

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XVIII

Herausgegeben von DIETER SIMON



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1991

Justus Henning Boehmer (1674–1749) und das Kirchenrecht

1. *Werdegang, Werk, Wirkung*

Christoph Weidlich, der beflissene Chronist der Hallischen Gelehrten- und Juristengeschichte schrieb 1748¹ über Justus Henning Boehmer, er sei „ohnstreitig der gröste Rechts-Gelehrte, so jetzo in Teutschland lebet, und seine Gottesfurcht und Frömmigkeit solte ein Beyspiel vor alle Rechts-Gelehrte seyn“. Gut 200 Jahre später urteilte der Nestor der deutschen Privatrechtsgeschichte, Franz Wieacker, über Boehmer, er vertrete „die besten Eigenschaften einer nun ganz zu sich selber gekommenen spezifisch praktischen Jurisprudenz, die von ruhigem Selbstbewußtsein des Tätigen und von freudiger Hingabe an die Tagesaufgabe erfüllt ist“.² Weidlichs schlichter Superlativ weist darauf hin, daß Boehmer als der Jurist mit der größten Wirkungsbreite im 18. Jahrhundert anzusehen ist. Und Wieackers sanftes Pathos läßt erkennen, daß der Dogmatiker und Praktiker Boehmer hinsichtlich seiner Nachwirkungen möglicherweise etwas vermissen läßt, nämlich die schöpferische Originalität und die weiterwirkende Perspektive. Dieses gespaltene Urteil über Boehmer liegt an einer etwas einseitigen Bestimmung der Kriterien, an denen der Rang eines Gelehrten des 17./18. Jahrhunderts gemessen wird. Wenn wir uns vorzugsweise mit Grotius, Leibniz, Pufendorf, Thomasius befassen, dann mag das daran liegen, daß regelmäßig erst die Abfassung eines eigenwilligen und eigengearteten *ius naturae* den Eintritt in den Gelehrtenolymp eröffnet. Zutreffend hat Link dargelegt, daß das Naturrecht in der genannten Epoche nicht mehr als Rechtsquelle, nicht mehr als vorrangiger Teil der Normhierarchie anzusehen war; vielmehr wurde es „als Lehre vom richtigen Recht Bestandteil der Rechtsphilosophie“.³ Es gehörte gewissermaßen zum Wissenschaftsstil der Zeit, daß ein Rechtsgelehrter seinem dogmatischen Œuv-

¹ Geschichte der jetztlebenden Rechts-Gelehrten in Teutschland I, Merseburg 1748, S. 69.

² Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. Göttingen 1967, S. 221.

³ CHRISTOPH LINK, Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit, Wien usw. 1979, S. 125.

re ein rechtsphilosophisches Grundsatzbekenntnis in Gestalt eines *ius naturae* voranstellte – mit der Folge, daß sich diese Bekenntnisse vielfach konzeptionell verselbständigten. Von diesem abgehobenen Gelehrtentendispot, der die Naturrechtsdiskussion der Aufklärungsepoche prägte, hat sich Boehmer in der Tat etwas ferngehalten. Ob das seine wissenschaftliche Bedeutung mindert, darf bezweifelt werden.

Allerdings erscheint seine wissenschaftliche und persönliche Vita ziemlich geradlinig und gleichförmig: bruchlos, erfolgsorientiert und erschütterungsarm – also eher untypisch für einen Gelehrten des kontroversenreichen 18. Jahrhunderts. Der 1674 in Hannover geborene Boehmer entstammte einer Juristenfamilie.⁴ 1693 immatrikulierte er sich als Student der Rechte in Jena. Entscheidend war 1697 der Wechsel nach Halle, wo er 1698 Lizentiat unter Samuel Stryk wurde – ein halbes Jahrhundert blieb er der kleinen, aber höchst wirkungsintensiven Bildungsstätte⁵ der preußischen Aufklärung verbunden; als er 1749 starb, war der Niedergang Halles unumkehrbar geworden. Boehmer hat Halle niemals verlassen, sein wissenschaftlicher Werdegang blieb ausschließlich mit dieser Universität verbunden. 1701 wurde er außerordentlicher Professor in Halle, danach folgte 1702 die Doktorpromotion; die erste ordentliche Professur erhielt er 1711. Die weiteren Karrierestufen, die mit Titeln und Ämtern in der Universitäts- und Landesadministration verbunden waren, sind hier nicht zu verfolgen – das Ancien régime zeichnete sich bekanntlich durch seine Titelvielfalt aus. Auffällig an dieser Laufbahn ist bereits zu Beginn das Fehlen einer horizonterweiternden *peregrinatio academica*; schließlich die Ablehnung jeglichen Universitätswechsels. Diese Bodenständigkeit, Beharrlichkeit wie auch das völlige Ausbleiben akademischer Skandale sind erstaunlich und doch bezeichnend; man denke hingegen an die spektakuläre Vertreibung von Christian Thomasius⁶ aus Leipzig (1690) und von Christian Wolff⁷ aus Halle (1723), Vorgänge, die sonst einen fast unverzichtbaren Bestandteil damaliger Gelehrtenviten darstellen. Boehmer wählte den

⁴ R. W. DOVE, ADB III, S. 79 ff.; HANS LIERMANN, NDB III, S. 392; DERS., Justus Henning Boehmer, in: ZRG KA 35 (1948), S. 390 ff.; STINTZING-LANDSBERG, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III/1, S. 145 ff., Noten S. 89 ff.; G. SCHUBART-FIKENTSCHER, HRG I, Sp. 484 f.

⁵ NOTKER HAMMERSTEIN, Die deutschen Universitäten im Zeitalter der Aufklärung, in: Zeitschrift für historische Forschung 10 (1983), S. 73 ff.; DERS., Zur Geschichte und Bedeutung der Universitäten im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation, in: Historische Zeitschrift 241 (1985), S. 287 ff.

⁶ WERNER SCHNEIDERS (Hg.), Christian Thomasius 1655–1728, Hamburg 1989.

⁷ WERNER SCHNEIDERS (Hg.), Christian Wolff 1679–1754, 2. Aufl. Hamburg 1986.

Weg des ruhigen unspektakulären Voranschreitens. Für ein solches Persönlichkeitsbild ist es geradezu kennzeichnend, daß auch seine vier Söhne große akademische Karrieren absolviert haben; dazu zählen zwei namhafte Rechtsgelehrte.⁸

Der *Usus modernus Stryks* und das Naturrecht des Thomasius waren für Boehmer⁹ vorbildlich; er rezipierte, aber nicht als beider Student, sondern als jüngerer Kollege in Halle. Ein eigenes Profil hat Boehmer durch das protestantische Kirchenrecht gewonnen – dies wird schon durch das monumentale *Ius Ecclesiasticum Protestantium* (fünf Bände, rund 6000 Seiten, Erstauflage 1714–1737) bezeugt.¹⁰ So hat in heutiger Sicht Boehmer seinen Standort mehr in der Kanonistik als in der Pandektistik – wenn auch die einzig erwähnenswerte Monographie über Boehmer sich mit seinem zivilrechtlichen Werk befaßt (Rütten).¹¹ Diese Aussage wird durch einen Blick auf das akademische Kleinschrifttum bestätigt, die Dissertationenliteratur, die ziemlich genau das Interessenspektrum eines Rechtsgelehrten der Barockzeit widerspiegelt (und mit unserem heutigen Begriff der Dissertation wenig zu tun hat¹²). Legt man die Hallenser Dissertationen Boehmers zugrunde,¹³ so entfällt genau ein Drittel (33,1%) auf das Kirchenrecht (einschließlich des persönlichen Eherechts). Zum Zivilrecht nebst Prozeßrecht zählen immerhin 39,3%, zum Staatsrecht 9%, zum Strafrecht (nebst Prozeß) 7,6%, zum Feudalrecht 5% (Sonstiges 6%). Es wäre somit unrichtig, in Boehmer nur den Kanonisten zu sehen¹⁴ – aber die Schwerpunktbildung im Kirchenrecht ist augenfällig und geht über das sonst übliche Maß weit hinaus.

Auch hat Boehmer sich keineswegs völlig der Grundlagendiskussion entzogen, die unter dem Zeichen des *ius naturae* um die möglichen Begründungen von Recht, Rechtsetzung und Herrschaft geführt wur-

⁸ Johann Samuel Friedrich Boehmer (1704–1772) und Georg Ludwig Boehmer (1715–1797).

⁹ Vgl. HINRICH RÜPING, *Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortbildung in der Thomasius-Schule*, Bonn 1968, S. 115 ff. et passim.

¹⁰ Auflagen nachgewiesen bei STINTZING-LANDSBERG (Anm. 4), III/1, Noten S. 90.

¹¹ WILHELM RÜTTEN, *Das zivilrechtliche Werk Justus Henning Boehmers*, Tübingen 1982.

¹² Zur Problematik vgl. GERTRUD SCHUBART-FIKENTSCHER, *Untersuchungen zur Autorschaft von Dissertationen im Zeitalter der Aufklärung*, Berlin 1970.

¹³ CHRISTOPH WEIDLICH, *Vollständiges Verzeichniß aller auf der Königl. Preuß. Friedrichs-Universität zu Halle ... herausgekommenen juristischen Disputationen und Programmen ... Halle 1789*.

¹⁴ Dazu auch LIERMANN, ZRG KA 35 (1948), S. 391.

den. So wird von seiten der Staatsrechtslehre Boehmer das Verdienst zugeschrieben,¹⁵ die Disziplin des *ius publicum universale* in Deutschland eingeführt zu haben (1710)¹⁶ – es handelt sich um einen Nebenzweig der Naturrechtslehre, der das Ziel verfolgt, für die Ordnungsformen staatlicher Herrschaft die Grundsätze eines überpositiven „richtigen“ Rechts zu entwickeln. Immerhin hat Link dem Staatsdenken Boehmers ein besonderes Gespür für die ethischen Grundlagen von Herrschaft bescheinigt. Der Radikalabsolutismus eines Thomas Hobbes sei am tiefgründigsten von Boehmer kritisiert worden¹⁷ – dieses Urteil läßt aufmerken, zumal wenn man berücksichtigt, daß die Hobbes-Gegnerschaft in der zeitgenössischen Staatslehre bereits zur inhaltslosen Attitüde erstarrt war. Aber insgesamt steht das Naturrecht Boehmers unter dem Einfluß der Lehren von Christian Thomasius,¹⁸ wenn auch, was typisch für Boehmer ist, die Brüche, Spannungen und Verwerfungen des thomasischen Naturrechts fehlen. Die Distanz zu Thomasius¹⁹ wird deutlich, wenn es um die Differenzierungen zwischen *ius naturale* und *ius divinum*²⁰ geht und die zentrale Frage nach der Rechtsverbindlichkeit des geoffenbarten Gottesgesetzes zu beantworten ist. Während Thomasius allen außerweltlichen Rechtsautoritäten die Rechtsverbindlichkeit genommen hatte,²¹ bemühte sich Boehmer um eine Rückgewinnung der theonomen Grundstruktur der menschlichen Satzungen und Ordnungen. Für die Konflikte, die Thomasius oftmals mit der lutherischen Orthodoxie auszufechten hatte, gab Boehmer insoweit wenig Anlaß.

Bleibende Bedeutung hat Justus Henning Boehmer durch sein protestantisches Kirchenrecht erlangt. Aus der Fülle einschlägiger Materien seien im folgenden drei Aspekte kurz behandelt.

¹⁵ MICHAEL STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1: Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600–1800, München 1988, S. 293 f.; LINK (Anm. 3), S. 50 ff.

¹⁶ *Introductio in ius publicum universale ex genuinis iuris naturae principiis deductum* ... Halle 1710.

¹⁷ LINK (Anm. 3), S. 42 ff.

¹⁸ Vgl. RÜPING (Anm. 9) und RÜTTEN (Anm. 11), S. 15 ff.

¹⁹ STEPHAN BUCHHOLZ, Recht, Religion und Ehe, (Ius Commune. Sonderhefte 36), Frankfurt a. M. 1988, S. 15 ff.

²⁰ Zum *ius divinum* CHRISTOPH LINK, *Ius divinum im deutschen Staatsdenken der Neuzeit*, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, Berlin 1973, S. 377 ff.; DERS., *Herrschaftsordnung* (Anm. 3), S. 203 ff.

²¹ STEPHAN BUCHHOLZ, *Restauration, Ius Divinum, Rechtsreform*, in: H. MOHNHAUPT (Hg.), *Revolution, Reform, Restauration*, (Ius Commune. Sonderhefte 37), Frankfurt a. M. 1988, S. 157 ff.

2. Geltung des kanonischen Rechts

Zunächst soll über die Fortgeltung des vorreformatorischen *ius canonicum* des 12. bis 14. Jahrhunderts gesprochen werden, bzw. mit den Worten Boehmers „de praxi iuris canonici in terris protestantium“.²²

Im mittelalterlichen Denken war die Verbindung von römischem und kanonischem Recht zu einem *ius commune*, zu einem *ius utrumque* bereits theologisch vorgeprägt.²³ Aber dennoch hat sich die mittelalterliche Rechtslehre um Differenzierungen bemüht. Ausdruck dieser Bemühungen ist die „Bereichslehre“, die Fortwirkungen bis in die Neuzeit haben sollte. Während das *ius canonicum* die Glaubensgegenstände betrifft, behandelt das *ius civile* die weltlichen Gegenstände. Auch im Profanbereich findet das kanonische Recht Anwendung, wenn die Befolgung des weltlichen Rechts zu sündhaftem Verhalten führen würde. Das kanonische Recht beansprucht also weltliche Geltung „ratione peccati“. Daß das *ius canonicum* über derartige Bereichsscheidungen hinaus eine wachsende Geltungsbreite erlangen konnte, die dem Machtzuwachs der römischen Kirche auf politisch-säkularem Gebiet entsprach, ist ein bekanntes Datum der Kirchengeschichte. Erstaunlich ist jedoch, daß der Geltungsanspruch des kanonischen Rechts durch die Reformation und den vehement ausbrechenden Konfessionshader nicht wirklich erschüttert wurde.²⁴ Bekanntlich haben die Ausfälle Luthers gegen das „papistische Recht“ bei seinen Reformationsjuristen wenig Resonanz gefunden. Überhaupt war die Haltung der Evangelischen höchst zwiespältig, ja widersprüchlich. Bezeichnend hierfür ist z. B. die Stellungnahme²⁵ des bedeutenden Barockgelehrten und Gründervaters der Germanistik Hermann Conring (1606–1681).²⁶ Mit geifernden Worten denunzierte er das kanonische Recht als Produkt klerikalen Machtstrebens und juristischer Rabulistik. Andererseits billigte er dem kanonischen Recht einen Geltungsgrund zu, den er dem römischen Recht

²² IUSTUS HENNING BOEHMER, *Dissertatio de praxi iuris canonici in terris protestantium* ... Halle 1712.

²³ Hierzu und zum folgenden UDO WOLTER, *Ius canonicum in iure civili*, Köln, Wien 1975, S. 23 ff.

²⁴ Zum Eherecht vgl. HARTWIG DIETERICH, *Das protestantische Eherecht in Deutschland bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts*, München 1970, S. 75 ff.; DIETER SCHWAB, *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit*, Bielefeld 1967, S. 104 ff.

²⁵ Dazu WOLTER (Anm. 23), S. 59 ff., 84 ff.

²⁶ Allgemein MICHAEL STOLLEIS (Hg.), *Hermann Conring (1606–1681)*, Berlin 1983.

versagt hatte. Die Aufnahme des kanonischen Rechts in Deutschland beruhe auf einem Dekret des Staufers Friedrich II., während nach der Widerlegung der Lotharischen Legende ein solcher kaiserlicher Befehl für die Einführung des römischen Rechts fehlte. Damit sollte die Geltung des *ius canonicum* von der komplexen Rezeptionsproblematik freigehalten werden. In der Doktrin blieb auch in der Neuzeit die Bereichslehre vorherrschend.

Erst im Vernunftrecht kam es zu einer weiteren und nicht minder erstaunlichen Aufwertung²⁷ des *ius canonicum*: Es wird – auch für das weltliche Forum – ein Vorrang des kanonischen Rechts vor dem römischen *ius civile* postuliert. Die größere Dignität des geistlichen Rechts vor dem weltlichen wird von Thomasius und anderen historisch begründet. Das kanonische Recht war bereits in Deutschland in Geltung, als das römische Recht allmählich seit dem 15. Jahrhundert in der Praxis rezipiert wurde. Die Besonderheit bestand nun in der Abkehr von der „Bereichslehre“; die weltliche Geltung des kanonischen Rechts stand nicht mehr unter dem Vorbehalt der Gewissenssachen – *ratione peccati* –, sondern sollte grundsätzliche Bedeutung erlangen. Kam es in einem Streitfall zur Kollision von kanonischem und römischem Recht, galt der Vorzug des *ius canonicum*. Das kanonische Recht wurde so durch Geltungsaufwertung säkularisiert. Das Interpretations- und Anwendungsmonopol der Geistlichen wird gebrochen – das kanonische Recht wird als eine der allgemeinverbindlichen Rechtsquellen der Kompetenz weltlicher Juristen zugeordnet.

Die beschriebene Entwicklung fand in dem großangelegten Kirchenrecht Justus Henning Boehmers einen besonders akzentuierten Ausdruck.²⁸ Das kanonische Recht ist als praktiziertes Recht in Deutschland älter als das römische.²⁹ Hinsichtlich der Zivilgeltung hat es die Prärogative vor dem römischen Recht. Eine Beschränkung auf Anwendungsfelder *de peccato vitando*, so wie sie von der Bereichslehre angenommen wurde, ist abzulehnen. Obwohl Boehmer der Auffassung von Thomasius zu folgen scheint, bezeichnet er seine Bestimmung des Geltungsgrundes und Anwendungsbereichs des kanonischen Rechts als mittleren Weg, als „*media via in studio et adplicatione iuris canonici*

²⁷ BUCHHOLZ (Anm. 19), S. 276 ff. m. N.

²⁸ I. H. BOEHMER, *Ius ecclesiasticum protestantium usum hodiernum iuris canonici iuxta seriem decretalium ostendens* ... 4. ed., I, Halle 1738, lib. I tit. II, 35 ff.

²⁹ Vgl. WOLTER (Anm. 23), S. 163 ff.

inter protestantes tenenda“³⁰, wie Schnizer zutreffend hervorgehoben hat.³¹ Denn in Abgrenzung zu Thomasius schneidet Boehmer der Säkularisierungstendenz die Spitze ab und sucht nach einer konfessionellen Rückbindung der Rechtssätze des *ius canonicum*. Die Normen des kanonischen Rechts müssen auf ihre Entstehungsgründe zurückgeführt und an dem Kirchenbegriff und den Lehrsätzen der Evangelischen gemessen werden – im Falle der Unvereinbarkeit sei die Norm nicht anzuwenden. Während also Thomasius eine undifferenzierte Geltung des kanonischen Rechts befürwortet hat, besinnt sich Boehmer auf seine protestantische Herkunft; der konfessionelle Prüfstein bleibt für ihn unverzichtbar. Es ist der Gedanke der „media via“ des Lutheraners Boehmer, der gewissermaßen die ganze Persönlichkeit prägte.

3. Kirchenverfassungsrecht

Der kirchenrechtliche Interessenschwerpunkt lag in der absolutistischen Epoche im Kirchenverfassungsrecht.³² In Abgrenzung zum altständischen Episkopalismus,³³ dem Verfassungssystem des konfessionellen Patrimonialstaats, wurde der Territorialismus zur Ausdrucksform eines kirchenhoheitlichen Hochabsolutismus.³⁴ Das *ius circa sacra* bildete das vornehmste Regal der weltlichen Obrigkeit – diese geläufige Umschreibung des landesherrlichen Kirchenregiments greift aber noch zu kurz. Die Eigenart des Territorialismus³⁵ bestand darin, daß jedes geistliche Regiment integrierender Bestandteil der *superioritas territorialis* des absoluten Fürsten war und damit ununterscheidbar in der allgemeinen Landeshoheit aufging. Die komplexen Systeme des Territorialismus hatten im Kern ein Ziel: das Fehlen eines auf einem eigenen

³⁰ I. H. BOEHMER, *Exercitationes ad pandectas ... cura filii G. L. Boehmeri ...* Hannover und Göttingen 1745, Bd. 1 exercitatio IX; ferner BOEHMER, *Ius ecclesiasticum* I (Anm. 28), lib. I tit. II, 75.

³¹ HELMUT SCHNIZER, Justus Henning Boehmer und seine Lehre von der media via zur Interpretation der kanonischen Quellen des gemeinen Rechts, in: ZRG KA 62 (1976), S. 383 ff.

³² Grundlegend zur Thematik KLAUS SCHLAICH, *Kollegialtheorie, Kirche, Recht und Staat in der Aufklärung*, München 1969; DERS., *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, Tübingen 1972; LINK (Anm. 3), S. 292 ff.

³³ Zu den Ursprüngen grundlegend MARTIN HECKEL, *Staat und Kirche nach den Lehren der evangelischen Juristen Deutschlands in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts*, München 1968.

³⁴ Wesentlich: KLAUS SCHLAICH, *Der rationale Territorialismus*, in: ZRG KA 54 (1968), S. 269 ff.

³⁵ BUCHHOLZ (Anm. 19), S. 310 f.

kirchlichen Rechtstitel beruhenden Kirchenregiments zu begründen und zu rechtfertigen. Boehmer war ein entschiedener Territorialist.³⁶

Die üblichen Argumentationsmuster seien hier fragmentarisch angedeutet. Alle Argumente kreisen um das „Wesen“ der Kirche, um darzulegen, daß ihr jede diesseitige Herrschaft, jede äußere Organisationsstruktur wesensfremd sei. Hierzu gehört z. B. der Kernsatz,³⁷ daß die Kirche zwar im Staate sei, nicht aber ein Teil des Staates.³⁸ In diesem Satz deutet sich keineswegs der zukunftsweisende Gedanke einer Trennung von Staat und Kirche an. Vielmehr ging es einerseits darum, die gegenständlichen Ausprägungen des religiösen Kultus der landesherrlichen Polizei- und Ordnungsgewalt zu unterwerfen und andererseits der Kirche selbst alle äußeren Organisationsformen, jede staatsähnliche oder verbandsmäßige Struktur zu nehmen. Ständig wurde wiederholt, daß die Kirche sich nicht zum Staat im Staate entwickeln dürfe, daß die Gefahr eines „status in statu“ zu bannen sei³⁹ – diese Formel galt den Verselbständigungstendenzen eines orthodoxen protestantischen Klerus, der in der römischen Kirche ein Vorbild finden konnte.

Ein weiterer Kernsatz betraf die Feststellung, daß die Kirche eine *societas aequalis*⁴⁰ bzw. ein *collegium aequale* sei. Während der Staat den Inbegriff einer *societas inaequalis* darstelle, sei für die Kirche die *aequalitas* kennzeichnend. Das klingt im höchsten Maße demokratisch, war aber tatsächlich Ausdruck eines territorialistischen Absolutheitsanspruchs: Diese *societas aequalis* hatte mit der diesseitigen politischen Ordnung überhaupt nichts zu tun, sondern war die Konsequenz einer Spiritualisierung des Kirchenbegriffs.⁴¹ Je mehr sich die *ecclesia visibilis* als Teil der Sozialordnung verflüchtigte, um so unbeschränkter konnte sich die weltliche *superioritas territorialis* entfalten. Die Indienstellung des Kirchenbegriffs für die *plenitudo potestatis* sollte von zwei Ansatzpunkten aus erfolgen.

³⁶ Dazu: I. H. BOEHMER, *Dissertatio iuris publici, qua doctrina de iure episcopali principum evangelicorum examinatur* . . . Halle 1712; DERS., *Dissertatio inauguralis de potestate civili in templa* . . . Halle 1719; DERS., *Dissertatio praeliminaris de suprema lege ecclesiastica, Ius ecclesiasticum protestantium I* (4. ed. 1738).

³⁷ I. H. BOEHMER, *Ius ecclesiasticum I* (Anm. 28), lib. I tit. XXXI, 42 ff.; tit. XXXIII, 36 ff.

³⁸ SCHLAICH, ZRG KA 54 (1968), S. 277 ff.

³⁹ BUCHHOLZ (Anm. 19), S. 194 ff.

⁴⁰ I. H. BOEHMER, *Ius parochiale* . . . 6. ed. Halle 1760, sect. I cap. II, 1 ff.; DERS., *Ius ecclesiasticum I* (Anm. 28), lib. I tit. XXXIII, 8 f.

⁴¹ SCHLAICH, ZRG KA 54 (1968), S. 282 ff., 307 ff.

Der erste Zugriff gab sich theologisch. Man wußte sich in Übereinstimmung mit dem protestantischen Kirchenbegriff,⁴² wenn man die eigentliche Kirche als die *ecclesia invisibilis* bezeichnete. Die wahre Kirche ist frei von äußeren Organisationsstrukturen, hat mit dem sichtbaren Kirchenwesen nichts zu tun. Die *ecclesia vera* ist eine Liebesgemeinschaft, die keinen Zwang kennt, sondern nur die freie Gemeinschaft der Lehrenden und Lernenden umfaßt.

Nicht minder beliebt war bei den Territorialisten das historische Argument. So treten in ihren Schriften höchst liebevoll gezeichnete Bilder der Urkirche,⁴³ der *ecclesia primitiva*, auf – auch bei Boehmer.⁴⁴ Diese *ecclesia primitiva* befand sich im Stande natürlicher Freiheit und war staatsfrei, kannte weder äußeren Zwang noch eigenes Regiment.

Nimmt man beides zusammen – das theologische Ideal der *ecclesia invisibilis* und das historische Ideal der *ecclesia primitiva* – dann wird deutlich, daß ein derart verjenseitigter, strukturloser Kirchenbegriff höchst kompatibel mit einem umfassenden staatlichen Regiment war: Es gab ja keine Kirche, die eine selbständige Verbandsgewalt in Anspruch nehmen konnte.

Hans Liermann hat in seiner Skizze zum 200. Todestag Boehmers eingeräumt, daß Boehmer Territorialist gewesen sei. Aber er habe ein „gemäßigtes“⁴⁵ Territorialsystem propagiert.⁴⁶ Sollte Boehmer auch in dieser Frage die *media via* eingehalten haben?

Hier wird Boehmer in eine Gegenposition zu Thomasius gerückt. Thomasius hatte den territorialistischen Ansatz so weit vorangetrieben, daß er der Kirche nicht nur jede *potestas externa* bestritt, sondern ihr sogar die *potestas interna* nahm.⁴⁷ Dieses innere Regiment betraf den eigentlich kultischen Bereich, so den Gottesdienst, die Sakramente, die Schlüsselgewalt. In seiner Schrift über die Mitteldinge von 1695,⁴⁸ die nach einer Kontroverse mit den sächsischen Theologen in Sachsen konfisziert wurde,⁴⁹ hatte Thomasius alle Erscheinungsformen des religiö-

⁴² Vgl. BUCHHOLZ (Anm. 19), S. 241 ff. m. N.

⁴³ Verwiesen sei nur auf GOTTFRIED ARNOLDS Unparteyische Kirchen- und Ketzer-Historie, I, Frankfurt a. M. 1699.

⁴⁴ Vgl. I. H. BOEHMER, *Dissertatio de extraordinario primitivae ecclesiae statu*, in XII *Dissertationes iuris ecclesiastici antiqui* ... 2. ed. Halle 1739, diss. XII.

⁴⁵ So bereits DOVE, ADB III, S. 80.

⁴⁶ LIERMANN, ZRG KA 35 (1948), S. 396 f.

⁴⁷ Dazu SCHLAICH, ZRG KA 54 (1968), S. 291 ff.

⁴⁸ CHRISTIAN THOMASIUS, *Dissertatio iuris publici de iure principis circa adiaphora* ... Halle 1695.

⁴⁹ BUCHHOLZ (Anm. 19), S. 194 ff.

sen Dienstes („cultus externus“) zu den *adiaphora* gezählt.⁵⁰ Und im Bereich der menschlichen *adiaphora seu arbitraria* könne der Fürst kraft seiner umfassenden Ordnungskompetenz frei schalten und walten. Es liegt auf der Hand, daß der Territorialismus, der sich der Gewissensfreiheit verschreiben wollte, mit der Verneinung einer inneren Kirchengewalt im Kultischen die Schwelle zur Intoleranz überschritten hatte; denn in Predigt und Sakrament gibt es für den Fürsten nichts zu lenken. Thomasius gilt seit der Schrift von 1695 als „extremer“ Territorialist. Hat hingegen Boehmer das Attribut eines gemäßigten Territorialisten zutreffend erlangt? Der vorsichtige Boehmer hat eine eindeutige Stellungnahme zum heiklen Punkt der *potestas ecclesiastica interna* vermieden.⁵¹ Im Grundsätzlichen bestand aber kein wesentlicher Unterschied zu Thomasius.

4. Sponsalienrecht

Ehesachen waren noch im 18. Jahrhundert ein Teil des Kirchenrechts – der Prozeß der Säkularisierung zog sich bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts hin.⁵² Zu der Sponsalienlehre meinte Boehmer, daß im kanonischen Recht kaum eine andere Materie gefunden werden könne, die in vergleichbarer Weise von Irrtümern geprägt und mannigfaltigen Mißbräuchen ausgesetzt sei.⁵³ In der Tat gehört das Sponsalienrecht⁵⁴ zu den undurchsichtigsten Gegenständen der alten Rechtslehre.⁵⁵ Alle Versuche, eine dauerhafte Struktur und Begrifflichkeit herauszuarbeiten, scheitern gewöhnlich schon daran, daß diese Materie wegen des Dualismus von Sakrament und römischer Konsenslehre über das

⁵⁰ BUCHHOLZ, Christian Thomasius: Zwischen Orthodoxie und Pietismus – Religionskonflikte und ihre literarische Verarbeitung, in: SCHNEIDERS (Hg.), Thomasius (Anm. 6), S. 248 ff.

⁵¹ Vgl. SCHLAICH, ZRG KA 54 (1968), S. 292 zur schwankenden Haltung Boehmers.

⁵² Vgl. BUCHHOLZ, Savignys Stellungnahme zum Ehe- und Familienrecht, in: Ius Commune VIII (1979), S. 148 ff.; DERS., Beiträge zum Ehe- und Familienrecht des 19. Jahrhunderts, in: Ius Commune IX (1980), S. 229 ff.; DERS., Ehe recht zwischen Staat und Kirche, (Ius Commune. Sonderhefte 13), Frankfurt a. M. 1981.

⁵³ Dissertatio iuridica inauguralis de incongrua praxi doctrinae de sponsalibus de futuro et de praesenti in foris protestantium ... Halle 1712, cap. I, 1.

⁵⁴ Dazu BOEHMER, Ius ecclesiasticum protestantium ... III, 3. ed. 1736, lib. IV tit. I; ferner DERS., Dissertatio iuridica inauguralis de diverso sponsaliorum et matrimonii iure ... Halle 1718.

⁵⁵ Grundlegend ROLAND KIRSTEIN, Die Entwicklung der Sponsalienlehre und der Lehre vom Eheschluß in der deutschen protestantischen Ehe rechtslehre bis zu J. H. Boehmer, Bonn 1966.

eigentliche Rechtliche hinausweist; dazu kommen dann noch die konfessionellen Reservate der Protestanten.⁵⁶ Mit höchster Vereinfachung ist zu sagen: Unterschieden werden die *sponsalia de futuro* und die *sponsalia de praesenti* einerseits und das mit Sakramentscharakter ausgestattete, grundsätzlich unauflösliche *matrimonium* andererseits. Problematisch ist jedoch, daß die *sponsalia de praesenti* schon die Ehe darstellen sollen, denn sie enthalten ja bereits einen gegenwärtigen Konsens der Ehemwilligen. Der Konsens aber stiftet das Sakrament und damit tritt die Unauflöslichkeit des *vinculum matrimonii* ein. Diese Art von Verlöbnisehe ist ein *matrimonium initiatum*, das später förmlich – durch *copula sacerdotalis* oder gar *carnalis* – in das *matrimonium consummatum* übergeht. Auch die Protestanten haben an der Bindungskraft des *matrimonium initiatum* festgehalten. Auf die unüberschaubare kasuistische Aufsplitterung der Sponsalienformen ist hier nicht weiter einzugehen. Festzuhalten ist nur, daß die wesentliche Frage, wann der ehebegründende Konsens anzusetzen und wann der Beginn des *vinculum indissolubile* anzunehmen sein sollte, ohne allgemeingültige Antwort bleiben mußte. Vor dem Hintergrund der alten Sponsalienlehre wird deutlich, daß der konstitutive Formalakt der Trauung nach Personenstandsrecht einen erheblichen Rechtssicherheitsaspekt beinhaltet.

Der alte Eheprozeß war ein höchst risikoreiches Unterfangen.⁵⁷ Zur Illustration der Problematik seien zwei zeittypische Erscheinungen herangezogen.⁵⁸

Aus dem 17. und noch dem 18. Jahrhundert sind eine Reihe von Schriften bekannt, deren Fragestellungen heute recht kurios anmuten. Es geht darum, ob Liebeswerben, ob Liebesbriefe, ob Lockungen – in zeitgenössischer Formulierung: ob „Caressen und Charmiren“⁵⁹ –, oder ob gar Küsse⁶⁰ einen Bindungswillen bezeugen, der als verbindliche Sponsalien und damit als Ehekonsens zu qualifizieren wäre. Angesichts der Ungewißheiten über Zeitpunkt und Voraussetzungen des Konsenses war das eine sehr ernsthafte Frage. Ein verfänglicher Liebesbrief, der auf Gegenliebe stieß, konnte den Absender zum Ehemann machen.

⁵⁶ BUCHHOLZ (Anm. 19), S. 281 ff. m. N.

⁵⁷ Dazu BUCHHOLZ, Die Bardowicker Hochzeitsgesellschaft, oder: ein Jünglingsraub, in: Rechtshistorisches Journal 6 (1987), S. 81 ff.

⁵⁸ BUCHHOLZ (Anm. 19), S. 361 ff.

⁵⁹ Etwa CHRISTIAN ULRICH GRUPEN, Schediasma de amoris illecebris, von Liebes-Caressen und Charmiren ... Jena 1723.

⁶⁰ Vgl. auch HANS-WOLFGANG STRÄTZ, Der Verlobungskuß und seine Folgen rechtsgeschichtlich gesehen, Konstanz 1979.

Die Konsequenzen waren nicht unerheblich. Denn die sog. Zwangskopulationen gehörten zu den bekannten Erscheinungen der alten Konsistorialpraxis. Die Zwangseheschließungen lagen in der Logik der Sponsalienlehre. Denn nach der damaligen Doktrin ging es ja nur noch darum, bereits rechtswirksam Verheiratete zum förmlichen Vollzug des Tauritus zu nötigen: „*inviti ad consummationem matrimonii sunt cogendi*“.⁶¹

Die Möglichkeit, daß ein verführerisches Wort, daß ein unbedachtsamer Augenblick zur Zwangsehe führen könne, war für Vertreter des Vernunftrechts wie Boehmer ein unerträgliches Ärgernis.⁶² Die Leidengeschichten der Zwangskopulierten, die im zeitgenössischen Schrifttum oftmals wiedergegeben wurden, boten den Anlaß für eine Umformung der Sponsalienlehre. Boehmers Beiträge waren bahnbrechend. Wenn Boehmers Sponsalienlehre weitgehend in den alten Begrifflichkeiten verharret und komplexer ausfällt, als es durch den Gegenstand geboten erscheint, so ist zu berücksichtigen, daß eine Auseinandersetzung mit den gewachsenen Traditionen kaum anders zu leisten war, sollte sie dogmatische Überzeugungskraft gewinnen können. Entwickelt wird eine Stufenfolge (vier Grade), die zum förmlichen Eheschluß hinführt.⁶³ Am Anfang stehen die Annäherungen, die Anwerbung durch den *sponsus*; mit dem Ja-Wort der *sponsa* folgt der Verlöb-nisvorvertrag (*pactum de futuris sponsalibus*) zur Aushandlung der Modalitäten einer künftigen Ehe; danach kommt das eigentliche Verlöb-nis mit dem Treueversprechen der Ehegatten; schließlich erfolgt die Eheschließung selbst mit dem Ehekonsens und dem Formalakt der Trauung. Folgende Punkte sind hervorzuheben: Der Begriff der *sponsalia de praesenti* wird ebenso abgelehnt wie die Unterteilung der Sponsalien überhaupt – vielmehr sind die Sponsalien schlechthin „de futuro“, denn sie enthalten erst das Versprechen einer künftigen Ehe.⁶⁴ Die Sponsalien sind mithin niemals einer Eheschließung gleichzustellen. Für die Eheschließung selbst hat Boehmer eine dem tridentinischen Eherecht⁶⁵ entsprechende Form befürwortet. Der Publizitätsakt stelle ein unumgängliches Rechtssicherheitserfordernis dar – ob er „*coram*

⁶¹ Nachweis BUCHHOLZ (Anm. 19), S. 368.

⁶² Dazu I. H. BOEHMER, *Dissertatio iuridica de matrimonio coacto* ... Halle 1717.

⁶³ BOEHMER, *Ius ecclesiasticum protestantium III* (Anm. 54), lib. IV tit. I, 40.

⁶⁴ *Ius ecclesiasticum III*, lib. IV tit. I, 11.

⁶⁵ Dazu HERMANN CONRAD, *Das Tridentinische Konzil und die Entwicklung des kirchlichen und weltlichen Ehrechts*, in: *Das Weltkonzil von Trient*, hg. von G. SCHREIBER, Bd. I, Freiburg 1951, S. 297 ff.

ecclesia“ oder „*coram magistratu*“ erfolgen solle, liege im Ermessen des Landesherrn,⁶⁶ da es (im Sinne von Thomasius) nur um ein *adiaphoron* gehe.

Mit Boehmers Problembereinigung war der Boden für eine moderne Konzeption des Verlöbnis- und Eherechts bereitet.

5. Ausklang

Die Streiflichter, die hier auf das großangelegte Kirchenrecht Boehmers geworfen wurden, lassen noch kaum endgültige Schlüsse und Charakterisierungen zu. Nur eine Bemerkung sei angefügt. Boehmer war *die* Lehrkapazität des 18. Jahrhunderts, der Vollender, der die zeitgenössischen Streitfragen auf den Punkt und zur Lösung gebracht hat – kurzum, die zitierfähige Autorität. Wer sich mit den Arbeiten Boehmers befaßt hat, wird gegebenenfalls folgendem zustimmen können: Stil und Gedankenführung beweisen ein professionelles, anspruchsvolles, aber auch ansprechendes Ebenmaß. Das Latein ist klar und nicht barock verwildert, die Argumentation stringent und nicht zeittypisch überfrachtet, Thematik und Ergebnis sind gleichermaßen überzeugend und verraten eine solide Kompetenz – die Schriften sind nicht die Gelegenheitsprodukte eines schreibwütigen Säkulums. Gleichfalls wird deutlich, was Boehmer nicht war: der Querdenker, Erschütterer und Veränderer. Aber wie hätte ein Thomasius bestehen können, wenn es keinen Boehmer gäbe?

⁶⁶ I. H. BOEHMER, *Dissertatio inauguralis iuridica de iure principum protestantium circa solennia matrimonii ecclesiastica* ... Halle 1718.