

# Rechtsgeschichte Legal History

[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg25>  
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 25 (2017)  
<http://dx.doi.org/10.12946/rg25/115-126>

Rg **25** 2017 115–126

**Heinz Mohnhaupt\***

## Formen und Konkurrenzen juristischer Normativitäten im »Ius Commune« und in der Differentienliteratur (17./18. Jh.)

[The Forms and Rivalries of Juridical Normativities in the *Ius Commune*  
of the *Differentiae*-literature (17<sup>th</sup>/18<sup>th</sup> Centuries)]

\* Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main, [mohnhaupt@rg.mpg.de](mailto:mohnhaupt@rg.mpg.de)

## Abstract

Today's growing multinormativity arises out of global developments in the world of states and their societies. As a result, there has been a corresponding increase in the legal and non-legal rules governing their actions and behaviour. The present paper focuses on the phenomenon of historical »multinormativity« that determined the legal and normative systems of the 17<sup>th</sup>–18<sup>th</sup> centuries, since »mononormativity« has not, in fact, ever existed. A large number and variety of laws, stemming from social elites or the ruler on specific legal questions, constitutes a veritable cosmos of norms of quite different genres in this period. Thus, pressure necessarily emerged to regulate competition and conflicts between these different norms as well as a search for solutions through comparative study.

Keywords: juridical and non-juridical normative concepts, grounds for decision, legal pluralism, collisions, comparison



Heinz Mohnhaupt

## Formen und Konkurrenzen juristischer Normativitäten im »Ius Commune« und in der Differentienliteratur (17./18. Jh.)

### I. Unbestimmtheit der Begriffsfelder zur »Multinormativität«

Der viel diskutierte Begriff der »Multinormativität« steht heute in Konkurrenz zu dem des »Rechtspluralismus« und der »Diversität« des Rechts. Alle drei Begriffe verfügen nicht über eine inhaltliche und funktionale Eindeutigkeit und zeigen kein bestimmtes Verhältnis zu- und untereinander. Eine sehr vage Gemeinsamkeit solcher »Rechtspluralitäten« besteht allein in deren Unterscheidung oder Abweichung vom Gegenbegriff einer »Rechtseinheit« bzw. der ideal gedachten Einheit der Rechtsordnung, wie sie von den Kodifikatoren des Privatrechts im Zeitalter der Aufklärung versucht wurde zu verwirklichen. In einem solchen Spannungsverhältnis zwischen Einheitlichkeit oder Vielfalt gesellschaftlicher und staatlicher Rechtsgestaltung steht jedes organisierte Gemeinwesen. Das ist eine historische Erfahrung, die sich seit der römischen Antike in der rechtssystematischen Einteilung in ein »ius universale« und »ius speciale/particulare« zeigt. In der aktuellen Diskussion scheint »Multinormativität« als der umfassendere Begriff für die Rechtevielfalt gebraucht zu werden. In der rechtstheoretisch orientierten Literatur kann man je nach disziplinärer Einteilung bis zu sieben »Rechtspluralismen« unterscheiden, die die Definitionsnot und sprachliche Bedeutungsvielfalt nachdrücklich belegen.<sup>1</sup> Dieser »Pluralismus« kann durch Rechte oder auch »Rechts-Ordnungen« in der Interaktion zwischen einer herrschenden und einer alternativen »Rechts-Ordnung« bestimmt sein.<sup>2</sup> Die Konkretisierungsbedürftigkeit von »Rechtspluralismus« und »Multinormativität« haben diese beiden Begriffe auch gemeinsam mit dem geläufigen Nachbarbegriff

der pluralen »Rechtsquellen«, die als Sammelbezeichnung für die Grundlagen rechtlicher Entscheidungen fungieren. Multinormativität kann heute als eine extensive Variante von »Rechtsquellenvielfalt« oder »Rechtsvielfalt«<sup>3</sup> gesehen werden, beschränkt sich jedoch nicht auf die Dimension der rechtlichen Entscheidungsgrundlagen, sondern erweitert diese auch auf die Vielzahl möglicher außerrechtlicher entscheidungsrelevanter »Normen«. Das ist der Grund, weshalb heute der Begriff des »normative pluralism« dem des »legal pluralism« vorgezogen wird,<sup>4</sup> um auch das »phenomenon of law beyond the state« in den Griff zu bekommen.<sup>5</sup> In der deutschen Literatur ist heute das beliebte Bild und der vielgebrauchte Begriff der »Rechtsquellen« höchst umstritten, da in ihm mehr das »fließende« Element höchst mobiler rechtlicher Ordnungsinstrumente zum Ausdruck kommt als die Bestimmtheit und Sicherheit rechtlicher Normangebote.<sup>6</sup> Luhmann bezeichnete die eine Rechtspluralität indizierende Rechtsquellenlehre als ein »mehrschichtiges Theoriegebäude mit schwankenden Fundamenten«<sup>7</sup> und Esser sprach sogar von den »doktrinären Peinlichkeiten«, vor die sich die Rechtsquellenlehre gestellt sah und gestellt sieht.<sup>8</sup> Multinormativität löst heute weitgehend den »Rechtsquellen«-Begriff ab, indem er ihn vor dem Hintergrund internationaler politischer Praxis und Erfahrungen überlagert und ausweitet.

»Multinormativität«, Pluralität des Rechts und dessen Diversität sowie Rechtsquellenvielfalt überschneiden sich teilweise nach Inhalt, Funktion und Bezeichnung. Darin zeigt sich in Theorie und Praxis vor dem Hintergrund von juristischer Argumentationslehre heute ein verändertes Rechtsquellenverständnis,<sup>9</sup> wenn man »Rechtsquellen« im

1 Überzeugend hat das RALF SEINECKE (2015) 29 belegt.

2 So SEINECKE (2015) 362.

3 Vgl. OESTMANN (2011) 99–123; DERS. (2015) 11 f.

4 So TAMANAHA (2008) 395.

5 GLENN (2012) 101.

6 MEYER-CORDING (1971) 49–51; MOHNHAUPT (2011) 19–27.

7 LUHMANN (1981) 308.

8 ESSER (1990) 167; vgl. weitere Stimmen bei MOHNHAUPT (2011) 21–24.

9 NEUMANN (1991) 83–90.

weiteren Sinne als die normativen Fundamente verstehen will, die für die Entscheidung von Konfliktlagen oder für die Gestaltung des sozialen Lebens innerhalb einer staatlich organisierten Gemeinschaft herangezogen werden. »Multinormativität« bezieht ihre heutige Aktualität

1. aus der Wahrnehmung globaler Entwicklung der Staaten und Gesellschaften sowie ihrer Vernetzungen einschließlich ihrer daraus folgenden verschiedenartigen Rechtsordnungen und multilateralen Konfliktlösungszwänge und

2. aus der Beobachtung abnehmender Lenkungs-kraft der rechtlichen Gestaltungsinstrumente und dem damit verbundenen Anwachsen außerrechtlicher Normativitäten, die nicht mehr den Staat als Urheber haben, kennen oder anerkennen.

Dieser Befund generell anwachsender Lenkungsinstrumente staatlicher und außerstaatlicher Produzenten kann auch innerhalb des Rechtssektors selbst beobachtet werden. Darauf beruhen die folgenden Ausführungen, die vor allem die historische Dimension der Pluralität rechtlicher und außerrechtlicher Lenkungsinstrumente in den Blick nehmen, wie sie seit dem *Ius Commune* des 17. und 18. Jahrhunderts dem Betrachter von Theorie und Praxis begegnet. Damit sollen keineswegs einfache lineare Entwicklungslinien vom historischen zum aktuellen Befund gezogen werden. Vielmehr sind rechtshistorische Phänomene wie auch politische und gesellschaftliche Bedingungen erkennbar zu machen, die den Kosmos der rechtlichen und außerrechtlichen normativen Entscheidungsgrundlagen für die Lösung von Konfliktsituationen und die sie begleitenden wissenschaftlichen Diskussionen insgesamt beleuchten können. Das kann die Produzenten, Funktionen, Anwender, Adressaten, Konkurrenzen, Bezeichnungen und Kollisionen der »Normen« betreffen. All diese Aspekte können in einem historisch zu betrachtenden Begriff der »Multinormativität« zusammentreffen.

## II. Norm und Normativität

Norm, normativ, normativistisch, Normativität, Normativismus sind sowohl historisch als auch aktuell die bevorzugten, facettenreichen Bezeichnungen für handlungsanleitende Regeln.<sup>10</sup> Micraelius definiert 1662: »Norma ... regula ad quam aliquid constituitur vel efficitur.«<sup>11</sup> In der Sprache des römischen Architekten Vitruvius »De architectura« bezeichnet »norma« den rechten Winkel und das Winkelmaß.<sup>12</sup> Gemeint sind die »lineae rectae«, die im übertragenen Sinne auch auf das Recht angewendet werden. »Per Metaphoram accipitur cum dicitur a Politicis, Ius est bene vivendi norma.«<sup>13</sup> Bei Thomas von Aquin ist der »vir bonus« schlechthin die »mensura et norma boni et mali.«<sup>14</sup> Zedler geht von den geometrischen Instrumenten des Winkelmaßes und der Richtschnur aus und nennt das, »was nach der Richtschnur verfertigt wird, ... das Normatum«. Er erklärt:

»Insbesondere in denen Rechten ist die Richtschnur (Norma) überhaupt nichts anders, als eine oberherrliche Vorschrift, oder Befehl, Gesetz, Recht, u. d. g. wornach nicht allein die Unterthanen ihre Handlungen anstellen, sondern auch die unter ihnen entstandene Irrungen und Streitigkeiten abgethan werden müssen.«<sup>15</sup>

Somit besitzt die positive Norm einen doppelten Zweck, nämlich einerseits die »actiones humanas dirigere«<sup>16</sup> und andererseits die Entscheidungsgrundlage zu bilden, auf der ein Konflikt richterlich gelöst werden muss. Die moderne Rechtstheorie verzichtet dagegen auf ein solches »Erfolgskriterium« bzw. auf ein »Sanktionserfordernis« und sieht in der (sozialen) Norm nur die Affirmation »der Verwirklichung einer Möglichkeit«.<sup>17</sup> Positive Gesetzgebung und Rechtsprechung treffen sich in der genannten Doppelfunktion der positiven Norm, die nicht nur anleitende

10 Vgl. PAULSON (2006) 529, mit Hinweisen auf die Geschichte des Begriffs »Norm«.

11 MICRAELIUS (1662) 893.

12 VITRUVIUS (1985) lib. 9, nr. 6 (S. 200).

13 GOELENIUS (1613) 760.

14 Wie Fn. 13.

15 ZEDLER XXXI (1742) Sp. 1425; ähnlich DERS. XXIV (1740) Sp. 1311.

16 So die bekannte Formulierung bei PUFENDORF (1706) 39.

17 MÖLLERS (2015) 395.

Multinormativität bedeutet, sondern auch »multi-jurisdictional orders« mit einem gerichtspraktischen Bezug repräsentiert.<sup>18</sup> Wer Normativität sät, wird Rechtsprechung ernten.<sup>19</sup>

»Norma« wird zu einem generellen Begriff rechtlicher Regelungsinstrumente, die auf der Grundlage der römischrechtlichen Terminologie vor allem das positive Gesetz bedeutet:

»Legem positivam, et quidem humanam, quae sola huc venit, adpellamus Normam ab imperante subditis praescriptam, ad quam hi actiones suas componere tenentur. L.1. 2. ff. de Legibus.«<sup>20</sup>

»Norma« und »lex« sind die bindenden Verhaltensregeln, die sich gerade in ihrer Bindungskraft von anderen unverbindlichen – wenn auch der rechtlichen Sphäre zugehörigen – Formen unterscheiden. »Patet ex hac definitione: Legem differre a Consilio, a Pacto, a Dogmate et Praecepto.«<sup>21</sup> Darin unterscheidet sich der erweiterte Normbegriff, der heute unter dem Begriff der Multinormativität auch außerrechtliche verbindliche Geltungsansprüche in Staat und Gesellschaft versteht. Die die Menschen – als Individuen oder kollektive Gemeinschaft – umgebende »normative Ordnung« definieren Forst und Günther demgemäß als einen »Komplex« oder

»ein Geflecht von rechtlichen, ökonomischen, moralischen, ethischen und pragmatischen, kulturellen, religiösen und weltdeutungsrelevanten Normen (beziehungsweise Werten) sowie sozialen Konventionen, ausgehandelten Kompromissen und habituellen Lebensformen ...«.<sup>22</sup>

Die Gesetzes- und Normenlehre des Ancien Régime ging vor allem vom Normproduzenten aus, der als Herrscher Inhaber der »potestas legislativa« war und über den Einsatz der multinormativen Rechtsregelungs-Gebote, den Adressatenkreis und mögliche Konkurrenzen entscheiden

konnte. Diese rechtliche Gestaltungsmacht war Ausdruck herrscherlicher Souveränität und Willensbekundung, unabhängig davon, ob die Stände ein Mitwirkungsrecht besaßen oder nicht:

»Legem ferri a solo Imperante, ... Si imperialis maiestas causam cognitaliter examinaverit, et ... sententiam dixerit, omnes ... sciant, hanc esse Legem.«<sup>23</sup>

### III. Vielzahl und Vielfalt der Normen

Die heutige »Welt normativ pluraler Gemeinschaften«<sup>24</sup> hat Entsprechungen in der Vormoderne. In der Geschichte des Rechts besteht darüber Einigkeit, dass es einen »Norm-Monismus« nie gegeben hat.<sup>25</sup> Sowohl im Mittelalter als auch in der Neuzeit waren »res publica« und Gesellschaft durch plurale Rechtssysteme und Normengattungen bestimmt und organisiert: »The medieval system of positive law cannot be conceived as a homogeneous and unified body of legal rules.«<sup>26</sup> Ullmann benennt dafür »Roman, Canon and Germanic Lombard law«. Im Ancien Régime wurde der Kreis dieser »fontes« der »Historiae Romanae Germanicaeque« auf dem »immensus ... Historiarum campus« noch weiter gezogen und umfasste bei Struve bereits im Titel die »Historia iuris Romani Iustiniani, Graeci, Germanici, Canonici, Feudalis, Criminalis et Publici.«<sup>27</sup> Leibniz verbindet normative Rechtssysteme mit einer außerrechtlichen Normkategorie, wenn er betont:

»Il y a trois sortes de Loix: la loy divine. La loy civile, et la loy d'opinion ou de reputation. La loy civile est positive. La loy de reputation ne merite le nom de loy qu'improprement, ...«.<sup>28</sup>

Dennoch wird die »opinio« der gesetzlichen Norm-Kategorie im weiteren Sinne zugerechnet, um sie so an der dem Gesetz eigenen größeren Verbindlichkeit teilhaben zu lassen. In solchen

18 BENTON (2012) 22–25, 31.

19 Abwandlung eines Satzes von Matthias Jestaedt: »Wer Verfassungsrecht sät, wird Verfassungsrechtsprechung ernten«, in: DERS. u. a., Das entgrenzte Gericht, Frankfurt am Main 2011, 79.

20 SCHMIDT-PHISELDEK (1764) 4.

21 Wie Fn. 20.

22 FORST/GÜNTHER (2011) 15, 20; ähnlich TAMANAH (2008) 402.

23 SCHMIDT-PHISELDEK (1764) 4, dazu SCHRÖDER (2004) 16–18.

24 BERMAN (2009) 43 f.

25 Vgl. z. B. TAMANAH (2008) 377–380; SEINECKE (2015) 1 f., 49–52.

26 ULLMANN (1946) 71–76.

27 STRUVE (1718) Titel und 1.

28 LEIBNIZ (1961) 442 (§ 7).

Zuordnungen liegt eine gewisse Willkürlichkeit, die allein vom Wertungsanspruch des Autors abhängt oder aus der Not geboren ist, Maßstäbe und eine »certitudo iuris«<sup>29</sup> für Urteile und Beurteilungen auch außerhalb des Rechts zu gewinnen. *Multinormativität* und *Rechtsppluralismus* gehören zur historischen – wie auch der aktuellen – *Normalität* des Rechts. Im Ancien Régime war diese Rechtsppluralität bedingt durch ständische Strukturen der monarchischen Gemeinwesen sowie deren entsprechenden partikularen kleinräumigen Rechtsregelungsgebieten. Hoheitsgrenzen und Rechtsgeltungsräume waren deshalb auch innerhalb eines »Staates« nicht identisch.<sup>30</sup> Hinzu kamen Differenzierungen der »Rechte« nach

»bestimmten Eigenschaften ein oder anderer Personen, wie auch dieser oder jener ganz besonders Geschäfte, noch besonderer Rechte ..., als der privat-Kirchen- und Lehen-Recht, das Kriegs-Recht, die besonderen Rechte des hohen und niederen Adels, wie auch des Bürger- und Bauern-Standes, sodann Handwerks-, Handels-, Wechsel- und See-Rechte, desgleichen Forst-, Jagd-, Salz-, Bergwerks- etc. Rechte, Juden-Rechte, Polizey-Rechte u. d. g. ...«.<sup>31</sup>

Die Vielzahl und Vielfalt ständisch, herrscherlich und materiellrechtlich definierter Rechte spiegelt sich im Reichtum der Formen, Funktionen und Bezeichnungen gesetzgeberischer Produkte und Gewohnheitsrechte wider. Die im *Ius Commune* geläufige Einteilung in allgemeines Recht oder »ius commune« oder »ius generale« auf der einen Seite sowie das »ius particulare« oder »ius speciale« oder »ius singulare« auf der anderen Seite bilden verschiedene Rechtsgeltungsräume mit hierarchisch geordneten Normbereichen und unterschiedlichen Adressaten, Funktionen und Bezeichnungen. Auf der Grundlage des römischen Rechts werden die »divisio legum« und »species legis« bis in das 19. Jahrhundert untergliedert:

- die »Lex«, die vom »populus Romanus« und im Ancien Régime vom Herrscher erlassen wird;
- die »Plebiscita«, die ursprünglich von der Plebs ausgingen;

- die Vielzahl der »Senatus consulta«;
- die Edicta, die zumeist Kurzfassungen gesetzlicher Anordnungen oder Ergänzungen waren oder Ausnahmen formulierten;
- die Masse der »Constitutiones Principum«, die wiederum in verschiedenen Formen und zu unterschiedlichen Zwecken erlassen werden konnten: Edikte, Mandate, Dekrete, Reskripte und »praecepta«. Diese wurden wiederum in erklärende »adnotationes, subnotationes, epistolae und sanctiones pragmaticae« unterteilt;
- die »constitutiones generales« richteten sich an alle Untertanen; »constitutiones speciales« betrafen nur bestimmte und benannte Personen in der Form von Dispensationen und Privilegien;
- eine weitere Rechtsgattung mit unterschiedlicher Bindungskraft bilden die »Responsa prudentum«, d. h. die »sententiae« und »opiniones« der Rechtsgelehrten, die auf Anfragen erteilt werden und im Ancien Régime als »communis opinio« normative oder zumindest »argumentative« Relevanz entfalten konnten,<sup>32</sup> ohne selbst eine durchsetzbare und bindende Norm zu sein;
- zu den »leges non scriptae« zählen die Gewohnheitsrechte, die nach der gemeinrechtlichen Lehre in die »consuetudo generalis« und »specialis« eingeteilt werden. Die ihr zugesprochene Verbindlichkeit besteht dann, »quando omnes eadem actionum suarum regulam servant«.<sup>33</sup> Dieser für das menschliche Verhalten verbindlichen »regula« kann eine »vis legis« zukommen, ohne den Rang einer »lex« einzunehmen.<sup>34</sup>

Die römischrechtlichen »constitutiones principum«<sup>35</sup> gehören im Ancien Régime zum Kernbereich der »species legum«, die die Edikte, Mandate, Dekrete, Reskripte und Privilegien umfassen. Diese wurden aus der »potestas legislativa« abgeleitet und empfangen von daher automatisch ihre Gesetzeseigenschaft, d. h. ihre normative Kraft. Unabhängig davon war die ihnen aus dem römischen Recht anhaftende Instrumentalität im 17./18. Jahrhundert ausgebaut und präzisiert worden, um menschliches und administratives Handeln zu lenken. Die verschiedenen normativen Formen und Gattungen wurden final eingesetzt. Zur Kenntnis der pluralen »bürgerlichen Rechte«, wie es im

29 Vgl. MOHNHAUPT (2008) 77 f.

30 OESTMANN (2015) 3.

31 PÜTTER (1767) 97 f., 40 f.

32 SCHRÖDER (2001) 45–48.

33 SCHMIDT-PHISELDEK (1764) 11.

34 Zusammenstellung der »divisiones et species legum« bei SCHMIDT-PHISELDEK (1764) 7–14; für die antike Normenvielfalt: GAIUS (1911) 2 f. (I, §§ 2–7); vgl. LIEBS (1992) 14–23.

35 Vgl. die Zusammenfassung »über die Wirksamkeit der Kaiserconstitutionen« bei SAVIGNY (1740) 107, 122–144.

»Rechtsunterricht« für Erzherzog Joseph hieß, wurde Ende des 18. Jahrhunderts unterschieden nach Edikten als landesherrliche Befehle – »motu proprio« – an alle Untertanen; nach Mandaten, die sich an Einzelpersonen oder Beamte richteten; nach Dekreten, die Streitentscheidungen oder Bescheide an Einzelpersonen betrafen; nach Reskripten, die Antworten oder Bescheide auf Anfragen und Anträge umfassten.<sup>36</sup> Namentlich »de rescriptorum origine eorumque usu moderno« wird diskutiert mit Bezug auf die Möglichkeit: »et rescriptum legis vigorem habebit ...«.<sup>37</sup>

Die Definitionen variieren im 18. Jahrhundert, legen jedoch immer den Normcharakter dieser Rechtsformen fest.<sup>38</sup> Das gesamte Universum normativer Regelungsformen im weitesten Sinne mit seinen unterschiedlichen Bezeichnungen, denen unterschiedliche Funktionen entsprechen, taucht in den Gesetzessammlungen im Ancien Régime wieder auf, ohne dass ein einheitlicher präziser Begriff »Gesetz«, »Norm« oder »Lex« gebraucht wird.<sup>39</sup> Die unterschiedlichsten Rechtsmaterien konnten Gegenstand dieser normativen Regelungsinstrumente sein. Das zeigen besonders die »Policeyordnungen«, die alle die genannten normativen Rechtsformen verwenden – von der Einzelanordnung in Gestalt der Privilegien, Mandate und Reskripte bis zu den generellen Geboten durch Edikte, Dekrete und Statuta.<sup>40</sup> Die Wahl dieser Rechtsformen hatte auch politische Gründe, denn die genannten Normgattungen standen allein in der Kompetenz des gesetzgebenden Herrschers und waren deshalb nicht an eine Mitwirkung der Stände gebunden.

In der naturrechtlich orientierten Literatur rücken inhaltlich »regula« und »norma« im Begriff der »lex« als zweckgebundene Anleitung für ein gesellschaftlich förderliches menschliches Handeln und Verhalten zusammen. Beck erläutert, dass des Menschen »Handlungen eine beständige Richtschnur nötig« haben: »Diese Richtschnur ist das Gesetz.«<sup>41</sup> Unter dem bezeichnenden Titel »de

norma actionum humanarum, seu de lege in genere« bezeichnet Pufendorf die »lex« als eine Anordnung, nämlich als ein »decretum« und eine »norma« zur Gewährleistung von Ordnung und Sittlichkeit unter den Menschen:

»Norma illa vocatur Lex, quae est decretum, quo superior sibi subjectum obligat, ut ad istius praescriptum actiones suas componat.«<sup>42</sup>

Christian Thomasius benutzt das Wort, die Bezeichnung und den Begriff der »lex« in einem viel weiteren Sinn noch jenseits des positiven rechtlichen Handlungsgebotes, um damit alle zur Steuerung geeigneten Rechtsmöglichkeiten auszuschöpfen – nämlich auf den Willen des Menschen und das gemeinverträgliche Handeln Einfluss zu nehmen. Er erklärt unter dem Titel »De natura et divisione legum«:

»Lex humana varia denotat: Consilia, monita, mandata, praecepta, dogmata, pacta amicorum, patrum, dominorum, parium, superiorum, inferiorum. Inde in Scripturis dogmata saepe pro legibus sumuntur.«<sup>43</sup>

So ist es in der gemeinrechtlichen Gesetzgebungslehre durchaus üblich, den Vertrag einem erweiterten Gesetzesbegriff zuzuordnen: »Lex latissime sonat omne pactum vel conventionem.«<sup>44</sup> Allerdings zählt Thomasius die genannten verbindlichen Handlungsanleitungen nicht zum eigentlichen Gesetzesbegriff, da »haec sunt leges minus proprie tales, cum lex proprie dicta debeat esse constans et durabilis, et communis norma plurium.«<sup>45</sup> Thomasius geht sogar so weit, gesellschaftliche Schäden mehr durch »exemplo bono« als mit dem Gesetz zu bekämpfen.<sup>46</sup>

Damit war die Möglichkeit gegeben und auch diskutiert worden, den außerrechtlichen Lenkungsmechanismen normative Kraft unterschiedlicher Graduierung einzuräumen, worüber in der

36 CONRAD (1969) 72–75.

37 SCHRÖTER (1709) 22, 26.

38 Vgl. HEINECCIUS (1789) 18–22; HERMANN (1731) 20–24; HOFFMANN (1718) 186–204.

39 Vgl. die Übersicht zu den Titeln der Gesetzessammlungen in Europa im 18. Jahrhundert bei MOHNHAUPT (1972) 214–216.

40 Vgl. die von HÄRTER/STOLLEIS (1996 ff.) herausgegebenen Repertorien der Policeyordnungen.

41 BECK (1759) 242, 153.

42 PUFENDORF (1709) 88 f.

43 THOMASIVS (1740) 19 (Cap. V, § 7); deutsche Fassung in: MOHNHAUPT, HEINZ (Hg.), Prudentia legislativa. Fünf Schriften über die Gesetzge-

bungsklugheit aus dem 17. und 18. Jahrhundert, übersetzt von ADOLF PAUL, München 2003, 111.

44 HUPEDEN (1727) 3 (Thesis III).

45 THOMASIVS (1740) 50 (Cap. V, § 134).

46 THOMASIVS (1740) 165 (Cap. XII, § 16).

Lehre jedoch keine klaren Kriterien benannt wurden. Allerdings fehlte das Essentielle einer Allgemeinverbindlichkeit, die mit der Monopolisierung der »potestas legislativa« in der Hand des Herrschers zum Kriterium für Gesetz und Gesetzgebungsgewalt wurde und die »aequitas« als ein »Recht ohne Zwang« auszuschließen suchte.<sup>47</sup> Dennoch blieben Rechtsbücher, »consilia« und »dogmata« – obgleich sie nicht als Gesetze im eigentlichen Sinne galten – autoritative Texte mit normativem Charakter, die sich in einer Grauzone zwischen rechtlicher Gebotsnorm und außerrechtlicher normativer Handlungserwartung bewegten. Hier ist eine Ähnlichkeit zu den »books of authority« des englischen Rechtssystems gegeben. Deren Autorität beruht angesichts fehlender umfassender Gesetzgebung maßgeblich auf der Vermittlung von Urteilspraxis »for general use in the authoritative writings of the venerable sages of the law« und auf der Festlegung von »cases«, »which are now become settled and first principles«.<sup>48</sup> Edward Coke hat in einer Aufstellung aller »proofs and arguments ... drawn from 20 several fontaines or places« den ganzen normativen Kosmos der entscheidungsrelevanten Grundlagen für den englischen Richter zusammengestellt. Sie zeigen beispielhaft die Multinormativität des englischen Rechtssystems, die nicht immer unterscheidet zwischen rechtlicher und außerrechtlicher Norm, zwischen Argument, Methode, Dogmatik und bloßer Bezeichnung:

- »First, from the Maxims, Principles, Rules, Intendment and Reason of the Common Law ...«.
- »Secondly from the Books, Records, and other Authorities of Law ...«.
- »Thirdly, from original Writs in the Register, a rescriptis valet argumentum.«
- »Fourthly, from the form of good pleading.«
- »Fifthly, from the right entrie of judgment.«
- »Sixthly, a praecedentibus aprobatis et usu, from approved Precedents and Use.«
- »Eightly, ab artificialibus argumentis consequentibus et conclusionibus ...«.

- »Ninethly, a communi opinione jurisprudentum ...«.
- »Twelfely, a majore ad minus, from the greater to the lesser, or from the lesser to the greater, a simili, a pari.«
- »A natura et ordine naturae, from nature, or the course of nature.«
- »Ab ordine Religionis, from the order of Religion.«
- »A communi praesumptione, from a common presumption.«
- »A lectionibus jurisprudentium, from the readings of learned men of law.«<sup>49</sup>

Die »secondly« genannten »Books ... and Authorities of Law« lassen sich in ihrer Normqualität nicht genau bestimmen. Sie haben häufig nur eine »persuasive authority«, der keine unmittelbare »binding force« zukommt. Präziser ist im englischen Recht die »sixthly« behandelte Normqualität der »praecedentes aprobatae« festgelegt, die das Verhältnis zwischen Gesetz und Urteil beleuchtet.

#### IV. Zur normativen Kraft von Rechtsprechung

Auf dem Kontinent ist in den verschiedenen Epochen die normative Nähe zwischen Gesetz und Urteil immer gesehen, jedoch unterschiedlich bewertet worden.<sup>50</sup> Aus dem römischen Recht ist eine verbindliche Präjudizwirkung aus der Urteilspraxis nicht abzuleiten, auch wenn der »mos iudiciorum« (C 2.3.14) auf eine mögliche Leitbildfunktion des Urteils deutet. Die mögliche Normativkraft der Urteilspraxis ergibt sich pragmatisch aus dem Fehlen oder den Mängeln einer gesetzlichen Entscheidungsgrundlage, die die Rechtsprechung auszugleichen versucht; sodann aus der Qualität und Autorität der richterlichen Entscheidungen und ihrer daraus erwachsenen möglichen gewohnheitsrechtlichen Stabilisierung und Stabilität des Rechtssystems. Alle drei Merkmale sind in Digesten 1.3.38 zusammengefasst:

47 Für KANT (1797) 35 f. war der bestimmende Grund dafür, dass »ein Richter aber nach unbestimmten Bedingungen nicht sprechen kann«; zur Willenstheorie und ihrer Bedeutung für die Gesetzgebung vgl. MOHNHAUPT (2006) 143–146.

48 BLACKSTONE I (1765) 72 f.

49 COKE (1684) fol. 11 a. Die wichtigsten der von Coke zusammengestellten »fontaines and places« sind hier aufgeführt (Hervorhebungen im Text).

50 Dazu Beispiele bei MOHNHAUPT (2006) 160–164, worauf hier auch Bezug genommen wird.

»Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus profiscuntur consuetudinem ut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere.«

Diese sehr umstrittene Textstelle verdeutlicht das Problem einer durch die Rechtsprechung gewonnenen »vis legis«, ohne selbst eine »lex« zu sein. Die Notwendigkeit einer Normativkraft der Rechtsprechung wurde regelmäßig dann akut, wenn das Gesetz den Anforderungen einer Konfliktlösungsaufgabe nicht entsprach. Daraus resultierte ein »Funktionszuwachs des Richters«. <sup>51</sup> In solchen Fällen konnte es notwendig sein, dass der Richter zur Begründung seiner Entscheidungen selbst Regeln aufstellt, die Präjudizwirkung entfalten. Die »Decreta communia« des Reichskammergerichts und des Reichshofrates bilden dafür vielfältige Beispiele. <sup>52</sup> Der Normenhaushalt des Rechtssystems erfordert eine beständige und kalkulierbare Urteilspraxis. Zwar galt grundsätzlich das Prinzip »non exemplis, sed legibus iudicandum est« (C 7.45.13), aber auf der richterlichen Suche nach normativen Entscheidungsgrundlagen – den »fundamenta decidendi« – sind die »sententiae iudicum« und »res iudicatae« zusammen mit den eigentlichen Gesetzen seit der Antike immer als ein Teil des »ius civile« angesehen worden: »... tractantur, ut ... pacta, conventa, quaestiones, leges, senatus consulta, res iudicatae, decreta, responsa ...«. <sup>53</sup> Der Grad solcher entscheidungsrelevanter Verbindlichkeit und deren Legitimierung als Norm sind stets umstritten gewesen, weil sie offensichtlich zu unterschiedlichen Zeiten durch unterschiedlichen praktischen Entscheidungszwang bedingt waren. Die Frage des »rechtlichen Werths des Gerichtsgebrauchs« wurde häufig diskutiert und unsicher und unterschiedlich beantwortet. 1798 beklagt der Hof- und Regierungsrat Haus: »So häufig man sich in praktischen Rechtsgeschäften auf den Gerichtsgebrauch beruft, so sehr fehlt es

doch der Lehre von demselben an einer haltbaren rechtlichen Grundlage.« <sup>54</sup> Er führt weiter aus:

»Andere, überzeugt, daß demselben (sc. Praxis, Gerichtsgebrauch) das Ansehen einer verbindenden Norm nicht anders zu verschaffen sey, als wenn er in die Klasse der Gesetze, oder Rechtsgewohnheiten befördert werde, legen dem Gerichtsgebrauch zwar die Eigenschaft und Wirkungen der letztern bey; lassen aber jeden, bey dem noch Zweifel gegen die Anwendbarkeit der gemeinen Lehre von den rechtlichen Gewohnheiten auf den Gerichtsgebrauch, Ungewißheit erregen, ohne befriedigende Ueberzeugung.« <sup>55</sup>

An der »Norm«-Qualität hegt er keinen Zweifel, denn der »Gerichtsgebrauch«, die »Gerichtsobservanz« oder der »Gerichtsstil« sind der »Inbegriff dessen, was an einer Gerichtsstelle nach einer durch Länge der Zeit eingeführten Norm beobachtet wird«. <sup>56</sup> Diese Stimme ist typisch für die Begründungsnot im Ancien Régime, Normen außerhalb der monarchischen gesetzlichen Normgebung zu akzeptieren. Der Ausweg wurde darin gefunden, dass Urteilspraxis als Norm dann angesehen werden konnte und sollte, wenn sie »die Bestätigung der obersten Gewalt« bekommen hat. Nach der gemeinrechtlichen Lehre reichte dafür der fiktive »tacitus consensus« aus. Das entsprach der heute sogenannten »reduktionistischen Rechtsquellenlehre«, Richterrecht als Gewohnheitsrecht zu legitimieren. <sup>57</sup> Daneben werden heute verfassungsrechtliche und methodologische Argumente für die Normqualität der Rechtsprechung bemüht. <sup>58</sup> Diese auch Rechtsprechung umfassende »Multinormativität« gehört zur historischen Signatur des Rechts in Europa schlechthin. Sie betrifft weltliches und kanonisches Recht gleichermaßen. Im »ius canonicum« tauchen die gleichen Begriffe, Bezeichnungen und Funktionen der diversen Rechtsformen auf, die – so zuletzt Ascheri <sup>59</sup> –

51 MEYER-CORDING (1971) 63–70.

52 OESTMANN (2013). Vergleichbare jurisdiktionelle Regelbildungen mit normativer Kraft zeigen die portugiesischen »assentos«, die französischen »arrêts de règlement« und die spanischen »autos acordatos«; vgl. MOHNHAUPT (2006) 163.

53 CICERO, De oratore II, 27, 116.

54 HAUS (1798) 1.

55 HAUS (1798) 2 f.

56 HAUS (1798) 7.

57 NEUMANN (1991) 86 f.

58 Zusammenstellung der historischen und aktuellen Argumente bei MOHNHAUPT (2011) 24 f., 33, 37–42. Zur Problematik des »Richterstaates« vgl. RÜTHERS (2016).

59 ASCHERI (2011) 11 f.

z. B. nach dem »Liber Extra« unterteilt werden können in die »decreta pontificum«, die »statuta dei concili«, die »constitutio ordinis«, das »decreto papale«, die »decretale«, »sanctio/constitutio«, »pragmatica sanctio« oder »constitutio principis«, »annotatio motu proprio« ohne oder mit »consilium prudentum«, »dogma« als »lex«, »interdictum« als Verbotsgesetz, »mandatum« usw. Reiffenstuel erklärt 1702 ausdrücklich auch die Urteile der Rota Romana zum »ius« mit Gesetzesrang:

»... in ambiguitatibus, quae ex legibus profiscuntur, consuetudinem, ut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere.«<sup>60</sup>

Die Vielzahl und Vielfalt solcher legislativen und jurisdiktionellen normativen Rechtsformen wurden im Ancien Régime vor allem unter dem Zeichen des Vernunftrechts und monarchischer Monopolisierung als Instrumente des Herrschers zur rationalen Gestaltung von Gesellschaft und »Staat« angesehen. Entsprechend ihrer dogmatischen Funktionsbestimmung wurden sie final eingesetzt. Die Normbezeichnungen zeigen auch etwas von der Art und Weise des rechtlichen Denkens und sind nicht nur Varianten sprachlicher Ausdrucksformen für Normativitäten. Das »Normative« hinter und neben dem »Staat« ist jedoch heute der Gegenstand der Normenforschung, die den »pluralismo jurídico« und die »diversos sistemas de regulación social« als Ausdruck und Folge einer »pluralidad cultural« im weitesten Sinne als Entmonopolisierung staatlicher Rechtsproduktion versteht und untersucht.<sup>61</sup> Das Ziel muss darin bestehen, zu erkennen, wie das Universum des Normativen rechtlich und außerrechtlich geordnet ist, um daraus Rückschlüsse ziehen zu können, wie es gestaltet werden kann und soll.<sup>62</sup>

## V. Normenkollision

Angesichts der Vielzahl der »leges«, Rechte, Normen und Rechtsordnungen unterschiedlicher Qualität sahen sich Theorie und Praxis vor das Ordnungsproblem gestellt, »ut nulla inter eas pugna sit, nulla dissensio«. Vor allem das römische Recht wurde dafür verantwortlich gemacht, »universum legum corpus vitiosum et male constitutum esset, so dass eine »concordia legum« dringend notwendig sei.<sup>63</sup> Widersprüchlichkeiten führten dazu, dass die Gesetze »omnem auctoritatem obligandique vim legis amittunt«. <sup>64</sup> Das Thema galt als schwierig und »diffusa«, so dass – so erklärt Hertius 1688 – »nescio an quisquam explicare totam aggressus fuerit«. <sup>65</sup> Die Kollisionsfälle werden eingeteilt in »collisio legum naturalium inter se«, die Kollision der »leges naturae« mit den »leges positivae«, <sup>66</sup> die »collisio legum positivarum inter se« und die Kollision mehrfach erteilter Privilegien, die unter dem Titel der »collisio legum specialium« behandelt wird. <sup>67</sup> Daraus werden »regulas« gebildet, <sup>68</sup> die nach heutigen Maßstäben oft den Geltungsgründen des Internationalen Privatrechts entsprechen. So wird eine Hierarchie der Normen erkennbar, <sup>69</sup> die aus konkreten Fallkonstellationen entwickelt wird und ihren Ausgangspunkt in »tria generalia principia juris naturalis« hat. <sup>70</sup> Böhmer entwickelt 1694 eine »scala legum« mit der Rangfolge »leges naturae, positivae divinae, gentium, civiles oeconomicae«. <sup>71</sup> Er bezieht in sein Regelwerk ausdrücklich auch das öffentliche Recht mit ein: »Legibus fundamentalibus, quae concernunt statum et administrationem reipublicae cedere debent leges non fundamentales.« <sup>72</sup> Es ist bezeichnend für den weit gefassten Rechtsquellenbegriff bzw. die »Multinormativität«, dass auch die »mandata« des »paterfamilias« unter den gesetzlichen Kollisionsfällen behandelt werden: dieses »mandatum praefendum est mandato matrisfamilias«. <sup>73</sup> Das Gleiche gilt für die »concurrentia pactorum«, die nach den Kollisions-

60 REIFFENSTUEL (1702) 28 (§ VIII, nr. 145).

61 Vgl. z. B. zu den entsprechenden Forschungszielen in Südamerika: CABEDO MALLOL (2002) 63–65 (»Concepto de pluralismo jurídico«).

62 Vgl. GEPHART/SAKRANI (2012) 133.

63 BÖHMER (1684) § 1 (s. p.).

64 BÖHMER (1694) § 1.

65 HERTIUS (1688) 3.

66 So auch CRAMER (1741).

67 HERTIUS (1688) 8–45.

68 HERTIUS (1688) 26 f.

69 Zu möglichen Rangordnungsreihen vgl. STARCK (1995) 9–12.

70 HERTIUS (1688); ähnlich RINK (1709).

71 BÖHMER (1694) § V (s. p.).

72 BÖHMER (1684) § XXIX.

73 BÖHMER (1684) § XXIX.

regeln für die Gesetze zu beurteilen sind.<sup>74</sup> Das »universum legum corpus« und dessen, was im Ancien Régime als Normen oder Entscheidungsgrundlagen zur rechtlichen Beurteilung und Anleitung menschlichen Handelns angesehen wird, ist fast grenzenlos und entzieht sich noch einer verfassungsrechtlichen Kontrolle. Die vielfach behandelte Kollisionsfrage ist eine Konsequenz vordemokratischer multinormativer Rechtssysteme.

#### VI. »Differentiae iuris« und Multinormativität

Die moderne Rechtstheorie geht davon aus, dass die Vielzahl heute einander überlagernder globaler »Gemeinschaften« eine Vielzahl einander überschneidender Normen zur Folge hat. Insofern erscheint die alte Welt des »Ius commune« als eine wesentlich kleinräumiger dimensionierte Rechtsordnung. Aus dem Befund verschiedener »normbildender Gemeinschaften« mit »verschiedenen wettstreitenden Normen« staatlicher und vor allem außerstaatlicher Provenienz ist heute eine »Hybridität« entstanden, deren rechtliche Bewältigung durch entsprechende Prozesse, Institutionen oder Praktiken sehr umstritten ist.<sup>75</sup> In einer solchen Welt hybrider »normativer Differenzen« eine »universelle Harmonisierung« zu erreichen, gilt allenfalls als diskussionswürdig, aber letztlich als unrealistisch. Kulturelle und damit auch rechtliche Diversität kann als ein positiver Tatbestand angesehen werden.<sup>76</sup> Das sah die auf planbare und pragmatische Akzeptanz sowie Rationalität des Rechtssystems der Aufklärungszeit angelegte Diskussion im Ancien Régime ganz anders. Sie zielte auf Überwindung der »differentiae iuris« und die Schaffung eines einheitlichen Rechts, für das die Kodifikation ein – scheinbar – problemlösendes Ideal darstellte. Seit der spätmittelalterlichen Legistik können in diesem Sinne vier Tendenzen für den »ordo iuris« festgestellt werden:

- Harmonisierung divergierender Regelungen innerhalb des »Ius commune«;
- Aufdeckung der Differenzen zwischen »Ius commune« und dem heimischen Recht im jeweiligen »ius patriae«;
- Harmonisierung innerhalb der jeweiligen Partikularrechte;
- Schaffung eines einheitlichen Rechts auf der Grundlage der festgestellten Differenzen; Stichwort: durch Vergleichung zur Gleichheit.<sup>77</sup>

Die Aufdeckung der Kollisionsverhältnisse, die Auflistung und das Herausarbeiten der Gegensätze sowie Abweichungen und Differenzen zwischen mehreren Rechtsordnungen und Rechtsgattungen konnten nur mit der Methode vergleichender Tatbestandsfeststellung ermöglicht werden:

»Per collationem legum quando consequentia petitur ex comparatione duarum vel plurium legum singularum.«<sup>78</sup>

Die Differentienliteratur ist ein Anwendungsfall dieser »collatio« und »comparatio«. Rechtsmonistisches Einheitsstreben ist eine Folge der als ineffektiv empfundenen multinormativen Rechtswelt des Ancien Régime. Für jeden Rechtsanwender bestand die Frage darin,

»... primum respiciamus, num illud legibus domesticis vel generalibus, vel particularibus, sive statutis, sive provincialibus legibus, decum sit, nec ne? Sin hoc, videamus, quid Ius Canonicum, tamquam Romani correctorium, de illo statuat. Quo tacente ad Romanum demum ius recurrendum est, et in hoc adplicando certus quoque ordo servari debet, secundum regulam: Lex posterior derogat priori.«<sup>79</sup>

Soweit geschriebene Gesetze fehlten, sollte auch auf »mores et consuetudines« zurückgegriffen werden können, die zumindest insoweit als normativ angesehen wurden, als sie in der Lage waren,

74 BÖHMER (1684) § XXXI.

75 BERMAN (2009) 80–88, 134 f.

76 BERMAN (2009) 82 f.

77 MOHNHAUPT (2000) 440 f., worauf auch im Folgenden Bezug genommen wird.

78 SCHMIDT-PHISELDEK (1764) 26.

79 SCHMIDT-PHISELDEK (1764) 28 f.

handlungsleitende Gründe bereitzustellen.<sup>80</sup> Schmidt-Phiseldek erklärt 1764:

»De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est ...«.<sup>81</sup>

Rechtliche und außerrechtliche Normen konnten in gleicher Weise mit graduellen Unterschieden als Entscheidungsgrundlagen und Handlungsgebote dienen.<sup>82</sup> Ein funktionierendes Rechtssystem war offensichtlich auf Ressourcen auch außerhalb des »eigentlichen« Rechts angewiesen, die auf »Normativitäten« von Moral und Ethik beruhen konnten. Das heutige deutsche »Richtergesetz« benennt im § 38 ausdrücklich als normative Vorgabe für den judizierenden Richter »Wissen und Gewissen« – und damit eine rechtliche und außerrechtliche Entscheidungsgrundlage.<sup>83</sup> Die Enzyklopädiern des 18. Jahrhunderts suchten den gesamten Rechtebestand zu erfassen und zu ordnen, »um ausföndig zu machen«, »worinn endlich ein übereinstimmendes Recht bestehe«.<sup>84</sup> Verglichen wurden alle Rechte, Rechtsordnungen und Rechtsgattungen entsprechend den Anforderungen an die Rechts- und Urteilspraxis. Die vergleichende Ge-

genüberstellung von römischem und kanonischem Recht als den beiden »species« innerhalb des »genus ius commune« gehörte zu den ersten und wichtigsten Themen innerhalb der Differentienliteratur.<sup>85</sup> Zahlreiche Dissertationen »de praecipuis differentiis iuris Romani et Germanici« untersuchten dieses Verhältnis anhand einzelner dogmatischer Rechtsfiguren des Erb-, Familien- und Güterrechts.<sup>86</sup> Die wissenschaftliche Untersuchung multinormativer Rechtsräume überschritt auch Ländergrenzen, wenn die »collationes« sich auf die »differentiae iuris civilis et iurium exterorum« erstreckten.<sup>87</sup> Keine konsolidierte Sozialordnung kommt ohne eine Vielzahl und Vielfalt von rechtlichen und außerrechtlichen »Normen« aus. Theorie und Praxis der historischen und aktuellen »Multinormativität« – so unterschiedlich ihre Entstehungsbedingungen auch sind – sind bestimmt durch Konkurrenzen, Kollisionen und Komparationen der Rechte. Sie bilden methodische Herausforderungen zur rationalen Bewältigung von rechtlichen, außerrechtlichen, staatlichen und gesellschaftlichen Gestaltungszwängen für jede »Res Publica«.



## Bibliographie

- ASCHERI, MARIO (2009), Le »Differentiae inter ius canonicum et ius civile«, in: CONDORELLI, ORAZIO u. a. (Hg.), Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur I, Köln u. a., 67–73
- ASCHERI, MARIO (2011), A margine del titolo *De constitutionibus del Liber Extra* (I, 2): dal testo a un tardo commentatore, in: ROUMY, FRANK u. a. (Hg.), Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur, Bd. II: Öffentliches Recht, Köln u. a., 1–11
- AUER, MARIETTA (2007), Normativer Positivismus – Positivistisches Naturrecht. Zur Bedeutung von Rechtspositivismus und Naturrecht jenseits von Rechtsbegriff und Rechtsethik, in: HELDRICH, ANDREAS u. a. (Hg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München, 931–962
- BECK, CHRISTIAN AUGUST (1759), Naturrecht, Völkerrecht, Staatsrecht, Lehnrecht, in: CONRAD, HERMANN (Hg.) (1964), Recht und Verfassung des Reiches in der Zeit Maria Theresias. Die Vorträge zum Unterricht des Erzherzogs Joseph ..., Köln und Opladen, 141–680

80 Zur heutigen Differenzierung von »faktischer Moral« und »normativer Ethik« vgl. AUER (2007) 954.

81 SCHMIDT-PHISELDEK (1764) 29.

82 Zur Problematik »rechtlicher und moralischer Normativität«, vgl. KERVÉGAN (2008).

83 Zur historischen Grundlage des »Richtergewissens« vgl. LÜCK (2017) 180 f. (Hervorhebung H. M.).

84 PÜTTER (1767) 225.

85 ASCHERI (2009) 67 f.; MOHNHAUPT (2000) 449–452.

86 Johann Tobias Carrach (Praeses) hat zwischen 1739 und 1746 in Halle allein 5 Dissertationen mit dieser Thematik betreut.

87 Vgl. LIPENIUS I (1757) 261 f.

- BENTON, LAUREN (2012), Historical Perspectives on Legal Pluralism, in: TAMANAHA (2012) 21–33
- BERMAN, PAUL SCHIFF (2009), Globaler Rechtspluralismus, in: KÖTTER, MATTHIAS, GUNNAR FOLKE SCHUPPERT (Hg.), Normative Pluralität ordnen. Rechtsbegriffe, Normkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates, Baden-Baden, 41–135
- BLACKSTONE, WILLIAM (1765), Commentaries on the laws of England I, repr. by DAVID LEMMINGS, Oxford 2016
- BÖHMER, PHILIPP LUDWIG (1694), Dissertatio moralis de casuali legum collisione (submitit autor: CHRISTIAN LUDEWIEG), Helmstadii
- CABEDO MALLOL, VICENTE (2002), Análisis de las constituciones latinoamericanas, in: PEÑA JUMPA, ANTONIO, Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina, Lima, 23–170
- COKE, EDWARD (1684), The first part of the Institutes of the laws of England. Or, a commentary upon Littleton, 9. edition, London
- CONRAD, HERMANN (1969), Das Zivilrecht im Rechtsunterricht für den Erzherzog Joseph, in: GRASS, NIKOLAUS u. a. (Hg.), Festschrift Hans Lentze, Innsbruck, München, 63–94
- CRAMER, JOHANN ULRICH (1741), De collisione legum naturalium in jure positivo maxime attendenda ..., Marburgi Cattorum
- ESSER, JOSEF (1990), Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: HÄBERLE, PETER u. a. (Hg.), Wege der Rechtsgewinnung. Ausgewählte Aufsätze, Tübingen, 160–195
- FORST, RAINER, KLAUS GÜNTHER (2011), Die Herausbildung normativer Ordnungen. Zur Idee eines interdisziplinären Forschungsprogramms, in: DIES. (Hg.), Die Herausbildung normativer Ordnungen. Interdisziplinäre Perspektiven, Frankfurt, New York, 11–30
- GAIUS (1911), Institutionum Commentarius Primus I, hg. von FERDINAND KNIEP, Jena
- GEPHART, WERNER (Hg.) (2012), Rechtsanalyse als Kulturforschung, Frankfurt am Main
- GLENN, H. PATRICK (2012), Sustainable Diversity in Law, in: TAMANAHA (2012) 95–111
- GOCLENIUS, RODOLPHUS (1613), Lexicon philosophicum, quo tanquam clave philosophiae fores aperiuntur, Francofurti
- HÄRTER, KARL, MICHAEL STOLLEIS (1996 ff.), Repertorium der Policyordnungen der Frühen Neuzeit I ff., Frankfurt am Main
- HAUS, ENST AUGUST (1798), Versuch über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs sowohl an den deutschen Territorial- als höchsten Reichsgerichten, Erlangen
- HEINECCIUS, JOHANN GOTTLIEB (1789), Elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum, hg. von CHRISTIAN GOTTLIEB BIENER, Lipsiae
- HERMANN, JOHANN HIERONYMUS (1731), Kurtze Einleitung in die Pandecten, Jena
- HERTIUS, JOHANN NIKOLAUS (1688), Diss. de collisione legum (submitit: THEODOR HIERONYMUS THOMAE), Gissae
- HOFFMANN, CHRISTIAN GOTTFRIED (1718), Historia juris romano-justiniani, Lipsiae
- HUPEDEN, MATHÄUS ALHARD (1727, Respondent), Diss. de legibus in genere et in specie, de legibus civilibus positivis, praecipuis ratione S. I. R. G. status, Marburgi
- KANT, IMMANUEL (1797), Die Metaphysik der Sitten in zwei Teilen, Königsberg (Werke VII, hg. von Ernst Cassirer, 1922, Berlin)
- KERVÉGAN, JEAN-FRANÇOIS (2008), Rechtliche und moralische Normativität. Ein »idealistisches« Plädoyer für den Rechtspositivismus, in: Rechtstheorie 39, 23–52
- LEIBNIZ, GOTTFRIED WILHELM (1961), Neue Abhandlungen ... Nouveaux essais sur l'intendement humain I, hg. von WOLF VON ENGELHARDT u. a., Frankfurt am Main
- LIEBS, DETLEF (1992), Das Gesetz im spätrömischen Recht, in: SELLERT, WOLFGANG (Hg.), Das Gesetz in Spätantike und frühem Mittelalter, Göttingen, 11–27
- LIPENIUS, MARTIN (1757), Bibliotheca realis iuridica I, Lipsiae
- LÜCK, HEINER (2017), »Richtergewissen« im Kernland der Lutherischen Reformation. Beobachtungen zur kursächsischen Rechtspraxis und deren normativen Grundlagen im 16. Jahrhundert, in: GERMANN, MICHAEL u. a. (Hg.), Das Gewissen in den Rechtslehren der protestantischen und katholischen Reformationen, Leipzig, 179–194
- LUHMANN, NIKLAS (1981), Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt am Main
- MEYER-CORDING, ULRICH (1971), Die Rechtsnormen, Tübingen
- MICRAELIUS, JOHANNES (1662), Lexion philosophicum terminorum philosophis usitatorum, Stetini
- MOHNHAUPT, HEINZ (1972), Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime, in: Ius Commune 4, 188–239
- MOHNHAUPT, HEINZ (2000), Die Differentienliteratur als Ausdruck eines methodischen Prinzips früher Rechtsvergleichung, in: DURAND, BERNARD u. a. (Hg.), *Excerptiones iuris*: Studies in Honor of André Gouron, Berkeley, 439–458
- MOHNHAUPT, HEINZ (2006), Grundlinien in der Geschichte der Gesetzgebung auf dem europäischen Kontinent vom 16. bis 18. Jahrhundert, in: ZNR 28, Common Law und europäische Rechtsgeschichte, 124–174
- MOHNHAUPT, HEINZ (2008), »lex certa« and »ius certum«: The Search for Legal Certainty and Security, in: DASTON, LORRAINE, MICHAEL STOLLEIS (Hg.), Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe. Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy, Aldershot u. a., 73–88
- MOHNHAUPT, HEINZ (2011), Das Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als Rechtsquellenproblem (18. bis 20. Jahrhundert), in: Quaderni fiorentini per la storia pensiero giuridico moderno 40, 19–52
- MÖLLERS, CHRISTOPH (2015), Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin
- NEUMANN, ULF (1991), Wandlungen der Rechtsquellenlehre, in: PHILIPPS, LOTHAR u. a. (Hg.), Rechtsentwicklung und Rechtskultur. Heinrich Scholler zum 60. Geburtstag, Heidelberg, 83–90
- OESTMANN, PETER (2011), Rechtsvielfalt, in: JANSEN, NILS u. a. (Hg.), Gewohnheit – Gebot – Gesetz, Tübingen, 99–123
- OESTMANN, PETER (Hg.) (2013), Gemeine Bescheide I: Reichskammergericht 1497–1815, Köln u. a.
- OESTMANN, PETER (2015), Gemeines Recht und Rechtseinheit. Zum Umgang mit Rechtszersplitterung und Rechtsvielfalt in Mittelalter und Neuzeit, in: SCHUMANN, EVA (Hg.), Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum, Berlin u. a., 1–63

- PAULSON, STANLEY L. (2006), Der Normativismus Hans Kelsens, in: Juristenzeitung 61, 529–536
- PUFENDORF, SAMUEL (1706), De jure naturae et gentium libri octo, Francofurti ad Moenum
- PUFENDORF, SAMUEL (1709), De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo. Observationibus antea separatim editis ... locupletati autore GOTTLIEB GERHARD TITIO, Leipzig
- PÜTTER, JOHANN STEPHAN (1767), Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie, Göttingen
- REIFFENSTUEL, JOHANN GEORG (1702), Jus canonicum universum I, Monachij
- RINK, EUCHARIUS GOTTLIEB (Praeses) (1709), Diss. de collisione legum naturalium (autor: GEORG CHRISTOPH MODEL), Altdorfi
- RÜTHERS, BERND (2016), Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2. Aufl., Tübingen
- SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON (1840), System des heutigen römischen Rechts I, Berlin
- SCHMIDT, CHRISTOPH dictus PHISELDEK (submitit, 1764), Diss. jur. de variis legum positivarum speciebus earum interpretatione et ad facta occurrentia adplicatione, Goettingae
- SCHRÖDER, JAN (2001), Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1850), München
- SCHRÖDER, JAN (2004), »Gesetz« und »Naturgesetz« in der frühen Neuzeit (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und Literatur, Mainz), Stuttgart
- SCHROETER, CHRISTIAN (Praeses) (1709), De principum rescriptis eorumque usu moderno (Autor et Respondent: CHRISTIAN WILHELM SCHELHAS), Jenae
- SEINECKE, RALF (2015), Das Recht des Rechtspluralismus, Tübingen
- STARCK, CHRISTIAN (Hg.) (1995), Rangordnung der Gesetze, Göttingen
- STRUVE, BURKHARD GOTTHELF (1718), Historia iuris ..., Jenae
- TAMANAHA, BRIAN Z. (2008), Understanding legal pluralism: Past to present, local to global, in: Sydney Law Review 30, 375–411
- TAMANAHA, BRIAN Z. u. a. (Hg.) (2012), Legal Pluralism and Development. Scholars and Practitioners in Dialogue, Cambridge NY
- THOMASIIUS, CHRISTIAN (1740), Lectiones de prudentia legislativa, cum praefatione GOTTLIEB STOLLE, Francofurti et Lipsiae
- ULLMANN, WALTER (1946), The medieval idea of law. As represented by Lucas de Penna, London
- VITRUVIUS (1985), De architectura (Vitruvius on architecture II), Cambridge Mass.
- ZEDLER, JOHANN HEINRICH (1742), Grosses vollständiges Universal-Lexicon Aller Wissenschaften und Künste, Band XXXI, Leipzig und Halle