

Titel:	Verwicklungen und Entflechtungen
Untertitel:	Zur Verbindung und Differenzierung von Recht und Religion, Gesetz und rechtlicher Vernunft im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs
Verfasser:	Jansen, Nils
Dokumenttyp:	Aufsatz in Zeitschrift
Medientyp:	Text
Erscheinungsdatum:	2015
Quelle:	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, Jg. 132, Wien: Böhlau Verlag, S. 29–81.
Sprache:	Deutsch
Format:	PDF-Dokument
ISBN:	-
ISSN:	0323-4045

Verwicklungen und Entflechtungen

Zur Verbindung und Differenzierung von Recht und Religion, Gesetz und rechtlicher

Vernunft im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs¹

Von

Nils Jansen, Münster

Z.: Der Beitrag rekonstruiert die Verbindungslinien zwischen dem Vernunftrecht der Neuzeit und dem katholischen Naturrecht des 15. und 16. Jahrhunderts. Er beschreibt, wie der moderne Vernunftrechtsdiskurs seine Entstehung den Werken katholischer Theologen verdankte, die Gewissens- als Rechtsfragen verhandelten und deshalb religiös gegründete umfassende Naturrechtssysteme formuliert hatten. Grotius und die späteren Vernunftrechtslehrer gliederten das Naturrecht dann wieder aus der Theologie aus, indem sie die aus ihrer Sicht universellen Gehalte des katholischen Naturrechtserbes neu innerhalb des Rechts reformulierten. In diesen Diskursen etablierten die Naturrechtslehrer die seither selbstverständlichen Differenzierungen von positivem Recht und Naturrecht einerseits und von juristischem und religiösem Naturrecht andererseits. Allerdings ging es in diesem Differenzierungsprozess niemals einfach um eine „Säkularisierung“ des Rechts, sondern spezifischer darum, die universelle Vernunft des Rechts und die (im konfessionellen Zeitalter) nicht (mehr) universalisierbaren Gehalte der Religion zu entflechten.

S.: *Entanglements and disentanglements. Differentiating and dedifferentiating law and religion, statute and legal reason in early modern natural law debates.* The article reconstructs the connections between modern (17th and 18th century) natural law and the 15th and 16th century catholic natural law discourse. It is shown that the modern natural law was based on the work of catholic theologians who treated questions of conscience as legal issues. The natural law was then cut out of theology by Grotius and by later natural lawyers, who reformulated within the law what they perceived as the universal elements of catholic natural law. In those debates the natural lawyers established the – since then evident – differences between positive law and natural law on the one hand and between legal and religious natural law on the other. Yet, those debates did not concern a ‘secularization’ of natural law. Much more specifically, the natural lawyers disentangled the universal logic of law and those religious elements that could, in the confessional age, no longer be regarded as universal.

K.: Law and religion, natural law, secularization, Grotius, Late Scholasticism

Wer die katholische Theologie des 16. Jahrhunderts in den Blick nimmt, stößt dort unweigerlich auf ein Phänomen, das man getrost als *usus religiosus pandectarum* charakterisieren darf: ein theologisch gegründetes, dem Anspruch nach freilich universelles Naturrechtssystem, dessen Sprache dem gemeinen Recht und späteren vernunftrechtlichen Systementwürfen in nichts an juristischer Technik und Komplexität nachstand. Wesentliche Aspekte sind bekannt: Man weiß etwa um die ausdifferenzierten sachenrechtlichen Grundlagen dieses Rechtssystems²; gut erforscht sind auch die ausgesprochen innovativen Regeln des auf die Vertragsfreiheit gegründeten modernen

¹ Der Beitrag beruht auf Vorträgen, die ich vor der Juristischen Fakultät Zürich und auf dem Rechtshistorikertag 2014 gehalten habe. Dank für wichtige Anregungen und Hinweise gebührt Thomas Gutmann und Detlef Pollack. ² Aus der verstreuten Literatur etwa Paolo Grossi, La proprietà nel sistema privatistico della seconda scolastica, in: id. (Hg.), La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno, 1973, 117–222; Robert Feenstra, Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlicher und spätscholastischer Quellen, in: Festschrift für Franz Wieacker, 1978, 209–234; Kurt Seelmann, Die Lehre des Fernando Vázquez De Menchaca vom Dominium, 1979; siehe auch Annabel S. Brett, Liberty, right and nature, Individual rights in later scholastic thought, 1997; Dietmar Willoweit, Dominium und Proprietas, Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft, Historisches Jahrbuch 94 (1974), 131–156, 144ff., 147ff.

Vertragsrechts³; und man kennt schließlich die Restitutionslehre, mit der die Spätscholastiker ein konzeptionell geschlossenes Gegenmodell zu den Delikten und Quasidelikten des römischen Rechts formulierten⁴. Dabei begründeten die Theologen solche Lehren keineswegs allein im Rückgriff auf theologische und philosophische Werke; vielmehr allegierten sie als Autoritäten vor allem auch die *corpora iuris civilis* und *canonici*, gelehrte Literatur zum römischen und kanonischen Recht und nicht zuletzt das Recht Spaniens⁵.

Fast alle in diesem Diskurs formulierten Wertungen prägen heute die Rechtsordnungen Europas; auch das ist bekannt. Verstanden sind die Prozesse, die dazu geführt haben, indes noch nicht. Im Folgenden möchte ich den mit diesen frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskussionen verbundenen Entdifferenzierungs- und Differenzierungsprozessen nachgehen. Eine solche Perspektive, dies ist die Zentralthese dieses Beitrags, trägt wesentlich zum besseren Verständnis des katholisch-theologischen Naturrechts und des juristischen Vernunftrechts einerseits und zur Genese modernen Rechtsdenkens andererseits bei. Es gilt, um die wesentlichen Ergebnisse vorwegzunehmen, zu zeigen, dass das ausdifferenzierte Natur- und Vernunftrecht der Neuzeit seine Entstehung katholischen Theologen verdankt, die im 15. und zunehmend im 16. Jahrhundert Gewissensfragen als rechtliche Probleme verhandelten und zu diesem Zweck religiös gegründete umfassende Naturrechtssysteme formulieren mussten. Bei Grotius und den späteren Vernunftrechtslehrern kam es dann umgekehrt zu einer Spiegelung dieser religiösen Naturrechtssysteme innerhalb des Feldes des Rechts. Damit verbunden waren die Differenzierungen von positivem Recht und Naturrecht einerseits und von juristischem und religiösem Naturrecht andererseits. Obwohl das gelehrte Recht und die Theologie eigentlich seit dem Mittelalter klar unterschieden waren, wurde es in diesem Differenzierungsprozess noch einmal nötig, die universelle Vernunft des Rechts und die (im konfessionellen Zeitalter) nicht (mehr) universalisierbaren Gehalte der Religion zu entflechten.

I. Der theologische Diskurs

1. Entdifferenzierung:

Die eingangs geschilderte Juridifizierung der christlichen Moral bedeutete offenkundig eine hoch ambivalente Entwicklung. Zum einen wurde damit nämlich ein juristisch entfaltetes Naturrecht zu einem Baustein umfassender Theologien: Man inkludierte die Jurisprudenz in die Theologie, indem

³ James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 1989; Wim Decock, *Theologians and Contract Law, The Moral Transformation of the ius commune (ca. 1500–1650)*, 2013.

⁴ Näher Jansen, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution, Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs*, 2013.

⁵ Vgl. Günther Nufer, *Über die Restitutionslehre der Spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit*, Diss. Freiburg 1969, 59ff., 64ff.; siehe auch die Quellenverzeichnisse in Francisco de Vitoria, *Vorlesungen (Relectiones), Völkerrecht, Politik, Kirche* (hg. von Ulrich Horst/Heinz-Gerhard Justenhoven/Joachim Stüben, 2 Bde., 1995/1997), Bd. I, 629ff., Bd. II, 775ff.; näher Gerhard Otte, *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, 1964, 32ff. Ein anschauliches Beispiel bildet etwa die Begründung der angeborenen Freiheit des Menschen durch Bartolomé de Las Casas, *Quaestio de imperatoria vel regia potestate* (ed. Jaime González Rodríguez, in: Las Casas, *Obras Completas*, insg. hg. von Paulino Castañeda Delgado, Bd. 12, 1990, 20ff.), § 1: Die umfangreichen Nachweise nennen in erster Linie das Decretum Gratiani, Schriften von Aristoteles (Physik, Metaphysik) und Thomas von Aquin (Sentenzenkommentar, Summa theologiae), daneben immer wieder die Digesten und Institutionen Justinians sowie Kommentare zum Corpus iuris civilis von Baldus.

man die maßgeblichen Texte als erläuternde Glossen und Kommentare an theologische Autoritäten, insbesondere an die *Summa theologiae* Thomas von Aquins, anlehnte. Dabei bildete die Anreicherung der (theologischen) Naturrechtslehre um Elemente des römischen Rechts zwar kein Spezifikum katholischer Theologie; sie findet sich zeitgleich ähnlich auch bei Autoren wie Melanchthon⁶ und Althusius⁷. Aber in der protestantischen Theologie verlor das Naturrecht gleichwohl seinen juristischen Charakter. Als protestantisches Naturrecht wurde es zunächst zu einem Teil der protestantischen Ethik, nicht der Jurisprudenz⁸. Aus protestantischer Sicht ließen sich die Regeln des Naturrechts deshalb nur abstrakt formulieren; typischerweise verwies man hier einfach auf den Dekalog. Moralthologie und Jurisprudenz blieben für Protestanten deshalb klar disziplinar geschieden⁹.

Demgegenüber nahm die Naturrechtslehre der katholischen Spätscholastiker im Laufe des 16. Jahrhunderts eine zunehmend juristische Gestalt an. Die Theologen hatten sich in die Schule der Jurisprudenz begeben und betrieben Rechtswissenschaft. Damit wurden Juristenschriften unweigerlich zu theologischen Autoritäten, und es verflüssigten sich zuvor feste Kommunikationsgrenzen zwischen Disziplinen, die eigentlich längst an unterschiedlichen Fakultäten institutionalisiert gewesen waren¹⁰. Auch funktional waren das Recht und die Religion zumindest auf dem Gebiet des Privatrechts weitgehend differenziert. Es liegt deshalb nahe, diese Verschmelzung von Teilen des Rechts (Naturrecht) mit Teilen der Religion (Gerechtigkeitslehre) als einen Entdifferenzierungsprozess zu beschreiben. Freilich wäre eine solche Entwicklung aus der Perspektive der theoretischen Soziologie überraschend, gelten Prozesse funktionaler Differenzierung dort doch als nur schwer umkehrbar¹¹. Welches waren also die konkreten Gründe für die Verschmelzung von katholischer Theologie und Jurisprudenz im 16. Jahrhundert?

⁶ Philipp Melanchthon, *Tertia aetas locorum theologicorum*, in: *id.*, *Opera quae supersunt omnia* (ed. Carl Gottlieb Breitschneider/Heinrich Ernst Bindseil), Bd. 21, Braunschweig 1854, Sp. 561–1106, 712–716, mit der Analyse von Merio Scattola, *Das Naturrecht vor dem Naturrecht, Zur Geschichte des ‚ius naturae‘ im 16. Jahrhundert*, 1999, 48–54.

⁷ Johannes Althusius, *Dicaeologicae libri tres*, 2. Aufl. Frankfurt a.M. 1649, *lib. I, cap. XIII*, §§ 11–20.

⁸ Philipp Melanchthon, *Ethicae doctrinae elementorum libri duo*, in: *Opera* (Fn. 6) Bd. 16, Halle 1850, Sp. 165–276, 226–230; *id.*, *Tertia aetas locorum theologicorum* (Fn. 6), Sp. 712–716; Johannes Althusius, *Politica methodice digesta*, 3. Aufl. Herborn 1614, *cap. XXI*, §§ 18–20.

⁹ Ausführlich zum Ganzen Scattola, *Das Naturrecht vor dem Naturrecht* (Fn. 6), 69–76 und öfter; vgl. auch Mathias Schmoeckel, *Das Recht der Reformation, Die epistemologische Revolution der Wissenschaft und die Spaltung der Rechtsordnung in der Frühen Neuzeit*, 2013, 49f.

¹⁰ Walter Rüegg (Hg.), *Geschichte der Universität in Europa*, Bd. I. Mittelalter, 1993, hier insbesondere Alexander Gieysztor, *Organisation und Ausstattung*, 109–138, 110ff., Gordon Leff, *Die artes liberales 1. Das trivium und die drei Philosophien*, 279–302, 297ff., Nancy Siraisi, *Die medizinische Fakultät*, 321–342, 332ff., Antonino García y García, *Die Rechtsfakultäten*, 343–358; siehe auch Scattola, *Das Naturrecht vor dem Naturrecht* (Fn. 6), 157–160 und *passim*; Rudolf Stichweh, *Der frühmoderne Staat und die europäische Universität*, 1991, 20f., 364–366.

¹¹ Zusammenfassend Joachim Renn, *Übersetzungsverhältnisse, Perspektiven einer pragmatischen Gesellschaftstheorie*, 2006, 41f. Vgl. auch Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 440–496, zu strukturellen Koppelungen des Rechts mit der Wirtschaft und der Politik. Um eine strukturelle Koppelung von Recht und Religion im Sinne von Luhmanns Systemtheorie handelte es sich hier allerdings nicht, denn hier inkludierten Theologen das Naturrecht gänzlich in ihr Feld der Religion. Freilich könnte man auch nicht einfach sagen, dass das Rechtssystem, das sich zuvor operativ zu schließen begonnen hatte, seine Differenz gegenüber der Religion verloren hätte. Denn die lokalen Rechte und das *ius commune* blieben von dieser Entwicklung weitgehend unberührt; Juristen erzeugten die juristischen Innovationen, häufig in Reaktion auf Irritationen durch das theologische Naturrecht, auch weiterhin von innen, mit den Mitteln selbstreferentieller dogmatischer Rekonstruktion.

Entscheidend war offenbar, dass führende katholische Theologen wie Francisco de Vitoria, der Gründervater der „Schule von Salamanca“, an ihrem umfassenden Kompetenzanspruch für sämtliche Wissensfragen auch festhielten¹², als im 16. Jahrhundert endgültig die mittelalterlichen Weltbilder einstürzten und man sich mit den ökonomischen und politischen Vorboten der Moderne konfrontiert sah: Während die alten Glaubensgewissheiten zerbrachen, traten staatliche Verwaltungsstrukturen an die Stelle früherer Herrschaftsverhältnisse; zugleich wurde den Eliten Europas bewusst, in einer globalen Welt zu leben¹³. In der Mission der Neuen Welt sah man sich mit Problemen konfrontiert, die man zuvor so nicht gekannt hatte¹⁴, und die Güter aus Amerika und dem fernen Osten veränderten die Finanz- und Wirtschaftssysteme Europas kaum weniger als das entstehende Bankwesen. Wie man sich als Christenmensch in dieser neuen Wirtschaftswelt verhalten sollte, war nicht einfach zu sehen. Zugleich sahen sich die Europäer mit Menschen anderer Kulturen und Kontinente konfrontiert, die vernunftbegabt und zu moralischem Handeln fähig waren, obwohl Gott sich ihnen nicht offenbart hatte. Man wurde in Kolonialkonflikte verwickelt, in denen man offenbar nicht mehr allein auf Offenbarungswissen zurückgreifen konnte, sondern mit universalisierbaren Gründen argumentieren musste¹⁵. Der säkulare turn bei Hugo Grotius, man müsse argumentieren, als ob Gott nicht existiere¹⁶, war bereits hier angelegt.

All diese neuen Erfahrungen verlangten von Theologen ein umfassendes Weltwissen und insbesondere eine umfassende Klärung der naturrechtlichen Verpflichtungen von Menschen. Es gab keine Frage, so hatte das ebenfalls bereits Vitoria vorgetragen, die nicht in die Zuständigkeit der Theologie fallen sollte¹⁷. Denn auf dem Tridentinum hatte die Römische Kirche noch einmal die alte jüdisch-christliche Vorstellung von einem strafenden Gott bekräftigt und die Beichte noch stärker einem Gerichtsverfahren angeglichen¹⁸.

¹² Francisco de Vitoria, *Relectio de Indis*, in: id., *Vorlesungen II* (Fn. 5), 370–541, *pars* 1, *praeludium*, n. 8; später repräsentativ Luis de Molina, *De iustitia et iure*, Mainz 1659, Einführung vor *tract.* I; Francisco Suárez, *De Legibus ac Deo Legislatore*, Neapel 1872, *Prooemium auctoris*.

¹³ Siehe nur Martti Koskeniemi, *Empire and International Law: The Real Spanish Contribution*, University of Toronto Law Journal 61 (2011) 1–36, 12f. und *passim*; Michael Stolleis, *Natargesetz und Naturrecht – zwei Abkömmlinge der wissenschaftlichen Revolution des 17. und 18. Jahrhunderts*, in: Matthias Armgardt/Tilman Repgen (Hgg.), *Naturrecht in Antike und früher Neuzeit*, 2014, 137–149, 140f., jeweils m.w.N.

¹⁴ Vgl. Christiane Birr, *Titulus ad regnum coelorum: Zur Taufe und ihren Wirkungen in der theologisch-juristischen Argumentation der Schule von Salamanca*, Rg. Rechtsgeschichte 21 (2013) 129–141, 130f.; Michael Sievernich, „Baptismus barbarorum“ oder christliche Initiation in der Neuen Welt Amerika (16. Jahrhundert), Rg. Rechtsgeschichte 21 (2013) 142–154, 144 ff.

¹⁵ Francisco de Vitoria, *Relectio de eo ad quod tenetur homo, cum primum venit ad usum rationis*, in: id., *Vorlesungen II* (Fn. 5), 92ff., *pars* II, nn. 7ff. (7): *Omnis homo cum primum ad usum rationis pervenerit, etiam si Deum neque cognoscat neque possit cognoscere, potest bene moraliter agere*. Vgl. auch Thomas Duve, *Katholisches Kirchenrecht und Moralthologie im 16. Jahrhundert: Eine globale normative Ordnung im Schatten schwacher Staatlichkeit*, in: Stefan Kadelbach/Klaus Günther (Hgg.), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nicht-staatlicher Rechtsetzung*, 2011, 147–174, 164ff. m.w.N.; zum Menschenbild der spanischen Theologen anschaulich Daniel Damler, *Wildes Recht, Zur Pathogenese des Effektivitätsprinzips in der neuzeitlichen Eigentumslehre*, 2008, 19ff. m.w.N.

¹⁶ Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres* (cum notis Jo. Fr. Gronovii/Joannis Barbeyracii), Leipzig 1758, *Prolegomena*, n. 11: *daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum ...*

¹⁷ Francisco de Vitoria, *De potestate civili*, in: id., *Vorlesungen I* (Fn. 5), 114–161, *principium*. *Officium ac munus theologi tam late patet, ut nullum argumentum, nulla disputatio, nullus locus alienus videatur a theologica professione et instituto*. Näher Tilman Repgen, *Der Summenkommentar des Francisco de Vitoria*, in: David Käßle/Nils Jansen (Hgg.), *Kommentare in Recht und Religion*, 2013, 249–275, 270f.

¹⁸ Decock, *Theologians and Contract Law* (Fn. 3), 55–68 m.w.N. *Zur Wirkung des Tridentinums auf die jesuitische Beichtpraxis und zur Bedeutung für den kasuistischen Ansatz vieler spätscholastischer Autoren* Diego Alonso-Lasheras, *Luis de Molina's De Iustitia et Iure, Justice as Virtue in an Economic Context*, 2011, 90ff.

Für Katholiken wurden damit auch Rechtsfragen zu Heilsfragen von Sünde und Rechtfertigung. Im Kern ging es dabei um die allgegenwärtige Institution der Beichte sowie um die Verpflichtung zur Restitution, die nach allgemeiner katholischer Überzeugung eine unverzichtbare Voraussetzung für die Absolution bildete¹⁹. Vergebung seiner Sünden konnte deshalb nur erlangen, wer zurückgegeben hatte, was er infolge eines Eingriffs in ein fremdes Recht (*dominium*) erlangt hatte (*restitutio ratione rei*), bzw. wer Schadensersatz für einen solchen Eingriff geleistet hatte (*restitutio ratione acceptionis*)²⁰. Damit erschien jetzt praktisch das gesamte Privatrecht unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit heilsrelevant; die Beichte wurde zu einem Hebelpunkt, der die christliche Gerechtigkeitslehre in ein genuin nichtstaatliches Rechtssystem²¹ transformierte²². Es schien offensichtlich, dass Fragen des Privatrechts mit juristischen Argumenten zu beantworten waren. Die Juridifizierung der theologischen Gerechtigkeitslehre, die in den großen Trakten von Jesuiten wie Molina und Lessius zum Programm wurde²³, antwortete hier letztlich auf praktische Bedürfnisse des religiösen Alltags: Die um ihr Seelenheil besorgten Gläubigen verlangten nach konkreten Richtlinien für ihr Handeln und Wirtschaften; umgekehrt benötigten Priester justiziable Maßstäbe, die sie in der Beichte anwenden konnten²⁴.

Schließlich bedeutete die Juridifizierung der Gerechtigkeitslehre im nachtridentinischen Zeitalter freilich zugleich auch eine gegenreformatorische Reaktion auf die Lutherischen Angriffe auf die katholische Lehre von der Rechtfertigung sowie auf die in der Römischen Kirche tradierte

Siehe auch Schmoeckel, Recht der Reformation (Fn. 9), 237–241 m.w.N.

¹⁹ Grundlegend war der autoritative Satz des Augustinus, wonach eine Sünde nicht vergeben werden könne, wenn nicht das Erlangte zurückgegeben werde (*non remittetur peccatum nisi restituatur ablatum*): Augustinus, Epistola CLIII (*ad Macedonium*), n. 20 (in: Jaques Paul Migne [Hg.], Patrologia Latina, Bd. 33, Paris 1861, Sp. 653, 662).

²⁰ Näher Jansen, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz (Fn. 4), 24–142.

²¹ Dazu insbesondere Duve, Katholisches Kirchenrecht und Moraltheologie im 16. Jahrhundert (Fn. 15), 158f., 161f., 165f. Duve betrachtet die soteriologische Sorge um das ewige Heil nicht unplausibel als Geltungsgrundlage eines genuin nichtstaatlichen, also auch nicht im Machtanspruch der Kirche begründeten, theologischen Rechtssystems. Beichtväter, die einen Sünder nachlässig absolvierten, ohne dass er die erforderliche Restitution geleistet hatte, sollten dementsprechend ihrerseits restitutionspflichtig werden, also Schadensersatz leisten müssen: Martín de Azpilcueta (Doctor Navarrus), Enchiridion, sive Manuale confessoriorum et poenitentium, Venedig o.J. [1597], cap. XVII, n. 22.

²² Prozedural ergänzt wurde sie durch Verfahren wie die *denuntiatio evangelica*, die es Gläubigen möglich machten, (Natur-)Rechtsansprüche mit der Hilfe des Priesters durchzusetzen. Näher Decock, Theologians and Contract Law (Fn. 3), 87–104.

²³ Molina, De iustitia (Fn. 12), Einführung vor tract. I: *Ita enim fiet, ut Theologi in enodandis hominum conscientiis, passim non haereant, audacioresque proinde, aptioresque multò sint ad proximos suos invandos, & à peccatis eriuendos Cum enim via & ratione, ex suisque principiis res intelligant, in quo longo intervallo iurisperitos superant; sanè si eam Theologiae partem, quae de moribus differit, copiosè & pro dignitate & amplitudine obiecti, & facultatis Theologiae tradiderimus, ea, quae virum Theologum ex iis, quae iurisperiti tractant, scire decet, nec sine methodo & arte Theologiae inferuerimus; nihil viro Theologo deerit, quod ad Ecclesiae gubernationem, & Reipublicae Christianae utilitatem necessarium fuerit indicatum.* Ähnlich auch Leonardus Lessius, De iustitia et iure, Paris 1618, Praefatio ad lectorem.

²⁴ Ausführlich Wim Decock, From Law to Paradise: Confessional Catholicism and Legal Scholarship, Rg. Rechtsgeschichte 18 (2011) 12–34, 14ff.; id., Theologians and Contract Law (Fn. 3), 69–73 m.w.N.; Winfried Trusen, Forum internum und gelehrtes Recht im Spätmittelalter, Summae confessorum und Traktate als Wegbereiter der Rezeption, ZRG KA 57 (1971) 83, 86ff., 90ff. Anschaulich Joseph Goering, The Internal Forum and the Literature of Penance and Confession, in: Wlfried Hartmann/Kenneth Pennington (Hgg.), The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140–1234, From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX, 2008, 379–428, 403: „the groundwork for the modern discipline of economics was laid by medieval canonists and theologians in their discussions of usury, simony, tithes, and just price. This scholastic analysis was undertaken not for its own sake, however, and not for its relevance to the church courts, but because it was necessary for preparing confessors and judges in the internal forum.“

Verknüpfung von Religion und Recht²⁵. Ähnliches gilt für die Verbindung von Theologie und thomistischer Philosophie, gegen die Luther doch leidenschaftlich polemisiert hatte²⁶. In der Spätscholastik wurde diese Verbindung schon äußerlich sichtbar, indem man die zentralen Traktate als Kommentare zur ‚Summa theologiae‘ Thomas von Aquins verfasste. In ihrer intellektuellen Orientierung an einer maßgeblichen theologischen Autorität der Römischen Kirche unterschied diese Literatur sich schon in ihrer äußeren Anlage von dem zeitgleichen Neo-Aristotelismus humanistischer Protestanten²⁷. Denn während die thomistische Tradition auf eine Verschmelzung von aristotelischer Philosophie und römisch-katholischer Theologie zielte, bestand das Anliegen protestantischer Humanisten darin, die antike aristotelische Philosophie aus der katholisch-scholastischen Lehrtradition zu lösen. Ganz offenkundig ging es in den frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskursen immer auch um symbolische Kommunikation; auch bei der späteren Rezeption dieser Lehren sollte das entscheidend werden.

2. Differenzierungen:

Beschreibt man die Spätscholastik auf diese Weise als eine theologisch begründete Entdifferenzierung der katholischen Wissenschaft, so muss allerdings der Eindruck entstehen, als sei die Welt zumindest dort, wo sie katholisch war, weniger komplex geworden. Genau das war indes nicht der Fall. Die Verschmelzung von Recht und Religion innerhalb der spätscholastischen Naturrechtslehre brachte die zuvor erreichten begrifflichen und institutionellen Differenzierungen zwischen dem Rechtssystem und dem religiösen System nicht zum Verschwinden: Weder wollten noch konnten die Theologen die Uhr der Differenzierung von Recht und Religion, Jurisprudenz und Theologie einfach auf den Stand des 10. Jahrhunderts zurückdrehen. Das spätscholastische Naturrecht bildete vielmehr ein neuartiges Phänomen²⁸, mit dem die Theologie auf die zunehmende Unübersichtlichkeit der Welt des 16. Jahrhunderts reagierte. Mit dem spätscholastischen Naturrecht kam es deshalb zu einer nur scheinbar paradoxen Komplexitätssteigerung innerhalb des jetzt deutlich weiteren Feldes von Naturrecht und Theologie, und zwar institutionell wie semantisch. Diese neuen Differenzierungen beruhten teils auf theologischen Gründen, teils hatten sie rechtliche Ursachen. Sie sollten sich größtenteils später, im Zuge der endgültigen Differenzierung von Recht und Religion innerhalb des konfessionell neutralen Rechtssystems Europas, reproduzieren. Vier Aspekte verdienen dabei besondere Beachtung.

²⁵ Decock, From Law to Paradise (Fn. 24), 14ff.; id., Theologians and Contract Law (Fn. 3), 44–49.

²⁶ Vgl. nur Martin Luther, Conclusiones quindecim tractantes, An libri philosophorum sint utiles aut inutiles ad theologiam, in: id., D. Martin Luthers Werke, Bd. VI, Weimar 1888, 28–29 (Th. 8): *Si quis terminos logice et philosophie in theologiam ducat, necesse est, ut horrendum cabos errorum condant*. Differenzierend Theodor Dieter, Der junge Luther und Aristoteles, Eine historisch-systematische Untersuchung zum Verhältnis von Theologie und Philosophie, 2001.

²⁷ Dazu etwa Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. I. Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600–1800, 1988, 82ff.; Jan Rohls, Protestantische Theorie der Neuzeit, Bd. I, 1997, 1f., 45 m.w.N.

²⁸ Vgl., in ganz anderem Zusammenhang, Renn, Übersetzungsverhältnisse (Fn. 11), 70–73.

a) Institutionen:

Die Differenzierung beginnt maßgeblich auf der Ebene der Institutionen. Seit dem Hochmittelalter hatte das theologische Naturrecht einen festen institutionellen Ort im *forum conscientiae* gefunden: dem seit dem IV. Laterankonzil (1215) förmlich institutionalisierten und mit dem Tridentinum noch stärker verrechtlichten²⁹ Beichtgericht³⁰. Das Naturrecht formulierte damit nicht lediglich normative Prinzipien für eine bessere Welt, sondern war unmittelbar gegenwärtig und wurde tagtäglich angewendet. Mit der Drohung jenseitiger Sanktionen ließ es sich auch gegen den Willen von Gläubigen durchsetzen. Es konkurrierte damit mit den ohnehin pluralen Rechts(un)ordnungen des ausgehenden Mittelalters, die die konkurrierenden politischen Herrschaftsansprüche weltlicher und kirchlicher Akteure spiegelten³¹. Anders als bei der Konkurrenz zwischen weltlichen und Kirchengerichten³² konnte es dabei aber nicht einmal theoretisch die Vorstellung eindeutiger Zuständigkeiten geben. Denn einerseits war es angesichts der universellen Kompetenz von Priestern für die Entscheidung von Gewissensfragen undenkbar, dass ein Anspruch vorrangig an ein weltliches Gericht gehöre. Priester waren immer zuständig, wo sich eine Frage von Sünde und Vergebung stellte. Andererseits haben die Theologen die Geltungsansprüche des positiven Rechts und der Jurisprudenz niemals bestreiten wollen. Staatliche und kirchliche Gewalten waren nämlich nicht zuletzt auch theologisch legitimiert, staatliches und kirchliches Recht selbstverständliche Elemente der normativen Ordnung der Welt³³. Die aus dem Mittelalter überkommene Pluralisierung des Rechts erfuhr deshalb durch die zunehmend justizförmig operierenden *fora conscientiae* unweigerlich eine weitere Dimension.

Mit dem theologischen Naturrecht kam es also gleichsam zu einer Reduplikation des Rechts innerhalb der Religion. Allerdings konnten die Theologen dabei nur innerhalb des von ihnen beherrschten Feldes katholischer Religion die kommunikativen Grenzen zum Recht öffnen. Keinesfalls bedeutete dies, dass umgekehrt auch die Juristen das Recht in gleicher Weise theologischen Argumenten zugänglich gemacht hätten. Angesichts der konfessionellen Spaltung der Religion Europas galt es vielmehr umgekehrt in zunehmendem Maße, das Recht gegenüber theologischen

²⁹ Nachweise oben Fn. 18.

³⁰ Siehe nur Manfred Schneider, Forum internum – forum externum, Institutstheorien des Geständnisses, in: Jo Reichertz/Manfred Schneider (Hgg.), Sozialgeschichte des Geständnisses, Zum Wandel der Geständniskultur, 2007, 23, 24ff. Ein anschauliches Bild der Beichtpraxis im 13. und 14. Jahrhundert bietet Goering, Internal Forum (Fn. 24), 379ff.; ferner Wim Decock, Jesuit freedom of contract, Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis [TR] 77 (2009) 423–458, 431ff.; Paolo Prodi, Eine Geschichte der Gerechtigkeit, Vom Recht Gottes zum modernen Rechtsstaat, 2. Aufl. 2005; Johannes Dieterle, Die Summae confessorum (sive de casibus conscientiae) – von ihren Anfängen an bis zu Silvester Prierias (unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bestimmungen über den Ablass), Zeitschrift für Kirchengeschichte 24 (1903) 353ff. – mit Fortsetzungen Bd. 24, 520ff., Bd. 25 (1904) 248ff., Bd. 26 (1906) 59ff. und 350ff., Bd. 27 (1906) 70ff., 166ff., 296ff., 431ff., Bd. 28 (1907) 401ff.

³¹ Nils Jansen/Ralf Michaels, Private Law and the State, Comparative Perceptions and Historical Observations, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 71 (2007) 345–397, 359ff., 366ff. Maßgeblich Harold J. Berman, Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition, 1983, 10f., 199–519; ähnlich Paolo Grossi, L'ordine giuridico medievale, 1996, 223ff.; zum 16. und 17. Jahrhundert auch Peter Oestmann, Rechtsvielfalt vor Gericht, 2002; id., Rechtsvielfalt, in: Nils Jansen/Peter Oestmann (Hgg.), Gewohnheit – Gebot – Gesetz, Normativität in Geschichte und Gegenwart: eine Einführung, 2011, 99–123.

³² Hierzu, freilich mit anderem regionalem und zeitlich auch etwas späterem Fokus, Peter Oestmann, Geistliche und weltliche Gerichte im Alten Reich, 2012.

³³ Siehe etwa Gideon Stiening, Libertas et potestas, Zur Staatstheorie in *De legibus* (DL III), in: Oliver Bach u.a. (Hgg.), „Auctoritas omnium legum“, Francisco Suárez' *De legibus* zwischen Theologie, Philosophie und Jurisprudenz, 2013, 195–230. Ein anschauliches Beispiel bietet die Argumentation von Leonardo Lessius zur Bindungswirkung von *pacta*: *De iustitia* (Fn. 23), lib. II, cap. XVII, dub. IV, nn. 20f.

Argumenten zu verschließen: Innerhalb kurzer Zeit stabilisierten sich deshalb implizite Spielregeln zur Anschlussfähigkeit religiöser Argumente im Recht, die fortan den Habitus des Juristen charakterisieren sollten³⁴. Nur mittels solcher Regeln ließ sich die Unparteilichkeit und Neutralität des Rechts in einer konfessionell und politisch gespaltenen Welt gewährleisten (näher unten II.2.).

b) Rechtsbegriffe:

Die institutionelle Differenzierung zwischen dem *forum conscientiae* und den politischen *fora externa* weltlicher und kirchlicher Herrscher spiegelt sich semantisch im Rechtsbegriff, insbesondere in der Unterscheidung von *ius naturae* einerseits und *ius civile* (bzw. *ius canonicum*) andererseits. Diese Unterscheidung war für das *ius civile* von jeher in den römischen Quellen angelegt³⁵, doch hatten die Legisten im Mittelalter nicht näher zu fragen brauchen, was mit dem Konzept des Naturrechts konkret gemeint war. Denn innerhalb der römischen Quellen und damit auch beim Umgang mit den römischen Quellen schien dieser Unterscheidung keine wesentliche Bedeutung zuzukommen. Auch die mittelalterliche Theologie hatte das Naturrecht zwar in seiner Bedeutung aufgewertet, aber doch lange Zeit nicht im Einzelnen entfaltet³⁶.

Anders stellte sich diese Differenzierung im 16. Jahrhundert aus der Perspektive römisch-katholischer Theologen dar, denn hier galt es stets zu unterscheiden, ob ein Rechtssatz als *ius naturae* für das *forum conscientiae* oder als *ius civile* nur für das weltliche *forum externum* gelten sollte³⁷. Eine solche Unterscheidung war unproblematisch, soweit es beim *ius civile* um örtliche Gewohnheiten oder um die positiven Gesetze eines territorialen Herrschers ging. Solche Gesetze unterschieden sich von Ort zu Ort; sie fanden ihre Grundlage offenkundig im Willen des Herrschers. Gleiches galt prinzipiell auch für das Recht der Römischen Kirche, das vom *ius naturae* klar unterschieden wurde, wenn etwa nach kanonischem Recht Strafsanktionen galten, für die im ausgleichsorientierten *ius naturae* kein Platz war³⁸.

³⁴ Es bietet sich an, für die Beschreibung solcher Prozesse auf eine bourdieusche Terminologie und auf Denkmuster Bourdieus zurückzugreifen (etwa Pierre Bourdieu, Entwurf einer Theorie der Praxis, 1976, 164–189; id., Sozialer Sinn, 1987, 97–121), wie dies in diesem Beitrag an verschiedenen Stellen geschieht. Freilich gilt es dabei die „Komplizenschaft“ von Habitus und Feld ernstzunehmen: In einer funktional differenzierten Welt handeln Menschen in den verschiedenen Rollen, die sie in den verschiedenen sozialen Feldern einnehmen, offenkundig auf der Grundlage einer je unterschiedlichen schematischen „Handlungs-, Wahrnehmungs- und Denkmatrix“. Es gibt also gewissermaßen ein plurales System leibnizscher *leges insitae*.

³⁵ Cicero, De officiis, III,23; Gaius (1 inst.) D. 1,1,9 (= Inst. 2,1); id. (2 rer. cott.) D. 41,1,1 pr.; Inst. 2,11. Im Einzelnen anders insb. Ulpian (1 inst.) D. 1,1,1,3–4; nach Ulpian sollte das *ius gentium* für alle Menschen, das *ius naturale* für alle Lebewesen gelten.

³⁶ Jan Schröder, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl. 2012, 11–13; Berman, Law and Revolution (Fn. 31), 145–147. Etwas anders für die kanonistische Naturrechtslehre des Mittelalters Andreas Thier, Heilsgeschichte und naturrechtliche Ordnung: Naturrecht vor und nach dem Sündenfall, in: Armgarth/Repgen (Hgg.), Naturrecht (Fn. 13), 151–172, 153–163. In der Kanonistik wurden naturrechtliche Überlegungen für die dogmatische Argumentation fruchtbar gemacht.

³⁷ Vgl. etwa Molina, De iustitia (Fn. 12), tract. II, disp. 698 zur Restitutionspflicht bei einem nur mit *culpa levissima* verursachten Schaden im *forum conscientiae*; ibid., disp. 713 ganz allgemein zur Haftung im *forum conscientiae* bei Fehlen einer theologischen Schuld.

³⁸ Ein Beispiel bieten die Folgen einer Jungfrauenschändung. Die Sanktionen des kanonischen Rechts (Dotierung und Eheschließung) waren von Naturrechts wegen nicht geschuldet, denn für den Ausgleich sollte es genügen, durch eine Aufstockung der *dos* die geminderten Eheaussichten wieder herzustellen; näher Jansen, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz (Fn. 4), 100–106.

Prekär wurde die Unterscheidung allerdings im Umgang mit dem römischen Recht. Denn für die Legisten formulierte das Corpus iuris civilis Justinians insgesamt ein Recht *per excellentiam*³⁹: eine Normordnung von maßstabsetzender Gerechtigkeit⁴⁰. Es galt als *ratio scripta*; und soweit es Sätze eines universellen Völkergemeinrechts (*ius gentium*) formulierte, hatte man es – durchaus im Einklang mit römischen Vorstellungen⁴¹ – auch mit dem Gedanken eines *ius naturae* in Verbindung bringen können⁴². Humanistisch gebildete Protestanten wie etwa Oldendorp oder Wesenbeck haben diese Gleichsetzung noch einmal mit Nachdruck hervorgehoben⁴³.

Aus Sicht protestantischer Legisten formulierte die Unterscheidung von *ius naturae* / *ius gentium* und *ius civile* nicht mehr als eine Binnendifferenzierung ‚innerhalb‘ des römischen Rechts, die vor allem für den Umgang mit den römischen Quellen wichtig werden konnte, insbesondere für die Rezeptionsfrage, ob ein Satz des römischen Rechts in der Neuzeit anzuwenden sei⁴⁴. Demgegenüber galt es für die katholischen Theologen jetzt ganz grundsätzlich zwei juristische Rationalitäten zu unterscheiden: die des römischen Rechts ‚insgesamt‘, und die des *ius naturae*. Konsequenterweise findet sich in den spätscholastischen Quellen kein Konzept eines *ius commune*, obwohl dieser Begriff längst in der italienischen und dann auch in der deutschen Statutenlehre etabliert war. Denn ein solcher Begriff hätte die Differenzierung verschiedener juristischer Rationalitäten unterminiert. So brauchten die Theologen den Rationalitätsanspruch, den die Juristen für das römische Recht geltend machten, nicht zu bestreiten; sie haben diesen Anspruch lediglich grundsätzlich umgedeutet. Wenn das römische Recht (*ius civile*) *ratio scripta* war, so argumentierten spätscholastische Theologen – insoweit in bemerkenswert konfessionsübergreifender Einigkeit mit protestantischen Humanisten⁴⁵ –, dann handelte es sich um die politische *ratio* staatlich verfasster Gesellschaften⁴⁶, die ihren institutionellen Ort vor staatlichen Gerichten fand. Das war aber etwas anderes als die *ratio* des Naturrechts. Denn

³⁹ Glossa Ordinaria (Lyon 1552f.), Gl. *nostrum* zu Inst. 1,2,2 de iure natur. etc.: *Romanorum, per excellentiam*.

⁴⁰ Glossa Ordinaria (Fn. 39), Gl. *vigorem* zu C 10,1,5: *Id est principem, qui est vigor iustitiae: unde dicitur lex animata*

⁴¹ Eben Fn. 35.

⁴² Glossa Ordinaria (Fn. 39), Gl. *ius civile* zu Inst. 1,2,1: *ius civile dicitur quoties adiicitur aliquid iuri naturali... vel detrahatur iuri naturali. vel additur iuri gentium vel detrahatur*, ähnlich die Gl. *ius civile* zu D. 1,1,6. Zum Ganzen Jansen, Das gelehrte Recht und der Staat, in: Reinhard Zimmermann u.a. (Hgg.), Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, Teilbd II: Nichtstaatliches Privatrecht – Geltung und Genese, 2008, 159–186, 168–174.

⁴³ Johann Oldendorp, εἰσαγωγή seu elementaria introductio, ad studium iuris at aequitatis, in: id., Opera Bd. I, Basel 1559, 1–81, tit. II (De iure naturali) und insb. tit. III (De iure gentium); id., Paratitla seu annotationes in librum primum pandectarum, in: id., Opera Bd. I, 591–284, ad D. 1,1,1,2 (ad aut gentium: *ius gentium nihil aliud esse, quam ius naturale*; diese bildeten das *ius commune*, im Gegensatz zum *ius civile*, dem *ius proprium*); ebenso loc. cit. ad D. 1,1,6 pr. (ad iuri communi); Matthaeus Wesenbeck, Commentarii in Pandectas Juris Civilis et Codicem Justinianum olim dicti Paratitla (cum notis & observationibus R. Bachovii Echti), Amsterdam 1665, ad D. 1,1, nn. 15–17. Dabei unterschied Wesenbeck das *ius naturae* insoweit vom *ius gentium* als das *ius naturae* elementare Regeln konstituieren, die für jedermann intuitiv einsichtig seien, während das *ius gentium* insoweit *compositum* sei, als es auf Vernunftschlüssen der Gelehrten auf der Grundlage des *ius naturae* einerseits und der existentiellen und sozialen menschlichen Grundbedürfnisse andererseits beruhe.

⁴⁴ Vgl. im Kontext der Diskussion um die Wirkung eines *pactum* Wesenbeck, Paratitla (Fn. 43), ad D. 2,14, n. 9 (81): *Alia est autem iuris civilis Romanorum ratio*.

⁴⁵ Siehe etwa Franciscus Duarenus, In primam partem Pandectarum, in: id., Opera omnia, Frankfurt 1592, 1–1026, in Tit. XIV de pactis (D. 2,14), ad D. 2,14,7 pr. (p. 42): *aequitas naturalis* und *aequitas civilis*. Anders als Cujas und Doneau war Duaren zwar nicht evangelisch konvertiert; auch er sympathisierte aber mit protestantischen Lehren.

⁴⁶ Vgl. Suárez, De Legibus (Fn. 12), Prooemium: *iuris civilis prudentia nihil aliud sit, quam quaedam philosophiae moralis ad regendos, ac gubernandos politicos reipublicae mores applicatio, seu extensio*.

hier ging es nicht um Bürger (*cives*) als Mitglieder politischer Gemeinschaften, sondern um den Menschen in seiner nackten Existenz vor Gott, der sich im *forum conscientiae* vor seinem Herrn verantworten musste. Es ist dieser Anspruch des theologischen Naturrechts gewesen, eine universelle, für den Menschen als solchen verbindliche Rechtsordnung zu formulieren, der viele seiner Lehren später, trotz ihrer theologischen Fundierung, aus juristischer Perspektive plausibel und semantisch unmittelbar anschlussfähig erscheinen ließ. Drei Beispiele sollen diese im Einzelnen komplexe Differenzierung illustrieren:

Nach überwiegender, freilich nie unumstrittener Ansicht setzte die deliktsrechtliche *restitutio ratione acceptionis* ein echtes theologisches Verschulden voraus – manche Jesuiten verlangten sogar *culpa lata*⁴⁷. Dabei war selbstverständlich, dass die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit nach weltlichem wie auch nach kanonischem Recht weit darüber hinausging. Eigentlich sollten Menschen für sämtliche Folgen leichtester Unaufmerksamkeit (*culpa levissima*) und auch für die Zufallsfolgen rechtswidrigen Verhaltens (Lehre vom *versari in re illicita*) verantwortlich sein⁴⁸. Offenbar galt eine derart weite Verantwortlichkeit im 16. Jahrhundert auch moralisch als plausibel. Nichtsdestotrotz war den katholischen Theologen aber wichtig, dass eine alltägliche Fahrlässigkeit oder eine unbedeutende Normübertretung nicht das Seelenheil gefährden durften; deshalb das Erfordernis theologischer Schuld. Konkret bedeutete das insbesondere, dass man es auf einen Prozess ankommen lassen durfte.

Das zweite Beispiel stammt aus dem Sachenrecht. Hier stand nach römischem Recht fest, dass der Übergang des Eigentums von einem äußeren Publizitätsakt, der *traditio* (Übergabe), abhängig war⁴⁹. Politisch erschien diese Regel auch im 16. Jahrhundert durchaus vernünftig; der Logik der Publizität mochte man sich nicht verschließen⁵⁰. Dass diese politische Vernunft die Regeln des weltlichen Rechts bestimmte, hatten die Spätscholastiker deshalb von Anfang an akzeptiert⁵¹. Spätere Autoren wie Lessius haben diese Logik sogar im *forum conscientiae* umsetzen wollen. Gleichwohl hat die theologische Naturrechtslehre stets darauf beharrt, dass *lege naturae* „eigentlich“ allein der Konsens entscheidend sei⁵².

⁴⁷ Gabriel Vázquez (Bellemontanus), Tractatus de restitutione in foro conscientiae, in: id., Opuscula moralia, Antwerpen 1621, 49–230, *cap.* II, § II, *dub.* II, *nn.* 14f.; Lessius, De iustitia (Fn. 23), *lib.* II, *cap.* VII, *dub.* VI, *n.* 24.

⁴⁸ Näher zu diesen Diskussionen Jansen, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz (Fn. 4), 120–137. Zwar wird in der modernen Literatur bisweilen davon ausgegangen, dass für die Spätscholastiker der Verschuldensgrundsatz selbstverständlich gewesen sei; so etwa Nufer, Restitutionslehre (Fn. 5), 49f.; Jim Gordley, Foundations of Private Law, Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment, 2006, 196ff. Aber das ist mit den Quellen nicht vereinbar und ignoriert die spätscholastische Differenzierung von moralischer Verantwortlichkeit und theologischer Schuld.

⁴⁹ Inst. 2,1,40–46; C. 2,3,20 (Imp. Diokletian): *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*, zu den gemeinrechtlichen Diskussionen Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. I. Älteres Gemeines Recht (1500–1800), 1985, 303–306; ausführlicher Eltjo J.H. Schrage, Traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur, Die Wahl zwischen dem Konsens- und dem Traditionsprinzip in der Geschichte, in: Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert, Festschrift Knut Wolfgang Nörr, 2003, 913–958, 916–944.

⁵⁰ Aus der humanistischen Literatur etwa Duarenus, in Tit. XIV de pactis (Fn. 45), *ad D.* 2,14,7 *pr.* (p. 42).

⁵¹ Francisco de Vitoria, Commentaria in secundam secundae (unter dem Titel ‚Commentarios a la Segunda secundae de Santo Tomás‘ hg. von V. Beltrán de Heredia, 1932–1952), *qu.* LXII, *art.* I, *n.* 30.

⁵² Lessius, De iustitia (Fn. 23), *lib.* II, *cap.* III, *dub.* III, *n.* 12.

Das dritte Beispiel stammt schließlich aus dem Vertragsrecht. Hier haben die Spätscholastiker – gegen eine verbreitete Auffassung praxisorientierter Legisten⁵³ und wieder im Einklang mit maßgeblichen Humanisten⁵⁴ – für das gemeine Recht den Satz der Quellen ernst nehmen können, dass ein bloßes Versprechen allein keine vertragliche Bindung begründe (*nuda pactio obligationem non parit*)⁵⁵. Sie haben für diesen Satz allerdings nicht mehr nach universellen Vernunftgründen gesucht⁵⁶: Solche Gründe konnte es nicht geben, denn von Naturrechts wegen sollte jedes Versprechen bindend sein⁵⁷. Allerdings ließen sich für die römische Regel durchaus gute Gründe in der *utilitas publica* finden, insbesondere der Schutz der Gerichte vor einer Prozessflut⁵⁸. Aber vor Gott war das natürlich kein valides Argument. Auch wenn es richtig war, dass weltliche Gerichte formlose Versprechen nicht durchsetzten, musste der beichtende Christ akzeptieren, dass er *lege naturae* gebunden war und deshalb seinen Vertrag zu erfüllen hatte⁵⁹.

c) Methoden:

Juristische Methoden spiegeln den jeweiligen Rechtsbegriff⁶⁰. Es ist deshalb wenig überraschend, dass die Spätscholastiker auch die Art und Weise ihrer juristischen Argumentation differenzieren mussten, je nachdem, ob vom *ius civile* oder von der *lex naturalis* die Rede war. Kurz gesagt und modern gesprochen, folgte ihre Diskussion des *ius civile* einer hermeneutischen Logik. Hier ging es um die richtige Auslegung insbesondere von römischen Quellentexten. Man stellte, wenn man einen Satz des römischen Rechts erklären wollte, die Frage, warum eine bestimmte Regelung so ausgefallen war, wie man sie in den römischen Quellentexten vorfand; man fragte also nach den historischen Wertentscheidungen und Regelungszielen des römischen Gesetzgebers, die dem Gesetz zugrunde lagen. Wo es um solche Fragen ging, lag es durchaus nahe, die Positionen protestantischer Humanisten

⁵³ So aus der Legistik insbesondere Jason de Mayno, In primam Digesti veteris partem commentaria, Lyon 1581, ad D. 2,14,7,4, n. 14 (*lim.* 4): *denuntiatio evangelica* – ein Institut der Beichtgerichtsbarkeit (Fn. 22) – vor dem Zivilgericht; Andrea Alicatus, Paradoxorum ad Pratum libri sex, Lyon 1545, lib. V, cap. III: *Videri indistinctè iure civili agi ex pacto posse: et quemadmodum in materia peccati, ius canonicum in foro civili observemus: tum confutatur quorundam opinio in decretalibus*. Zu dem für die spätscholastische Diskussion wichtigen spanischen Legisten Fortunius Garcia siehe Decock, Theologians and Contract Law (Fn. 3), 106, 114f., 148f. Später insbesondere Wesenbeck, Paratitla (Fn. 43), ad D. 2,14, n. 9 (86f.). Gegen solche Lehren scharf Diego di Covarruvias, Relectio in cap. quamvis pactum de pactis, lib. VI, in: *id.*, Opera Omnia, Frankfurt a.M. 1608, Bd. I, 242–317, pars II, § IV, nn. 21f. m.w.N.

⁵⁴ Näher unten bei Fn. 169ff.

⁵⁵ Ulpian (4 ad ed.) D. 2,14,7,4.

⁵⁶ Insbesondere haben sie sich gegen die Lehre verwahrt, dass diese Regel auf der Vermutung beruhe, dass der Schuldner sein Versprechen übereilt und unüberlegt abgegeben habe. Denn eine solche Vermutung hätte widerleglich sein müssen, wofür die Quellen indes nichts hergeben. Siehe insbesondere Covarruvias, Relectio in cap. quamvis pactum (Fn. 53), pars II, § IV, nn. 19–21; ferner etwa Molina, De iustitia (Fn. 12), tract. II, disp. 255, nn. 1, 7f.

⁵⁷ Statt aller Lessius, De iustitia (Fn. 23), lib. II, cap. XVII, dub. IV, n. 19.

⁵⁸ Covarruvias, Relectio in cap. quamvis pactum (Fn. 53), pars II, § IV, n. 21; Lessius, De iustitia (Fn. 23), lib. II, cap. XVII, dub. IV, n. 21: *Ius civile nolum etiam illis [scil. contractibus, also pacta nuda, N.J.] assistere concedendo actionem, ne lites multiplicarentur*. Das war das Argument von Humanisten wie Duaren (eben Fn. 54). Spätscholastiker, denen das nicht einleuchten mochte, plädierten deshalb für eine Änderung des weltlichen Rechts *de lege ferenda*; so etwa Molina, De iustitia (Fn. 12), tract. II, disp. 258, n. 9.

⁵⁹ Statt aller Lessius, De iustitia (Fn. 23), lib. II, cap. XVII, dub. IV, n. 19: *Omnis contractus, etiam nudus, sponte liberè factus, si contrahentes sint habiles, parit obligationem naturalem, seu in foro conscientiae, ita ut parte invita non possis rescindere, iure tenetur quisque praestare quod promisit, altero acceptante; sive promiserit titulo gratuito, sive oneroso*. Ausführlich Decock, Theologians and Contract Law (Fn. 3), 107–162.

⁶⁰ Grundlegend Schröder, Wissenschaft (Fn. 36), *passim*.

zu übernehmen⁶¹: Auf diese Humanisten ging der historisch-exegetische Blick auf die Quellen zurück, und Konfessionsunterschiede spielten insoweit keine Rolle. Gegenüber den praxisorientierten italienischen Legisten, die die römischen Texte als *ratio scripta* lasen, mit topischen Argumenten fortbildeten⁶² und nichts akzeptieren mochten, was ihnen unvernünftig erschien, war man sich durchaus einig. Francisco Suárez zog mit seiner lange Zeit maßgeblichen Auslegungslehre dann die Konsequenz aus der Trennung von gesetzgeberischer *voluntas* und den verschiedenen *rationes legis*. Für die Frage nach der *mens legis* sei nach dem Willen des Gesetzgebers zu fragen, dem die Entscheidung für eine bestimmte *ratio legis* obliege⁶³.

Einer ganz anderen Logik folgte demgegenüber der Diskurs des Naturrechts. Zwar bezog man sich auch hier in scholastischer Weise auf autoritative Texte⁶⁴. Aber der Maßstab der Wahrheit war hier die Natur der Sache, nicht die Textaussage. Man musste also problembezogen argumentieren, nicht einfach Texte auslegen. Wenn für die Auslegung von Gesetzen der Wille des Gesetzgebers als maßgeblich galt, konnten Juristen gegen einen inakzeptablen Rechtssatz des römischen Rechts allenfalls geltend machen, dass er nicht rezipiert war⁶⁵. Demgegenüber konnten Theologen Sätze der tradierten Lehre um neue Gesichtspunkte ergänzen; man konnte zusätzliche Autoritäten heranziehen – häufig waren das juristische Texte – und auch gegen die Autorität Thomas von Aquins Sachargumente vortragen⁶⁶. Gewiss kam seiner Lehre ein außerordentlich hohes Gewicht zu. Aber sie war nicht bindend, denn es gab auch andere Autoritäten und weiterführende Argumente. Damit galten für das Naturrecht andere und auch andersartige Gründe als für die Auslegung des *ius civile*. Nichts könnte die Ausdifferenzierung selbständiger Rechtssysteme deutlicher machen⁶⁷.

d) Neues Recht:

Es wäre verwunderlich, wenn die neuen Methoden und Argumente der spätscholastischen Theologen nicht auch die Formulierung neuer Normen ermöglicht hätten. Denn hier konnte man unabhängig von den gedanklichen Kategorien und Texten des römischen Rechts argumentieren – man sah sich ja nicht

⁶¹ Siehe zum Ganzen die Nachweise in Fn. 44–58.

⁶² Schröder, Wissenschaft (Fn. 36), 27–52.

⁶³ Suárez, De legibus (Fn. 12), *lib.* VI, *cap.* I, *nn.* 11–14; *cap.* III, *nn.* 9–11 und öfter; vgl. dazu Oliver Bach, Juridische Hermeneutik, Francisco Suárez zur Auslegung und Veränderung der menschlichen Gesetze (DL VI), in: id. u.a. (Hgg.), „Auctoritas omnium legum“ (Fn. 33), 267–309; Schröder, Wissenschaft (Fn. 36), 77–80. Klaus-Gert Lutterbeck, Jurisprudenz als ‚ausübende Rechtslehre‘, Zur Funktion der Rechtswissenschaft im Spannungsfeld von Theologie und Philosophie in Suárez’ *De legibus*, *loc. cit.*, 53–72, 64–68, betont die Parallelen, die Suárez zwischen der Auslegung und der Gesetzgebung gezogen habe. Aber, so sehr das zutrifft, so sehr unterschätzt es doch, dass für den Richter bei Suárez der gesetzgeberische Wille maßgeblich war, nicht die objektive Vernunft und Billigkeit naturrechtlicher Maßstäbe.

⁶⁴ Jansen, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz (Fn. 4), 11–14.

⁶⁵ Zur Diskussion im 17. Jahrhundert vgl. Schröder, Wissenschaft (Fn. 36), 118f.; Jansen, Das gelehrte Recht (Fn. 42), 182f. Die Frage war früh auch in den Niederlanden problematisch; siehe nur Simon van Groenewegen, Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus, Leiden 1649.

⁶⁶ Tilman Repgen, Juristisches Dogma in normativer Vielfalt, Eine Nahaufnahme aus der Zeit der Spätscholastik, in: Georg Essen/Nils Jansen (Hgg.), Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion, 2011, 189–216, 200f., 210–213, 215. Näher zu Vitoria id., Summenkommentar (Fn. 17), 262–268, 272–274; für Suárez Markus Kremer, Vorbemerkungen, in: Francisco Suárez, De pace – De bello (hg. von Markus Kremer, 2013), XXI–LXIV, XXVII–XXX.

⁶⁷ Vgl. Luhmann, Recht der Gesellschaft (Fn. 11), 263 (zur Ausdifferenzierung des Rechtssystems als Ganzem).

einmal an das kanonische Recht gebunden⁶⁸. Die theologische Naturrechtstradition des Mittelalters bot für die spätscholastischen Naturrechtslehrer ein weites Reservoir von Argumenten; argumentativ unüberwindliche Grenzen ergaben sich in dieser Tradition nur ausnahmsweise. Nichtsdestotrotz bleibt bemerkenswert, in welchem Ausmaß die Spätscholastiker über das gemeine Recht ihrer Zeit hinausgegangen sind und Konturen eines modernen Privatrechts formuliert haben. Für das Vermögensrecht lässt sich jedenfalls ohne Übertreibung sagen, dass dort die Grundlagen gelegt worden sind, die seither die Entwicklung des europäischen Privatrechts prägen. Die Vorstellung eines an sich doch unwandelbaren Naturrechts wurde damit in paradoxer Weise zum Motor einer beispiellos dynamischen Rechtsfortbildung. Das Recht gelangte hier zu innovativen Lösungen, weil die Religion ihm, gleichsam von außen, eine Verdoppelung seiner selbst oktroyierte und die Theologen dabei besonders strenge Maßstäbe ausgleichender Gerechtigkeit aufstellten, denen das römische Recht ihrer Ansicht nach nicht genügte.

Dynamisierend wirkte dabei insbesondere der Gedanke, das Recht von subjektiven Herrschaftsrechten und individueller Rechtsträgern her zu konzipieren⁶⁹. Deutlich sichtbar wurde dieser Ansatz im systemtragenden Begriff des *dominium*: ein Begriff mit einer langen philosophisch-theologischen Diskussionstradition⁷⁰, der nicht einfach das Eigentum, sondern ein Herrschaftsrecht in einem umfassenden Sinn bezeichnete⁷¹. Jetzt wurde dies *dominium* zum zentralen Bezugspunkt für die juristische Rechtssatzbildung. Insbesondere fand die Restitution, so hatte Vitoria das maßgeblich formuliert, ihre Grundlage im *dominium* des Geschädigten⁷². Vitoria und seine Schüler hatten den

⁶⁸ Signifikante Abweichungen etwa in den Zurechnungslehren (hier haben die Spätscholastiker beispielsweise die kanonistische Lehre vom *versari in re illicita* zurückgewiesen) oder in der kanonistischen Verpflichtung von Männern, eine verführte Jungfrau zu ehelichen oder voll zu dotieren. Von Naturrechts wegen sollte der Mann lediglich zur Aufstockung der *dos* verpflichtet sein. Näher Jansen, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz (Fn. 4), 101–106 und 123–127. Wichtige Differenzen finden sich aber auch im Vertragsrecht; umfassend Decock, Theologians and Contract Law (Fn. 3): Während das kanonische mit dem römischen Recht beispielsweise nur bei einer „enormen“ Abweichung vom *iustum pretium* ein Rechtsmittel gewährte, galt nach Naturrecht jede Abweichung vom gerechten Preis als Sünde (siehe noch unten II.2.c).

⁶⁹ Hierzu und zum Folgenden Jansen, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz (Fn. 4), 35–42; illustrativ auch die kritische Rekonstruktion aus völkerrechtlicher Perspektive bei Koskenniemi, Empire and International Law (Fn. 13), 12–29 m.w.N.

⁷⁰ Jansen, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz (Fn. 4), 36f., 89.

⁷¹ *Dominium* ließ sich auf weltliche Güter (Eigentum) und politische Herrschaft (*dominium iurisdictionis*) ebenso beziehen wie auf die Persönlichkeitsgüter (*dominium vitae*, *dominium membrorum*), wobei jedes rechtliche *dominium* philosophisch auf dem *dominium actionum*: auf der Herrschaft des Menschen über sein Verhalten, beruhte. Dabei bestand die besondere juristische Bedeutung dieses Konzepts nicht nur in seiner menschenrechtlichen Semantik *avant la lettre*, sondern vor allem in seinem zentralen Platz im Rechtssystem. Auch wenn mit diesem Begriff weiterhin theologische Obertöne anklangen, so wurde *dominium* in den Diskussionen um ein natürliches Privatrecht doch in einer geradezu säkular innerweltlichen Bedeutung verstanden: Der Begriff bezeichnete diejenigen Rechtsgüter, die gegenüber anderen Menschen rechtlich geschützt waren. Exemplarisch zeigt das die spirituelle Integrität. So hoch der theologische Rang dieses Rechtsguts, so schwach blieb sein Schutz durch Restitutionsansprüche im Falle einer Anstiftung zu einem *peccatum* oder wenn ein Novize verleitet wurde, wieder aus einem Kloster auszutreten. Denn wer auch nur einigermaßen juristisch dachte, musste erkennen, dass Menschen für ihre spirituelle Integrität selbst verantwortlich waren und dass man keine spirituellen Herrschaftsrechte über die Seelen anderer Menschen anerkennen konnte; näher Jansen, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz (Fn. 4), 82.

⁷² Vitoria, Commentaria in secundam secundae (Fn. 51), qu. LXII, art. I, n. 6: *omnis restitutio fundatur in dominio*; ebenso dann etwa Dominicus de Soto, De iustitia & Iure, Lyon 1559, lib. IV, prooemium; Petrus de Aragón, In Secundam Secundae D. Thomae Doct. Angelici Commentaria, De Iustitia et Iure, Venedig 1608, qu. LXII, Vorbemerkung *De restitutione* zu art. II: ... *omnis obligatio restitutionis semper ex eo oritur, quod quis privatur*

Begriff deshalb, in einer bemerkenswerten Abweichung⁷³ von der Gliederung der *Summa theologiae*⁷⁴, als Einleitung zum Abschnitt über die *restitutio* erläutert⁷⁵. Für jede Frage eines Restitutionsanspruchs kam es also darauf an, ob das beeinträchtigte Interesse als naturrechtlich geschütztes *dominium* galt. Die späteren jesuitischen Naturrechtstraktate stellten das *dominium* dann sogar noch weiter an den Anfang und machten es damit zum Grundbegriff des Naturrechts insgesamt⁷⁶. Denn das *dominium* galt ebenso auch als Grundlage des Vertragsrechts⁷⁷, ging es hier doch um die Regeln, anhand derer Menschen sich wechselseitig Herrschaftsrechte (*dominia*) übertrugen⁷⁸. Die Privatautonomie (*libertas*) und das Konsensprinzip wurden damit zu den Grundprinzipien einer ausgesprochen liberalen Vertragsrechtsdogmatik⁷⁹. Gewiss konnte man diese Prinzipien einschränken, doch erforderte eine solche Einschränkung allgemein akzeptable Gründe. Begründungsbedürftig war im Recht also nicht die Freiheit, sondern ihre Einschränkung.

Es ist gewiss nicht übertrieben, hierin eine menschenrechtliche „Konstitutionalisierung“ des Naturrechts zu sehen⁸⁰. Normativ gründete sich diese Konstitutionalisierung zwar in der Restitution und damit auf einem letztlich theologischen Fundament; sie hatte aber doch eine spezifisch juristische Gestalt und Semantik angenommen. Gerade im Kontext von Differenzierung und Entdifferenzierung verdient das besondere Beachtung. Denn in der Systemtheorie gilt dieser Gedanke als „die bedeutendste Errungenschaft der neuzeitlichen Rechtsevolution“⁸¹: als Kern und Motor der normativen Dynamik der Moderne⁸². Allerdings sollte es bis dahin noch ein weiter Weg sein. Modern war zwar die subjektive Grundkonzeption, aber gewiss nicht das Naturrecht als Ganzes⁸³. Und man

dominio rei, quod prius habebat; Domingo Báñez, *Decisiones de Iure et Iustitia* (Bd. IV), Duaci 1615, *qu.* LXII, vor *art.* I, *Praeambulum de dominio: Antequam tractatum valde necessarium de restitutione aggrediamur, necesse est, ut de dominio prius dissereamus*.

⁷³ Näher Brett, *Liberty, right and nature* (Fn. 2), 126ff.

⁷⁴ Dazu Repgen, *Summenkommentar* (Fn. 17), 259–261; Otte, *Vitoria* (Fn. 5), 41; Daniel Deckers, *Gerechtigkeit und Recht. Eine historisch-kritische Untersuchung der Gerechtigkeitslehre des Francisco de Vitoria (1483–1546)*, 1991, 154ff., 165, 206ff.

⁷⁵ Vitoria, *Commentaria in secundam secundae* (Fn. 51), *qu.* LXII, *art.* I, *nn.* 4ff.; Soto, *De iustitia* (Fn. 72), *lib.* IV, *qu.* I–V (zum *dominium*), *qu.* VI. (*Restitutio*); siehe auch *id.*, *Relectio sapientissimi magistri fratris Dominici de Soto, Quam habuit primam in quartum sententiarum et inscripsit de dominio*, 1535, in: *id.*, *Relecciones y opusculos* (Hg. und ins Spanische übers. von J. Brufau Prats, 1995), Bd. 1, 98–192, *prooemium*. Ähnlich Báñez, *Decisiones* (Fn. 72): Lehre vom *dominium* als Vorbemerkung „*Praeambulum de dominio*“ zur Lehre von der Restitution (*qu.* LXII, *art.* I); Aragón, *De iustitia* (Fn. 72): „*Materia de dominio*“ als Vorbemerkung zu *qu.* LXII, *art.* I.

⁷⁶ Siehe etwa Molina, *De iustitia* (Fn. 12), *tract.* II, *disp.* 1ff.; Lessius, *De iustitia* (Fn. 23), *lib.* II, *cap.* III, *dub.* Iff.

⁷⁷ Soto, *De iustitia* (Fn. 72), *lib.* IV, *prooemium*: *dominium ... basis fundamentumque est omnium contractuum conventorumque pactorum, quae per commutativam iustitiam celebrantur*.

⁷⁸ Näher Decock, *Theologians and Contract Law* (Fn. 3), 164f.

⁷⁹ Dies ist die Zentralthese von Decock, *Theologians and Contract Law* (Fn. 3), 162–214 und *passim*.

⁸⁰ Näher Jansen, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz* (Fn. 4), 44–47.

⁸¹ Luhmann, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 11), 291f., 482–490; *id.*, Zur Funktion der ‚subjektiven Rechte‘, in: *id.*, *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981, 360–373. Luhmann argumentiert freilich, anders etwa als Gutmann (Fn. 82) mit einem abstrakten Begriff des subjektiven Rechts, der allerdings, anders als Luhmann das annimmt, mit der *stipulatio* bereits dem altrömischen Recht zugrunde lag.

⁸² Thomas Gutmann, *Religion und Normative Moderne*, in: Ulrich Willems u.a. (Hgg.), *Moderne und Religion, Kontroversen um Modernität und Säkularisierung*, 2013, 447–488, *passim*.

⁸³ Von politischer Freiheit oder gar von Religionsfreiheit – jenen individuellen Freiheiten also, die in modernen Gesellschaften die Ausdifferenzierung einzelner Funktionssysteme normativ garantieren – ist in der spätscholastischen Theorie jedenfalls nicht die Rede; und die Staatstheorie ist autoritär; vgl. Stiening, *Libertas et potestas* (Fn. 33).

kann durchaus fragen, wie weit die modernisierende Orientierung an individuellen Herrschaftsrechten nicht zuletzt auch der Legitimierung des imperialistischen Zugriffs von Europäern auf die Güter fremder Völker diene⁸⁴.

II. Grotius und die Vernunftrechtslehre

In der jüngeren dogmenhistorischen Forschung wird täglich deutlicher, in welchem Maße Hugo Grotius einzelne Lehren von seinen theologischen Vorgängern übernommen hat. Man sieht das überall im Privatrecht; jüngst hat Wim Decock deshalb noch einmal ganz zu Recht betont, dass man Grotius nicht so sehr als „innovator“ oder „pioneer“ in den Blick nehmen solle, sondern als Schlüsselfigur, die spätscholastisch theologische und humanistisch-juristische Diskussionslinien elegant zusammengeführt und damit für den juristischen Diskurs anschlussfähig gemacht habe⁸⁵: Grotius war gewiss nicht der „Vater“ des Natur- und Völkerrechts, wie die Forschung dies lange angenommen hat⁸⁶, wohl aber der Vater eines Neuen Naturrechts als einer juristischen Disziplin.

1. Differenzierungen:

Dabei bestand die entscheidende Modernisierungsleistung von Grotius vor allem in der Ausgliederung des mittlerweile juristisch ausdifferenzierten Naturrechts aus der theologischen Lehrtradition: Grotius präsentierte das Naturrecht nicht in der Form eines theologischen Summenkommentars, sondern als einen Systementwurf, in dem vor allem auch die humanistischen Autoritäten der griechischen und römischen Antike einen zentralen Platz erhielten⁸⁷.

Hatte die spätscholastische Theologie das Recht verdoppelt, indem sie es innerhalb der Religion in der Form eines theologischen Naturrechts kopierte, so reduplizierte Grotius jetzt umgekehrt das Naturrecht, indem er es gleichsam ins Feld des Rechts zurückkopierte. Dafür gab es zunächst theologische Gründe: Grotius und seine Nachfolger waren Protestanten, für die es nicht nur ein juristisches, sondern nicht zuletzt auch ein theologisches Unding war, die Religion zu juridifizieren⁸⁸.

In der protestantischen Tradition hatte das Naturrecht deshalb zunächst seinen juristischen Charakter verloren und war zu einem Teil protestantischer Ethik geworden⁸⁹. Aber das wurde weder dem rechtlichen Charakter noch dem universellen Anspruch naturrechtlichen Denkens gerecht. Grotius

⁸⁴ So insbesondere die scharf kritische Rekonstruktion eines „empire of private rights“ als kapitalistische Ideologie des imperialistischen Europa von Koskenniemi, *Empire and International Law* (Fn. 13), 12–29, 28 m.w.N.; dazu jetzt Ralf Michaels, *Private Lawyer in Disguise? On the Absence of Private Law and Private International Law in Martti Koskenniemi's Work*, *Temple International & Comparative Law Journal* 27 (2013) 499–521, 504–509.

⁸⁵ Decock, *Theologians and Contract Law* (Fn. 3), 211 und *passim*.

⁸⁶ Roderich Stintzing/Ernst Landsberg, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, Bd. III/1, München 1898, 1–5; vgl. noch Schröder, *Wissenschaft* (Fn. 36), 102f.

⁸⁷ Grotius, *De iure belli ac pacis* (Fn. 16), *Prolegomena*, *passim* und insb. *nn.* 39–55: Neben der Bibel und Aristoteles waren das die antike Historiographie, das römische Recht sowie vor allem Autoritäten der römischen Stoa, insbesondere Cicero und Seneca. Für eine ausführliche Analyse Benjamin Straumann, *Hugo Grotius und die Antike, Römisches Recht und römische Ethik im frühneuzeitlichen Naturrecht*, 2007.

⁸⁸ Zu diesem Programm in der humanistischen Jurisprudenz etwa Harold L. Bermann, *Law and Revolution II, The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, 2003, 40ff., 73ff., 94f.; Christoph Strohm, *Calvinismus und Recht*, 2008, 214ff. (konkret zu Althusius) und öfter.

⁸⁹ Siehe bereits oben bei Fn. 6–9; ausführlich insbesondere Scattola, *Das Naturrecht vor dem Naturrecht* (Fn. 6).

machte das Naturrecht deshalb wieder zu einem Aspekt des Rechtssystems; als Grundlage des Völkerrechts, für das Grotius seine Methode und sein Konzept des Naturrechts ursprünglich entwickelt hatte⁹⁰, war es dabei von offenkundiger praktischer Bedeutung.

Freilich galt es dafür den universellen Anspruch einzulösen, den schon die spätscholastischen Theologen für ihr *ius naturae* erhoben hatten. Das Naturrecht musste also zum einen unabhängig von einem spezifischen Offenbarungswissen begründbar sein; zum anderen galt es, das Naturrecht aus seinem spezifisch katholischen beichttheologischen Kontext zu lösen⁹¹. Zwar bezweifelte Grotius nicht, dass das *ius naturae* vom Schöpfer der Welt geschaffen war⁹², und dass der Wille Gottes auch in der Geschichte sichtbar sei⁹³. Die biblischen Schriften blieben deshalb wichtige Autoritäten in der naturrechtlichen Argumentation⁹⁴, und der Glaube an Gott sollte von Naturrechts wegen geboten sein⁹⁵. Aber eines stand doch fest: Wer nach einem Recht fragte, das für alle Menschen gelten sollte, musste sich auf konfessionsübergreifend akzeptable Begründungsressourcen beschränken und deshalb mit einem allgemeinen Religionsbegriff operieren⁹⁶. Spezifisch konfessionelle, nicht allgemein akzeptierte Lesarten der Heiligen Schrift, das hatte Grotius bereits 1608 in seinem *Mare liberum* dargelegt, taugten für die Naturrechtsbegründung ebensowenig wie partikulares Recht⁹⁷. Wahre christliche Lehre bestehe vielmehr darin, so Grotius später in *De iure belli ac pacis*, die zersplitterten Wahrheiten einzelner Schulen zusammenzuführen⁹⁸.

⁹⁰ Das betont zu Recht Straumann, Hugo Grotius und die Antike (Fn. 87), 17–84, 86f. Im Kern ist die Methode, die Grotius *De iure belli ac pacis* zugrundegelegt hat, bereits in der 20 Jahre älteren völkerrechtlichen Schrift *De iure praedae* entwickelt.

⁹¹ Nach Lutterbeck, Jurisprudenz als ‚ausübende Rechtslehre‘ (Fn. 63), 63f., findet eine derart „konfessionsneurale Begründungstheorie“ sich bereits bei Spätscholastikern wie Suárez. Aber auch Suárez hat an der beichttheologischen Grundlage des Naturrechts selbstverständlich festgehalten.

⁹² Grotius, *De iure belli ac pacis* (Fn. 16), *lib. I, cap. I, § X, n. 1*: *Jus naturale est dictatum rectae rationis indicans actui alicui ex ejus convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali ac sociali, inesse morale turpitudinem, aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore [Deo] naturae talem actum aut vetari, aut praecipere. Deo* bildet eine Hinzufügung einiger späterer Ausgaben. Der theologische Naturrechtsbegriff lässt den Anspruch auf eine offenbarungsunabhängige Begründung unberührt.

⁹³ Grotius, *De iure belli ac pacis* (Fn. 16), Prolegomena, *n. 20*.

⁹⁴ Grotius, *De iure belli ac pacis* (Fn. 16), Prolegomena, *nn. 48–50* sowie *lib. I, cap. I, § 17, n. 2*. In der folgenden Darstellung sind Argumente mit dem Wirken Gottes und Allegationen von Bibelstellen omnipräsent.

⁹⁵ Grotius, *De iure belli ac pacis* (Fn. 16), *lib. II, cap. XX, §§ 44–46*. Zum Ganzen Christian Thomasius, *Historia Juris Naturalis*, Halle 1719, *Praefatio, sect. I, n. 16* (S. 4); Tanaka Tadashi, Grotius’ Method: With Special Reference to Prolegomena, in: Onuma Yasuaki (Hg.), *A Normative Approach to War, Peace, War, and Justice in Hugo Grotius*, 1993, 11–31, 26ff.; Richard Tuck, *Philosophy and Government 1572–1651*, 1993, 194ff.; Frank Grunert, Normbegründung und politische Legitimität, *Zur Rechts- und Staatsphilosophie der deutschen Frühaufklärung*, 2000, 63ff., 77ff.; vgl. auch Andreas H. Aure, Der säkularisierte und subjektivierte Naturrechtsbegriff bei Hugo Grotius, *forum historiae iuris* 2008 (<http://www.forhistiur.de/2008-02-aure/>), Rn. 26ff.

⁹⁶ Grotius, *De iure belli ac pacis* (Fn. 16), *lib. II, cap. XX, § 45, n. 1*: *Ut rem totam penitus introspeciamus, notandum est, religionem veram, quae omnium aetatum communis est, quatuor praecipue pronuntiatis niti; quorum primum est, Deum esse, & esse unum: secundum, Deum nihil esse eorum quae videntur, sed his aliquid sublimius: tertium, a Deo curari res humanas, & aequissimis arbitriis dijudicari: quartum, eundem Deum opificem esse rerum omnium extra se. Haec quatuor totidem decalogi praeceptis explicantur.*

⁹⁷ Hugo Grotius, *Mare Liberum sive De iure quod Batavis competit ad Indicana commercia Dissertatio* (hg. von James Brown Scott, 1916), Prolog (*Ad principes populosque liberos orbis Christiani*), p. 5: *Sed quod hic proponimus, non ex divini codicis pendet explicatione, cuius multa multi non capiunt, non ex unius populi scitis quae ceteri merito ignorant.*

⁹⁸ Grotius, *De iure belli ac pacis* (Fn. 16), Prolegomena, *n. 42*; konkret geht es um die philosophischen Schulen der Antike, doch sollte das Argument offenkundig verallgemeinert verstanden werden.

Diese Ausgliederung des Naturrechts aus der mittlerweile irreversibel konfessionellen Theologie und seine humanistische Rekonstruktion als ein Teil des Rechtssystems bildete die wichtigste differenzierende und modernisierende Weichenstellung in der Geschichte des frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurses. Zwar war Grotius nicht nur ein Jurist, sondern publizierte auch als protestantischer Theologe Maßgebliches⁹⁹. Gleichwohl verzichtete er im Naturrecht folgerichtig auf Argumente protestantischer Theologie ebenso wie auf Allegationen spezifisch protestantischer Schriften¹⁰⁰. Samuel Pufendorf trieb diese Differenzierung von Recht und Religion wenig später mit der Unterscheidung naturrechtlicher, positiv-rechtlicher und theologischer Begründungsressourcen (*fontes*) voran, die je unterschiedlichen Wissenschaftsdisziplinen (*separatae disciplinae*), nämlich der Naturrechtslehre, der Lehre vom geltenden Recht und der Moraltheologie, zugewiesen seien¹⁰¹. Damit re-etablierten Grotius und seine Nachfolger also die Differenz zwischen dem Recht und der Religion, die die katholischen Theologen einzuziehen versucht hatten. Spätere katholische Naturrechtstraktate sind für die Rechtsgeschichte irrelevant geblieben. Zugleich übernahmen die Vernunftrechtslehrer allerdings – jetzt innerhalb des Rechts – die wesentlichen semantischen und methodischen Differenzierungen, die die katholische Theologie mit der Juridifizierung ihres Naturrechts etabliert hatte.

a) Rechtsbegriffe:

Nun gab es außerhalb katholischer Territorien natürlich keine Beichtjurisprudenz; und für die katholische Beichtpraxis wollten die juristischen Naturrechtslehrbücher von Protestanten wie Grotius oder Pufendorf gewiss keine Hilfe bieten. Das Naturrecht verfügte also über keinen realen institutionellen Ort mehr¹⁰². Seine Autoren konnten und wollten nicht mehr beanspruchen, unmittelbar anwendbare Normen zu formulieren¹⁰³. Gleichwohl stand seit Grotius fest, dass das Naturrecht auch nicht einfach in der Ethik bzw. Moraltheologie aufgehen durfte: Nicht zuletzt in den völkerrechtlichen Kontroversen des 17. und 18. Jahrhunderts wurde das Bedürfnis nach einer universellen Normordnung sichtbar, deren Regeln zwar nicht erzwingbar sein konnten, aber doch verbindlich gedacht wurden¹⁰⁴. Für Grotius und seine Nachfolger konnte das Naturrecht deshalb nicht länger mehr sein als ein Ausdruck der Vernunft des Rechts. Das Naturrecht wurde zu dem Ort, an

⁹⁹ Etwa *Annotationes* jeweils zum Alten und Neuen Testament. Siehe auch noch unten Fn. 145, 152 zur Rechtfertigungslehre.

¹⁰⁰ Beobachten lässt sich allerdings – nicht nur bei Grotius – eine Verschiebung der allegierten biblischen Autoritäten; hier bekam insbesondere der Apostel Paulus ein deutlich höheres Gewicht; näher unten nach Fn. 165 und bei Fn. 186f.

¹⁰¹ Samuel Pufendorf, *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo*, Cantabrigiae 1682 (unter dem Titel ‚Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur‘ neu hg. von Klaus Luig, 1994), *Ad lectorem*.

¹⁰² Führende Naturrechtslehrer hielten naturrechtliche Ansprüche immerhin im Naturzustand für erzwingbar, weil man gegen jede Rechtsverletzung mit Gewalt vorgehen dürfe; siehe etwa Gottfried Achenwall/Johann S. Pütter, *Elementa iuris naturae*, Göttingen 1750 (mit dt. Übers. unter dem Titel ‚Anfangsgründe des Naturrechts‘ neu hg. von Jan Schröder, 1995), § 461.

¹⁰³ Thomasius, *Fundamenta* (Fn. 109), *lib. II, cap. V*, § 34. Einzelheiten bei Jan Schröder, „Naturrecht bricht positives Recht“ in der Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts?, in: *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft*, Festschrift Paul Mikat, 1989, 419–433.

¹⁰⁴ Vgl. nur Knud Haakonssen, German natural law, in: Mark Goldie/Robert Wokler (Hgg.), *The Cambridge History of Eighteenth-Century Political Thought*, 2006, 251–290, 265f.

dem Juristen sich – in der Sprache Luhmanns – über das „Programm“ des Rechts: über seine „semantischen Bestände“ und Grundwertungen, verständigten¹⁰⁵. Seine Funktion bestand in erster Linie darin, die nicht mehr selbstverständlichen Grundwertungen des Rechts in semantisch komplexer und vor allem dynamischer Weise zu reflektieren. Dabei behielt das Naturrecht eine allgemein akzeptierte Grundlage in dem Gedanken, dass es der menschlichen Vernunft einsichtige, allgemein gültige normative Voraussetzungen menschlicher Gesellschaftsbildung geben müsse¹⁰⁶. Das Naturrecht wurde also zum zentralen Ort juristischer Reflexion und Innovation (sogleich II.1.c).

Auch ohne institutionelle Basis blieb damit die Differenzierung von *ius civile* und *ius naturae* selbstverständlich. Aus „dem vorher einheitlichen“ war also endgültig „ein dualistischer Rechtsbegriff“¹⁰⁷ geworden, der später in die Unterscheidung von einfachem und politischem Verfassungsrecht übergehen sollte¹⁰⁸: *lex*, so heißt es bei Pufendorf und ganz ähnlich bei Thomasius, *dividitur in naturalem & positivam*¹⁰⁹. Schon bei Grotius hatte sich dabei gezeigt, dass diese Differenzierung nicht zuletzt dazu diente, die zunehmende Bedeutung der Gesetzgebung für die Staatslehre einerseits und die Gewissheitsverluste infolge der konfessionellen Spaltung Europas andererseits einzufangen¹¹⁰. Dementsprechend bekam diese Differenzierung zugleich eine kritische Dimension. Denn zum positiven Recht gehörte auch das römische Recht, das gerade nicht auf staatlicher Autorität beruhte, allerdings bis ins frühe 17. Jahrhundert als eine insgesamt vernünftige bzw. gerechte Ordnung galt¹¹¹. Genau diese Überzeugung wurde mit der Differenzierung von positivem und natürlich vernünftigem Recht brüchig. Vieles am römischen Recht mochte vernünftig sein, doch konnte es als ein positives Recht nicht zugleich als Ausdruck juristischer Vernunft gelten. Seine Anwendung ließ sich deshalb nurmehr gewohnheitsrechtlich erklären¹¹²; dies Verständnis stand in bemerkenswertem Gegensatz zum Selbstverständnis der zeitgenössischen Juristen des *usus modernus*, für die es im gemeinen Recht weiterhin um *usus* und *auctoritas* ging: um die auf Anerkennung und Vernünftigkeit gegründete Autorität der römischen Rechtstexte¹¹³.

¹⁰⁵ Vgl. Niklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Teilbd. 1, 1998, 362f., 376–378. Luhmann diskutiert in diesem Zusammenhang allerdings gerade nicht das Naturrecht, sondern Gesetze, Verträge und präjudizielle Gerichtsentscheidungen (377). Aber eine semantische Reflexion des Rechts muss seine positiven Normen transzendieren.

¹⁰⁶ Pufendorf, De iure naturae (Fn. 109), lib. I, cap. VI, § 18.

¹⁰⁷ Schröder, Wissenschaft (Fn. 36), 99.

¹⁰⁸ Treffend Andreas Thier, Dogmatik und Hierarchie: Die Vernunftrechtslehre, in: Essen/Jansen (Hgg.), Dogmatisierungsprozesse (Fn. 66), 217–238, 236f.

¹⁰⁹ Samuel Pufendorf, De iure naturae et gentium libri octo (cum integris commentariis Io. Nic. Hertii/Io. Barbeyraci), Frankfurt 1759, lib. I, cap. VI, § 18; Christian Thomasius, Fundamenta Juris Naturae et Gentium, 4. Aufl. Halle 1718, lib. I, cap. V, §§ 28f.: *Jus pro lege acceptum est vel naturale, vel positivum*.

¹¹⁰ Hugo Grotius, Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit (id., The Jurisprudence of Holland, Bd. I., übers. von R.W. Lee, 1926), boeck I, deel II, § 22.

¹¹¹ Oben bei Fn. 39ff.

¹¹² Schröder, Wissenschaft (Fn. 36), 99–101, 113f. Schröder erklärt das allerdings ausschließlich mit der Theorie des Gesetzgebungsstaats bei Bodin und Hobbes.

¹¹³ Samuel Stryk, Discursus Praeliminaris de Usu et Auctoritate Juris Romani in Foris Germaniae, in: id., Specimen Usus Moderni Pandectarum, Bd. 1, 4. Aufl. Halle 1713, 1–38. Ähnlich etwa Arthur Duck, De Usu et Auctoritate Juris Civilis Romanorum, in Dominiis Principum Christianorum Libri Duo, Leipzig 1668; Wolfgang A. Lauterbach, Prolegomena de praestantia, auctoritate et libris juris, in: id., Collegii Theoretico-Practici, Bd. I, Tübingen 1726, 1–28; dort insb. § II: De Corpore Juris Civilis. Näher zum Ganzen Jansen, Rechtssystem und informelle Autorität, in: Michele Luminati u.a. (Hgg.), Texte und Autoritäten, Autorität der Texte, 2012, 52–78.

b) Methoden:

Der dualistische Rechtsbegriff des 17. Jahrhunderts spiegelt sich in einer zunehmenden Trennung der Methoden, mit denen man im positiven bzw. im Naturrecht operierte. Nur im positiven Recht ging es weiterhin um die Auslegung autoritativer Texte¹¹⁴. Hier durfte es, das hatte maßgeblich Christian Thomasius geklärt, ausschließlich um die Ermittlung des verbindlichen Textsinns gehen¹¹⁵, wobei es – das hatten bereits zuvor Suárez¹¹⁶ und Grotius vorgetragen¹¹⁷ – hermeneutisch auf den Willen des Gesetzgebers ankommen sollte¹¹⁸. Folgerichtig musste es zulässig sein, auf den historischen Kontext, also auf Materialien neben dem Text, zurückzugreifen¹¹⁹. Gedanklich war all das letztlich in der spätscholastischen Theorie angelegt; auch juristische Autoren haben deshalb bis weit ins 18. Jahrhundert Francisco Suárez als eine maßgebliche Autorität behandelt¹²⁰.

Ganz anders musste man allerdings im Naturrecht argumentieren. Grotius hatte das Naturrecht aus der Theologie gelöst und musste damit den Anspruch aufgeben, das Naturrecht mit der Autorität der katholischen Lehrtradition zu legitimieren; zugleich stellte er das Naturrecht auf eine breitere und insgesamt säkularere Basis von Autoritäten¹²¹. Samuel Pufendorf etablierte dann wenig später mit der *demonstratio* eine neue Methode zur Validierung naturrechtlichen Vernunftwissens¹²² und gab dem Naturrecht damit eine neue, genuin methodische Gestalt. Denn in dieser Methode wurde der neue Anspruch der Vernunftrechtswissenschaft sichtbar, ebenso objektiv und verlässlich wie die Naturwissenschaften ein umfassendes Wissen über das Recht der Natur zu generieren¹²³. Zugleich wurde die *demonstratio* damit zum „Angelpunkt der Ordnungsbildung“ und als „Kennzeichen für die Wissenschaftlichkeit des Vernunftrechts“ eine systemstabilisierende Voraussetzung für die Teilnahme am Naturrechtsdiskurs¹²⁴. Sie stabilisierte damit die Eigenlogik des Naturrechts sowohl gegenüber der Theologie als auch gegenüber dem positiven Recht.

¹¹⁴ Schröder, Wissenschaft (Fn. 36), 140f. (und 173f.).

¹¹⁵ Christian Thomasius, *Institutionum iurisprudentiae divinae libri tres*, 7. Aufl. Halle 1730, *lib.* II, *cap.* XII; id., *Ausübung der Vernunft-Lehre*, Halle 1710, *cap.* (eigentlich Hauptstück) III, §§ 25–160; dazu etwa Lutz Danneberg, *Die Auslegungslehre des Christian Thomasius in der Tradition von Logik und Hermeneutik*, in: Christian Vollhardt (Hg.), *Christian Thomasius (1655–1728), Neue Forschungen im Kontext der Frühaufklärung*, 1997, 253–316, besonders 297–316; Matthias Kaufmann, *Rechtsinterpretation bei Christian Thomasius*, in: Manfred Beetz/Giuseppe Cacciatore (Hgg.), *Hermeneutik im Zeitalter der Aufklärung*, 2000, 169–179, 173–178. Besonders klar und prägnant Schröder, Wissenschaft (Fn. 36), 136f. m.w.N.

¹¹⁶ Oben bei Fn. 63.

¹¹⁷ Grotius, *De iure belli ac pacis* (Fn. 16), *lib.* II, *cap.* XVI, § 1, n. 2: *Rectae interpretationis mensura est collectio mentis ex signis maxime probabilibus*; ebenso Pufendorf, *De iure naturae* (Fn. 109), *lib.* V, *cap.* XII, § 2.

¹¹⁸ Thomasius, *Vernunft-Lehre* (Fn. 115), *cap.* III, §§ 25, 31, 34; id., *Institutiones iurisprudentiae divinae* (Fn. 115), *lib.* II, *cap.* XII, §§ 4f.; siehe auch die Überschrift zu diesem *caput* „De interpretatione voluntatis divinae et humanae per verba declaratae“. Zum Ganzen auch Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, 2001, 436 m.w.N.

¹¹⁹ Thomasius, *Vernunft-Lehre* (Fn. 115), *cap.* III, §§ 34, 64–75, 79–84.

¹²⁰ Schröder, Wissenschaft (Fn. 36), 78, 146.

¹²¹ Nachweise oben Fn. 87.

¹²² Thier, *Dogmatik und Hierarchie* (Fn. 108), 221f., 228–232 m.w.N.

¹²³ Vgl. auch Stolleis, *Natargesetz und Naturrecht* (Fn. 13), 143–145 m.w.N.

¹²⁴ Thier, *Dogmatik und Hierarchie* (Fn. 108), 230.

c) Neues Recht:

Bis zu den Naturrechtskodifikationen haben die Grundlagendiskussionen zum natürlichen Privatrecht die Richtung für die Entwicklung des gemeinen Rechts vorgeben können; das zeigen Studien zum Vertragsrecht¹²⁵ ebenso wie Untersuchungen zum Recht der gesetzlichen Schuldverhältnisse¹²⁶ oder auch zur Übertragung von Forderungen (Zession)¹²⁷. Betrachtete man eine Frage mit den Mitteln naturrechtlicher und vernunftrechtlicher Argumentation, so gelangte man nämlich regelmäßig zu neuen, vom gemeinen Recht abweichenden Regeln. Zum einen ließen sich im Naturrecht viel unproblematischer neue Gedanken und Konzepte erproben als im positiven *ius commune* oder herrschaftlich gesetzten Recht, denn die Theoriebildung musste im positiven Recht methodisch an die römischen Quellen bzw. an andere einschlägige Normen gebunden bleiben. Zum anderen spiegelten die neuen Prinzipien des Naturrechts von Anfang an neue Wertüberzeugungen der frühen Neuzeit – der liberale Neuanfang des spätscholastischen Vertragsrechts¹²⁸ ist hierfür nur symptomatisch. Bis ins 18. Jahrhundert hinein haben Vernunftrechtler immer wieder neue Konzepte und Theoriebausteine formulieren können, die sich später häufig auch im gemeinen bzw. staatlichen Recht durchsetzen sollten; ein spätes Beispiel bildet die „Erfindung“ des Mitverschuldens durch Christian Wolff¹²⁹.

2. Entflechtungen:

In diesem Prozess der Differenzierung von natürlichem und positivem Recht entfaltete sich nach allem eine universelle Eigenlogik des Vernunftrechts: Während das positive Recht die politischen Herrschaftsansprüche des Staats und der Kirche verwirklichte, wurde das *ius naturae* zum Ausdruck des vernunftbegründeten und damit unpolitischen Gerechtigkeitsanspruchs des Rechts. Hier ging es ausschließlich um Fragen der ausgleichenden Gerechtigkeit; Probleme der distributiven Gerechtigkeit wurden der politischen Gesetzgebung anvertraut¹³⁰. Gleichzeitig galt es in diesem Prozess aber auch die gesellschaftsbezogene universelle Vernunft des Rechts einerseits und die jenseitsbezogenen, irreversibel konfessionalisierten Gebote der Religion andererseits zu entflechten. Freilich wäre es verkürzt, davon auszugehen, dass sich insoweit einfach eine spezifisch säkulare Rationalität des Rechts gegenüber religiösen Geltungsansprüchen geltend gemacht hätte; und man darf diesen Prozess auch

¹²⁵ Gordley, Philosophical Origins (Fn. 3); Decock, Theologians and Contract Law (Fn. 3).

¹²⁶ Zusammenfassend Jansen, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz (Fn. 4), 143–175.

¹²⁷ Zur Diskussion bei Grotius und späteren Vernunftrechtlern Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, paperback ed. 1996, 65; Historisch-kritischer Kommentar zum BGB [HKK]/Christian Hattenhauer, 2007, §§ 398–413, Rn. 18; näher Klaus Luig, Zur Geschichte der Zessionslehre, 1966, 40–44; Bruno Huwyler, Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht, 1975, 37–83. Die Grundlagen hatten spätscholastische Theologen mit ihrem weiten Begriff des *dominium* gelegt; das *dominium iurium* erfasste auch Schuldverschreibungen und schuldrechtliche Ansprüche und erklärte damit die Handelspraxis an den Finanzbörsen; vgl. Lessius, De iustitia (Fn. 23), lib. II, cap. III, dub. II, n. 8: *quotidie emuntur & venduntur etiam chirographa, & actiones personales*. Und im Kaufrecht ging es gleichermaßen um körperliche und unkörperliche Sachen (*res omnes mobiles & immobiles, actiones & iura*): loc. cit., lib II, cap. XXI, dub. I, n. 1.

¹²⁸ Oben bei Fn. 77–79.

¹²⁹ Näher HKK/Jansen, 2007, § 254, Rn. 20–23 m.w.N.

¹³⁰ Straumann, Hugo Grotius und die Antike (Fn. 87), 34–39; vgl. allgemein Jansen/Michaels, Private Law and the State (Fn. 31), 348–351.

nicht ohne weiteres als eine Säkularisierung des Rechts verstehen.¹³¹ Vielmehr war die Entkopplung des Naturrechts von der Religion nicht zuletzt auch spezifisch theologisch begründet: Sie ruhte letztlich auf der ursprünglichen protestantischen Überzeugung, dass der Glaube keine rechtliche Gestalt annehmen dürfe¹³². Auch hier spielten Konfessionalisierung und Säkularisierung also schwer unterscheidbar zusammen¹³³. Solche Prozesse sind historisch schwer zu verstehen. Zwar liegt es nahe, Normen und Argumente als säkular-juristisch zu qualifizieren, wenn sie ausschließlich an innerweltliche Begründungsressourcen anknüpfen. Umgekehrt würden Normen und normative Argumente dann als religiös gelten, wenn sie zumindest einen Rest von Transzendenz voraussetzen. Aber das wäre ahistorisch gedacht; für eine historische Analyse sind derart essentialistische Konzepte unbrauchbar. Denn die Grenzziehungen zwischen den Feldern des Rechts und der Religion sind niemals selbstverständlich gewesen; gleiches gilt für die Einordnung von Regeln und Argumenten als spezifisch konfessionell. Vielmehr wurden solche Grenzen von verschiedenen Gesellschaften und zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich gezogen. Die Charakterisierung von Normen und Argumenten als religiös oder säkular-juristisch war ebensowenig stabil wie ihre Zuordnung zu einer spezifischen Konfession. Vielmehr waren all diese Fragen häufig Gegenstand von bisweilen heftigen Kontroversen und Grenzverschiebungen. Solche Kontroversen bilden einen Ausdruck von Veränderungen gesamtgesellschaftlicher Ordnungsvorstellungen und entsprechender semantischer Kategoriensysteme. All das gilt in besonderer Weise für die Entdifferenzierung von Recht und Religion im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs. Man darf annehmen, dass Autoren wie Grotius und Pufendorf nur solche Lehren katholischer Theologen akzeptieren mochten, die sie als überzeugend begründeten universalisierbaren Ausdruck juristischer Vernunft und insbesondere nicht als spezifisch papistische Doktrinen wahrnahmen. Aber was das bedeutete, war wenig klar. So hatte es zum Programm calvinistischer Humanisten gehört, das gemeine Recht von kanonistischen Elementen zu reinigen¹³⁴. Was aus dem kanonischen Recht stammte, galt hier von vornherein als verdächtig. Demgegenüber haben nur wenige Naturrechtslehrer und Juristen des *usus modernus* eine bestimmte Doktrin allein deshalb zurückgewiesen, weil sie ursprünglich im katholischen Naturrecht bzw. in der spätscholastischen Theorie formuliert worden war. Grotius und auch gemeinrechtliche Juristen wie Carpzov, Brunnemann, Mevius, Struve, Lauterbach, Stryk, Vinnius oder Voet allegierten verhältnismäßig unbefangen auch gegenreformatorische, spätscholastische Theologen. Selbst die protestantischen Humanisten zitierten, soweit es um juristische Fragen ging, ohne weiteres auch spätscholastische Stimmen¹³⁵. In Vergessenheit fielen die spanischen Theologen erst seit der Wende zum 18. Jahrhundert, als insbesondere Christian Thomasius die historische Verbindung zur katholischen Diskussion ganz bewusst abschnitt¹³⁶. Man wird, wenn man diese Prozesse verstehen

¹³¹ So aber Diethelm Klippel, Rechtsphilosophie und Naturrecht, in: Enzyklopädie der Neuzeit, Bd. 10, Sp. 715-740, 718f.

¹³² Oben bei Fn. 88.

¹³³ Vgl. Strohm, Calvinismus und Recht (Fn. 88), 7f. (zur Diskussion), 459.

¹³⁴ Strohm, Calvinismus und Recht (Fn. 88), 34f., 37, 215f., 284f., 302ff., 453ff. und *passim*.

¹³⁵ Strohm, Calvinismus und Recht (Fn. 88), 218ff. Nur soweit es um Fragen ging, die als theologisch galten, werden die Konfessionsunterschiede in den Allegationen sichtbar.

¹³⁶ Thomasius, Historia Juris Naturalis (Fn. 95), *Praefatio*, sect. I, n. 16; *cap.* III, §§ 5ff.; *cap.* V, §§ 9ff.; *cap.* VI, §§ 2ff. *id.*,

scholastischen Naturrechts unterscheiden und in jedem Fall das Schicksal einzelner Lehren in den Blick nehmen müssen. Im Folgenden soll das anhand der Restitutionslehre sowie der Lehre von der Bindungswirkung vertraglicher Versprechen (*pacta sunt servanda*) und der Diskussionen um die *laesio enormis* geschehen. Dabei soll das Augenmerk nicht nur auf dem substantiellen Charakter von Argumenten, also auf der „Logik“ von Recht und Religion, liegen; vielmehr gilt es auch die implizite Symbolik formaler Aspekte wie etwa die jeweils konkret allegierten Autoritäten zu berücksichtigen.

a) Die Lehre von der Restitution:

Die Lehre von der Restitution war im Laufe des Mittelalters als eine ursprünglich theologische Lehre auf Grundlage des Bußsakraments entstanden. Im Laufe des 16. Jahrhunderts war daraus eine komplexe Naturrechtsdoktrin geworden: ein spezifisch juristisch formuliertes naturrechtliches Regelwerk, das zwar nach wie vor auf einer theologischen Grundlage ruhte, aber doch eine eigenständige juristische Gestalt erhalten hatte¹³⁷. Bis heute gilt die Restitutionslehre vielen als eine ohne weiteres anschlussfähige Naturrechtstheorie; und die Dogmengeschichte führt modernes Recht auf Lehren des 16. Jahrhunderts zurück¹³⁸.

Genau diese These ist freilich alles andere als unproblematisch; schaut man näher hin, so bietet sich ein anderes Bild. Für die gemeinrechtlichen Diskussionen zum Bereicherungsrecht blieb die spätscholastische Restitutionslehre schon deshalb ohne jede Bedeutung, weil sie konzeptionell wie begrifflich quer zu den Kategorien des römischen Rechts stand¹³⁹. Zwar finden sich im Deliktsrecht einige Allegationen spätscholastischer Autoritäten, aber auch hier diente das nicht der Innovation des gemeinen Rechts¹⁴⁰.

Fundamenta (Fn. 109), *cap. Proemiale*, § 1; zu diesem „Gründungsmythos“ des neuzeitlichen Naturrechts auch Scattola, Das Naturrecht vor dem Naturrecht (Fn. 6), 1–3; Scattola schreibt diesen Mythos Pufendorf zu. Vgl. später noch Stintzing/Landsberg, Geschichte III/1 (Fn. 86), 1ff.

¹³⁷ Näheres und Literatur bei Jansen, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz (Fn. 4), 24–48.

¹³⁸ Nufer, Restitutionslehre (Fn. 5), 1ff., 4; ähnlich etwa Udo Wolter, Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB, Herkunft, historische Entwicklung und Bedeutung, 1985; Robert Feenstra, Das Deliktsrecht bei Grotius, insbesondere der Schadensersatz bei Tötung und Körperverletzung, in: id./Reinhard Zimmermann (Hgg.), Das römisch-holländische Recht, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert, 1992, 429–445; id., Grotius’ doctrine of liability for negligence: its origin and its influence in Civil Law countries until modern codifications, in: Eltjo J.H. Schrage (Hg.), Negligence, The Comparative Legal History of the Law of Torts, 2001, 129–171; id., Grotius’ Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law, in: Schrage (Hg.), Unjust Enrichment, The Comparative Legal History of the Law of Restitution, 2. Aufl. 1999, 197–236; Jan Hallebeek, The Concept of Unjust Enrichment in Late Scholasticism, 1996; Gero Dolezalek, The Moral Theologians’ Doctrine of Restitution and its Juridification in the Sixteenth and Seventeenth Centuries, *Acta Juridica* 1992, 104–114; Johannes Unterreitmeier, Der öffentlich-rechtliche Schmerzensgeldanspruch als Ausprägung eines allgemeinen verfassungsrechtlichen Wiedergutmachungsanspruchs, Eine Renaissance der scholastischen Restitutionslehre, 2007; vgl. auch Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, 2003, 313ff.; id., Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution? Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Savigny, *ZRG RA* 120 (2003) 106–162; HKK/Jansen, 2007, §§ 249–253, 255, Rn. 17ff., 21ff., 29f., jeweils m.w.N.

¹³⁹ Jansen, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz (Fn. 4), 203f. m.w.N.

¹⁴⁰ Besonders anschaulich zeigt das etwa Johannes Brunnemanns Kommentierung der Lex Aquilia. Zwar nutzte Brunnemann hier durchgehend die spätscholastische Literatur und schlachtete Molinas deliktsrechtliche *disputatio de damno iniuste indebitum dato* (Molina, De iustitia [Fn. 12], *tract. II, disp. 697*) geradezu aus: *Commentarius in quinquaginta libros pandectarum*, Frankfurt a.M. 1692, *ad D.* 9,2,3 (n. 2), *ad D.* 9,2,5 (n. 6), 7 (n. 5), *ad D.* 9,2,11 (nn. 4, 11, 15), *ad D.* 9,2,13 (n. 4), *ad D.* 9,2,23 (nn. 11, 18), *ad D.* 9,2,28, und 29 (n. 8, 14), *ad D.* 9,2,31 (n. 1), *ad D.* 9,2,39 (n. 3), *ad D.* 9,2,44 (nn. 1, 5), *ad D.* 9,2,45 (n. 9), *ad D.* 9,2,49 (n. 2). Weitere Molina-Allegationen bei *D.* 9,2,37 (n. 5) und *D.* 9,2,45 (n. 2), Covarruvias-Allegationen bei *D.* 9,2,33 (n. 4) und *D.* 9,2,44 (nn. 5, 8). Die ausführliche Argumentation Molinas zum Umfang der

Solche Allegationen beschränkten sich auf Einzelfragen¹⁴¹ und bezogen sich meist auf Passagen, in denen die Spätscholastiker ihrerseits das gemeine Recht erklärten¹⁴². Eine revolutionäre Rechtsfortbildung war mit all diesen Allegationen nicht verbunden, im Gegenteil: Wo das gemeine Recht gegen die römischen Quellen fortgebildet wurde, etwa bei der Anerkennung von Angehörigenunterhalt und Schmerzensgeld bei Körperverletzungen, zitierte man spätscholastische Autoritäten auch dann nicht, wenn die neuen Regeln dort eine naturrechtliche Begründung gefunden hätten¹⁴³. Stattdessen verwiesen die Autoren des *usus modernus* hier lieber auf die gewandelte Gerichtspraxis¹⁴⁴.

Interessant ist deshalb die Naturrechtsdiskussion. Hier übernahm Grotius praktisch sämtliche einzelnen Lehren und Wertentscheidungen, die die spätscholastischen Theologen im Rahmen der Restitutionslehre formuliert hatten. Auch Grotius formulierte für das Bereicherungs- sowie für das Haftungs- und Haftungsfolgenrecht Gegenmodelle zum römischen Recht, wobei er die Zusammenhänge zur spätscholastischen Diskussion selbst durch detaillierte Allegationen theologischer Autoritäten belegt hat. Allerdings löste Grotius in seinem Hauptwerk *De iure belli ac pacis* diese einzelnen Elemente aus dem theologischen Rahmen der Restitutionslehre heraus und fügte sie in sein neues Naturrechtsmodell ein¹⁴⁵.

Restitution, insbesondere zum finanziellen Ausgleich immaterieller Schäden an Leben, Körper und Ehre (De iustitia [Fn. 12], *tract.* III, *disp.* 84, 87 sowie *tract.* IV, *disp.* 46 und 49) findet aber weder Erwähnung noch sachliche Berücksichtigung, obwohl die spätscholastische Theorie gerade hier juristisch weiterführte. Vielmehr übergang Brunnemann die Frage eines Schmerzensgeldes; und er allegierte spätscholastische Autoritäten nur für den verhältnismäßig unproblematischen Ersatz von Heilungskosten und Verdienstausfall: Commentarius, *ad* D. 9,2,13 (nicht mehr bei D. 9,3,7). Für die Aussage, dass unverheirateten Frauen ein Ausgleich für Entstellungen zustehe, stellte Brunnemann lediglich auf juristische Autoritäten (*n.* 5) ab und übergang damit die spätscholastische Diskussion. Zwar fand sich an anderer Stelle (zu D. 9,2,5, *n.* 8) die nicht näher begründete Aussage, D. 9,2,5,3 statuieren einen Anspruch des Vaters auf einen nicht pönalen finanziellen Ausgleich (*solatium*) wegen der Tötung eines Sohnes. Aber daraus kann man schon deshalb nicht ohne weiteres auf spätscholastischen Einfluss schließen (so aber Unterreitmeier, Schmerzensgeldanspruch [Fn. 138], 90), weil im rechtsgutsorientierten Modell der Restitutionslehre gar kein Platz für ein solches *solatium* von Angehörigen war. Das Obertribunal Wismar, auf dessen Entscheidung Brunnemann sich zusätzlich berief, begründete diesen Anspruch viel plausibler mit Hinweisen auf das sächsische Wergeld und die Privatstrafen nach der *actio de deiectis vel effusis*: David Mevius, Decisiones, Frankfurt a.M. 1726, *p.* I, *dec.* CCXI. Spezifisch spätscholastisches Gedankengut findet sich auch dort nicht; vielmehr hatte die *poena* von 50 *aurei*, die nach der *actio de deiectis vel effusis* geschuldet war, in der spätscholastischen Diskussion ein Standardbeispiel für positivrechtliche pönale Regeln gebildet, für die in der ausgleichsorientierten naturrechtlichen Restitutionslehre kein Platz sei; siehe Lessius, De iustitia (Fn. 23), *lib.* II, *cap.* IX, *dub.* XX, *n.* 132.

¹⁴¹ So bezogen sich Struve und Lauterbach bei der *culpa levissima* bei der Haftung für Unterlassen (Georg Adam Struve, Syntagma Jurisprudentiae Secundum ordinem Pandectarum [cum additionibus Petri Mülleri], Frankfurt und Leipzig 1738, *ad* D. 9,2, *exer.* XIV, § 20; Lauterbach, Collegii [Fn. 113], *lib.* IX, *tit.* II, §§ 9f.) auf die entsprechenden Ausführungen bei Molina, De iustitia (Fn. 12), *tract.* II, *disp.* 697f. Näher zum Ganzen Jansen, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz (Fn. 4), 204–207.

¹⁴² Siehe eben Fn. 140 und 141. In der allegierten *disputatio* bot Molina eine naturrechtliche Erklärung der gemeinrechtlichen *actio de damno dato*.

¹⁴³ Exemplarisch durchgesehen wurden insoweit die einschlägigen Kommentierungen (zu D. 9,2, D. 9,3 sowie D. 47,10) von Brunnemann, Stryk, Lauterbach und Voet.

¹⁴⁴ In diesem Sinne etwa Stryk, Usus modernus (Fn. 113), *lib.* IX, *tit.* II, § 8; *lib.* IX, *tit.* III, §§ 4f.; Johannes Voet, Commentarius ad Pandectas, Paris 1829, *lib.* IX, *tit.* II, § 11. Weitere Nachweise bei Jansen, Haftungsrecht (Fn. 138), 296ff. Freilich war die Praxis längst von den moraltheologischen Wertungen geprägt, die in der Restitutionslehre ihren theoretischen Ausdruck fanden.

¹⁴⁵ Demgegenüber hatte Grotius in früheren Schriften, insbesondere in der *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit* die gesetzlichen Schuldverhältnisse in spätscholastischer Tradition mit dem übergreifenden Gedanken einer Wiederherstellung gestörter Gleichheit erklärt; näher Jansen, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz (Fn. 4), 186f. Er hatte in diesem Zusammenhang auch den Begriff der *restitutio* verwendet und deutlich gemacht, dass die Haftung ihren

Von der Restitution als solcher ist nicht mehr die Rede. Vielmehr erklärte Grotius Delikte (*obligationes ex delicto*) und Bereicherungsansprüche (*obligationes ex dominio*) auf der Grundlage je unterschiedlicher Naturrechtsgrundsätze¹⁴⁶. Deutlich wird diese Umdeutung insbesondere beim Verschuldensgrundsatz, der in der spätscholastischen Doktrin noch mit spezifisch theologisch-institutionellen Argumenten begründet war¹⁴⁷. Bei Grotius erschien dieser Grundsatz jetzt als Axiom säkularen Vernunftrechts: Er sei für das Zusammenleben in einer menschlichen Gemeinschaft konstitutiv und bilde deshalb ein Grundelement eines Deliktsrechts. Grundlage der Haftung war also nicht länger das *dominium* des Geschädigten, sondern die Verletzung einer Verhaltenspflicht seitens des Schuldners. Spätere protestantische Vernunftrechtslehrer wie Pufendorf führten diesen Ansatz selbstverständlich fort, indem sie den Schadensersatz etwa als Sanktion fahrlässigen Fehlverhaltens deuteten¹⁴⁸. Bei diesen Autoren war von spätscholastischen Autoritäten nicht mehr die Rede. Man hatte das Naturrecht auf eine neue funktionale Basis gestellt.

Weder Grotius noch seine Nachfolger haben diese Abkehr von der Restitutionslehre erklärt. Juristische Gründe, um die es in den Naturrechtslehrbüchern allein gehen konnte, gab es offenbar nicht; angesichts des beichttheologischen Hintergrunds liegt es deshalb nahe, nach theologischen Gründen zu suchen. Das gerichtsförmige katholische Bußsakrament einerseits und die protestantische Rechtfertigungslehre andererseits waren spätestens seit dem Konzil von Trient (1545–63) geradezu zu Symbolen der konfessionellen Spaltung Europas geworden¹⁴⁹. Denn nach protestantischer Überzeugung ging es auch in der Beichte niemals um Werke, sondern allein um die Rechtfertigung aus Glauben und Gnade. Für eine theologische Restitutionspflicht war hier offenkundig kein Platz¹⁵⁰. Für Lutheraner umfasste die Buße nur noch die *confessio* und die *absolutio* – eine *satisfactio operis* konnte es nicht geben. In der protestantischen Kanonistik hatte die Restitutionslehre deshalb konsequenterweise keinen Platz gefunden¹⁵¹. Auch für Grotius hatte die Restitution keine Heilsbedeutung im Rahmen der Sündenvergebung¹⁵². Manche Autoren hielten sogar die Klarstellung für angezeigt, dass die

Grund nicht in einem Verschulden oder in der Verwerflichkeit der schädigenden Handlung, sondern im Verlust des Geschädigten finde; besonders deutlich auch Grotius, *Defensio fidei catholicae de satisfactione Christi*, Lyon 1617 (Neudruck: id., *Opera Theologica*, Bd. I, hg. von Edwin Rabbie, 1990), *cap.* II, *nn.* 9–11, insb. 10. Eine Heilsbedeutung für die Sündenvergebung hat die Restitution aber auch in diesem theologischen Kontext nicht; siehe noch unten Fn. 152.

¹⁴⁶ Grotius, *De iure belli ac pacis* (Fn. 16), *Prolegomena*, n. 8. Näher, auch zum Folgenden, Jansen, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz* (Fn. 4), 176–188 m.w.N.

¹⁴⁷ Oben bei Fn. 47ff.

¹⁴⁸ So Pufendorf, *De iure naturae* (Fn. 109), *lib.* III, *cap.* I, § 2.

¹⁴⁹ Siehe nur Adolf von Harnack, *Lehrbuch der Dogmengeschichte*, Bd. III, 4. Aufl. 1910, 852ff.; für einen Überblick Theologische Realenzyklopädie [TRE]/Bezzel, Art. Beichte III. Reformationszeit; TRE/Benrath, Art. Buße V. Historisch, jeweils m.w.N.

¹⁵⁰ Vgl. J. Andreas Quenstedt, *Theologia didactico-polemica sive Systema theologicum*, Wittenberg 1691, *p.* III, *cap.* IX.

¹⁵¹ Keine Behandlung findet sich insbesondere bei Benedict Carpzov, *Jurisprudentia Ecclesiastica seu Consistorialis*, Leipzig 1708, Johann Schilter, *Institutiones Juris Canonici*, Straßburg 1688, insbesondere *lib.* II, *tit.* IV, und bei Justus Henning Boehmer, *Ius Ecclesiasticum Protestantium*, Halle 1736. Carpzov thematisierte nur die spezifisch vertragsrechtliche *restitutio in integrum* und erläuterte im Kontext der Buße und Vergebung als Sanktion nur die Kirchenbußen: *loc. cit.*, *lib.* III, *tit.* VII.

¹⁵² Siehe insb. Grotius, *Defensio fidei catholicae* (Fn. 145), *passim*. Die *remissio peccatorum* der Menschheit sei durch das Opfer Christi, aufgrund der Gnade Gottes, erfolgt (*cap.* I, n. 46); die Sündenvergebung erfolge Messe für Messe durch die Feier der Kommunion (*cap.* I, *nn.* 46ff., *cap.* VII).

Restitution keine Voraussetzung der Sündenvergebung bilde¹⁵³. Hinzu kam, dass die zwanglos ausgestaltete Beichte – zumindest theoretisch – vor jedem Gläubigen abgelegt werden durfte. Eine judizielle Funktion hatte sie nicht, sondern war ausschließlich katechetisch ausgerichtet. Zwar blieb die Restitution auch für Protestanten eine selbstverständliche Gewissenspflicht. Aber die Restitution hatte ihren institutionellen Ort in der Beichte und ihre theologische Bedeutung für die Sündenvergebung verloren. Aus protestantischer Sicht ging es beim Schadensausgleich und bei Rückforderungsansprüchen einfach um zivilrechtliche Ausgleichsansprüche, also um Fragen des weltlichen Rechts bzw. des Naturrechts, die als solche keine theologische Heilsbedeutung haben konnten.

Demgegenüber betonten die katholischen Theologen im 16. Jahrhundert mit besonderem Nachdruck die Bedeutung der Restitution für die Sündenvergebung und das ewige Heil¹⁵⁴. Auf dem Konzil von Trient hatte die Römische Kirche noch einmal ihr rechtsförmiges Verständnis der Beichte gegen die heftige reformatorische Kritik insoweit bekräftigt. Die juristisch-technische Verfestigung der Restitutionslehre setzte diese theologische Grundentscheidung des Konzils folgerichtig um. Die Behauptung, dass eine Restitution für die Sündenvergebung nicht erforderlich sei, erschien deshalb aus katholischer Perspektive geradezu aberwitzig¹⁵⁵. Sowohl für Protestanten als auch Katholiken war die Restitutionslehre also zu einer spezifisch katholischen Doktrin geworden¹⁵⁶. Dass ihre Regeln die juristische Gestalt universeller Naturrechtsgrundsätze angenommen hatten, änderte daran nichts, im Gegenteil: Auch die Juridifizierung war ja theologisch und nach dem Tridentinum auch konfessionell begründet. Aus protestantischer Perspektive waren sowohl das Restitutionsgebot als auch die juristische Gestalt der Restitutionslehre inakzeptable katholische Theologie. Als ein allgemeiner Ausdruck juristischer Vernunft ließ sich die Restitutionslehre deshalb nicht mehr verstehen.

Gerade bei diesem weitreichenden Säkularisierungsschritt beruhte die juristische Systembildung also nicht zuletzt auf theologischen Gründen. Freilich ist das nur scheinbar paradox: Theologische Argumente mussten gerade wichtig werden, weil die Jurisprudenz sich mit konfessionellen Kontroversen konfrontiert sah und deshalb ihr religiöses Erbe kritisch zu reflektieren hatte. Die These, frühneuzeitliche Juristen und insbesondere auch Grotius hätten mit ihren Lehren zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen umsetzen wollen, „what the theologians thought“¹⁵⁷, erkennt

¹⁵³ Schilter, Institutiones Juris Canonici (Fn. 151), *lib. II, tit. IV, § IX: Confitentis furtum ... non deneganda est Absolutio, etsi restitutio rei ablatae non facta* ... [Hervorhebung ##]; ein Versprechen insoweit genüge. Ebenso war die theologisch, mit der Restitutionslehre, begründete Regel des kanonischen Rechts, wonach Erben für Delikte des Erblassers einstehen mussten, um dessen Seelenheil zu retten (Decr. Greg. IX. 5,17,5), aus protestantischer Sicht hochproblematisch; Boehmer stellte hier stattdessen auf naturrechtliche Argumente und das weltliche Recht Sachsens ab: *Ius Ecclesiasticum Protestantium, lib. V, tit. XVII, §§ 128ff., 134ff. m.w.N.*

¹⁵⁴ Molina, De iustitia (Fn. 12), *tract. II, disp. 716, n. 2*; Lessius, De iustitia (Fn. 23), *lib. II, cap. VII, dub. X*: die Restitution sei für das Seelenheil unverzichtbar (*n. 47*); und in der aufrichtigen Reue über die begangene Sünde sei der Vorsatz enthalten, die Restitution zu leisten (*n. 48*).

¹⁵⁵ Soto, De iustitia (Fn. 72), *lib. IV, qu. VI, art. II: Quòd autem restitutio non sit necessaria, non solum haeresis, verum phrenesis est.*

¹⁵⁶ Samuel Stryk betonte in seinen Anmerkungen zu Brunnemann deshalb nachdrücklich, dass die katholischen Moraltheologen dieser Frage einen viel zu weiten Raum einräumten, in: Johannes Brunnemann, De iure ecclesiastico tractatus posthumus (hg. von Stryk, Frankfurt 1709), *additio ad lib. I, cap. VI, memb. I, § XVI.*

¹⁵⁷ So Dolezalek, Doctrine of Restitution (Fn. 138), 104ff. (105).

jedenfalls gleichermaßen den universellen Anspruch der Vernunftrechtstheorie und die theologische Brisanz der Restitutionslehre im konfessionellen Zeitalter¹⁵⁸.

b) *Pacta sunt servanda*?

Ein Gegenbeispiel bildet scheinbar der Naturrechtsgrundsatz *pacta sunt servanda*, den Grotius selbstverständlich anerkannt hat: nicht nur in *De iure belli ac pacis*¹⁵⁹, sondern auch für das römisch-holländische Recht seiner Zeit¹⁶⁰. Auch wenn dieser Satz heute als Grundstein eines säkular liberalen Vertragsrechts gilt, bilden die „religious foundations of the principle of freedom of contract“¹⁶¹ geradezu ein rechtshistorisches Basiswissen¹⁶². Im 16. und 17. Jahrhundert klangen mit diesem Satz unüberhörbar christliche Obertöne an: Juristen wussten, dass dieser Satz gerade nicht aus dem römischen¹⁶³, sondern aus dem kanonischen Recht stammte, und dass er dort auch durchaus religiös, mit Bibelstellen, begründet war¹⁶⁴. Mehr noch: auch ein protestantischer Autor wie Wesenbeck allegierte für die bindende Wirkung eines *nudum pactum* kanonistische Autoritäten und begründete diesen Grundsatz nicht etwa allein mit einem Hinweis auf dessen angeblich allgemeine Anerkennung auch vor weltlichen Gerichten, sondern nicht zuletzt mit der religiösen Gewissenspflicht, den Prinzipien des Naturrechts Folge zu leisten¹⁶⁵. Wie Paulus im Römerbrief geschrieben habe (Röm. 1,31), so Wesenbeck, sündigten die Unzuverlässigen (*ἀσυνθέτες* – eigentlich die Bundbrüchigen) schwer; und es sei allgemein anerkannt, dass auch vor Zivilgerichten kanonisches Recht anzuwenden sei, wo dies erforderlich sei, um eine Sünde zu verhindern. Nun war das ein Standpunkt, den auch andere lutherische Juristen vorgetragen hatten¹⁶⁶; allgemein anerkannt war er freilich nicht¹⁶⁷. Gleichwohl wurde Wesenbeck mit genau dieser Argumentation zur maßgeblichen Autorität im

¹⁵⁸ Ungenau noch Jansen, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz* (Fn. 4), 184–186.

¹⁵⁹ Grotius, *De iure belli ac pacis* (Fn. 16), Prolegomena, n. 15, sowie *lib. II, cap. XI*; id., *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd* (Fn. 110), boeck III, deel I, §§ 9–13.

¹⁶⁰ Grotius, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd* (Fn. 110), boeck III, deel I, §§ 21, 49ff., 52; zusammenfassend zu diesem im Einzelnen nicht ganz klaren Text Robert Feenstra, *Pact and Contract in the Low Countries from the 16th to the 18th century*, in: John Barton (Hg.), *Towards a general law of contract*, 1990, 198–213, 206ff. (deutsch: *Die Klagbarkeit der pacta nuda*, in: id./Zimmermann (Hgg.), *Das römisch-holländische Recht* [Fn. 138], 123–144).

¹⁶¹ Decock, *Theologians and Contract Law* (Fn. 3), 162.

¹⁶² Siehe etwa Zimmermann, *Obligations* (Fn. 127), 542ff.; HKK/Andreas Thier, 2007, § 311 I, Rn. 5–20, insb. 14f., 19; Gordley, *Origins* (Fn. 3), 41ff., 71ff. Sehr anregend und erhellend, im Detail aber nicht verlässlich, Gerald Hartung, *Zur Genealogie des Versprechens, Ein Versuch über die begriffsgeschichtlichen und anthropologischen Voraussetzungen der modernen Vertragstheorie*, in: Manfred Schneider (Hg.), *Die Ordnung des Versprechens, Naturrecht – Institution – Sprechakt*, 2005, 277–293.

¹⁶³ Oben Fn. 55.

¹⁶⁴ *Decr. Greg. IX. 1,35,1: pax servetur, pacta custodiantur.*

¹⁶⁵ Wesenbeck, *Paratitla* (Fn. 43), *ad D. 2,14, n. 9* (86f.): *qui pacta non servat, contra naturam, conscientiam, atque adeo contra officium boni viri facere, ac peccare, ut volunt Canonistae, mortaliter.*

¹⁶⁶ Konrad Rittershusius, *Differentiarum iuris civilis et canonici Seu Pontificii libri septem*, Straßburg 1618, *lib. I, prooem.* (tertia regula est, p. 20f.).

¹⁶⁷ Maßgebliche Stimmen wie Lauterbach und Stryk haben die Frage nicht theologisch, sondern juristisch als Rezeptionsproblem behandelt: siehe Lauterbach, *Prolegomena de praestantia, autoritate et libris juris* (Fn. 113), § IX, nn. 12–18; Stryk, *De usu et auctoritate juris Romani* (Fn. 113), §§ XXXVI–XXXVIII. Bemerkenswerterweise erörtern Lauterbach und Stryk die Anwendungsfrage sowohl für katholische als auch für protestantische Territorien. Vgl. zum Ganzen Udo Wolter, *Die Fortgeltung des kanonischen Rechts und die Haltung der protestantischen Juristen zum kanonischen Recht in Deutschland bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts*, in: Richard H. Helmholz (Hg.), *Canon Law in Protestant Lands*, 1992, 13–47, 20–38; Schmoeckel, *Recht der Reformation* (Fn. 9), 72–76.

protestantischen *usus modernus* bzw. im römisch-holländischen Recht¹⁶⁸. Autoren, die jetzt noch an der römischen Regel festhielten, blieben Ausnahmen.

Ganz offenkundig galten religiös formulierte Argumente im Recht also nicht in allen Fällen als inakzeptabel. Gleichwohl war weder die Art der Argumentation noch die Übernahme eines religiös konnotierten Grundsatzes selbstverständlich oder nur unproblematisch. Calvinistische Humanisten¹⁶⁹ wie Duaren, Cujas, Vultejus und Donellus, deren Programm nicht zuletzt „in der konsequenten Ausscheidung des kanonischen Rechts“ bestand¹⁷⁰, hatten demgegenüber das römische Erfordernis einer *causa* bzw. einer bestimmten Form reetablieren wollen und die Bindungswirkung von *pacta nuda* bestritten: Unbekleidete Versprechen sollten nur binden, soweit dies in den römischen Quellen ausgesprochen war¹⁷¹. Die gegenläufige kanonistische Regel war für einen Autor wie Duaren inakzeptabel, obgleich er gar nicht bestreiten wollte, dass Vernunftgründe gegen die restriktive Regel des römischen Rechts sprachen¹⁷². Warum also dachten Autoren wie Wesenbeck und andere Vertreter des späteren *usus modernus* anders? Was machte den Grundsatz *pacta sunt servanda* für diese Protestanten schlussendlich doch akzeptabel? Was unterschied die Restitutionslehre von diesem Grundsatz? Wo verlief die Grenze zwischen – aus protestantischer Sicht – inakzeptabler papistischer Doktrin und juristisch akzeptablen Argumenten? Im 16. und 17. Jahrhundert markierten solche Grenzen implizite kognitiv-normative Erwartungen von Juristen, deren Beachtung für die Akzeptabilität juristische Argumente von entscheidender Bedeutung war. Explizit thematisieren mochte man solche Erwartungen aber offenbar nicht. Immerhin finden sich aber wichtige Hinweise und wesentliche Aspekte, die Aufschluss geben, warum die Fälle Restitutionslehre und *pacta sunt servanda* unterschiedlich gesehen wurden. Drei Punkte verdienen besondere Aufmerksamkeit:

Erstens war die römisch-gemeinrechtliche Regel, dass ein *pactum nudum* ohne *causa* nicht binde, nicht erst im 16. und 17. Jahrhundert und auch nicht nur in der theologischen Naturrechtsdiskussion problematisch geworden. Schon im Hochmittelalter war es schwierig gewesen, den autoritativen Satz des römischen Rechts juristisch plausibel zu begründen¹⁷³, und man hatte immer mehr Ausnahmen zu dieser Regel anerkannt, nicht zuletzt für den kaufmännischen Verkehr¹⁷⁴. Fast überall war Kaufleuten die *exceptio nudi pacti* verwehrt¹⁷⁵; mancherorts war diese Einrede sogar ganz allgemein gesetzlich

¹⁶⁸ Klaus-Peter Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16.–18. Jahrhundert, 1983, 85ff.; Feenstra, *Pact and Contract* (Fn. 160); Decock, *Theologians and Contract Law* (Fn. 3), 157f.

¹⁶⁹ Nicht alle waren konvertiert; zu Duaren siehe oben Fn. 45.

¹⁷⁰ So, zu Vultejus, Strohm, *Calvinismus und Recht* (Fn. 88), 281.

¹⁷¹ Duarenus, in Tit. XIV de pactis (Fn. 45), *ad D. 2,14,7 pr.* (p. 43); Herrmann Vultejus, *Jurisprudentiae Romanae à Justiniano composita libri II*, Marburg 1618, *lib. I, cap. XXIX (De Pactis), XXX (De Contractibus): Conventio, quae causam habet, contractus dicitur, unde contractum definitio quod sit conventio cum causa. Causa autem negotium est, quod cum à jure probatum sit, facti ut obligatio ex contractu fit, & ex contractu actio*; ähnlich etwa Hugo Donellus, *Commentarii de iure civili* (Opera omnia, Bd. III), Florenz 1841, *lib. XII, cap. VI, § 6*; Jacques Cujas, *Commentaria accuratissima in libros quaestionum Summi inter Veteres Jurisconsulti Aemilianij Papiniani* (Opera omnia, Bd. IV), Neapel 1722, *ad D. 18,1,72*. Zum Ganzen ausführlicher Decock, *Theologians and Contract Law* (Fn. 3), 115–121.

¹⁷² Duarenus, in Tit. XIV de pactis (Fn. 45), *cap. VI, De effectu, & potestatem pactorum, ad D. 2,14,7 pr.* (p. 42) und *ad D. 2,14,7* (in einer Auseinandersetzung mit Jason de Mayno, p. 52). Die meisten anderen Humanisten gehen auf kanonische Argumente legistischer Autoren gar nicht ein.

¹⁷³ Nanz, *Vertragsbegriff* (Fn. 168), 41f.

¹⁷⁴ Statt aller Zimmermann, *Obligations* (Fn. 127), 538ff.; HKK/Andreas Thier, 2007, § 311 I, Rn. 13; Hermann Lange/Maximiliane Kriebbaum, *Römisches Recht im Mittelalter*, Bd. II. Die Kommentatoren, 2007, 900f.

¹⁷⁵ Charles Donahue, *Equity in the Courts of Merchants*, TR 72 (2004) 1–35, 4, 23–31 m.w.N.

abgeschafft¹⁷⁶, und gerade auch in der populären Literatur galt jeder Konsens, unabhängig vom Vertragstyp oder einer *causa*, als bindend¹⁷⁷. Auch aus der Perspektive der juristischen Praxis bildete der autoritative Satz des römischen Rechts also weniger einen anerkannten Rechtsgrundsatz als ein zu überwindendes Problem.

Zweitens diskutierten die spätscholastischen Theologen diese Frage – anders als die Restitutionslehre – nicht in spezifisch moraltheologischen Kategorien, sondern in der Terminologie des römischen Rechts und im Rückgriff auf juristische Autoritäten. Katholische Theologen und protestantische Juristen sprachen hier also in einer gemeinsamen Sprache über dieselben Probleme. Bei Molina und Lessius ging es etwa um die Unterscheidung der Begriffe *contractus* und *pactum*¹⁷⁸ sowie um eine Erörterung der römischen Vertragstypen¹⁷⁹. Selbstverständlich hatten Molina und Lessius dabei auch, unter Verweis auf die Glosse bzw. auf lokales Recht, auf längst anerkannte Einschränkungen dieses Grundsatzes hingewiesen¹⁸⁰. Umgekehrt war es in der legistischen Literatur üblich, auch die abweichenden Regeln des kanonischen Rechts zu erörtern; zudem war auch unter Legisten seit Jahrhunderten anerkannt, dass das *nudum pactum* zumindest eine naturrechtliche Verbindlichkeit (*naturalis obligatio*) erzeuge¹⁸¹. Auch die Humanisten haben dies nicht bestritten¹⁸². Das römische Recht wurde damit ganz allgemein als eine positivrechtliche Einschränkung allgemeiner Naturrechtsgrundsätze wahrgenommen.

Schließlich hatte der Grundsatz *pacta sunt servanda*, abgesehen von seiner Herkunft aus dem kanonischen Recht, keine konfessionell relevante theologische Bedeutung; zum Gegenstand konfessioneller Kontroversen taugte er nicht: Anders als die Restitutionslehre berührte der Grundsatz weder strittige Fragen der Sakramente, noch hatte er etwas mit dem religiös-politischen Machtanspruch der Römischen Kirche zu tun. Seine theologischen Grundlagen fanden sich vielmehr in dem für Katholiken wie Protestanten gleichermaßen autoritativen Gebot der Bergpredigt, sein Wort auch ohne Schwur zu halten¹⁸³, und vor allem in dem Gedanken moralischer Verlässlichkeit (*fides*)¹⁸⁴. Einerseits bestand für einen Autor wie Lessius deshalb keine Notwendigkeit, konfessionell problematische Autoritäten zu allegieren; es genügte der Verweis auf die *communis sententia doctorum*¹⁸⁵.

¹⁷⁶ Insbesondere galt dies in Kastilien und in manchen Teilen Frankreichs; näher Coing, Europäisches Privatrecht I (Fn. 49), 400; Nanz, Vertragsbegriff (Fn. 168), 61, jeweils m.N.

¹⁷⁷ Zum Ganzen Thomas Duve, Kanonisches Recht und die Ausbildung allgemeiner Vertragslehren in der Spanischen Spätscholastik, in: Orazio Condorelli/Franck Roumy/Matthias Schmoeckel (Hgg.), Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur, Bd. 1. Zivil- und Zivilprozess, 2008, 389–408, 397ff.

¹⁷⁸ Lessius, De iustitia (Fn. 23), *lib.* II, *cap.* XVII, *dub.* I und III. Viel ausführlicher insbesondere Molina, De iustitia (Fn. 12), *tract.* II, *disp.* 252–261.

¹⁷⁹ Lessius, De iustitia (Fn. 23), *lib.* II, *cap.* XVII, *dub.* II: „*quo modo perficiantur contractus*“.

¹⁸⁰ Lessius, De iustitia (Fn. 23), *lib.* II, *cap.* XVII, *dub.* IV; Molina, De iustitia (Fn. 12), *tract.* II, *disp.* 257f.

¹⁸¹ Nanz, Vertragsbegriff (Fn. 168), 42; Lange/Kriechbaum, Römisches Recht II (Fn. 174), 901; vgl. ausführlich auch Okko Behrends, Treu und Glauben, Zu den christlichen Grundlagen der Willentheorie im heutigen Vertragsrecht, in: Luigi Lombardi Vallauri/Gerhard Dilcher (Hgg.), Christentum, Säkularisation und modernes Recht, Bd. II, 1981, 957–1006, 980ff., 987ff.

¹⁸² Cujas, Commentaria accuratissima (Fn. 171), *ad D.* 18,1,72; offengelassen bei Vulteius, Jurisprudentia Romana (Fn. 171), *lib.* I, *cap.* XXIX; Donellus, Commentarii (Fn. 171), *lib.* XII, *cap.* VI, § 6.

¹⁸³ Mt. 5,37: „Eure Rede aber sei: Ja, ja; nein, nein; was darüber ist, das ist von Übel“ (Luther).

¹⁸⁴ Dazu Behrends, Treu und Glauben (Fn. 181), 967ff., 974ff.

¹⁸⁵ Lessius, De iustitia (Fn. 23), *lib.* II, *cap.* XVII, *dub.* IV, *nn.* 19 und 21. Dort außerdem Verweise auf die Kanonisten Gomez und Covarruvias, die sich für das römische Recht die Argumentation der Humanisten zu Eigen gemacht hatten

Andererseits konnte auch Grotius an zentraler Stelle theologisch argumentieren und dabei wiederum den Apostel Paulus als Autorität allegieren: Die Bibel bestätige, dass Gott, der doch durch kein menschliches Gesetz gebunden sei, gegen seine Natur handeln würde, wenn er seine Versprechen breche¹⁸⁶. Das war ein zwar altes¹⁸⁷, aber doch offensichtlich kein konfessionelles Argument, das man im Recht hätte ausklammern müssen. Der Grundsatz der *fides* durfte einen universellen Geltungsanspruch erheben. Wer wie Grotius und Wesenbeck mit dem Apostel Paulus und insbesondere mit dem Römerbrief argumentierte, der für Lutheraner das „eigentliche Hauptstück des Neuen Testaments und das allerlauterste Evangelium“ bildete¹⁸⁸, brachte genau das symbolisch zum Ausdruck: Der Grundsatz mochte religiöse Grundlagen haben. Konfessionell anstößig war er nicht.

Der Blick auf solche Differenzen kann dazu beitragen, Unterschiede in der juristischen Rezeption theologischen Gedankenguts im 16. und 17. Jahrhundert zu verstehen. Dabei gilt es stets in Rechnung zu stellen, dass noch im 16. Jahrhundert praktisch alle moralischen bzw. naturrechtlichen Prinzipien einen christlichen Hintergrund hatten; das machte die Differenzierung von Recht und Religion schwierig. Für Protestanten, die das Recht aus der Religion eliminiert hatten, musste deshalb ein stärkeres Bedürfnis als für Katholiken bestehen, das (weltliche) Recht mit der (selbstverständlich religiösen) Moral in Einklang zu bringen¹⁸⁹. Es gab ja keine anderen institutionellen Mechanismen, mit denen Christenmenschen sich zu gottgefälligem sozialverträglichem Verhalten motivieren ließen. Für Protestanten wie Melanchthon, Althusius¹⁹⁰, Wesenbeck und später auch Grotius war deshalb selbstverständlich, dass die biblisch-religiöse Moral und die weltliche Ordnung in Einklang stehen sollten¹⁹¹. Es waren also nicht zufällig keine Katholiken, sondern Protestanten, die hier im Rückgriff auf religiös-naturrechtliche Argumente die Autorität der römischen Quellen überwunden haben¹⁹². Die These, der Grundsatz *pacta sunt servanda* bilde eine „Erbschaft der Moralthologie“¹⁹³, ist deshalb gleichermaßen richtig und missverständlich, galt er doch für jedes naturrechtliche Argument des ausgehenden Mittelalters. Über Jahrhunderte hinweg hatte man mit den Begriffen des *ius naturae* und der *lex naturae* die Moralthologie und die Vernunft des Rechts in eins gesetzt. Es verwundert nicht, dass sich die Gebote Gottes und die Vernunft des Rechts nicht ohne weiteres entflechten ließen. Wie wichtig diese Differenz wirklich war, erfuhr man ja erst in den konfessionellen Kontroversen.

Die Grenze zwischen universeller rechtlicher Vernunft und inakzeptabler Theologie verlief also bisweilen gerade nicht dort, wo heutige Juristen sie zwischen dem Recht und der Religion erwarten würden. Unverrückbar erschien sie ebensowenig wie Landesgrenzen; die französischen, meist

(oben bei Fn. 171ff.), daneben allerdings auch noch auf die Summa Silvestrina.

¹⁸⁶ Grotius, De iure belli ac pacis (Fn. 16), lib. II, cap. XI, § IV, n. 1. Aus dem Alten Testament allegierte Grotius allerdings nur eine Stelle aus dem 2. Buch Esra; dem gegenüber stehen fünf Verweise auf Paulusbriefe.

¹⁸⁷ Jason de Mayno, Commentaria (Fn. 53), ad D. 2,14,1, n. 1 m.w.N.

¹⁸⁸ Martin Luther, Vorrede auf die Epistel Paul an die Römer, zuerst 1522, 1. Satz.

¹⁸⁹ Vgl. Bermann, Law and Revolution II (Fn. 88), 6f., 42ff., 75f. (Luther), 80ff. (Melanchthon).

¹⁹⁰ Althusius, Politica (Fn. 8), cap. XXI, §§ 16, 18.

¹⁹¹ Zum Ganzen Scattola, Das Naturrecht vor dem Naturrecht (Fn. 6), 60–64 und öfter; Strohm, Calvinismus und Recht (Fn. 88), 454; Schmoeckel, Recht der Reformation (Fn. 9), 26–37.

¹⁹² Vgl. die Nachweise bei Nanz, Vertragsbegriff (Fn. 168), 85ff., 100ff., 107ff.

¹⁹³ Hartung, Genealogie (Fn. 162), 285. Ganz ähnlich Decock, Theologians and Contract Law (Fn. 3), 153–162: „Clearly,

calvinistischen Humanisten konstruierten sie anders als die niederländischen und deutschen Naturrechtslehrer und die Vertreter des *usus modernus*. Grotius und Wesenbeck zogen eine entscheidende Grenze zwischen inakzeptabel konfessionellen Lehren, wie der Restitutionslehre, und den in einer christlichen Welt selbstverständlichen Wahrheiten, wie dem Konsensprinzip. Der Weg vom religiösen Naturrecht zum säkularen Vernunftrecht führte hier also nicht direkt zum säkularen Ausschluss religiöser oder christlicher Argumente¹⁹⁴, sondern zunächst über konfessionsneutrale Begründungsmuster, die es erlaubten, konfessionell kontroverse Fragen auszuklammern¹⁹⁵. Konfessionsunterschiede machten die Grenze zwischen der universellen Vernunft des Rechts und einer nicht mehr allgemeinen religiösen Überzeugung für jedermann sichtbar; auch ließen solche Grenzen sich leichter bei naturrechtlichen Lehren ziehen, die keinen Eingang in den juristischen Diskurs gefunden hatten: Während die Juristen mit der *fides*-Lehre, wonach Wortbruch eine Sünde bilde, seit Jahrhunderten vertraut waren¹⁹⁶ und sich deshalb mit Wesenbeck fragen mussten, wie weit die Anerkennung dieses Grundsatzes vor weltlichen Gerichten ein Gebot der *aequitas* bilde¹⁹⁷, hatten sie sich um die Restitutionslehre, die bis ins 16. Jahrhundert hinein eine rein theologische Doktrin geblieben war, nicht zu kümmern brauchen. Das machte sie blind für die juristische Substanz dieser Lehre¹⁹⁸.

Erst Samuel Pufendorf hat den Grundsatz *pacta sunt servanda* auf Argumente umgestellt, die auch aus heutiger Sicht als säkular gelten: Die bindende Wirkung von *pacta* sei konstitutiv für ein geordnetes gesellschaftliches Zusammenleben; es handle sich deshalb um einen universellen Grundsatz, ein *religiosissimum iuris naturalis praeceptum*¹⁹⁹. Auch die juristischen Zeitgenossen Pufendorfs, wie Voet, Stryk und Lauterbach, ließen jetzt die moraltheologische Begründung Wesenbecks fallen und erklärten das kanonische Recht für irrelevant. Diese Juristen stellten jetzt stattdessen auf die allgemeine Praxis bzw. auf die *mores nostri* oder auch auf die *communis opinio*, auf die *bona fides* oder auf die Klarheit (*simplicitas*) des *ius gentium* ab²⁰⁰. Es stand jetzt fest, dass es sich beim Konsensprinzip um einen Grundsatz auch des weltlichen Rechts handelte, der nichts (mehr) mit der Religion zu tun hatte. Die Grenze zwischen Recht und Religion war damit erneut verschoben.

c) *Aequitas cerebrina? Christian Thomasius und die laesio enormis:*

Es wäre freilich verfehlt, aus solchen Beobachtungen zu schließen, dass konfessionelle Argumente im 17. und 18. Jahrhundert aus dem Recht verschwunden wären. Denn dies würde eine klare Grenze zwischen dem Recht und der Religion voraussetzen, die es nach allem gar nicht geben konnte.

the pressure on the civilian tradition to conform to the moral theological and to the canon law tradition became irresistible“. Weitere Nachweise oben Fn. 162.

¹⁹⁴ So aber etwa Behrends, Treu und Glauben (Fn. 181), 963ff.

¹⁹⁵ Vgl., allerdings ebenfalls nicht ganz unmissverständlich, Stolleis, Geschichte I (Fn. 27), 269f., 273f.

¹⁹⁶ Tilman Repgen, Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft, 1994, 325f. und *passim*.

¹⁹⁷ Eben Fn. 165.

¹⁹⁸ Oben II.2.a).

¹⁹⁹ Pufendorf, De iure naturae (Fn. 109), *lib.* III, *cap.* IV, § 2; in diese Richtung bereits Grotius, De iure belli ac pacis (Fn. 16), Prolegomena, n. 15.

²⁰⁰ So etwa Stryk, Usus modernus (Fn. 113), *lib.* II, *tit.* XIV, §§ 1, 4; Voet, Commentarius (Fn. 144), *lib.* II, *tit.* XIV, § 9; Lauterbach, Collegii (Fn. 113), *lib.* II, *tit.* XIV, § 68; Groenewegen, Tractatus de legibus abrogatis (Fn. 65), *ad C.* 2,3,10, *legem*.

Anschaulich illustriert das eine Polemik von Christian Thomasius gegen die angeblich papistisch indoktrinierte, hirnentprungene, also eingebilddete, Scheinbilligkeit (*aequitas cerebrina*) der römisch-gemeinrechtlichen Lehre von der *laesio enormis*²⁰¹. In dieser Dissertation sollte die Überzeugung, dass konfessionell inakzeptable Lehren keinen Platz im Recht haben dürften, geradezu zu einem Motor religiös begründeter Rechtsfortbildung werden. Thomasius verdächtigte hier eine Doktrin, die, wie er natürlich wusste²⁰², über Jahrhunderte als selbstverständliches Element des römisch-gemeinen Rechts gegolten hatte²⁰³, und seit dem Mittelalter in den deutschen Stadt- und Landrechten anerkannt²⁰⁴ und von einem breiten juristischen Konsens auch vernunftrechtlicher Autoritäten²⁰⁵ getragen war, als spezifisch papistisches, also konfessionell inakzeptables und damit religiös falsches Recht. Dabei hatte diese Doktrin gar keinen Platz im *Decretum Gratiani* gefunden, sondern war erst mit dem *Liber extra* zu einer Doktrin des kanonischen Rechts geworden²⁰⁶. In der thomistisch-spätscholastischen Diskussion hatte das Institut dann freilich eine besondere Blüte als Ausdruck materialer Austauschgerechtigkeit erlebt²⁰⁷ und war damit zu einem zentralen Element auch der katholischen Gerechtigkeitslehre geworden, die viel strengere Regeln aufstellte als das römische-kanonische *ius commune*. Denn nach thomistischer Lehre galt nicht erst die massive Übervorteilung um die Hälfte (*laesio ultra dimidium*), sondern jede Abweichung vom gerechten Preis (also auch die *laesio infra dimidium*) als Sünde²⁰⁸.

Nun hatte Thomasius den Begriff der *aequitas cerebrina*, eine Rückübersetzung aus dem Französischen, nicht selbst geprägt²⁰⁹. Seit dem späten 16. Jahrhundert war der Begriff über die Humanisten ganz allgemein in den Wortschatz des *ius commune* übergegangen, wobei die Rede von der „Schein- und Hirnbilligkeit“²¹⁰ einer *aequitas cerebrina* stets einen polemischen Charakter gehabt hatte: Man brachte damit die eigene Texttreue zum Ausdruck und wertete andere Lehren, die – angeblich – eine höhere *aequitas non scripta* gegen den Wortlaut des römischen Corpus iuris civilis geltend machen wollten, als subjektive Außenseiterpositionen ab. Thomasius argumentierte anders. Er verwendete den Begriff in einer ganz neuartigen Weise, indem er ihn nicht nur gegen die herrschende Lehre von der

²⁰¹ Johannes Friderich Stützing (Christian Thomasius), De aequitate cerebrina, L II C. De rescind. vendit. et ejus usu practico, Halle 1713; dazu insbesondere Thomas Ahnert, Roman Law in Early Enlightenment Germany: The Case of Christian Thomasius' *De Aequitate Cerebrina Legis Secundae Codicis de Rescindenda Venditione* (1706), *Ius Commune*, Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte 24 (1997) 153–170. Die Dissertation wurde maßgeblich von Thomasius verfasst, wie aus einer späteren Dissertation bei Thomasius zum gleichen Thema hervorgeht: Christoph Heinrich Vorhoff, *Dissertatio iuridica de aequitate cerebrina et exiguo usu legis Anastasianae*, Halle 1717, § 4.

²⁰² Stützing (Thomasius), De aequitate cerebrina (Fn. 201), *cap.* II, § 2.

²⁰³ Als Grundlage dieser Lehre galten zwei angebliche Reskripte Diokletians: C. 4,44,2 und C. 4,44,8. Zur gemeinrechtlichen Lehre statt aller Zimmermann, *Obligations* (Fn. 127), 262–267; Coing, *Europäisches Privatrecht I* (Fn. 49), 415, 457, 532, jeweils m.w.N. Für weitere Einzelheiten insbesondere Herbert Kalb, *Laesio enormis im Gelehrten Recht*, Kanonistische Studien zur Laesionsanfechtung, 1992.

²⁰⁴ Wolfgang Georg Schulze, *Die Laesio enormis in der deutschen Privatrechtsgeschichte*, Diss. Münster 1973, 21–35.

²⁰⁵ Grotius, *De iure belli ac pacis* (Fn. 16), *lib.* II, *cap.* XII, §§ 8, 11f.; Pufendorf, *De iure naturae* (Fn. 109), *lib.* V, *cap.* I, § 8.

²⁰⁶ *Decr. Greg.* IX. 5,19,6.

²⁰⁷ Näher Gordley, *Philosophical Origins* (Fn. 3), 94–102; ausführlich Decock, *Theologians and Contract Law* (Fn. 3), 509–565.

²⁰⁸ Statt aller Decock, *Theologians and Contract Law* (Fn. 3), 532–553 m.w.N.

²⁰⁹ Näher Claudius Schott, *Aequitas Cerebrina*, in: *Rechtshistorische Studien*, Hans Thieme zum 70. Geburtstag, 1977, 132–159, 133–152 mit umfangreichen w.N.

²¹⁰ Wigulaeus Xaverius Aloisius von Kreittmayr, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem*, Erster Theil, München 1759, *cap.* I, § X.

laesio enormis, sondern unmittelbar gegen das römische Corpus iuris wendete und damit dessen Autorität diskreditierte²¹¹. Nach Thomasius beruhte also nicht erst die gemeinrechtliche Lehre vom *iustum pretium* bzw. vom *pretium commune* auf einem fundamentalen Missverständnis der römischen Quellen: Schon die maßgeblichen römischen *leges secunda* und *octava* des Codextitels *De rescindenda venditione* (C. 4,44) seien mit ihrer Annahme eines *iustum* bzw. *verum pretium* sinnlos und beruhten deshalb auf einer *aequitas cerebrina*²¹². Einer Sache sei nämlich niemals ein spezifischer Wert (*pretium*) inhärent. Es gebe schlicht keinen wahren, invariablen Sachwert, wie das in der Lehre von der *laesio enormis* vorausgesetzt werde; vielmehr gehe es bei der Preisfestsetzung allein um die subjektive Bewertung der Vertragsparteien und um deren Verhandlungsgeschick (*prudencia*)²¹³. Bei den maßgeblichen Quellentexten könne es sich also nicht, so Thomasius, um unverfälschte Reskripte Diokletians handeln²¹⁴; vielmehr beruhten die Texte auf Interpolationen, die Justinian bzw. Tribonian unter dem unseligen Einfluss päpstlicher Kleriker vorgenommen hätten²¹⁵. Denn in der Spätantike habe das Papsttum die weltliche Herrschaft der byzantinisch-römischen Kaiser intellektuell so massiv unterwandert, dass seine Prinzipien einer mönchischen Ethik an die Stelle stringenter Vernunftregeln hätten treten können²¹⁶.

Thomasius' Kritik an der gemeinrechtlichen Lehre von der *laesio enormis* war gewiss nicht ohne triftige Argumente. Zwar tat seine Behauptung, die gemeinrechtliche-scholastische Lehre setze voraus, dass der Wert eine intrinsische Eigenschaft von Sachen bilde, der spätscholastischen Diskussion Unrecht: Die Theologen waren auch wirtschaftlich hoch kompetent und bezogen den gerechten Wert deshalb auf den Preis, wie er sich auf kompetitiven Märkten herausbildete²¹⁷, verstanden ihn also nicht als metaphysische Eigenschaft von Sachen. Gleichwohl gilt die *laesio enormis* fast allgemein als ein mittlerweile zu Recht überwundenes Institut vormodernen Rechtsdenkens²¹⁸: In einer liberalen Rechtsordnung kann eine privatvertragliche Preisabrede nicht an Marktpreise gebunden sein. Alles andere als aus der Luft gegriffen erscheinen zudem auch Thomasius' Interpolationsvermutungen. Bis heute bezweifelt die romanistische Lehre die Echtheit der fraglichen Codexfragmente²¹⁹ – nicht nur aufgrund von Merkwürdigkeiten in der Formulierung, sondern vor allem deshalb, weil sich, wie Thomasius völlig zu Recht betonte²²⁰, keine belastbaren vorjustinianischen Belege für ein derartiges Lösungsrecht finden lassen. Vergeblich sucht man solche Aussagen nicht nur in den Digesten – das war längst in der humanistischen Diskussion bekannt²²¹, sondern insbesondere auch im *Codex*

²¹¹ Näher, auch zum Folgenden, Ahnert, Roman Law in Early Enlightenment (Fn. 201).

²¹² Stützing (Thomasius), De aequitate cerebrina (Fn. 201), cap. II, §§ 5–12.

²¹³ Stützing (Thomasius), De aequitate cerebrina (Fn. 201), cap. II, §§ 15–27.

²¹⁴ Stützing (Thomasius), De aequitate cerebrina (Fn. 201), cap. II, §§ 32f.

²¹⁵ Stützing (Thomasius), De aequitate cerebrina (Fn. 201), cap. II, §§ 6–11.

²¹⁶ Stützing (Thomasius), De aequitate cerebrina (Fn. 201), cap. II, § 10.

²¹⁷ Zimmermann, Obligations (Fn. 127), 265–267. Näher Gordley, Philosophical Origins (Fn. 3), 95–102; Decock, Theologians and Contract Law (Fn. 3), 519–528, jeweils m.w.N.

²¹⁸ Anders, soweit ersichtlich, nur Gordley, Foundations (Fn. 48), 361–368.

²¹⁹ Zum Ganzen statt aller Zimmermann, Obligations (Fn. 127), 259–261 mit umfangreichen w.N.; für die jüngere Diskussion Boudewijn Sirks, *Laesio enormis* again, Revue Internationale des droits de l'Antiquité 54 (2007) 461–470.

²²⁰ Stützing (Thomasius), De aequitate cerebrina (Fn. 201), cap. II, §§ 6–9.

²²¹ Vgl. Decock, Theologians and Contract Law (Fn. 3), 572f. zur kritischen Lehre des spanischen Humanisten Arias Piñel.

Theodosianus. Umgekehrt passen sie gut zum christlich-stoischen Regierungsprogramm Justinians. Aber der Behauptung, diese Interpolationen beruhten auf einer politisch motivierten intellektuellen Unterwanderung der spätrömischen Kaiserherrschaft durch papistische Kleriker²²², fehlt so sehr die plausible Quellenbasis, dass die moderne Forschung lange Zeit einfach darüber hinweggegangen ist²²³. Offenbar galt diese These als unsinnig oder als unwichtig.

Thomasius war das allerdings wichtig; hier lag ein Schwerpunkt seiner Argumentation. Er polarisierte die Welt in konfessionell-nationale Lager²²⁴: Hier die modernen deutschen Protestanten, die politische Herrschaft und Religion getrennt hatten und sich der individualistischen Vernunft der Frühaufklärung aufgeschlossen zeigten²²⁵. Ihre Herrscher und juristischen Eliten konnten und sollten zu Akteuren eines liberalen, verkehrsfreundlichen Privatrechts werden. Dort die Katholiken als Relikte früherer Verhältnisse: Thomasius hielt sie für papistisch unterwandert; er sah sie nach wie vor in Vorurteilen und Aberglauben befangen und ultramontanen klerikalen Autoritäten mehr als ihrer eigenen Vernunft glauben. Ihre Fürsten stünden ebenso unter der geistlichen Herrschaft Roms wie ihre Juristen; man stelle stumpf den Gemeinnutz vor das Individuum und orientiere sich vormodern an moraltheologisch begründeten materialen Gerechtigkeitsvorstellungen. Die thomistische Lehre vom gerechten Preis erschien hier geradezu als ein Symbol katholisch rückständigen Denkens.

In solcher Rhetorik konnten die Grenzen zwischen dem Recht und religiöser Moral, die Thomasius andernorts doch sehr klar gezogen hatte²²⁶, verfließen; in seiner Argumentation ging vieles unklar durcheinander. Denn die klaren Differenzierungen seiner Rechtstheorie wurden hier zu spezifisch protestantischen Errungenschaften; nicht zuletzt deshalb fällt es schwer zu verstehen, wie weit es Thomasius in dieser Dissertation eigentlich um die Privatautonomie, um eine „germanistische“ Revision der Rezeptionslehre, oder um eine religiöse Säuberung des gemeinen Rechts ging²²⁷. In Wahrheit ging es um alles auf einmal: Wer die Welt derart polarisiert wahrnahm wie Thomasius,

²²² Stützing (Thomasius), *De aequitate cerebrina* (Fn. 201), *cap.* II, § 10. Siehe insbesondere auch Christian Thomasius, *Des Freyherrn von Pufendorff Politische Betrachtung der Geistlichen Monarchie des Stuhls zu Rom. Mit Anmerkungen zu seinem Gebrauch*, Halle 1717, 19–33, 51–59, 71–104.

²²³ Vgl. nur Klaus Luig, *Bemerkungen zum Problem des gerechten Preises bei Christian Thomasius (1655–1728)*, in: *Tradition und Entwicklung, Gedenkschrift für Johann Riederer*, 1981, 167–179. Ahnert hat behauptet, ähnliche Argumente fänden sich bereits 30 Jahre zuvor in der Dissertation eines Christian-Friedrich Jahn (*Tractatus Juridicus Theoretico-Practicus De Denuntiatione Evangelica*, Wittenberg 1673): Ahnert, *Roman Law in Early Enlightenment* (Fn. 201), 162f. Aber dort, insbesondere auch an der allegierten Stelle (*cap.* III, § 11), geht es um die *denuntiatio evangelica*, also um ein Institut der nach kanonischem Recht und katholischem Naturrecht erlaubten Selbsthilfe (oben Fn. 22). Zwar war es auch Jahn um eine Einschränkung der *laesio enormis* zu tun (*cap.* II, §§ 19–21). Aber das Argument einer papistischen Unterwanderung der Justinianischen Gesetzgebung findet sich dort nicht.

²²⁴ Thomasius, *Politische Betrachtung der Geistlichen Monarchie* (Fn. 222), *passim* und insbesondere die Zuschrift.

²²⁵ Thomasius, *Fundamenta* (Fn. 109), *lib.* II, *cap.* VI (*De principio iuris et gentium*), insb. §§ 21, 26, 40–42, 62f. Ausführlich zum methodischen und normativen Individualismus bei Thomasius Klaus Luig, *Das Privatrecht von Christian Thomasius zwischen Absolutismus und Liberalismus*, in: Werner Schneiders (Hg.), *Christian Thomasius (1655–1728), Interpretationen zu Werk und Wirkung*, 1989, 148–172; *id.*, *Von Samuel Pufendorf zu Christian Thomasius*, in: Fiammetta Palladini/Gerald Hartung (Hgg.), *Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung*, 1996, 137–146, bes. 142–146; siehe jetzt auch Feras Gisawi, *Der Grundsatz der Totalreparation, Naturrechtliche Wertungen als Grundlage für einen deutschen Sonderweg*, 2014, 60f. m.w.N.

²²⁶ Nämlich mit der Unterscheidung des *iustum* vom *honestum* und des *decorum*: Thomasius, *Fundamenta* (Fn. 109), *cap. prooem.*, §§ 12f.; *lib.* I, *cap.* V, insb. §§ 24f., 29–34. Zum Ganzen jetzt Gisawi, *Der Grundsatz der Totalreparation* (Fn. 225), 52–62.

²²⁷ Vgl. die ganz unterschiedlichen Darstellungen bei Luig, *Bemerkungen zum Problem des gerechten Preises* (Fn. 223), und Ahnert, *Roman Law in Early Enlightenment* (Fn. 201), insb. 156–160 und 169f.

musste, wenn er von der Richtigkeitsgewähr privatautonomer Preisbildung überzeugt war und um den zentralen Platz der Lehre vom gerechten Preis in der thomistischen Naturrechtslehre wusste, die Lehre von der *laesio enormis* in der Tat für katholisches Machwerk halten. In Deutschland konnte so etwas gar nicht rezipiert sein²²⁸; auch im römischen Recht war so etwas ohne katholische Einflussnahme nicht denkbar. Daher die starke Interpolationsthese, die für die Rezeptionsfrage und das geltende Recht doch an sich irrelevant war. Denn autoritativ war hier allein das Corpus iuris Justinians als solches, nicht ein ursprüngliches Reskript. Oder wollte Thomasius insinuieren, dass die katholische Unterwanderung die Autorität der fraglichen Quellenstellen in Zweifel zog?

d) Die Blindheit der Justitia:

Weder in der Sache noch, was wichtiger ist, mit der Art und Weise seiner Argumentation hat Thomasius die Juristen seiner Zeit zu überzeugen vermocht²²⁹. Erst in der Gesetzgebung zum preußischen ALR²³⁰ und, worüber Savigny sich mokierte²³¹, zum französischen Code civil wurden seine Thesen aufgenommen, ohne sich freilich in der Sache durchzusetzen²³². In der gemeinrechtlichen Diskussion erwiesen sich die Thesen von Thomasius demgegenüber als nicht anschlussfähig; sein Versuch, den juristischen Diskurs zu konfessionalisieren, blieb ohne Echo²³³. Unausgesprochen gingen die Juristen der frühen Neuzeit vielmehr davon aus, dass das Recht unparteiisch und juristische Argumente also überkonfessionell akzeptabel zu sein hatten. Zu den impliziten Spielregeln juristischer Diskurse gehörte deshalb die wechselseitige Erwartung konfessioneller Blindheit. Man konnte die konfessionelle Neutralität eines autoritativen Satzes des römisch-gemeinen Rechts also gar nicht in

²²⁸ Stützing (Thomasius), De aequitate cerebrina (Fn. 201), cap. III, insb. §§ 3–10. Dazu insbesondere Luig, Bemerkungen zum Problem des gerechten Preises (Fn. 223), 173–178: Die Ausführungen von Thomasius zur Rezeptionsfrage können im 18. Jahrhundert kaum als überzeugend gegolten haben; in seiner Spruchpraxis hat er die Lehre von der *laesio enormis* deshalb auch keineswegs verworfen.

²²⁹ Noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts präsentierte Anton Friedrich Justus Thibaut die Lehre mit all ihren gemeinrechtlichen Erweiterungen als allgemein anerkannte Doktrin: System des Pandekten-Rechts, 4. Aufl. Jena 1814, §§ 197–200; erst im Laufe des 19. Jahrhunderts wurde die Doktrin dann wieder zurückgeschnitten: Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 7. Aufl. Frankfurt a.M. 1891, § 396 mit Fn. 2 sowie § 398 mit Fn. 4. Nach Thomasius haben einige Naturrechtslehrer die *laesio enormis* zwar abgewiesen; so etwa Nicolaus Hironymus Gundling, Ius natuarae ac gentium, Genf 1751, cap. XXIV, § 5; Samuel L.B. de Cocceji, Introductio ad Grotium illustratum, Halle 1748, *Dissertatio prooem.* XII, § CCCXLVI, n. 6 (S. 381). Aber diese Autoren haben hier ohne jeden konfessionellen Unterton argumentiert. Exemplarisch deutlich wird all das bei einem Autor wie Ludwig Julius Friedrich Höpfner. Während dieser in seinem Naturrechtslehrbuch die *laesio enormis* ablehnte und dabei auch auf Thomasius verwies (Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaft und der Völker, 3. Aufl. Gießen 1785, § 92), ist von dieser Argumentation in seinem gemeinrechtlichen Institutionenkommentar nicht die Rede, und die Dissertation von Thomasius wird, obgleich sie doch als Beitrag zum gemeinen, nicht zum Naturrecht, verfasst war, nicht erwähnt: Theoretisch-praktischer Kommentar über die Heineccischen Institutionen, 4. Aufl. Frankfurt a.M. 1793, § 870.

²³⁰ Carl Gottlieb Suarez, Amtliche Vorträge bei der Schluss-Revision des Allgemeinen Landrechts, Jahrbücher für die preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung 41 (1833) 15f.

²³¹ Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, 64.

²³² Vgl. auch Kalb, *Laesio enormis* (Fn. 203), 214–216.

²³³ Siehe nur den ausführlichen Literatur- und Kontroversenbericht bei Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: ein Kommentar, Bd. 17/1, Erlangen 1815, 20–66 (§ 1028). Anklänge an die Argumentation bei Thomasius möglicherweise bei Adolph Dieterich Weber, Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, 4. Aufl. Schwerin 1806, 116f. (§ 41), aber auch hier ohne konfessionellen Unterton.

Zweifel ziehen. Die Sprache des Rechts reagierte nicht auf konfessionelle Polemik; konfessionelle Theologie ließ sich nicht in juristische Argumente übersetzen²³⁴. Juristen, das lässt sich auch in der Gerichtspraxis beobachten²³⁵, hörten nicht auf konfessionelle Argumente²³⁶. Im 17. Jahrhundert ließ sich nämlich längst nicht mehr verkennen, dass eine religiöse Integration der Gesellschaft, wie sie die spätscholastischen Theologen offenbar noch erhofft hatten, unmöglich geworden war. Gerade in Deutschland und in den Niederlanden wussten Juristen, dass nur noch das Recht die Gesellschaft zu integrieren vermochte. Daher der Grundsatz konfessioneller Neutralität: Hätten die Juristen auch noch ihr Recht zum Schauplatz konfessioneller Kontroversen gemacht, so hätte es unweigerlich seine Legitimität und die Juristen ihre Autorität verloren; umgekehrt konnten sie so von der steigenden Bedeutung ihres Rechts in einer konfessionell gespaltenen Welt profitieren. Kein Wunder also, dass Juristen sich habituell gegen konfessionelle Argumente verschlossen. So konfessionell gespalten die Gesellschaft und die politische Welt des 17. Jahrhunderts war – im Recht wurde die Konfession damit zur Privatsache. Wer die Spielregeln juristischer Unparteilichkeit verletzte, begab sich ins Abseits. Juristisch ging es im gemeinen Recht also allein um die Auslegung und Rezeption der Justinianischen Quellen. Deren Autorität blieb unabhängig von der Rechtgläubigkeit ihrer Verfasser.

Vergleichbare Überlegungen erklären nicht nur die Reaktion auf die Polemik von Thomasius gegen die *laesio enormis*, sondern ebenso bereits die Befunde zur Restitutionslehre und zum Grundsatz *pacta sunt servanda*. Wer wie Wesenbeck und Grotius den Grundsatz *pacta sunt servanda* als eine allgemeine Doktrin des gemeinen und des Naturrechts etablieren wollte, musste den Grundsatz, trotz seiner kanonistischen Vergangenheit, als einen Ausdruck überkonfessioneller Vernunft präsentieren. Allegationen von Paulus-Briefen, die Protestanten ihr konfessionelles Herz öffnen sollten, schienen hier zunächst offenbar hilfreicher als Verweise auf die Praxis oder auf Erfordernisse gesellschaftlichen Zusammenlebens bzw. des Markts. Wo sich der haut goût konfessioneller Theologie aber nicht überdecken ließ, wie das spätestens nach dem Tridentinum bei der Restitutionslehre der Fall war, musste man eine solche Doktrin fallenlassen. Dies explizit zu diskutieren, wäre allerdings untunlich gewesen, hätte es doch die Legitimität der juristischen Tradition unterminiert, an die man sonst anknüpfte: Nur wo die Spätscholastiker als Juristen argumentierten, fanden ihre Argumente im gemein- und naturrechtlichen Diskurs Gehör. Wo naturrechtliche Theoriestücke in das spezifische Feld katholischer Theologie zu fallen schienen, mussten sie irrelevant bleiben: Selbstverständlich konnte man sie nicht als Autoritäten allegieren; man setzte sich damit aber auch gar nicht auseinander. Denn mit was für Argumenten hätte man das auch im Recht tun können? Man ging mit theologischen Theoriebausteinen also ganz genauso um wie später mit der Argumentation von Thomasius. Der juristische Diskurs folgte semantisch seiner eigenen Logik rechtlicher Unparteilichkeit. Die komplizierte Entflechtung der spätscholastischen Verwicklungen von Recht und Religion und die

²³⁴ Zum Problem Renn, Übersetzungsverhältnisse (Fn. 11), 149–156, 305–316.

²³⁵ Oestmann, Geistliche und weltliche Gerichte (Fn. 32), 736f. und *passim*. Oestmann beobachtet auch in offenkundig religiösen Fragen durchgehend ein „Schweigen religiöser Argumente vor Gericht“.

²³⁶ Vgl. – in der Beobachtung ähnlich, im Urteil anders – Schmoeckel, Recht der Reformation (Fn. 9), 276–290.

Anders, gewiss, die Naturrechtsentwürfe, die katholische Theologen auch im 17. Jahrhundert noch verfasst haben. Aber genau deshalb blieben diese Traktate im Recht irrelevant.

darán anknüpfende Grenzverschiebungen zwischen den Feldern des Rechts und der Religion bildeten damit letztlich eine Konsequenz der konfessionellen Blindheit des Rechts angesichts der religiösen Kontroversen des 16. und 17. Jahrhunderts. Universell und damit modern wurde das Recht nicht erst durch seine säkulare Abkopplung von dem religiös tradierten Erbe des Mittelalters oder gar durch seine gesetzesförmige Positivierung²³⁷, sondern dadurch, dass *Justitia* ihre Augen auch im konfessionellen Zeitalter stur geschlossen hielt.

III. Ausblick

Die Vernunftrechtsdiskussionen des 17. und 18. Jahrhunderts haben nach allem das theologische Naturrecht der spanischen Spätscholastik zur historischen Voraussetzung. Erst hier wurde die Substanz von Regeln und Prinzipien formuliert, die in den folgenden Jahrhunderten in immer neuen Systemen und mit immer neuen Methoden kritisch reflektiert und fortgedacht wurden. Dass Juristen ohne die theologische Geburtshilfe der Spätscholastik derartig ausdifferenzierte und bis ins Einzelne technisch formulierte Regelwerke formuliert hätten, wie sie zu Beginn des 17. Jahrhunderts in den großen Traktaten *De iustitia et iure* vorlagen, ist jedenfalls kaum vorstellbar. Denn im Recht bestand für solche Regelwerke niemals ein gleiches praktisches Bedürfnis wie in den katholischen Beichtstühlen. Juristisch war die begriffliche Differenz von *ius civile* und *ius naturae* bis ins Hochmittelalter funktionslos²³⁸. Anders als systemtheoretische Erklärungen dies annehmen, bildete das Naturrecht also keine autopoietische Schöpfung des Rechtssystems²³⁹: Es waren nicht Juristen, sondern Theologen der frühen Neuzeit, die die antike Differenz von Naturrecht und positivem Recht mit Leben gefüllt haben.

Seit dem 17. Jahrhundert wurde allerdings zunehmend deutlich, dass die Religion die Welt Europas nicht mehr zu integrieren vermochte, theologisch fundierte Naturrechtsgrundsätze also nicht mehr als universelle Prinzipien gedacht werden konnten. Der Weg zu einem universellen, säkularen Vernunftrecht verlief dabei freilich alles andere als geradlinig. In der weiterhin selbstverständlich christlichen Welt des 17. Jahrhunderts war die naturrechtliche Erbschaft der katholischen Theologie zunächst ohne Alternativen, und Juristen sahen zunächst auch offenkundig kein Problem darin, auf religiöse Begründungsmuster zu rekurren, solange diese sich konfessionell neutral präsentieren ließen. Mit passender Begründung konnten protestantische Juristen also auch kanonistische Rechtsgrundsätze akzeptieren. Ausgeschieden wurde aus dem Recht nur, was konfessionell anstößig schien.

Obgleich der direkte Weg vom Naturrecht zur Rechtspraxis in der protestantischen Welt von Anfang an abgeschnitten war, hat die juristische Logik seit dem 16. Jahrhundert an den offenbar als evident wahrgenommenen begrifflichen, methodischen und sachlichen Differenzierungen von

²³⁷ So, in einer Auseinandersetzung mit der Rechtssoziologie Max Webers, etwa Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. II, 1981, 345–353.

²³⁸ Oben bei Fn. 35f.

²³⁹ So Luhmann, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 11), 507–511. Luhmann erklärt den Gedanken des Naturrechts als ein Mittel zum Umgang mit jurisdiktionsübergreifendem Wirtschaftsverkehr. Aber hierfür hätten die Ideen eines *ius gentium* (in Rom) bzw. eines *ius commune* (im Mittelalter und in der frühen Neuzeit) vollends genügt.

positivem Recht und überpositivem Naturrecht festgehalten. Insbesondere die deutsche Rechtswissenschaft hat deshalb einen Großteil ihrer Ressourcen in die Reflexion und Weiterentwicklung des Naturrechts investiert. Seither ist es in der Sache und auch methodisch zweierlei: zu ermitteln, was von Rechts wegen gilt, und zu fragen, was sinnvollerweise gelten sollte. Auch wenn diese Differenzierung von positivem Recht und Naturrecht mit der Religion längst nichts mehr zu tun hatte, hat sie sich also als uneinholbar erwiesen: Institutionen wie die Beichtjurisprudenz lassen sich abschaffen, semantische Differenzierungen aber offenbar nicht ohne weiteres vergessen. Nur kurzzeitig schien die Differenzierung zwischen positivem Recht und rechtlicher Vernunft später in der Trennung von einfachem Recht und Verfassungsrecht aufzugehen²⁴⁰: als das Projekt des aufgeklärten Naturrechts scheiterte, mittels einer klar definierten Methode und im Rückgriff auf wenige Axiome rechtliche Gewissheit zu gewährleisten²⁴¹, und als Juristen hofften, in der Verfassung abschließende Antworten auf ihre Fragen richtigen Rechts zu finden. Heute ist das offenbar nicht mehr der Fall: Spätgeborene Kinder des Vernunftrechts sind etwa die ökonomische Analyse, die Privatrechtstheorie, oder auch die politische Theorie der Gerechtigkeit. Die Reflexion und Revision der Substanz des positiven Rechts machen auch vor der Verfassung nicht halt.

²⁴⁰ Oben bei Fn. 107f.

²⁴¹ Jansen, Methoden, Institutionen, Texte, Zur diskursiven Funktion und medialen Präsenz dogmatisierender Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster in Recht und Religion, ZRG GA 128 (2011) 1–71, 30f.