zur tatsächlichen Durchsetzung des Trierer Landrechts zu dem Ergebnis, »gelegentlich« sei es zur »Neubildung örtlicher und überörtlicher Gerichtsgebräuche gegen das Landrecht« gekommen; siehe auch 125.

76 CLAUDIETER SCHOTT, Die »*Interpretatio usualis*«, in: Die Ent-

wicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert, hg. von JAN SCHRÖDER, Stuttgart 1998, 65–83, 72.

77 So noch JOACHIM GEORG DARJES, *Institutiones iurisprudentiae privatae Romano-Germanicae*, Jena 1749, 13.

78 SCHAUMBURG, *Compendium Iuris Digestorum*, Leipzig 1766; zit.

nach SCHOTT, *Interpretatio usualis* (Fn. 76) 27.

79 CLAUDIETER SCHOTT, Gesetzesinterpretation im *Usus modernus*, in: ZNR 21 (1999) 45–84, 65.

80 Ebd., 64.

81 Zur *Interpretatio doctrinalis* eingehend ebd., 69 ff.

scheidung von Normsetzung und -anwendung jedenfalls noch kein grundlegendes methodisches Problem war.⁸² Und sie war es deshalb auch, die am Ende des 18. Jahrhunderts in das Schussfeld der Kritik geriet, als die »Bindung des Richters an das Gesetz« zu einem hochrangigen rechtspolitischen Problem wurde.⁸³

3 Langsames Vordringen formellen Geltungsdenkens

Der Anschauungswandel hin zu einem formellen Geltungsverständnis vollzog sich langsam in vielen kleinen Schritten im Laufe des 18. Jahrhunderts. Er lässt sich auf verschiedenen Ebenen anschaulich machen, manifestiert sich aber nicht in abrupten Argumentationsumstellungen, sondern vielmehr in allmählichen Akzentverschiebungen. Sie lassen erkennen, dass man die Geltung der Gesetze zunehmend vom Gesichtspunkt der Observanz abzukoppeln und von demjenigen der Gesetzespublikation abhängig zu machen begann. Dies geschah allerdings nicht dadurch, dass man nun plötzlich direkt auf die Publikation der Gesetze als dem entscheidenden Geltungskriterium verwiesen hätte. Ohne die dogmatischen Voraussetzungen der Geltung von Gesetzen grundsätzlich umzustellen, machten Lehre und Rechtsprechung die Geltung von Gesetzen in zunehmendem Maße dadurch »observanzunabhängig«, dass sie in großem Umfang mit Beweislastumverteilungen argumentierten (3.1). Dadurch wurde es vor Gericht zunehmend schwierig, mit dem Einwand mangelnder Geltung eines Gesetzes gehört zu werden. Wird aber die Geltung eines Gesetzes vom Kriterium der Observanz unabhängig gemacht, muss jenes an Beständigkeit gegenüber seiner Infragestellung durch gewohnheitsrechtliche Derogation gewinnen (3.2).

3.1 *Beweislastumverteilungen: Vermutung für die Observanz des ius scriptum*

Die allmähliche Annäherung der gerichtlichen Praxis an ein formelles Geltungsdenken spielt sich vorrangig auf der Ebene des Beweisrechts ab. Abrupten Umstellungen abhold, begann die Justiz im Laufe des 17. Jahrhunderts eine vorsichtige Beweislastumverteilung zu betreiben, indem sie eine Reihe von Vermutungsregeln und Beweiserleichterungen zugunsten des Gesetzes, d. h. in erster Linie zugunsten der schriftlichen Partikulargesetzgebung, wirksam

82 SCHOTT, Gesetzesinterpretation (Fn. 79) 60: »Ungeschiedenheit von Gesetzgebung und Rechtsprechung«.

83 Dazu SCHOTT, »Interpretatio usualis« (Fn. 76) 80 ff. sowie DERS., Gesetzesinterpretation (Fn. 79) 68 f.

werden ließ. Die Argumentation auf der Ebene des Beweisrechts gab die Möglichkeit, die materiellrechtlichen Bewertungen zunächst unberührt zu lassen. Derartige Vermutungsregeln wurden an drei Punkten eingeführt:

Zunächst verlor die Observanz als Geltungsvoraussetzung an Gewicht; sie wurde bei Gesetzen vermutet: »*Observantia legis semper praesumitur.*«⁸⁴ Mit ihr wurde demjenigen die Beweislast aufgebürdet, der sich gegenüber einem Anspruch aus einem bestimmten, in Schriftform vorliegenden Gesetz auf dessen Unwirksamkeit infolge mangelnder Observanz berief. Ihm oblag es nun, gegenüber diesem Gesetz nachzuweisen, dass es durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht »derogiert«, d. h. seine Geltung verloren habe.⁸⁵ Und wer sich umgekehrt auf ein schriftlich fixiertes Recht berief, konnte damit im Ergebnis eine »Vermutung zugunsten der Observanz des geschriebenen Rechts« für sich in Anspruch nehmen.⁸⁶

Gleiches galt für ein weiteres »*factum*«, das als beweisbedürftige Tatsache betrachtet wurde, die als Voraussetzung der Geltung oder zumindest der bindenden, verpflichtenden Kraft eines Gesetzes betrachtet wurde: die Publikation oder Promulgation des Gesetzes; die Ausdrücke werden im 18. Jahrhundert noch synonym verwendet für die Bekanntmachung eines Gesetzes. Noch im 18. Jahrhundert wurde der Beweis hierfür vielfach demjenigen aufgebürdet, der sich auf das in Frage stehende Gesetz berief; der Beweisführende hatte dabei nachzuweisen, dass das betreffende Gesetz »in civitate aut pago«, in dem der Prozessgegner seinen Wohnsitz hatte, öffentlich angeschlagen oder ausgerufen wurde.⁸⁷ Auch in diesem Punkt suchte man die Anwendungschance der neu erlassenen Gesetze dadurch zu erhöhen, dass man deren Promulgation zumindest insoweit vermutete, als es sich um schriftlich niedergelegte Gesetze handelte: Konnte eine Partei etwa den Abdruck oder die Abschrift eines Gesetzes vorlegen, auf dessen Geltung sie sich berief, dann wurde ihr vom Gericht der Beweis für die tatsächlich erfolgte Promulgation des Gesetzes abgenommen.⁸⁸ Das eröffnete den Gesetzen um so höhere gerichtliche Anwendungschancen, je besser sie sozusagen »dokumentiert« waren – dokumentiert etwa in Form von Abschriften oder Drucken oder gar durch Aufnahme in eine gedruckte Sammlung. Freilich blieb dies bis an das Ende des 18. Jahrhunderts eine umstrittene Frage; noch Glück führt in seinen *Pandekten* zu dieser Frage aus, die »meisten Rechtsgelehrten« nähmen bei partikularen Landesgesetzen die

84 LAUTERBACH (Fn. 24) Lib. I, Tit. III, Nr. (7) S. 28.

85 Hierzu nochmals LAUTERBACH, ebd.: *Observantia legis semper praesumitur: Quia haec semper praesumitur, ita ut id neganti incumbat probandi onus, quare solus non usus non minuit auctoritatem legis, sed necesse est, ut contrarius usus doceatur.*

86 OESTMANN (Fn. 5) 419, 629 f.

87 Siehe etwa AUGUSTIN LEYSER, *Meditationes ad pandectas*, Bd. 1, Leipzig 1772, Spec. 7, Ziff. II, S. 60, unter Bezugnahme auf Mevius: »Sunt aliqui, qui necesse putant, ut publicatio haec in singulis locis fiat, atque adeo ab eo, qui in lege se fundat, desiderant, ut probet, illam ea in civitate aut pago, ubi avversarius ipsius vivit, affixam aut per praeconem publice proclamata fuisse.«

88 So auch die Meinung Leysers, ebd.: »Qui ex lege *nova* agit, publicationem ejus probare non debet, cum haec facta praesumatur.«

Regel an, dass der sich auf ein Gesetz Berufende dessen Bekanntmachung beweisen müsse, wenn der Gegner sie leugne.⁸⁹ Dennoch ist die Grundtendenz nicht zu verkennen, dass die genannten Beweisregeln dem *ius scriptum* zunehmend bessere gerichtliche Anwendungschancen vermittelten. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass sich dieser rechtliche Bewertungswandel zunächst ausschließlich auf der Ebene des Beweisrechts abspielte. Er ließ das usuale Geltungsgedanken im Kern daher noch unberührt, weil die beweisrechtliche Argumentation nach wie vor auf der Vorstellung beruhte, dass die Observanz eines Statuts ein *factum* darstelle, das jenem erst Geltung verleihe. Lediglich die Anforderungen an die Beweisbedürftigkeit dieses *factums* änderten sich. Nach wie vor dachte und argumentiert man in der Kategorie einer Beweisregel, welche die Möglichkeit des Gegenbeweises offen ließ – des Beweises etwa, dass ein bestimmtes Gesetz am Wohnort des Beklagten wegen entgegenstehenden Gewohnheitsrechts niemals zur Observanz gekommen und daher auch niemals Geltung erlangt hat.⁹⁰

Das *ius scriptum* lässt sich zwar keineswegs mit dem »gesetzten Recht« gleichsetzen, aber beide überschneiden sich mit ihren Bedeutungsbereichen zu großen Teilen. Denn bis in das 18. Jahrhundert hinein wurde der Unterschied zwischen Gesetz und Gewohnheit zumindest *auch* über das Kriterium der Überlieferungsform definiert,⁹¹ so dass die zunehmende beweisrechtliche Privilegierung des »*ius scriptum*« im Ergebnis auch eine solche des »Gesetzes« war. Der Unterscheidung zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht kam daher steigende prozessrechtliche Bedeutung zu: Da es sich bei den »Gesetzen« in der Regel um *ius scriptum* handelte, wurden sie von den Gerichten um so eher *ex officio* angewendet, so dass die Parteien geringeren Beweisanforderungen unterlagen, soweit sie sich auf ein »Gesetz« stützten. Die steigende Autorität des Gesetzes in Form seiner verbesserten gerichtlichen Anwendungschancen war also durch seine häufig gegebene Verkörperung in einem Text bedingt. Es war in erster Linie die Schriftform und nicht der Legislativakt einer »gesetzgebenden Gewalt«, die demjenigen, der sich auf dieses Recht berief, die Beweispflicht für dessen Observanz abnahm. Es ist deshalb auch fraglich, ob man davon sprechen kann, die frühneuzeitliche Justiz habe sich von einer Vermutung leiten lassen »für die Anwendbarkeit aller Rechtssätze, die sich aus der gesetzgebenden Gewalt des absoluten Fürsten herleiten ließen.«⁹² Die Quellen, die hierbei

89 CHRISTIAN FRIEDRICH GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 1, Erlangen 1790, 129 ff.; Glück selbst schließt sich allerdings Leyser an.

90 Die Aussage, das geschriebene Partikularrecht habe durch die Beweislastumverteilungen in der Rechtspraxis »gesetzesgleichen Charakter« erlangt (OESTMANN, 649), scheint mir deshalb nicht ganz treffend. Denn das moderne Gesetzesverständnis basiert auf der Vorstellung, dass es in der Frage der Gesetzesgeltung nichts mehr zu »beweisen« gibt – weder die Observanz der Gesetzesnor-

men, aber ebensowenig deren Nichtobservanz oder ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht. Die Geltung des Gesetzes ist dem modernen Rechtsverständnis nach von solchen Faktizitäten gänzlich unabhängig, sieht man vom Faktum seiner formell einwandfreien Publikation ab.

91 Oben 2.2.

92 LUIG, Universales Recht (Fn. 60) 43.

herangezogen werden, deuten in eine andere Richtung: Leyser sagt in seinen »Meditationes« wörtlich: »Perhibent omnes, jus *scriptum* probandum non esse.«⁹³ Der Akzent dieser Regel liegt also weniger darauf, dass irgendein Fürst seinen Willen in Form eines Gesetzes kundgetan hat, sondern auf dem Umstand der *Schriftform* des Rechts, über dessen Anwendbarkeit entschieden werden soll.⁹⁴ Bei der Regel »jus scriptum probandum non esse« kam es nicht darauf an, ob die zur Anwendung stehende Norm eine »gesetzliche« oder nur eine gewohnheitsrechtliche Norm war; maßgeblich war die Schriftform.

Ebenso wenig kam es dabei auf die Unterscheidung zwischen *statutum* und *consuetudo* an. Da »kein einheitlicher Sprachgebrauch für den Statutenbegriff existierte«,⁹⁵ vielmehr beide Begriffe bis zur Austauschbarkeit ineinander übergingen, war die sichere juristische Qualifizierung einer Norm als »Statut« bzw. »Gewohnheitsrecht« undurchführbar, so dass man davon auch keine Rechtsanwendungsregel abhängig machen konnte. *Statuta* und *consuetudines* waren daher in der frühneuzeitlichen Rechtsanwendungslehre zu einem beweisbedürftigen Komplex zusammengefasst; sie bildeten zusammen eine Einheit, die als Ganzes dem Gemeinen Recht als Widerpart gegenübergestellt wurde.⁹⁶ Dass Beweisaufnahmen über *consuetudines* tatsächlich wesentlich häufiger vorgekommen sind als solche über Statuten,⁹⁷ ändert nichts an deren grundsätzlicher prozessualer Gleichstellung. Die unterschiedliche Beweisbedürftigkeit lässt sich unschwer mit dem stärkeren Verschriftlichungsgrad der *statuta* erklären: Im 18. Jahrhundert dürfte ein Großteil dessen, was landläufig als »Statuten« bezeichnet wurde, in schriftlicher Form vorgelegen haben. Die Beweiserleichterungen zugunsten des geschriebenen Rechts wirkten deshalb auch zugunsten der *statuta*, indem sie deren Beweisbedürftigkeit verringerten. Demzufolge musste im Bereich der *statuta* dann auch seltener Beweis erhoben werden.⁹⁸

Die beweisrechtlichen Umstellungen, wie sie eben beschrieben wurden, bewirkten im Ergebnis, dass die Geltung der Gesetze in zunehmendem Maße von jeglichen faktischen Voraussetzungen abgekoppelt wurde. Einziges »Faktum«, von dem die Anwendbarkeit eines Gesetzes in der Moderne noch abhängig bleibt, ist die »formelle« Publikation, d. h. ein Publikationsakt, der seine Wirksamkeit bereits dann entfaltet, wenn dabei ein bestimmtes Ensemble von Form- und Verfahrensvorschriften eingehalten wurde. Auf

93 Zitat nach LUIG (Fn. 60) ebd.

94 LUIG deshalb auch zutreffend (ebd., 45): »Bei der Legitimation von Geltungsgrund und Geltungsrang des römischen Rechts ... lag der Ton demgemäß sehr stark auf dem Worte *scripta*«. Und ebd., 44: »Vermutung für alles *geschriebene* Recht, gleich welchen Rechtskreises«. Ebenso OESTMANN (Fn. 5) 659: Die Probleme der Rechtsanwendung hingen »von der

Rechtserkenntnisquelle, also der Überlieferungsart der anzuwendenden Rechtsnorm« ab. Die »Trennlinie von gemeinem und besonderem Recht« (ebd.) folgte allerdings zu Beginn der Neuzeit noch weitgehend der Unterscheidung zwischen *jus scriptum* und *non scriptum*, denn das Partikularrecht wies am Ende des Mittelalters noch einen geringen Verschriftlichungsgrad auf.

95 OESTMANN (Fn. 5) 35 f.

96 WIEGAND (Fn. 47) 15, 178.

97 So die Beobachtung von OESTMANN (Fn. 5) 629.

98 Es ist deshalb auch nicht recht ersichtlich, warum die These von WIEGAND (Fn. 47) 178 f., Statuten und Gewohnheiten seien prozessual gleichgestellt gewesen, »brüchig« geworden sein soll, wie OESTMANN (Fn. 5) 635 meint.

der faktischen Ebene kann heute eine Norm nur noch mit der Begründung angegriffen werden, sie sei nicht in gehöriger Form im einschlägigen Gesetzblatt veröffentlicht worden. Der letzte Schritt zu dieser von nahezu allen faktischen Geltungserfordernissen emanzipierten Form der Gesetzesgeltung wurde zu Beginn des 19. Jahrhunderts mit der Umstellung vom sogenannten »materiellen« zum »formellen« Publikationsprinzip getan. Im ersteren Fall geht der Gesetzgeber grundsätzlich davon aus, »dass der Gesetzesbefehl nur denjenigen bindet, dem er bekannt gemacht ist.«⁹⁹ Tatsächliche Kenntniserlangung seitens der Normadressaten ist hier noch faktische Geltungsvoraussetzung eines publizierten Gesetzes. Dies war bis in das 18. Jahrhundert unbestrittenes Mindestanforderung, um die verpflichtende Wirkung eines Gesetzes gegenüber einem davon Betroffenen geltend machen zu können: »Lex regulariter obligat a tempore scientiae.«¹⁰⁰ Der frühneuzeitliche Staat hat daher auch ganz massive Bemühungen entfaltet, seine Gesetze *tatsächlich* bekannt zu machen und zu verbreiten, weil nicht nur die Implementierung allgemein, sondern insbesondere auch die gerichtlichen Anwendungschancen der Gesetze von deren Verbreitungsgrad und dem tatsächlichen Kenntnisstand der Normadressaten abhingen. Bei einer nur teilalphabetisierten Bevölkerung machte dies nicht zuletzt auch die ständige Wiederholung der wichtigsten Gesetze erforderlich. Das auffallende Phänomen regelmäßig wiederholter Gesetzesverkündungen darf also keinesfalls nur als Indiz mangelhafter Implementierung der Gesetze verstanden werden, die für die frühe Neuzeit angeblich typisch gewesen sein soll,¹⁰¹ sondern war die notwendige Konsequenz eines an die tatsächliche Kenntnis der Normadressaten gekoppelten Geltungsverständnisses. Mit dem Wechsel zum »formellen« Publikationsprinzip, wie er mit der Begründung der modernen Gesetz- und Verordnungsblätter möglich wurde, entfiel auch dieses letzte faktische Geltungserfordernis.¹⁰²

3.2 *Stärkung des Gesetzes gegenüber dem Gewohnheitsrecht: An contraria consuetudo legem abroget?*

Je weitergehend die Geltung eines Gesetzes vom Faktum seiner Observanz unabhängig gemacht wird, desto stärker muss auch die Bestandskraft des Gesetzes gegenüber dem Gewohnheitsrecht sein. Bei einem observanzabhängigen, usualen Geltungsverständnis

99 ARMIN WOLF, Publikation von Gesetzen, in: HRG 4, Sp. 85–92, 90.

100 LAUTERBACH (Fn. 24) Lib. I., Tit. III, (15), S. 29.

101 So vor allem JÜRGEN SCHLUMBOHM, Gesetze, die nicht durchgesetzt werden – ein Strukturmerkmal des frühneuzeitlichen Staates?, in: Geschichte und Gesellschaft 23 (1997) 647–663.

102 Dazu eingehend ANDREAS SCHWENNICK, Die Entstehung der Einleitung des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, Frankfurt a. M. 1993, 189 ff.; STEFAN RUPPERT, Die Entstehung der Gesetz- und Verordnungsblätter. Die Bekanntmachung von Gesetzen im Übergang vom Spätabsolutismus zum Frühkonstitutionalismus, in: Juristische Zeitschriften. Die neuen

Medien des 18.–20. Jahrhunderts, hg. von MICHAEL STOLLEIS, Frankfurt a. M. 1999, 67–105, 103; LOTHAR SCHILLING, Policy und Druckmedien im 18. Jahrhundert. Das Intelligenzblatt als Medium policylicher Kommunikation, in: Policy und frühneuzeitliche Gesellschaft, hg. von KARL HÄRTER, Frankfurt a. M. 2000, 413–452, 428–435.

trägt jedes Gesetz den Keim seiner alsbaldigen gewohnheitsrechtlichen Derogation schon in sich: Jede entgegenstehende Gewohnheit untergräbt die Observanz des Gesetzes und damit seine »Geltung«. In Entsprechung zu den eben behandelten beweisrechtlichen Verschiebungen lässt der Diskurs über das Verhältnis der Gesetze zum Gewohnheitsrecht erkennen, wie sich die rechtliche Argumentationskunst zunehmend um die Beständigkeit der Gesetze gegenüber ihrer gewohnheitsrechtlichen Derogation bemühte.

Ausgangspunkt dieser Diskussion um Gesetz und Gewohnheitsrecht war die grundsätzliche Gleichbehandlung beider Normtypen. Dadurch, dass beide auf den fürstlichen Willen als den allein kompetenten Gesetzgeber zurückgeführt wurden, war eine solche Gleichbehandlung auch politisch opportun, weil der Primat des Gesetzgebers unangetastet blieb: Auch das Gewohnheitsrecht war letztlich »Gesetz«, nur eben stillschweigend erlassenes Gesetz. Dieser Grundansatz machte es auch möglich, die Konkurrenz von Gesetz und Gewohnheitsrecht nach der bekannten Regel *lex posterior derogat legi priori* aufzulösen. In dem bekannten Werk von Lauterbach lässt sich dies verfolgen: Unter der Frage »an contraria consuetudo legem abroget?« behandelt er die Konkurrenz von Gesetz und Gewohnheitsrecht, die er unter zeitlichem Aspekt auflöst. Maßgebliches Kriterium ist der Zeitpunkt des Gesetzgebungsaktes: Eine »lex noviter lata« gehe einer »consuetudo praesens« immer vor. Ein neu erlassenes Gesetz soll sich also gegenüber einem zum Zeitpunkt des Gesetzeserlasses schon bestehenden, und daher älteren, Gewohnheitsrecht durchsetzen. »Unde sequitur«, so schließt Lauterbach, »consuetudinem cedere legi posteriori.«¹⁰³ Stellt man freilich in dieser Weise das Gewohnheitsrecht mit dem Gesetz gleich, dann ist der umgekehrte Schluss gleichfalls naheliegend, dass nämlich eine »consuetudo posterioris« ihrerseits durchaus in der Lage ist, ein zuvor ergangenes Gesetz zu derogieren. Und in der Tat ist diese Konsequenz für Lauterbach vor allem deshalb unumgänglich, weil er Gesetz und Gewohnheitsrecht konsequent gleich behandelt: Ein Gesetz kann durch nachträglich gebildetes Gewohnheitsrecht derogiert werden, weil dies umgekehrt ein späteres Gesetz gegenüber älterem Gewohnheitsrecht auch kann.¹⁰⁴

So blieb das mit absolutistischem Politikverständnis nur schwer vereinbare Phänomen, dass ein vom Fürst erlassenes Gesetz von den Untertanen durch konsequente Nichtbefolgung einfach

103 LAUTERBACH (Fn. 24) Lib. I, Tit. III, (24), S. 30.

104 Ebd.: »Consuetudinem posteriorem posse legem anteriorem abrogare, quia et lex posterior idem potest.« Der gleiche Grundsatz findet sich in popularisierter Form im »Gazophilacium Politico-Iuridicum« (Fn. 31) 173: »Es hat aber die Gewohnheit eine solche Kraft, dergleichen ein neues Gesetz hat,

daher hebet sie das vorige Gesetz auf [bzw.] erklärt dasselbe.«

außer Kraft gesetzt und »in *desuetudo*« gebracht werden konnte, indem sich eine vom Gesetz abweichende Gewohnheit herausbildet. Diesen der *auctoritas* des fürstlichen Gesetzgebers abträglichen Befund suchte die juristische Argumentation jetzt mit verschiedenen Kunstgriffen erträglich zu machen, die einerseits die »*vis*« des Gesetzes gegenüber den Gewohnheiten betonten, ohne dabei andererseits das usuale Geltungsverständnis des Gesetzes im Grundsätzlichen aufzugeben. So wird Lauterbach einerseits nicht müde, immer wieder den Vorrang des Gesetzes vor dem Gewohnheitsrecht herauszustellen: Dem im Gesetz *ausdrücklich* geäußerten Willen des Landesherrn muss gegenüber der nur *stillschweigend* in der Gewohnheit niedergelegten *voluntas principis* die größere »*vis*« zukommen, denn »*expressi major vis fit, quam taciti*«, so dass dem Gesetz gegenüber der Gewohnheit auch die größere »*auctoritas*« zukommen müsse.¹⁰⁵ Dies ändert aber andererseits nichts an dem für alle Autoren dieser Zeit anscheinend unumgänglichen Ergebnis, dass eine *consuetudo* »*post legem latam inducta*« das zuvor ergangene Gesetz ohne weiteres derogieren könne. Mit den obligatorischen Gehorsamkeitsbekundungen gegenüber dem fürstlichen Willen wurde dies sodann dadurch wieder in Übereinstimmung gebracht, dass man die Entstehung des gesetzesderogierenden Gewohnheitsrechts als einen von der stillschweigenden Duldung des Landesherrn getragenen Vorgang betrachtete, der mit Hilfe des Willensargumentes an einen förmlichen Gesetzgebungsakt angeglichen wurde: Man erklärte die Gewohnheit als vom Princeps selbst »*modo patiendo*« eingeführt; damit wurde auch die gewohnheitsrechtliche Derogation des Gesetzes mit dem fürstlichen Willen vereinbar.¹⁰⁶

Aber hiermit gab man sich augenscheinlich nicht zufrieden; die Lehre entwickelte nun weitere Unterscheidungen, die das allorten faktisch anzutreffende Phänomen gewohnheitsrechtlicher Derogation der Gesetze mit dem Dogma vom fürstlichen Willen als der alleinigen Quelle des positiven *jus humanum* in Übereinstimmung zu bringen versuchten. Zu diesen aus heutiger Sicht recht gekünstelt wirkenden Differenzierungen zählt etwa die Unterscheidung zwischen »*tollere legem*« und »*vincere legem*«: Ersteres meint die formelle Gesetzesaufhebung, die peinlichst vom nackten Gesetzesverstoß (»*vincere legem*«) unterschieden wird. Letzterer darf unter keinen Umständen durchgehen, denn er untergräbt die Autorität des Gesetzes (»*involvit auctoritatem legis*«).¹⁰⁷ Die Gesetzes-

105 LAUTERBACH (Fn. 24) Lib. I, Tit. III, (24), S. 30: »*Quamvis legi noviter latae non possit opponi consuetudo praesens, cum expressi major vis fit, quam taciti atque ita legis major auctoritas sit, quam consuetudinis ...*«

106 Ebd.: »... tamen post legem latam inducta *consuetudo* legem vincit, quia Princeps patiendo induci consuetudinem, obligationem Legis praecedentis relaxare videtur.«

107 So etwa im »*Manuale Juris*« (Fn. 32) Stw. Lex, § 33, S. 732: »*Differentia omnino est inter vincere legem et abrogare legem. Vincere legem involvit auctoritatem legis: Sic consuetudo non vincit legem, id est, non est majoris auctoritatis, quam lex, vel non habet majorem vim, quam ipsa lex. Abrogare legem est effectus legis tollere.*«

derogation durch Neubildung abweichenden Gewohnheitsrechts stelle indessen keinen *Gesetzesverstoß* (»*consuetudo non vincit legem*«¹⁰⁸), sondern nur eine besondere Form formeller *Aufhebung* des Gesetzes dar; sie sei bloßer »*effectus legis tollere*« und lasse demgemäß die Autorität des Gesetzes unangetastet. Wenn Lauterbach an anderer Stelle doch erklärt, »*post legem latam inducta consuetudo legem vincit*«, dann wird dies mit der Erläuterung sogleich wieder zurückgenommen, dass dies keinesfalls an einer prinzipiell stärkeren Durchsetzungskraft der Gewohnheit, sondern allein daran läge, dass sich die *consuetudo* zeitlich nach dem Erlass des derogierten Gesetzes gebildet habe.¹⁰⁹

Ebenso wenig soll es nunmehr möglich sein, ein Gesetz dadurch aus den Angeln zu heben, dass man auf dessen »seltene« oder durch längere Zeiträume unterbrochene Anwendung verweist: Ist ein Gesetz irgendwann erst einmal in Observanz, dann bleibt es auch in Observanz und ist deshalb auch für geltend zu erachten: »*Lex enim, quae semel coepit observari, semper loqui praesumitur, et in viridi esse observantia, et quidem in omnibus Imperii terris tantisper valere existimanda.*« Freilich war auch dies kein eherner Grundsatz, denn er sollte augenscheinlich nur ausschließen, dass die Gerichte vorschnell (»*statim*«) auf die Abrogation eines Gesetzes schließen;¹¹⁰ der »Abgang« eines Gesetzes durch »*implicitus usus contrarius*« sollte damit keinesfalls generell ausgeschlossen werden.

Die Argumentation folgt dabei einem Muster, wie es bereits bei der generellen Legitimierung des Gewohnheitsrechts begegnet: Wie bei der Figur des *tacitus consensus*, mit der das gesamte Gewohnheitsrecht mit dem Willen der gesetzgebenden Macht legitimiert werden kann, werden auch hier auf allgemeiner Ebene politisch opportune Formeln ausgeprägt, die den Vorrang der Gesetzgebung vor dem Gewohnheitsrecht herausstellen, ohne aber letzterem die Derogationsfähigkeit gegenüber dem Gesetz generell abzuspochen. So oszilliert die Dogmatik in höchst flexibler Weise zwischen formellem und usualem Geltungsverständnis:¹¹¹ Man wendet sich betont gegen eine leichtfertige »*abolitio legum*« durch allzu schnelle Annahme einer Gesetzesderogation,¹¹² lässt eine solche dann aber mit der Einschränkung zu, dass sie mit einer »*intentio specialis jus novum introducendi*« verbunden ist.¹¹³

Dennoch ist nicht zu übersehen, dass die Geltung der Gesetze in ersten Anfängen von der Observanz unabhängig gemacht wur-

Freiheit« zugekommen. Die Tendenz zu einer gewissen Beliebigkeit habe die richterliche Entscheidungsfindung deshalb »für die Parteien häufig unvorhersehbar« gemacht; ebd., 602.

108 Ebd.

109 LAUTERBACH (Fn. 24) Lib. I, Tit. III, (24) S. 30: »... ita ut consuetudo legem vincat, ut posterior priorem cum obligatione, non tamen in se vincat, ratione obligationis, quasi fortius obliget.« Ebenso das *Manuale Juris* (Fn. 32): »Abrogatio legis non est desumenda ab autoritate majori, sed a tempore« (732).

110 LÜDEKING u. STARCKE (Fn. 20) 16, § 19: »Nec obstat, quod lex in judiciis raro observetur, quia exinde ad ejus abrogationem non statim potest concludi.«

111 So auch OESTMANN (Fn. 5) 681, in Bezug auf die gemeinrechtliche Rechtsanwendungslehre: Den Gerichten sei in der Frage, ob römisches, territoriales oder lokales Recht anzuwenden sei, »ein hohes Maß an Unabhängigkeit und

112 So LÜDEKING u. STARCKE (Fn. 20) S. 18, Zeile 10, unter Verweis auf LYNCKER, De Gravaminibus extrajudicialibus: »Et merito ergo ille eos increpat, qui in asserenda legum abolitione ideo facile sunt.« Das wendet sich gegen den kompromißlosen Grundsatz, »nullam legem positivam esse dicat, quamvis derogantem futurae consuetudini, quae hac ipsa tamen tolli non posset«.

113 Ebd., S. 19 § 20.

de, indem die Anforderungen an die Gewohnheiten, die jenes zu derogieren in der Lage wären, allmählich hoch gesetzt werden.¹¹⁴ Vor diesem Hintergrund ist die feine Unterscheidung zwischen *desuetudo* und *consuetudo* zu sehen: Verschiedentlich wird die Auffassung vertreten, ein Gesetz könne zwar durch spätere *consuetudo*, nicht aber durch bloße *desuetudo* derogiert werden.¹¹⁵ *Desuetudo*, so die dahinter stehende Vorstellung, ist der bloße Nichtgebrauch eines Gesetzes; er soll die Geltungskraft eines Gesetzes nicht beeinträchtigen können. Könnte er es, so das Argument hierfür, dann wäre die Geltung der Gesetze im Ergebnis vom Wissen und der Erfahrung der Advokaten abhängig, deren Kenntnisstand der Gesetzgebung dann darüber entscheide, ob ein Gesetz angewendet und damit *ad observantiam* gebracht werde. Gesetzesderogation solle vielmehr nur dann eintreten, wenn sich dem Gesetz entgegen eine *consuetudo contraria* gebildet hat.¹¹⁶ Eine solche *consuetudo contraria* nimmt etwa Carpzov dann an, wenn nach dem Erlass eines Gesetzes nachweislich Fälle aufgetreten sind, die an sich nach diesem Gesetz hätten entschieden werden sollen, tatsächlich aber ganz bewusst *contra legem* entschieden wurden. Erst mit der Begründung eines solchen »*implicitus usus*«¹¹⁷ ist danach die Grenze des bloßen *non-usus* überschritten, denn erst jetzt bilden sich neue Normen auf gewohnheitsrechtlicher Basis, die dann ihrerseits das Gesetz zu derogieren vermögen.¹¹⁸

So wurde die Durchsetzungskraft des Gewohnheitsrechts gegenüber dem Gesetz in kleinen Nuancen zurückgenommen; in ihrer Gesamtheit haben solche Umakzentuierungen die Gewichtung allmählich zugunsten des Gesetzes verschoben. Dies zeigt sich nicht zuletzt in einer kritischeren Einstellung zum *tacitus consensus* des Landesherrn als dem zentralen Legitimationstopos für das gesetzesderogierende Gewohnheitsrecht: Den stillschweigenden Konsens begann man nun doch näher unter die Lupe zu nehmen. Einen *tacitus consensus superioris* solle man, so lautet nunmehr die Einschränkung, nur noch dann annehmen dürfen, wenn es sich dabei um einen offensichtlich feststellbaren »Spezialkonsens« handelte. Anders als beim »Generalkonsens«, der im Grunde eine reine Fiktion war, soll der Gesetzgeber das Gewohnheitsrecht in diesem Fall tatsächlich in seinen Willen aufgenommen haben; das setzt natürlich voraus, dass er von dem betreffenden Gewohnheitsrecht, das sein Gesetz zu derogieren drohte, zumindest Kenntnis erlangt hat. So suchte man die Gesetze vorsichtig vor gewohnheitsrecht-

114 GARRÉ (Fn. 21) 103: »Nicht mehr die Rechtfertigung des Gewohn-

heitsrechts lag den Juristen am Herzen, sondern vielmehr seine Einschränkung.«

115 LÜDEKING u. STARCKE (Fn. 20) 18: »Desuetudo sola, si contraria consuetudo non fuerit probata, legem non tollit.«

116 Ebd., 16, § 19: »Ex non-usu legis consuetudo contraria non inducitur ... Legis namque vigor per solum non-usum non tollitur ...«

117 Ebd.: »Praeter non-usum vero contrarius quoque usus requiritur.«

118 »Lex solo non-usu ne abrogant, sed necesse est, usui isti admixtum esse actum legi contrarium, ita ut casus evenerit, quo secundum legem terminari causa potuisset, sed contra legem decisa« (BENEDICT CARPZOV, Responsa Juris Electoralia, zit. nach LÜDEKING u. STARCKE [Fn. 20] S. 17, § 19).

licher Derogation zu sichern. Eine ähnliche Bedeutung haben die Derogationsklauseln,¹¹⁹ mit denen die frühneuzeitlichen Gesetzgeber ihre Normen gegen die Korrosion seitens des Gewohnheitsrechts zu imprägnieren suchten, indem sie jenes für kraftlos erklärten, soweit es einem Gesetz, das mit einer solchen Klausel versehen war, widersprach. Auch in diesem Punkt zeigt sich, dass die Rechtswissenschaft einen solchen Befehl seitens des Gesetzgebers nicht umstandslos und ohne Einschränkung, sondern nur in abgeschwächter Form übernahm, die Ausnahmen zuließ. Die Derogationsklauseln hatten sich gegen die Vorstellung durchzusetzen, dass sich jedenfalls eine *consuetudo posterior* gegenüber jedem Gesetz durchsetzen könne, und zwar auch dann, wenn es mit einer Derogationsklausel verstärkt wurde. In der Tat wurde vielfach die Auffassung vertreten, dass eine Derogationsklausel, wie auch immer sie formuliert sein mag, nur bei Gesetzeserlass bereits bestehendes Gewohnheitsrecht verdrängen, nicht aber späteres Gewohnheitsrecht ausschließen könne.¹²⁰ Dem suchte man mit dem Argument beizukommen, dass dies dann *nicht* gelten könne, wenn die Derogationsklausel *ausdrücklich* auch künftige Gewohnheiten verbiete und somit eine Derogation durch Gewohnheitsrecht ausschließe.¹²¹

Das zentrale Problem lag letztlich darin, die Bestandskraft des gesetzgeberischen Geltungsbefehls gegenüber dem Gewohnheitsrecht zu bestimmen und dem Gesetz einen Bereich zu sichern, innerhalb dessen es nicht durch gewohnheitsrechtliche Normbildung fortwährend in Frage gestellt war. Völlig ausgeschlossen war dies nur dann, wenn man die Geltung des Gesetzes gänzlich von der Observanz unabhängig machte. In der Tat wurde dann im 18. Jahrhundert die grundsätzliche Frage aufgeworfen, inwieweit die Observanz »ad subsistentiam statuti« überhaupt erforderlich sei.¹²² Die Frage, ob dem *ius scriptum* auch dann Verbindlichkeit zukommen könne, wenn es nicht auf Observanz beruht, wurde von Samuel von Cocceji bereits bejaht. Cocceji behandelt in seinen zivilrechtlichen »Kontroversen« auch das Problem, »an Jus scriptum obliget, etsi a subditi non observetur«.¹²³ Dass dem so ist, bedarf allerdings auch bei Cocceji noch eingehender Begründung: Sie ergibt sich für ihn zunächst – ohne dass er sich in diesem Punkt auf irgendwelche Rechtsquellen bezöge – aus dem Zweck des Gesetzgebungsaktes und der Intention des Gesetzgebers: Das Gesetz werde erlassen, *damit* es befolgt werde; es könne demgegen-

119 Die *clausula* »non obstante quacunquē consuetudine«; siehe hierzu etwa das *Manuale Juris* (Fn. 32) 261.

120 Auf diese Meinung nehmen LÜDEKING u. STARCKE (Fn. 20) Bezug (S. 19, § 20): »Nullam legem positivam esse dicat, quamvis derogantem futurae consuetudini, quae hac ipsa tamen tolli non posset.«

121 CARPZOV (Präses) und RUDLOFF (Resp.), *De Observantia*, Diss. Leipzig 1674, Cap. 7, § 14, unterscheiden zwischen einfacher Derogationsklausel und einer Version, »quae etiam in futurum est concepta«. Letztere soll auch die Entstehung künftigen abweichenden Gewohnheitsrechts ausschließen.

122 LÜDEKING u. STARCKE (Fn. 20) § 22, unter Verweis auf GAIL,

Observationes, Lib. 2, *Observ.* 31, num. 10, und CARPZOV, *Responsa* (Fn. 118) p. 2, *Decis.* 101.

123 COCCEJI (Fn. 28) 40.

über nicht im »arbitrium privatorum« liegen, ein einmal erlassenes Gesetz zu befolgen oder nicht. Sodann wendet sich Cocceji den Bestimmungen des römischen Rechts zu, die darauf hinzudeuten scheinen, dass ein Gesetz nur soweit verpflichte, als es auch tatsächlich beachtet werde. Er bezieht sich hier in erster Linie auf L. 32 § 1.h.t. verb. *judicio populi receptae sunt*: Die Stelle meine keineswegs den Fall, dass ein Gesetz gegeben, aber dennoch nicht beachtet werde, sondern ausschließlich den Fall, dass überhaupt kein geschriebenes Recht vorliege, so dass dann nach der Gewohnheit zu entscheiden wäre. Sodann deutet Cocceji das Wort *receptae* um: Das Wort bedeute nicht, dass sich bereits eine bestimmte Observanz gebildet habe; »rezipiert« seien die Gesetze vielmehr bereits in dem Moment, in dem sie »ad populum feruntur«. Das Wort »receptio« meine also nicht die Observanz, sondern die »constitutio legis« selbst.¹²⁴ Unverkennbar ist Cocceji bestrebt, die Geltung eines Gesetzes von seiner Observanz abzukoppeln und mit dem Gesetzgebungsakt selbst zu verbinden. Dies ist ohne Zweifel ein formelles Geltungsverständnis des Gesetzes, das aber augenscheinlich noch alles andere als selbstverständlich war, sondern nicht zuletzt in Hinblick auf bestimmte Stellen im römischen Recht eingehender Begründung bedurfte.

4 Mediengeschichtlicher Hintergrund

Allen Gehorsamsbekundungen der Rechtswissenschaft gegenüber dem fürstlichen Willen zum Trotz war es nicht der Gesichtspunkt der *voluntas legislatoris*, der über die Anwendungschancen eines Gesetzes vor Gericht entschied, sondern die Form, in der das Gesetz überliefert war. Denn es war in erster Linie die Schriftform, die einer Norm den Eingang in die gerichtliche Praxis erleichterte: Die Vermutungsregeln und Beweislastverteilungen, wie sie eben beschrieben wurden, sind vielfach ausdrücklich auf das geschriebene Recht bezogen. Und auch dort, wo generell von den »leges« die Rede ist, die durch Observanz- und Promulgationsvermutung gestärkt werden sollten, bezieht sich dies in erster Linie auf das *ius scriptum*, weil »lex« und »*ius scriptum*« in der frühen Neuzeit zwar nicht gänzlich, aber weitgehend deckungsgleich waren.

Es gibt demgemäß einen engen Zusammenhang zwischen der Bereitschaft der Gerichte, gesetzliche Normen anzuwenden, und deren Dokumentationsstand.¹²⁵ Mit dem »Dokumentationsstand«

¹²⁴ Ebd., 41.

¹²⁵ So auch die Beobachtung von OESTMANN (Fn. 5) 659: Der »Zusammenhang zwischen Überlieferungsform und richterlicher Rechtsanwendung« wirke sich »auch materiellrechtlich« aus.

ist nicht nur die Überlieferungsform als solche – also der Grad der Verschriftlichung –, sondern auch die Verbreitung der Gesetze gemeint, also die Anzahl der umlaufenden Exemplare und deren Präsenz und Greifbarkeit bei den Gerichten. Je höher der Vervielfältigungs- und Verbreitungsgrad eines Gesetzestextes war, um so eher war auch dessen Präsenz bei Gericht und seine Verfügbarkeit für den Richter gegeben.¹²⁶ Das Gesetz hatte um so höhere Chancen, gerichtsnotorisch zu werden, je größer seine Verbreitung, mithin die Anzahl der Exemplare war, in denen es kursierte. Die Gerichtsnotorietät hat dann wiederum die Anforderungen an den Beweis eines solchen Rechts verringert oder gar gänzlich wegfallen lassen. Es liegt auf der Hand, dass die prozessuale Bevorzugung des *ius scriptum* zuerst und vorrangig auf der Ebene der Obergerichte anzutreffen war. Denn dort waren die gelehrten Juristen stärker vertreten, die schon durch ihre Ausbildung viel stärker auf den Umgang mit Rechtstexten orientiert waren als die Laien; überdies dürften nur die Juristen mit den in der Statuentheorie wurzelnden Konkurrenz- und Beweislastregeln vertraut gewesen sein, die mündliches und geschriebenes Recht, Gewohnheiten und Statuten in ein geregeltes Verhältnis zueinander setzten und dabei schrittweise dem *ius scriptum* ein Übergewicht verschafften.¹²⁷

Dem »Dokumentationsstand« der Gesetze kommt somit bei der allmählichen Umorientierung der Rechtskultur auf ein formelles Geltungsverständnis eine zentrale Bedeutung zu. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gesetzgebung des frühneuzeitlichen Staates nicht einmal im Ansatz einen Verbreitungs- und Verschriftlichungsgrad aufwies, der sich mit demjenigen moderner Gesetze vergleichen ließe. Ein solches Niveau der Verschriftlichung und Greifbarkeit von Normtexten dürfte vor dem 19. Jahrhundert nirgendwo in Deutschland erreicht worden sein – nicht einmal in Preußen, das doch anerkanntermaßen nach den policeywissenschaftlichen Maßstäben der Zeit in mancher Hinsicht als vorbildlich galt. In Preußen wurden zwar vergleichsweise früh gedruckte Gesetzessammlungen herausgebracht, aber diese Sammlungen waren – darauf hat vor allem auch Willoweit aufmerksam gemacht – »kein Ort formeller Gesetzespublikation«.¹²⁸ Die frühen Sammlungen der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts waren zunächst rein private Projekte: In Preußen war es Christian Otto Mylius, der seit 1737 sukzessive die zahlreichen Bände des *Corpus Constitutionum Marchicarum* herausgab; in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhun-

126 Dazu THOMAS DUVE, Mit der Autorität gegen die Autoritäten? Überlegungen zur heuristischen Kraft des Autoritätsbegriffs für die Neuere Privatrechtsgeschichte, in: Autorität der Form – Autorisierung – Institutionelle Autorität, hg. von WULF OESTERREICHER, GERHARD REGN, WINFRIED SCHULZE, Münster 2003, 239–256, 246 f.

127 WEND (Fn. 3) hat beobachtet, dass das aufgezeichnete Trierer Landrecht in der Gerichtsbarkeit »desto stärker beachtet« wurde, »je mehr Einfluß studierte Gerichts- oder Amtspersonen auf das Verfahren hatten« (123).

128 DIETMAR WILLOWEIT, Gesetzespublikation und verwaltungsinterne Gesetzgebung in Preußen vor der Kodifikation, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte. Gedächtnis-

schrift für Hermann Conrad, hg. von GERD KLEINHEYER u. PAUL MIKAT, Paderborn 1979, 601–619, 607.

dert wurde dies von der Preußischen Akademie der Wissenschaften übernommen.¹²⁹ Das Corpus Constitutionum bietet indessen alles andere als die Dokumentation einer aktuellen Regelungslage; das lag gar nicht in der Absicht von Mylius. Das Corpus Constitutionum ist vielmehr eine bis in das Spätmittelalter zurückreichende »Collectio historica«, die keinerlei Auskunft darüber zu bieten vermochte, inwieweit die darin aufgenommenen Gesetze überhaupt noch galten.¹³⁰ Eben dies dürfte sich – wie gerade angedeutet – als schwierig erwiesen haben, weil die Policeygesetze kaum jemals ausdrücklich außer Kraft gesetzt wurden; dies geschah allenfalls bei Erlass eines neuen Gesetzes mit dem pauschalen Hinweis, dass entgegenstehende Regelungen nunmehr als nichtig zu betrachten seien. Das alles zwang bei jedem Gesetz zur eigenständigen Geltungsprüfung, die nie ausschließlich auf der Grundlage formeller Kriterien, wie etwa der Publikation, durchgeführt werden konnte.

Im »Vorbericht« einer zuvor schon erstellten kleineren Sammlung der seit 1688 im Erzstift Magdeburg ergangenen preußischen Gesetze, die bereits im Jahre 1714 erschienen war,¹³¹ schildert Mylius die Schwierigkeiten und Mühen, die es damals zu überwinden galt, wollte man eine derartige Gesetzessammlung auf die Beine stellen. »An keinem Ort«, so schreibt Mylius dort, waren »die in gegenwärtigem Corpore enthaltenen Constitutiones« beisammen, sie mussten vielmehr unter langwieriger Recherche »aus denen Archiven und bey hohen und niedrigen Collegiis, auch einigen privatis vorhandenen Vorräthen« zusammengesucht werden.¹³² Als der in württembergischen und badischen Diensten stehende Hofrat Carl Friedrich Gerstlacher im Laufe der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts eine Gesetzessammlung dieser beiden Länder zu veröffentlichen begann, machte er die gleichen Erfahrungen: Es wäre doch wenigstens zu vermuten gewesen, so schreibt er in der »Vorrede« der Württembergischen Gesetze,¹³³ »dass, wo nicht in allen, so doch in den meisten Registraturen des Landes eine vollständige Sammlung dieser Gesetze zu finden sei. Allein dieses ist so weit gefehlet, dass vielmehr die Klagen über den Mangel und die Seltenheit derselben zu allen Zeiten sich in das allgemeine erstreckt haben und die größten Mühen und Kosten aufgewendet werden müssen, um auch nur eine unvollständige Sammlung zu wege zu bringen.«¹³⁴

Wie schwierig sich noch im 18. Jahrhundert der bloße Zugriff auf die ergangenen Landesgesetze gestaltete, finden wir ein weiteres

129 THOMAS SIMON, Einleitung, in: Repertorium der Policeyordnungen der frühen Neuzeit, hg. von KARL HÄRTER u. MICHAEL STOLLEIS, Bd. 2: Brandenburg/Preußen mit Nebenterritorien (Kleve-Mark, Magdeburg und Halberstadt), Frankfurt a. M. 1998, 1. Teilband, 1–56, 53.

130 WILLOWEIT (Fn. 128) 605.

131 Corpus Constitutionum Magdeburgicarum novissimarum oder Königl. Preuß. und Churf. Brandenb. Landes-Ordnungen, Edicta und Mandata, im Hertzogthum

Magdeburg, von anno 1680 biß 1714 publ. u. samt einigen Rescripten ... ans Licht gegeben von CHRISTIAN OTTO MYLIO, Magdeburg 1714.

132 CHRISTIAN OTTO MYLIUS, Vorbericht, in: Corpus Constitutionum Magdeburgicarum, Bd. 1, 1714, o. S., am Ende. Deshalb kann Mylius auch nur »vermuten«, dass seine Sammlung vollständig ist (ebd.).

133 Sammlung aller einzeln ergangenen Herzoglich Wirtembergischen Gesetze und anderer Normalien. Nebst einer Einleitung in die alte und neue gesetzliche Verfassung des Herzogtums Wirtemberg, hg. von CARL FRIDERICH GERSTLACHER, 1759/60.

134 CARL FRIDERICH GERSTLACHER, Vorrede, in: Sammlung (Fn. 133) Bd. 1, 1759, o. S., auf der 2. Seite.

Mal in dem eben erwähnten Traktat Hoffers beklagt: Der Wissenschaft vom deutschen Policeyrecht ermangele es vielfach schon an den Gesetzestexten als einer unerlässlichen Grundvoraussetzung. »Die Pfleger und Versorger der hohen Schulen«, so Hoffer wörtlich, seien »ohnerachtet ihres rühmlichen Eifers für den Flor der Juristen-Fakultäten ... noch nicht allenthalben überzeugt, dass die Anschaffung der zu den weitläufigen rechtlichen Wissenschaften erforderlichen äusserst kostbaren Hilfsmittel, dahin die Teutsche Gesetze vordersamst gehören, auf öffentliche Kosten bewürket werden sollte«. ¹³⁵

Dass die Gesetzgebung weder bei den Kriegs- und Domänenkammern, sozusagen die »unteren Verwaltungsbehörden« Preußens im 18. Jahrhundert, und noch viel weniger bei den Gerichten auch nur annähernd vollständig greifbar war, wurde dann allerdings in Preußen gegen Ende des 18. Jahrhunderts auf Seiten der zentralen Regierungsinstanzen als offensichtlicher Missstand empfunden. Seit den 60er Jahren lässt sich eine entsprechende Gesetzgebung beobachten, die es den Kammern und den Gerichten des Landes zur Pflicht machte, sich die sukzessive erscheinenden Bände des *Corpus Constitutionum Marchicarum* zu beschaffen. In den zahlreich hierzu ergangenen Verordnungen wird immer wieder beklagt, dass Gerichte sich nicht im geringsten für die jeweils neu erschienenen Bände des *Corpus* interessierten, obwohl doch, wie es in einer Verordnung vom 2.12.1766 heißt, »eine jede Gerichts-Registratur mit einer vollständigen Sammlung der Landes-Gesetze schlechterdings versehen sein muß«. ¹³⁶ In den meisten anderen Territorien lagen indessen nicht einmal derartige gedruckte Sammlungen vor, die auch nur halbwegs mit dem Anspruch auf Vollständigkeit auftreten konnten – Preußen und Sachsen waren da die Ausnahme. Im Erzstift Köln etwa entstand die erste gedruckte Gesetzessammlung zu einem Zeitpunkt, zu dem dieses geistliche Staatsgebilde bereits Jahrzehnte von der Landkarte verschwunden war; es waren dort historisch interessierte preußische Beamte in der neuen Rheinprovinz, die sich dann an solche Sammlungen machten. ¹³⁷

Die jeweils geltende Gesetzeslage war demnach in keinem Territorium so dokumentiert, dass es möglich gewesen wäre, im modernen Sinne allein auf das formelle Geltungskriterium der Promulgation abzustellen. Denn dies setzt einen Stand der Gesetzgebungsdokumentation voraus, der den jederzeitigen Zugriff auf

135 HOFFER (Fn. 69) 18.

136 *Novum Corpus Constitutionum Marchicarum*, Bd. 4, 1766, Nr. 97.

137 THOMAS SIMON, Kurköln, Einleitung, in: *Repertorium der Policeyordnungen der frühen Neuzeit*, hg. von KARL HÄRTER und MICHAEL STOLLEIS, Bd. 1: Deutsches Reich und geistliche Kurfürsten, Frankfurt a. M. 1996, 423–445, 443.

die aktuelle Gesetzeslage gestattet: Es muss einen permanent aktualisierten Korpus geben, aus dem sich jederzeit genau entnehmen lässt, welche Gesetze durch Promulgation in Geltung gesetzt worden und welche dadurch außer Kraft getreten sind. Derartige Dokumentationstechniken wurden erst ganz am Ende der 18. Jahrhunderts in Gestalt der »Gesetz- und Verordnungsblätter« entwickelt.¹³⁸ Bis dahin waren die Gerichte darauf verwiesen, die Geltung und Anwendung der Gesetze von deren faktischer Observanz abhängig zu machen, weil sich das formelle Geltungskriterium der Promulgation vielfach gar nicht sicher feststellen ließ. »Usuales Geltungsdenken« war also zu einem Gutteil durch den Stand der Verschriftlichung des Rechts und die Publikations- und Verbreitungstechniken der Gesetzgebung bedingt. Und es waren umgekehrt erst die Vervielfältigung der Gesetzestexte und die Verbesserung des Publikationswesens im 18. Jahrhundert, die die Voraussetzungen für das Erstarren eines formellen Geltungsverständnisses geschaffen haben. Erst die Perfektionierung des Publikationswesens durch die Ingangsetzung der modernen Gesetz- und Verordnungsblätter hat dann überdies im 19. Jahrhundert die Umstellung auf das formelle Publikationsprinzip ermöglicht:¹³⁹ Dass man die formelle Publikation eines Gesetzes – ohne weiter nach seiner tatsächlichen Kenntnisnahme seitens der Normadressaten zu fragen – als Voraussetzung seiner Wirksamkeit genügen lässt, setzt die Grundannahme voraus und das Vertrauen darauf, dass dieser Akt ausreichende Normkenntnis der betroffenen Bevölkerung bewirken wird. Die moderne Gesetzgebung basiert auf der Fiktion, dass die Veröffentlichung einer Norm in den amtlichen Publikationsorganen jene bei den Betroffenen auch *tatsächlich* bekannt macht, so dass man sie ohne weiteres mit den Rechtsfolgen einer solchen Norm belasten kann, und zwar gänzlich unabhängig (sieht man vom strafrechtlichen Sonderfall eines entschuldigenden Verbotssirrtums ab) vom *tatsächlichen* Kenntnisstand des einzelnen Normadressaten. Eine solche Fiktion ist nur akzeptabel, wenn der Gesetzgeber von einer Verbreitungsdichte und einem Dokumentationsstand seiner Normen ausgehen kann, welche die fiktive Gleichsetzung von formeller Publikation und tatsächlicher Kenntnisnahme der Norm seitens der Adressaten nicht völlig unrealistisch erscheinen lassen. Insofern ist auch das Prinzip lediglich *formeller* Publikation mit dem Verbreitungs- und Dokumentationsstand der Gesetzgebung eng verknüpft. Auch die von Oestmann

¹³⁸ RUPPERT (Fn. 102).

¹³⁹ WOLF (Fn. 99) Sp. 89 f.

konstatierte »Aufwertung des Partikularrechts«¹⁴⁰ dürfte entscheidend durch dessen zunehmende Verschriftlichung und Vervielfältigung der Normtexte bedingt gewesen sein. Es konnte sich dadurch im Regelwerk der frühneuzeitlichen Rechtsanwendungslehre besser durchsetzen, weil sich dadurch seine Gerichtsnotorietät verbreiterte und es sich nun als *ius scriptum* besser beweisen ließ.

5 Usuales Geltungsverständnis und Policy

Es ist evident, dass die frühneuzeitliche Rechtsanwendungslehre und das sie tragende usuale Geltungsverständnis der Justiz im Ergebnis eine ausgeprägte autonome Entscheidungskompetenz über den Kreis der justiziell anwendungsfähigen Normen garantiert hat¹⁴¹ – eine Autonomie, an der sich der nach effektiver zentraler Steuerung strebende frühneuzeitliche Staat um so mehr stoßen musste, als er darum bemüht war, die Urteilstätigkeit der Gerichte an seine Gesetzgebung zu binden. Denn für die Implementierung eines Gesetzesbefehls in der gerichtlichen Urteilspraxis bedurfte es so lange mehr als nur eines förmlichen Gesetzgebungsaktes, als die Gerichte die Erzeugnisse der staatlichen Normsetzung von der Warte ihres usualen Geltungsverständnisses aus in den Blick nahmen und dabei diejenigen Gesetze herausfilterten, die ihnen nicht hinreichend durch eine entsprechende Observanz bekräftigt schienen. Dieses bedenkliche Implementierungshindernis war der Policywissenschaft des 18. Jahrhunderts auch wohl bewusst. Sie hat deshalb stets gefordert, dass die Anwendung der policylichen Anordnungen auf gar keinen Fall allein den traditionellen Justizinstanzen überlassen bleiben dürfe. In den policywissenschaftlichen Traktaten wird deshalb immer wieder dafür plädiert, solche Streitigkeiten, bei denen Policynormen einschlägig sind, von neu zu installierenden Instanzen entscheiden zu lassen – Instanzen, besetzt mit policeysachverständigen »Kameralisten«, die ein anderes Normverständnis mitbringen konnten. Zumindest sollten derartige Entscheidungsinstanzen an den policylich relevanten Verfahren beteiligt werden.¹⁴² Denn bei den Policygesetzen stellte sich das Problem der justiziellen Implementierung in besonders scharfer Weise: Anders als bei den »Landrechten«, die ja – soweit sie das Recht eines bestimmten Territoriums nicht einfach zu romanisieren versuchten – das herkömmliche Recht im Wesentlichen lediglich verschriftlichten, basierten die Normen der Policy

140 OESTMANN (Fn. 5) 649, 652, 660 f.; die verstärkte Berücksichtigung des Partikularrechts bewirkt nach OESTMANN eine »Föderalisierung der kammergerichtlichen Rechtsanwendung«.

141 Ebd., 681: Die Gerichte besaßen unter den genannten Entscheidungsbedingungen »ein hohes Maß an Unabhängigkeit und Freiheit in der Rechtsanwen-

dung«. In die gleiche Richtung TRUSEN (Fn. 13) 115.

142 Eingehend hierzu THOMAS SIMON, »Gute Policy«. Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der frühen Neuzeit, Frankfurt a. M. 2004, 484 ff.

gerade nicht auf irgendeinem rechtlichen Herkommen, sei es des *via usu* rezipierten Römischen Rechts, sei es des traditionellen heimischen Rechts, sondern auf bestimmten sozialen Ordnungsvorstellungen, die im Wege der Policeygesetzgebung erst erreicht werden sollten.¹⁴³ Viel weniger als die »Landrechte« basierten also die policeylichen Gebote auf irgendeinem »usus« – um so geringer aber musste die Anwendungsbereitschaft der Justiz gerade gegenüber solchen Normen ausfallen, solange die Gerichte in irgendeiner Form »Observanz« als Anwendungskriterium betrachteten.

In der Tat ist seit dem 17. Jahrhundert in vielen Territorien des Reichs das Bestreben der Landesherren zu beobachten, den traditionellen Justizinstanzen die Entscheidung solcher Fälle zu entziehen, in denen irgendwelche Policeynormen entscheidungsrelevant sein konnten, um sie auf Instanzen meist jüngerer Ursprungs zu verlagern, bei denen man von größerer Folgebereitschaft gegenüber den Entscheidungen des Gesetzgebers glaubte ausgehen zu können. In Brandenburg-Preußen ist das auch weitgehend gelungen: Hier wurden bereits seit der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts die Kriegs- und Domänenkammern als Verwaltungsbehörden neuen Typs in die Entscheidung solcher Sachen zumindest mit einbezogen, die durch die fürstliche Policeygesetzgebung geregelt worden waren.¹⁴⁴ Andernorts scheiterten derartige Kompetenzumschichtungen allerdings vielfach am Widerstand der Stände, die ein Interesse daran hatten, dass der Zuständigkeitsbereich der von ihnen dominierten traditionellen Justizorgane unbeeinträchtigt blieb.¹⁴⁵ Die Begründungen, die dafür ins Feld geführt werden, den Justizinstanzen Teile der streitigen Gerichtsbarkeit zu entziehen oder sie dabei zumindest unter die Kontrolle policeylicher Behörden zu stellen, sind ausgesprochen aufschlussreich. Sie offenbaren ein deutliches Misstrauen des Gesetzgebers gegenüber den Gerichten des eigenen Territoriums: In Policeysachen drohten, so heißt es etwa in einer preußischen Zuständigkeitsverordnung aus dem Jahre 1713, »Unsere Edicta und Mandata« durch die Gerichtsurteile »geschwächt oder gar entkräftet« zu werden.¹⁴⁶ »Entkräftet« wurden sie, weil die Gerichte zu sehr nach der Observanz auch der fürstlichen »Edicta und Mandata« fragten, die dann einer solcher Anwendungsvoraussetzung nicht genügen konnten. Hier lag ein aus der Sicht des modernen Territorialstaates bedenklicher Engpass, der den Normen der Policeygesetzgebung den Eingang in die gerichtliche Entscheidungspraxis erschwerte.

143 THOMAS SIMON, Recht und Ordnung in der frühen Neuzeit, in: Rechtshistorisches Journal 13 (1994) 372–392, 387 f.

144 Ebd., 375 ff.; DERS., Einleitung (Fn. 129) 33 f.

145 So etwa in Kurköln, dazu eingehend THOMAS SIMON, Hofrat und Hofkammer in Kurköln. Funktionsprofil und Verwaltungsverständnis der Spitzenbehörden eines geistlichen Territoriums, in:

Der Riss im Himmel. Clemens August und seine Epoche, Bd. 2: Im Wechselspiel der Kräfte. Politische Entwicklungen des 17. und 18. Jahrhunderts in Kurköln, hg. von FRANK GÜNTER ZEHNDER, Köln 1999, 236–266, 256 ff.

146 Corpus Constitutionum Marchicarum, Teil II, Abt. 1, Nr. 131, Sp. 520, § V; eingehend zu dieser Verordnung SIMON, Recht und Ordnung (Fn. 143) 375 ff.

Das allmähliche Platzgreifen formeller Geltungsvorstellungen in der frühneuzeitlichen Justiz lässt sich als Teilaspekt der »Positivierung des Rechts« verstehen: Die gerichtlichen Institutionen akzeptieren obrigkeitlich »gesetzte« Normen mehr und mehr auch dann als geltend, wenn diese nicht mit dem Argument der Gebräuchlichkeit in das Recht integriert werden können. Die Konsistenz mit den überlieferten Argumentationsmustern wird dabei dadurch hergestellt, dass man diesem rechtlichen Anschauungswandel zunächst nur auf der Ebene des Beweisrechts Raum gibt. Der Bezug zur »Positivierung des Rechts« ist in unserem Zusammenhang aber nur dann sinnvoll, wenn man dieses Deutungsmotiv eng fasst: Es meint hier das Aufkommen eines Normverständnisses, das einen bewussten Setzungsakt – sei es einen obrigkeitlichen Befehl, sei es eine Vereinbarung der Normadressaten auf konsensualer Grundlage – als Geltungsgrund einer Norm ausreichen lässt und nicht länger auf der faktischen Normbefolgung als Geltungsgrundlage beharrt. Auf den Aspekt inhaltlicher Legitimierung der Normen im Sinne objektiv gültiger Bewertungsmaßstäbe religiöser oder naturrechtlicher Provenienz kommt es bei dieser Gegenüberstellung hingegen nicht an.¹⁴⁷

Thomas Simon

¹⁴⁷ Weites und enges Verständnis des »positiven Rechts« findet sich nebeneinandergestellt etwa bei PETER KOLLER, *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, 2. Aufl., Wien u. a. 1997, 22 f. Wenn Luhmann von der »Positivierung« spricht, dann spielt dabei zwar auch die Preisgabe »überpositiver« Wert- und Gerechtigkeitsvorstellungen hinein, im Vordergrund steht aber doch eindeutig das Motiv bewuss-

ter politischer Entscheidungen, die in Normsetzungsakten ausgemünzt werden und deren Produkte dann allein schon deshalb – etwa von der Justiz – akzeptiert werden; siehe hierzu NIKLAS LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., Opladen 1987, 190 ff. und 294 ff.