

**Festgabe für  
Felix Dahn zu  
seinem  
fünfzigjährigen  
doktorjubiläum .**

**Schlesische**



## Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

## Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

## Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

**Festgabe für  
Felix Dahn zu  
seinem  
fünfzigjährigen  
doktorjubiläum .**

**Schlesische**

7922  
209  
v. 1

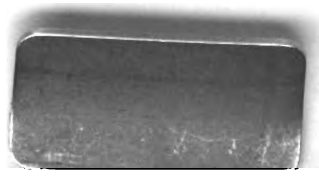
52113-5



Library of



Princeton University.



Festgabe

für

**Felix Dahn**

zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum

gewidmet von

gegenwärtigen und früheren Angehörigen  
der Breslauer juristischen Fakultät

I. Teil

**Deutsche Rechtsgeschichte**

---

**Breslau**

Verlag von M. & H. Marcus

1905









# Gerüfte und Marktkauf

in Beziehung zur Fahrnisverfolgung

von

**Alfred Schultze**





## I.

Für die tiefere Ergründung des deutschen Fahrnisrechtes bedeutet die Publizitätstheorie, die Eugen Huber<sup>1)</sup> entwickelt, Otto Gierke<sup>2)</sup> aufgenommen und Herbert Meyer<sup>3)</sup> in verschiedenen Richtungen näher ausgeführt und belegt hat, einen grossen Fortschritt. Danach ist Publizitätsform die Gewere, und zwar hier in Gestalt der im Haben, in der Innehabung sich äussernden Herrschaft. Sie bringt das dingliche Recht an der Fahrnissache zum sinnlichen Ausdruck, macht es allgemein erkennbar, kundbar, offenkundig und muss erfüllt sein, damit das Recht seine volle Geltung und Wirksamkeit bewähren kann<sup>4)</sup>. Der Verlust der Gewere hat deshalb für den Berechtigten eine Beschränkung der Wirksamkeit seines dinglichen Rechtes zur Folge. Daraus erklärt sich der Satz: Wer die Sache aus seiner Gewere gibt, ohne doch sein Recht daran ganz aufzugeben, also unter Rückfallsgebing, der nimmt seinem Recht die Publizitätsform und damit die Verfolgbarkeit gegen Dritte; nur sein Vertragsgegner, der durch das Rückfallsgebing sich dem dinglichen Recht unterworfen hat, — der Vertrauensmann — ebenso der Erbe desselben und bei Erbenlosigkeit der Richter,

---

<sup>1)</sup> Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht (1894).

<sup>2)</sup> Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht (1897) S. 2 ff., 11 f. und in der Holtzendorff-Kohlerschen Encyclopädie (1904) I S. 481 ff., 520.

<sup>3)</sup> Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht (1902) und Neuere Satzung von Fahrnis und Schiffen (1903).

<sup>4)</sup> Vgl. auch v. Zallinger, Wesen und Ursprung des Formalismus im altdutschen Privatrecht (Vortrag 1898) S. 6 ff., besonders S. 8 f., 11 f.; Stutz in Zeitschr. der Sav.-Stift. 20, Germ. Abt. S. 329; meine Schriften über die Langobardische Treuhand (Gierke, Unters. Heft 49) S. 93 ff. und Treuhänder im geltenden bürgerl. Recht (auch Iherings Jahrb. 43) S. 16 f.

ferner der Richter, der unter dem Vertrauensmann konfisziert hat, und nach manchen Rechten der Gläubiger, der gegen ihn gepfändet hat<sup>5)</sup>, muss dieses Geding und das Recht, dem es dient, gegen sich wirken lassen; alle anderen (alle Dritten) werden davon, weil es nunmehr der Publizität, der allgemeinen Erkennbarkeit ermangelt, nicht erreicht (Hand wahre Hand). Die Folgerungen dieses Satzes sind:

1. Wird dem Vertrauensmann die Sache entwendet, so hat nur dieser, nicht aber, wer ihm die Gewere anvertraute, die Entwendungsklage auf Rückgabe und Diebstahlsbusse. Dies wird schon in den älteren Volksrechten bestimmt (*leges Eurici* fr. 280, *lex Visigoth.* V 5, 3, *lex Baiuw.* XV 4, vor allem *Liutpr.* 131) und während des ganzen Mittelalters festgehalten<sup>6)</sup>.

2. Veräußert oder verpfändet der Vertrauensmann unbefugt die Sache, so kann sie dem Erwerber oder Pfandnehmer oder späteren Nachmännern nicht abgefordert werden; derjenige, welcher früher die Gewere dem Vertrauensmann gab, kann sich vielmehr in solchem Falle nur an diesem letzteren erholen.

<sup>5)</sup> Vgl. *Sachsensp.* II 60 § 2 und II 31 § 3; dazu Laband, *Vermögensrechtl. Klagen* S. 85—89 und Gierke, *Encyclopädie* S. 520.

<sup>6)</sup> Vgl. Brunner, *Deutsche Rechtsgesch.* II S. 509; Schröder, *Deutsche Rechtsgesch.* (4. Aufl.) § 37<sup>100</sup> u. § 61<sup>6</sup>; H. Meyer, *Entwerfung* S. 30 f., 52 ff. Die scheinbar abweichende I. Alamann. V liegt in anderem Bereich: Asylrecht für „*infra ianuas ecclesiae*“ aufbewahrte Sachen (vgl. I. IV). Die in sich unklare Stelle der Goslarer Statuten bei Göschen S. 88 Z. 22 und S. 99 Z. 5 zwingt keinesfalls zu der von Laband, *Vermögensrechtl. Klagen* S. 84 und Heusler, *Institut.* II S. 214 gegebenen Auslegung, dass der Deponent zur Einklagung der dem Depositar entwendeten Sache berufen sei, sondern lässt die ihr im Jahrhundert ihrer Abfassung durch das Rechtsbuch nach Distinktionen IV 42 d. 6 ausdrücklich beigefügte Interpretation, die mit dem oben im Text formulierten Satze im Einklang steht, auch heute noch zu (vgl. H. Meyer S. 53). Auch *Schwabenspiegel* Lassb. 230 beharrt in erster Linie noch bei diesem Satz, bewilligt aber bereits subsidiär, nämlich für den Fall des Todes des Vertrauensmannes (und nach einer Handschriften-Variante auch, wenn er „von der Klage entweicht“), dem Eigentümer die Klage — ein erster Ansatz eines Abschwenkens (vgl. darüber v. Meibom, *Pfandrecht* S. 67 ff.). Ein grundsätzliches Verlassen der alten Regel sehe ich im Gegensatz zu H. Meyer S. 52 in dem Ostfriesischen Landrecht (um 1515) I c. 101, 3 (*Ausg. v. Wicht* S. 212); aber hier ist römischer Einfluss wenigstens nicht ausgeschlossen, da dieses Landrecht römisches Recht mit dem heimischen verbinden will (*Stobbe, Deutsche Rechtsquellen* II S. 346).

Dies ist freilich noch nicht in den Volksrechten ausdrücklich ausgesprochen. Es ergibt sich aber für diese mittelbar daraus, dass sie bei Unterschlagung geliebener und anvertrauter Sachen dem Beschädigten nicht die Anefangsklage eröffnen<sup>7)</sup>.

Auch das westgotische Recht dürfte kaum die ihm von Brunner<sup>8)</sup> zugesprochene Sonderstellung in dieser Frage — Klage des Eigentümers gegen jeden Besitzer der durch *inlicita venditio* seitens des Vertrauensmannes in dritte Hand gebrachten Sache — eingenommen haben. Denn die hierfür angezogene „*de his, qui aliena vendere vel donare presumserint*“ überschriebene Stelle, *lex Visigoth. V 4, 8*, trägt, wie Dahn<sup>9)</sup> richtig erkannt hat, das Gepräge des Liegenschaftsrechtes. In ihrer ursprünglichen Fassung, wie sie in *leges Eurici fr. 289* und in der hieraus fast wörtlich entlehnten *lex Baiuw. XVI 4* vorliegt, also ohne den letzten, erst der *Recessvindiana* angehörenden Satz, bezog sie sich überhaupt nur auf Liegenschaften<sup>10)</sup>. Jener spätere Zusatz aber: „*Similis scilicet et*

<sup>7)</sup> So Brunner a. a. O. S. 510. <sup>8)</sup> a. a. O.

<sup>9)</sup> Westgotische Studien S. 103<sup>5</sup>.

<sup>10)</sup> Dies ergibt sich aus der Bestimmung, dass der Verkäufer dem Käufer der evinzierten Sache auch das, was er zu deren Nutzen „*adiecerit*“, was er „*laborasse cognoscitur*“, nach der Schätzung der „*locorum iudices*“ ersetzen müsse, was auch mit der nur von Liegenschaften handelnden *lex 116 Liutpr.* („*damnum ei restituat, quantum adpretiatus fuerit, quod ibidem postea laboravit vel edificavit*“) und mit den Gewährschaftsklauseln der Grundstückstraditionsurkunden der fränkischen Zeit übereinstimmt (vgl. z. B. *Marculli formul. II Nr. 19 ed. Zeumer p. 89*: „*. . . si . . . aut me male vindedisse convincerit, et a me . . . defensatum non fuerit, tunc inferamus vobis . . . dupla pecuniam, quantum a vobis accipi, et ipsa villa meliorata valuerit*“, und *Marini, papiri diplomatici Nr. 114*: „*et rei quoque meliorate instructe aedificateque taxatione habeta*“, auch *Rabel, Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte I S. 148 f., 293*). Ferner ist die Stelle so von den späteren Redaktoren verstanden worden, vgl. den oben zitierten Zusatz der *Recessvindiana* und die Hinzufügung der *Ervigiana* zum ersten Satz: „*et penam, quam scriptura continet impleturus*“. (Strafklauseln der Traditionsurkunden!) Dass der Ausdruck „*res*“ sehr häufig auch in Beschränkung auf Liegenschaften vorkommt, ist bekannt (*Schröder, Dtsch. RG. 4 § 35<sup>23</sup>*). Die interessante *Narbonnenser Gerichtsurkunde von 862* (*Devic et Vaissette, Histoire de Languedoc, Nouv. édition II col. 331 nr. 161, Lörsch-Schröder, Urk. 2 nr. 64, dazu Heusler, Gewere S. 35*) über einen Prozess wegen Liegenschaftsentwerung, in dem der Beklagte Bruch an seinem Gewähren

de mancipiis vel omnibus rebus adque brutis animalibus ordo servetur“ lässt in seiner Unbestimmtheit die Möglichkeit offen, dass seine Verfasser lediglich, was nach der Überschrift im Vordergrund stand, die Verpflichtungen des unlauteren Verkäufers, nämlich zum Doppeltersatz an den Eigentümer und zur Erhaltung der wirtschaftlichen Unversehrtheit des Käufers<sup>11)</sup>, nicht aber auch die ja nur implicite geregelte Herausgabepflicht des Käufers gegen den Eigentümer, auf Sklaven und fahrende Habe in Anwendung bringen wollten<sup>12)</sup>. Mag dem sein, wie ihm wolle: jedenfalls darf man danach nicht auf eine abweichende fahnisrechtliche Grundanschauung des westgotischen Rechtes im Verhältnis zum obigen Satz 2 schliessen, um so weniger, als der Satz 1 daselbst bezeugt ist.

Zweifelhafter erscheint das Verhältnis der viel behandelten<sup>13)</sup> bayerischen *firmatio* zu unserem Satz (oben 2) in Gemässheit der *lex Baiuvariorum* XVI 11 ff. Denn es ist dort in c. 12 unterstellt, dass der beklagte Käufer, wenn ihm Bruch an dem Gewähren wird, die Sache dem Evinzenten herausgeben muss, und vorgeschrieben, dass ihm dafür der sein Firmationsversprechen brechende Gewähre den Kaufpreis zurückgeben und ausserdem noch — zur Strafe — eine der Kaufsache gleichwertige Sache

---

erleidet und deshalb unterliegt und das gegen ihn auf „*revestire*“ gerichtete Urteil ausdrücklich durch die ihrem vollen Wortlaut nach bis auf den Zusatz „*Similis scilicet . . .*“ eingerückte l. Visig. V 4, 8 gestützt wird, belegt, dass man auch damals noch in den Gerichten diesen, aus den *leges Eurici* stammenden, Teil der Gesetzesstelle auf Liegenschaften anwandte.

<sup>11)</sup> Die Wandlung des „*nullum domino praeiudicium*“ der *leges Eurici* in das *nullum emtori praeiudicium* der *Reccesvindiana* könnte vielleicht sogar auf die Absicht einer Anpassung an den fahnisrechtlichen Hand-wahre-Hand-Gedanken gedeutet werden.

<sup>12)</sup> An eine Beschränkung auf gestohlene Sachen, die H. Meyer S. 36 ff. gegen Brunner — gleichfalls unter Verkenning der liegenschaftlichen Herkunft der Stelle — verfiicht, werden sie dabei wohl kaum gedacht haben, andererseits wohl auch nicht an eine Beschränkung auf nicht gestohlene Sachen, wie Brunner will. Der oben in Anm. 10 erwähnte Liegenschaftsprozess betrifft gerade einen Fall der Entwerung des Eigentümers.

<sup>13)</sup> Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens I S. 259 ff.; Merkel, Zeitschr. f. RG. 2 S. 109 ff.; R. Löning, Vertragsbruch I S. 109 ff.; London, Anfangsklage S. 416 ff.; Brunner a. a. O. S. 510 f.; Hübner, Immobilienprozess der fränk. Zeit S. 115 ff.; H. Meyer, Entwerung S. 39 ff.

leisten soll. Zwar ist auch hier die Vorschrift keine lediglich fahrnisrechtliche, sondern sie gilt gleichmässig für Liegenschaften und Fahrnis („*talem terram aut speciem, qualem se firmare pollicebat, restituat sine mora*“<sup>14</sup>). Aber sie ist doch, wie der enge Anschluss an das die *mancipia* und *ornamenta* behandelnde *cap. 11* beweist, auch auf Fahrnis ausdrücklich zugeschnitten. Dagegen möchte ich mit anderen<sup>15</sup>) gegen Brunner<sup>16</sup>) annehmen, dass sie, soweit sie Fahrnis betrifft, in den Bereich der Klage aus dieblichem Verlust gehört. Dafür spricht einmal der uns auch hier, wie beim Anefang der anderen Volksrechte, entgegretende Gewährzug; es liegt wirklich ein solcher vor, denn der Gewährre (der *venditor*) muss den Prozess mit dem Evinzenten weiterführen (*c. 11 i. f. und App. IV*), und der Schub geht, was Merkel<sup>17</sup>) und Löning<sup>18</sup>) mit Recht aus der in *c. 11* bzw. *14* für den Gewährre allein zugelassenen Art der Verteidigung (Berufung auf originären oder erbschaftlichen Erwerb) folgern, die Reihe durch von einem Gewährre zum anderen. Zweitens würde es sonst in der *lex Baiuvariorum* ganz an einer den Gewährzug beim Diebstahl regelnden Stelle fehlen<sup>19</sup>). Endlich dürfte bei Sklaven, die in *c. 11* und *14* ein

<sup>14</sup>) Die das Firmationsverfahren schildernde Stelle, *lex Baiuw. App. IV*, hat in erster Linie Liegenschaften im Auge.

<sup>15</sup>) London, namentlich H. Meyer, wohl auch Merkel S. 116 f.

<sup>16</sup>) S. 510 f., besonders N. 101. Das hier aus der Begründung in *c. 12*: „*eo quod valde reprehensibilis est res alterius dare etc.*“ entnommene Argument, (so könne man von dem Verkäufer, der selbst gestohlen hat, doch nicht sprechen!) erscheint mir an sich nicht recht beweiskräftig, wird aber weiter dadurch abgeschwächt, dass diese Begründung ja nicht bloss für Fahrnis, sondern auch für Liegenschaften gilt, und zwar sicher auch für den Fall der Liegenschaftsentwerung (vgl. Meichelbeck, *Hist. Frising. I* nr. 530 und dazu Löning S. 113 f., Brunner S. 517<sup>26</sup>, auch oben Anm. 10).

<sup>17</sup>) S. 116 f.

<sup>18</sup>) S. 111 f.

<sup>19</sup>) Auch *Decreta Tassilonis Niuh. c. 13* (*M. G. Leges III* p. 467) spricht nur vom Widerstand des Diebes gegen die *manus immissio*, *hantalöd* (Brunner a. a. O. S. 498<sup>34</sup>). Ich nehme daher auch nicht mit H. Meyer (S. 41 f.) ein Nebeneinander der Klage mit *hantalöd* und der in *c. 11, 12* cit. geregelten Klage an. Brunner selbst stellt an anderer Stelle (S. 516) wo er dasselbe, hier in Frage stehende bayerische Firmationsverfahren in Anwendung auf Liegenschaften behandelt, dieses Verfahren in Parallele zum Anefangsverfahren bei Mobilien.

Hauptbeispiel bilden, kaum an einen anderen Fall, als den des aus eigenem Antrieb flüchtigen oder des auf Anraten flüchtigen, d. h. gestohlenen (l. Baiu. I 4, XIII 9, vgl. l. Visig. VII 3, 1) Sklaven, also an den Fall der Entwerung, zu denken sein; Verleihen oder Anvertrauen eines Sklaven wird kaum vorgekommen sein, wird auch in dem Titel „de commendatis et commodatis“ (l. Baiu. XV, vgl. l. Visig. V 5) nicht erwähnt. Folgt man dieser Ansicht, so kann man auch in der fraglichen Stelle des bayerischen Rechtes keine Ausschliessung des Hand-wahre-Hand-Gedankens in seiner Richtung auf unbefugte Veräusserungen des Vertrauensmannes erblicken. Überdies ist unter allen Umständen zu bedenken, dass derselbe Gedanke in seiner anderen Richtung (Diebstahl beim Vertrauensmann) ja gerade durch die lex Baiuw. (vgl. oben Ziffer 1) mit voller Klarheit belegt ist und dass auch unser c. 12 wieder ausdrücklich und in erster Linie nur die Gewährschaftspflicht des Verkäufers, also sein Verhältnis zum Käufer, nicht aber die Beziehung des letzteren zum Eigentümer regeln will.

Man kann daher mindestens sagen: In den Volksrechten liegt kein sicheres Zeugnis gegen unseren Satz 2 vor. Wenn ihn dann nun die Folgezeit, die eher auf eine Ausdehnung der Fahrnisklage<sup>20)</sup> bedacht ist, allenthalben aufs deutlichste zum Vorschein bringt, z. B. im alten Recht von Wales (10. Jahrh.)<sup>21)</sup>, wie im Stadtrecht von Freiburg i. Br. aus dem 12. Jahrhundert<sup>22)</sup> und in den ihm verwandten Stadtrechten<sup>23)</sup>, in der bekannten

<sup>20)</sup> Vgl. unten II am Anf.

<sup>21)</sup> Vgl. hierzu H. Meyer, Entwerung S. 31 ff. und namentlich die Begründung der betreffenden Stelle nach der englischen Übersetzung Owen's (Ancient laws and institutes of Wales 1841 S. 121): es könne der Eigentümer in den Fällen von „theft, loss by negligence, surreption“ im Gegensatz zu den Fällen von „deposit and loan, hire, favour“ seine Sachen allen Ortes vindizieren, „because they were not received by another hand from his hand“.

<sup>22)</sup> c. 29 (Keutgen, Urkunden zur Geschichte der Stadtverfassung S. 121): „Nemo rem sibi quoquo modo sublatam vindicare potest nisi iuramento probaverit sibi furto vel preda ablatam“, noch schärfer c. 58 des Stadtrodels aus der Mitte des 13. Jahrh. (Gaupp, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters II S. 36): „repetere vel sibi vindicare audeat“.

<sup>23)</sup> Insbesondere in dem von Burgdorf in der Schweiz art. 186 (Gaupp, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters II S. 140 f.).



Stelle des Sachsenspiegels (II 60) und den von ihm abhängigen Rechten<sup>24)</sup>, wie im Schwabenspiegel (Lassb. c. 222)<sup>25)</sup> und im Münchener Stadtrecht von 1347<sup>26)</sup>, wie im französischen coutumiären Recht des 13. Jahrhunderts<sup>27)</sup> und im altnorwegischen Recht<sup>28)</sup>, so kann an seinem ursprünglichen und gemeingermanischen Charakter, wie dies auch die fast allgemeine Ansicht ist, kein Zweifel sein<sup>29)</sup>.

Seine besondere Stärke und namentlich auch seine Abstammung vom Publizitätsgedanken beweist der Satz aber durch die eigentümliche Behandlung der neueren Satzung an Fahrnis im späteren Mittelalter, worüber uns neuestens H. Meyer<sup>30)</sup> höchst verdienstliche Aufschlüsse gegeben hat. Die von ihm gefundenen Belege haben wegen ihrer Zahl und wegen der weiten Abstände ihrer Herkunftsorte (isländisches und norwegisches Recht, lübisches Recht, Frankfurt, Schweiz) eine grosse Beweiskraft. Danach kann ein Pfandrecht an einer Fahrnissache auch ohne

<sup>24)</sup> Vgl. z. B. die Zitate bei Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 120<sup>a</sup>.

<sup>25)</sup> mit besonders scharfer Prägung vom Standpunkt des Dritterwerbers. Vgl. Meibom, Pfandrecht S. 65 f.

<sup>26)</sup> cap. 177, Ausg. Auer S. 69.

<sup>27)</sup> in voller Schärfe ausgesprochen in der von Sohm, Prozess der lex Salica S. 60, angezogenen Stelle aus dem Conseil des Pierre de Fontaines XII 3 (éd. Marnier p. 68). Vgl. auch Jobbé-Duval in Nouv. Rev. hist. 4 S. 564 f.

<sup>28)</sup> nach dem Zeugnis v. Amira's im Grundriss<sup>2</sup> S. 126<sup>2</sup>.

<sup>29)</sup> Nur sehr vereinzelt lassen sich Abweichungen für die spätere Zeit feststellen. Hierher gehört die oben Anm. 6 bereits angezogene Stelle aus den Goslarer Statuten, die in bezug auf den Fall der Veruntreuung des Verwahrers kaum anders als im Sinne eines Klagerechtes des Hinterlegers gegen den Dritterwerber verstanden werden kann. Damit im Einklang ist der Goslarer Schöffenspruch aus dem 15. Jahrh. bei Lörsch-Schröder, Urk.<sup>2</sup> nr. 321 (Klage des Generalpfandgläubigers gegen Dritte, die später vom Schuldner gekauft haben), wie Gothaisches Stadtrecht 42 bei Ortloff, Sammlung deutscher Rechtsquellen II S. 325 (Klagerecht des ersten Pfandgläubigers, der die Sache in der Gewere des Schuldners belassen hat, gegen den zweiten Pfandgläubiger, der die Gewere erhalten hat). Dazu Meyer, Entwerung S. 53 und Neuere Satzung von Fahrnis S. 18 und 107. Ebenso kann nach der Nordhäuser Oberhofsentscheidung bei Lörsch-Schröder, Urk.<sup>2</sup> nr. 251 bei Leihe aus Freundschaft der Verleiher gegen den Gläubiger des Entleiher, der später die Sache zum Pfande bekommen hat, vorgehen (Meyer, Entwerung S. 54).

<sup>30)</sup> Neuere Satzung von Fahrnis.

Übertragung der Gewere bestellt werden. Damit aber dieses Pfandrecht gegen Dritte wirke, muss die dem Pfandgläubiger mangelnde Gewere durch etwas anderes ersetzt werden. Dieses andere ist ein formales Element, das seiner Beschaffenheit nach deutlich auf Publizität, allgemeine Erkennbarkeit des Pfandrechtes gerichtet ist, eine Publizitätsform, nämlich: Vornahme des Aktes vor Zeugen oder vor dem Stadtrat oder vor dem Gericht oder Eintragung in ein öffentliches Buch (Stadtbuch) — also eine Form von der Art derjenigen, die allmählich im Liegenschaftsrecht die reale Gewere als Publizitätsform abgelöst hatten. Aber das Mass der Wirksamkeit ist nicht überall das gleiche, zuweilen ein Vollmass, so dass vor dem Pfandrecht spätere Veräusserungen oder Verpfändungen des Schuldners nicht zu Recht bestehen können, meist ein beschränktes, dies besonders im lübischen Recht, das Meyer am eingehendsten behandelt<sup>31)</sup>. Gerade diese beschränkte Wirksamkeit und ihr Inhalt ist für uns bezeichnend. Getroffen werden nämlich spätere Pfandbestellungen, welche die Sache an dem bisherigen, bei der Bestellung kundbar gemachten Aufbewahrungsorte beim Schuldner belassen; Ansprüche daraus können vom erstberechtigten Pfandgläubiger kraft der Publizität seines Rechtes zurückgewiesen werden. Dagegen ist sein Recht gegenüber Verpfändungen oder Veräusserungen des Schuldners machtlos, welche die Sache in die Hand des daraus berechtigten Pfandnehmers oder Erwerbers bringen; einem solchen kann er sie nicht mehr abgewinnen. Hier siegt die aus der Publizitätsnatur der Gewere abgeleitete Regel „Hand muss Hand wahren“ — für den Schuldner ist die ihm vom Pfandgläubiger belassene Pfandsache eine „anvertraute“ Sache — über jenes Publizitätssurrogat. Nichts vermag besser die Kraft jener Regel und die Publizitätsfunktion der Fahrnisgewere darzutun<sup>32)</sup>.

Einen Angriff hat die Publizitätstheorie jüngst von seiten Adolf Zycha's erfahren in einer aus Anlass einer Kritik des Schweizerischen Zivilgesetz-Entwurfs gegebenen historischen Skizze<sup>33)</sup>, deren nähere Ausführung und Begründung er für

<sup>31)</sup> Neuere Satzung S. 29 ff., 76 ff.

<sup>32)</sup> H. Meyer S. 134.

<sup>33)</sup> Zeitschrift für Schweizerisches Recht 44 S. 74 ff. (1903).

eine künftige selbständige Schrift in Aussicht stellt<sup>34)</sup>. Er sieht das für die deutschrechtliche Beschränkung der Fahrnisverfolgung von Anfang an grundlegende Element in der Wirkung des redlichen Erwerbs. Das bisherige Eigentum gehe unter, wenn ein anderer die Sache redlich erwerbe, und infolge dieses Erwerbes des anderen. Während dies bei gestohlenen Sachen durch ein anderes, gegenwirkendes Element (darüber unten III) eine frühe Trübung erlitten habe, sei es gerade bei anvertrauten Sachen, wo eine solche Gegenwirkung gefehlt habe, andauernd festgehalten worden. Deshalb sei hier der bisherige Eigentümer gegenüber redlichem Dritt-erwerb machtlos gewesen. Dagegen habe er, jenem Grundgedanken gemäss, „den vom Vertrauensmann erwerbenden fraudis conscius, den mit der treulosen Hand Einverständenen“, also den unredlichen Erwerber der anvertrauten Sache auf Herausgabe beklagen können; „die Meinung, dass ein solcher unverfolgbar gewesen sei, sei nicht erweislich“<sup>35)</sup>. Für seine eigene, früher schon von Goldschmidt<sup>36)</sup> vertretene und von

<sup>34)</sup> S. 105.

<sup>35)</sup> S. 113<sup>79)</sup>, 114<sup>82)</sup>.

<sup>36)</sup> Zeitschr. f. Handelsr. 8 S. 256 ff. Goldschmidt sagt hier: Der Vindikation anvertrauten Gutes gegenüber habe der beklagte Dritterwerber sich über seinen titulierten und rechtmässigen Erwerb ausweisen müssen, „und dabei möge auch das nicht weiter unterschiedene Moment der Redlichkeit in einer nur nicht näher nachweisbaren Art in Betracht gekommen sein“. Und zwar habe er, wenn der Kläger die Sache als eine gestohlene in Anspruch genommen habe, sich auf seinen Gewähren ziehen müssen, und erst dieser habe durch den Nachweis, dass er sie vom Kläger anvertraut erhalten habe, die Zurückweisung der Klage herbeiführen können. Wenn der Kläger aber „sich einfach auf sein Eigentum berufen“ habe, sei es Sache des Beklagten gewesen, seinerseits Erwerb von einem anderen darzutun, an den der Kläger freiwillig die Gewere aufgegeben habe.

Was nun den ersten Fall anlangt, so sei dahingestellt, ob nicht der Beklagte schon durch den Nachweis, dass Kläger die Sache freiwillig einem anderen gegeben habe, ohne die Art seines eigenen Erwerbs klarzulegen, die Klage zurückschlagen konnte (so Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 119 f., anders Planck, Gerichtsverfahren II S. 417). Jedenfalls brauchte er, falls er den Gewährzug wählte, nur zu sagen, „es sei ihm die Sache gegeben oder er habe sie gekauft, und seinen Gewähren zu benennen“ (Ssp. II 36 § 5). Der Zusatz im Richtsteig Landrechts 13 § 2: „have gekoft rechtliken unde redeliken“ bedeutet „vernünftig, ordentlich, rechtmässig“ (vgl. das Glossar

diesem mit Unrecht auf die Grundsätze des deutschen Beweisrechts gestützte Meinung ist uns Zycha aber jeden Beleg schuldig geblieben. Dagegen reden die den Hand-wahre-Hand-Gedanken ausdrückenden Quellenstellen (vgl. oben Anm. 21 ff.), wenn sie gegen den Dritterwerber keine andere Klage, als die aus dieblichem Verlust, zulassen oder dem Anvertrauenden eine Klage einzig und allein gegen den Vertrauensmann einräumen, zugunsten der herrschenden Ansicht eine deutliche Sprache. Nirgends tritt, soweit ich es übersehe, in ihnen <sup>37)</sup> eine Unterscheidung zwischen dem „sciens“ und dem „nesciens“ hervor <sup>38)</sup>,

Homeyers in seiner Ausgabe und Schiller u. Lübben, Mittelniederdeutsches Wörterbuch), also nicht bona fide (nicht korrekt Meyer, Entwerung S. 294), bezieht sich mithin auf die Rechtmässigkeit des Kaufgeschäfts, so wie heute nach § 932 des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs die Veräußerung, ganz abgesehen von der Gutgläubigkeit des Erwerbers in der Eigentumsfrage, eine rechtmässige sein muss. Die Frage der Redlichkeit im Sinne der Unkenntnis der Unterschlagung kam nicht zur Erörterung, der Beklagte brauchte, was die Hauptsache ist, sich nicht etwa noch durch einen Eid von dem Vorwurf der Unredlichkeit, der Kenntnis zu reinigen, geschweige denn, dass er bei Nichtleistung des Eides hätte ohne weiteres an den Kläger herausgeben müssen. Trat der Gewähr, wie es im gesetzten Falle seine Pflicht war (Ssp. III 83 § 3), in den Prozess ein, so kam es überhaupt nicht zu einem Eid des Beklagten (Ssp. II 36 § 5). Vgl. auch unten III Ziff. 1.

Was den zweiten Fall anlangt, so sei dahingestellt, ob nicht der Kläger seine schlichte Klage nach Feststellung der Identität der angesprochenen Sache dem den Anspruch verneinenden Beklagten gegenüber sofort seinerseits dahin substantzieren musste, dass er die Sache dem Beklagten anvertraut habe (und dieser rückgabepflichtig sei), wobei dann der Beklagte sich einfach leugnend verhalten konnte (Ssp. I 15 § 1), ohne sich irgendwie über seinen Erwerb auslassen zu müssen (so Laband S. 133 ff., dagegen Planck II S. 418 mit I S. 378 f.). Mindestens genügte es für den Beklagten, zu behaupten, dass er die Sache aus der Hand des und des anderen erhalten habe, und dies durch Zeugeneid desselben (Ssp. I 15 § 1) oder nach manchen Stadtrechten sogar durch eigenen blossen Eineid zu beweisen (Laband S. 143 f., Planck II S. 421 f.). Von einer Erörterung seiner Kenntnis oder Unkenntnis der Frau seines Gewähren oder gar von einem Unschuldseid in dieser Richtung, von dessen Leistung die Klageabweisung abgehangen hätte, ist hier erst recht keine Rede.

<sup>37)</sup> auch nicht in I. Visig. V 4, 8 u. lex Baiu. XVI 12, wenn man sie im Brunner'schen Sinne auf anvertraute Sachen bezieht (oben Anm. 8 ff. und 13 ff.).

<sup>38)</sup> Sie gehört bei den anvertrauten Sachen erst der Zeit nach der Re-

während diese Unterscheidung bei der Regelung der Klage aus dieblichem Verlust, insbesondere in bezug auf den Kauf vom Unbekannten, schon von den Volksrechten an, eine bedeutende, die weitere Entwicklung stark beeinflussende Rolle spielt (darüber unten III). Weiter ist uns ja aber in unseren Quellen, und zwar schon in den ältesten Volksrechten, von einer Art unredlichen Erlangens einer anvertrauten Sache auf das zweifelloseste bezeugt, dass sie den Erlangenden nicht in den Klagebereich des Anvertrauenden bringt, nämlich vom Diebstahl beim Vertrauensmann. Nur dieser letztere kann die Sache gegen den Dieb verfolgen<sup>89)</sup> (oben Ziff. 1). Das ist ein

zeption an. Dabei spielen das Durchdringen des römischen Furtivitätsbegriffes in Deutschland und der Gedanke des Verkehrsschutzes ein. Vgl. Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. 8 S. 264 ff.; Stobbe-Lehmann 3. Aufl. II 1 § 93<sup>3</sup>; Huber, Schweiz. Privatrecht IV S. 746 ff.; H. Meyer, Entwerfung S. 281 ff., 299<sup>18</sup> u. <sup>19</sup>, und jetzt die interessanten Ausführungen Wellspacher's, Publizitätsgedanke und Fahrnisklagen im Usus modernus in Grünhuts Zeitschr. 31 (1904) S. 642<sup>25</sup>, 669, 671.

<sup>89)</sup> Freilich will Planck, Gerichtsverf. II S. 423 f. aus der Gestaltung des sächsischen Prozesses (Sachsensp. u. Richtsteig Landrechts) folgern, dass hier gegen den Dieb selbst und seine unredlichen Nachmänner auch der Anvertrauende habe erfolgreich klagen können (im Widerspruch mit seinen früheren Ausführungen in Zeitschr. f. dtsh. Recht 10 S. 267 und auch in gewissem Widerspruch mit Gerichtsverfahren I S. 837). Denn der Dieb habe, weil er als Beklagter habe erklären müssen, wie er zum Besitz der Sache gekommen sei, kein prozessualisches Mittel in der Hand gehabt, die Herausgabe dem Kläger zu verweigern; Kläger habe sich auf Ssp. III 22 § 3 berufen können, wonach er seines verliehenen Gutes sich zu unterwinden berechtigt sei, wo immer er es sehe. Aber diese Auslegung der zitierten Stelle ist in jeder Hinsicht verfehlt. Einmal müsste sie folgerichtig zur Annahme einer Klagberechtigung auch gegen jeden redlichen Dritten führen, was natürlich mit Ssp. II 60 ganz unvereinbar wäre. Zweitens lässt sie den Nachsatz unberücksichtigt: „dat man ime mit unrechte vor unthalde over bescedene tiet“, was man doch nur vom Vertrauensmann, mit dem die Rückgabezeit verabredet ist, und seinen Erben, keinesfalls aber vom Dieb sagen kann. (Die streitige Frage, ob das „underwinden svar he't sūt“ auf eine Klage mit oder ohne Anefang zu deuten — im ersten Sinne Homeyer, Richtsteig S. 441 f., Laband a. a. O. S. 103, Sohm, Prozess der lex Salica S. 71<sup>18</sup>, dagegen Meyer, Entwerfung S. 83 — kommt hier nicht in Betracht.) Drittens ist das prozessualische Bedenken Plancks zurückzuweisen. Selbst wenn es richtig ist, dass der vom Anvertrauenden beklagte Dieb sich nicht in dem oben Anm. 36 erörterten Sinne einfach leugnend verhalten konnte, sondern

Einwurf, den Zycha selbst als erheblich anerkennen muss. Er begegnet<sup>40)</sup> ihm mit dem Hinweis, dass der Vertrauensmann „als Korrelat der unbedingten Haftung“<sup>41)</sup> gegenüber dem Vertrauensgeber das Recht, „die Position des Eigentums gegen jeden Dritten zu verfechten“, erhalten habe, eine Klage „im eigenen Interesse, aber allerdings nicht aus eigenem, sondern fremden Rechte“. Eine solche Auffassung hat die regelmässige Unzulässigkeit der Prozessstellvertretung gegen sich. Ferner bekommt der Vertrauensmann auf seine Klage ja nicht bloss die Sache, die er dem Vertrauensgeber zu restituieren hat, sondern auch noch die Diebstahlsbusse, die er nicht zu restituieren hat, diese also sicher aus eigenem Rechte, für seine eigene Tasche<sup>42)</sup>, ohne das Gegenstück einer Haftung; soll man die Klagen auf Sach- und auf Strafverfolgung in bezug auf die Begründung der Aktivlegitimation hier trennen? Zycha scheint übrigens auch selbst mit seinem Hinweis auf die unbedingte Haftung

sich über die Art seines Erwerbs erklären musste, so brauchte doch keinesfalls seine nun etwa richtig dahin gegebene Erklärung, er habe die Sache bei einem anderen, als dem Kläger gestohlen, den Sieg des Klägers herbeizuführen, ebensowenig wie sonst, wenn der Dieb von einem anderen, als dem Bestohlenen auf Herausgabe beklagt wurde. Die herrschende Auslegung von Ssp. III 22 § 3 — Homeyer, Richtsteig S. 442; Laband a. a. O. S. 103; H. Meyer, Entw. S. 82 ff. — ist also durch Planck nicht erschüttert.

<sup>40)</sup> S. 114 verb. mit S. 111 ff.

<sup>41)</sup> Eine Korrelation nehme ich natürlich auch an. Ich stimme Heusler, Instit. II S. 264 f., durchaus zu, wenn er sagt: das Fehlen des Klagrechts des Deponenten gegen den Dieb „werde nur erträglich durch die unbedingte Haftpflicht des Vertrauensmanns gegenüber dem Anvertrauenden“. Vgl. auch Heusler, Die Beschränkung der Eigentumsverfolgung bei Fahrhabe, Festgabe für Homeyer S. 21 ff. und Gewere S. 494 f. Nur kann ich Zycha darin nicht folgen, dass die unbedingte Haftung der historische Grund für die Ausschliessung der sonst nach dem Zycha'schen Grundprinzip dem Eigentümer gegen den unredlichen Dritten gegebenen Klage hätte sein können; denn unbedingte, d. h. nicht durch Schuld bedingte, Haftung des Vertrauensmanns für den Diebstahlschaden und Klagerecht des Eigentümers gegen den Dieb auf Sachherausgabe und Diebstahlsbusse, diese beiden hätten sich wohl miteinander vertragen. Könnte z. B. die in l. Vis. V 5, 3 u. l. Baiu. XV 5 bestimmte Haftung nicht ebenso gelten, wenn auch dem Eigentümer die Anefangsklage zugestanden wäre?

<sup>42)</sup> lex Baiu. XV 4: „commendatori res proprias tantummodo reformare praecuret; compositio vero furti ad eum qui habuit commendata, pertineat“.

das Bedenken nicht als völlig abgetan zu betrachten, denn er meint weiter: „Immerhin kann eine Klage des Eigentümers in diesem Falle nicht völlig aus dem Gedankenkreise gelegen sein“. Beleg ist ihm hierfür Liutpr. 131, wo wenigstens die Möglichkeit beider Klagen, der des Eigentümers und der des Vertrauensmannes, erörtert werde. Richtig ist, dass die Vorschrift erwägt, ob nicht Diebstahl gegen den Eigentümer und ausserdem Hausfriedensbruch gegen den Vertrauensmann vorliege. Aber das Entscheidende ist eben doch, dass die Antwort, mit dem westgotischen und dem bayerischen Recht übereinstimmend, dahin gegeben wird: es liege Diebstahl gegen den Vertrauensmann vor, und es sei nur wegen dieses einen Deliktes *compositio* zu zahlen, die dem Vertrauensmann gehöre, aus dessen Händen der Eigentümer auch erst die dem Dieb abgenommene Sache zu erhalten habe. Wenn dafür König Liutprand eine unser sachenrechtliches Thema nicht berührende Begründung gibt: „*non possumus in unam causam duas calomnias imponere*“, so ist zu bedenken, dass er die ganze Frage vom Standpunkt des Diebes unter dem Thema der Verbrechenskonzurrenz<sup>43)</sup> behandelt. Die Anregung zu der Frage kann er sehr wohl aus römischen Rechtsanschauungen empfangen haben. Dies vermutet Brunner<sup>44)</sup> und scheint mir ein Hinweis auf Gaius, Inst. II, 205<sup>45)</sup>, § 15 (17) Inst. 4, 1 noch wahrscheinlicher zu machen.

So hat die Grund-Auffassung Zycha's in den Quellen gar keine Stütze und ist ungeeignet, das Grundprinzip der Publizitätstheorie zu erschüttern<sup>46)</sup>.

<sup>43)</sup> Schreuer, Verbrechenskonzurrenz in den Volksrechten (Gierke, Untersuchungen Heft 50) S. 60; Schröder, Dtsch. RG. § 36<sup>74</sup>.

<sup>44)</sup> a. a. O. II S. 509, vgl. über römische Einflüsse auf Liutprands Gesetzgebung Brunner I S. 371.

<sup>45)</sup> „Item si fullo polienda curandave . . . . vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone . . . suum consequi possit“. Man beachte die Gleichheit der Entscheidung.

<sup>46)</sup> Über einen wichtigen Punkt, in dem Zycha das Richtige trifft, unten II am Ende.

## II.

Ich meine hiernach: Soweit in den germanischen Rechten die Fahrnisverfolgung gegen dritte Inhaber der Sache ausgeschlossen ist, wird dies durch den Publizitätsgedanken allseitig und unanfechtbar erklärt<sup>47)</sup>. Der Verlust der Gewere als der Publizitätsform des dinglichen Rechts zieht die Beschränkung der Wirksamkeit des Rechtes nach sich.

Wie aber verhalten sich dazu die germanischen Rechtsätze, welche in einer Gruppe von Fällen trotz des Verlustes der Gewere die Verfolgung gegen dritte Inhaber gewähren? Es ist die Gruppe, die mit Diebstahl und Raub schon in den ältesten Quellen einsetzt und dann allmählich, und nicht überall gleichmässig, andere Fälle, namentlich die gefundenen und die sog. abgetragenen (d. h. von Gesinde und Hausgenossen veruntreuten) Sachen an sich zieht, um schliesslich im Gegenspiel zu den Fällen des Hand-wahre-Hand-Gedankens unter dem Begriff des unfreiwilligen Gewereverlustes sich abzurunden<sup>48)</sup>. Huber<sup>49)</sup> — und H. Meyer<sup>50)</sup> folgt ihm, während Gierke, soviel ich sehe, sich in diesem

<sup>47)</sup> Ausser der Zycha'schen Eigentumserlangung durch redlichen Erwerb ist das Franken'sche „Detentionseigentum“ (Französ. Pfandrecht) schon aus den von Heusler, Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 7 und Instit. II S. 4 ff., ausgeführten Gründen abzulehnen. Die Heusler'sche Begründung mit dem Hinweis auf das Fehlen eines exekutivischen Titels (*ex fide facta*, *ex re praestita*) gegen den Dritten (Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 12 ff. u. Gewere S. 487 ff.) vermag, wie die daran stark anklingende Rechtfertigung Jobbé-Duval's (Nouv. rev. hist. de droit 4 S. 566 f.) mit dem Fehlen eines *acte solennel* oder eines *fait matériel* gegenüber dem Dritten als notwendiger formaler Grundlage für eine Rechtshilfe gegen den Dritten, mindestens für die Zeiten eines fortgeschritteneren Prozessverfahrens, in denen unser Satz gerade am vollsten zur Entfaltung kam, keine ausreichende Erklärung mehr zu bieten.

<sup>48)</sup> Laband a. a. O. S. 69 ff., H. Meyer, Entwerung S. 42 ff., 48 ff.

<sup>49)</sup> Gewere S. 12—15, 16 f., 60 („schon im älteren Recht“ — „die hervorgehobenen Gesichtspunkte treffen hier noch weit mehr zu und sind für die einfacheren Lebensverhältnisse der altgermanischen Genossenschaften noch überzeugender nachzuweisen, als für die spätere Zeit“), 61.

<sup>50)</sup> Entwerung S. 8 f., 13, 42 f., 48 f. Der Nachweis dieser Verwendung des Publizitätsgedankens bildet eins der Hauptziele des Buches (S. 2).



Punkt bisher nicht angeschlossen hat, — nimmt auch hier den Publizitätsgedanken zu Hilfe. Für das verlorengegangene Publizitätsmittel der Gewere sei bei Diebstahl und Raub als bei denjenigen Fällen der Gruppe, welche die ursprünglichen, lange Zeit allein bleibenden waren, auch späterhin neben den anderen überwiegend hervortraten und jedenfalls der ganzen Gruppe das Gepräge gaben, ein Publizitätssurrogat eingetreten. Hier sei es der Verlust der Sache wider Recht und Willen selbst, welcher offenkundig gewesen sei, die Sache mit einem offenkundigen „vitium“ behaftet habe, und deshalb habe jeder Dritterwerber, auch der nesciens, weil er hätte wissen können und sollen, das dingliche Recht des Bestohlenen gegen sich wirken lassen müssen. Die Offenkundigkeit beruhe aber, so führt Huber (S. 13) aus, auf „den engen genossenschaftlichen Verhältnissen des Mittelalters“, durch die „unter den Dorf- und Gerichtsgenossen ein Diebstahl oder ein Raub ohne weiteres bekannt geworden“ sei<sup>51)</sup>. „Dafür habe schon das Gerüfte<sup>52)</sup> gesorgt, ferner das eigene Interesse des Bestohlenen, der bei späterer Rückforderung mit Zeugen habe beschwören müssen, dass ihm die Sache entwendet worden sei“. Die Offenkundigkeit sei freilich „nicht formal, aber tatsächliche in den allermeisten Fällen“ gegeben gewesen. Die Fälle, in denen „jemand bestohlen worden, ohne es zu wissen, und des Verlustes erst inne geworden, wenn er den Gegenstand im Besitze eines Dritten gesehen habe, seien seltene Fälle gewesen, die auf die Ausbildung einer allgemeinen Rechtsüberzeugung um so weniger hätten von Einfluss sein können, als der Beweis des Verlustes wider Willen hier wohl oft gar nicht habe erbracht werden können und deshalb der Kläger habe abgewiesen werden müssen“ (S. 17<sup>80)</sup>). Auch „bei gefundenen Sachen habe eine gleiche Erwägung der aus den

<sup>51)</sup> H. Meyer S. 8: „die naturnotwendige Publizität des Verlustes fahrender Habe in Zeiten primitiver und wenig entwickelter Rechtsverhältnisse“.

<sup>52)</sup> Vgl. dazu auch Huber S. 61 und N. 144. H. Meyer S. 9: „damit, und ursprünglich nur damit, ist die Publizität des Verlustes bzw. der handhaften Tat gesichert“. Meyer beruft sich dabei nach dem Vorgang Huber's S. 13<sup>22</sup> auf Ssp. II 54 § 4.

Umständen für die Regel sich ergebenden Offenkundigkeit auf der Hand gelegen“. „Beim Erwerb von Sachen aus fremden Kreisen aber habe sich der Erwerber auf einen fremden Gewähreren verlassen und sich mit dem Umstand abzufinden gehabt“, dass er von der Entwendung an fremdem Ort „keine Kunde erhalten hatte; er sei die Partei gewesen, die einem anderen den Glauben geschenkt habe, und nicht der Kläger“, und habe „den Mangel der Gewere seines Vormannes gegen sich gelten lassen müssen“ (S. 14).

Ist diese Verwendung des Publizitätsgedankens haltbar? Ist darin die richtige Erklärung für die Unterwerfung des dritten Inhabers unter das der Gewere darbedende dingliche Recht des Bestohlenen gefunden und damit die — etwa neben anderen mitwirkenden Momenten<sup>53)</sup> — ausschlaggebende Ursache für die alte deutschrechtliche Trennung des gestohlenen vom anvertrauten Gut, später des unfreiwillig aus der Gewere verlorenen vom freiwillig aus der Gewere fortgegebenen Gut entdeckt? Die Frage ist von grösster Bedeutung für das Verständnis der Entwicklungsgeschichte wie für die Gewinnung des richtigen legislatorischen Standpunktes für die Gegenwart.

Denn das ist natürlich sofort klar: Jene Offenkundigkeit des Verlustes wider Recht und Willen ist schon seit langen Zeiten in Wahrheit nicht mehr vorhanden. Es fehlt also seit langem auch hier, wie regelmässig<sup>54)</sup> bei den anvertrauten Sachen, an einem Ersatz für das mit der Gewere bzw. dem Besitz verlorene Publizitätsmittel. H. Meyer selbst muss anerkennen (S. 42 f.):

„nur im engsten Kreise der Markgenossen ist die wirkliche Kundbarkeit durch Gerüfte erreichbar. Bereits bei einer geringen Entwicklung des Handels und Verkehrs muss man sich mit einer präsumtiven Publizität begnügen, da nicht mehr alle Fälle von Diebstahl allen zu Ohren kommen werden; und bald ist diese Präsumtion

<sup>53)</sup> Huber selbst (S. 16) erachtet auch die Rücksichtnahme auf die exekutorische Beitreibung gestohlener Sachen — vgl. Heusler, Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 15 ff. und Gewere S. 490 ff. — für „sehr relevant“.

<sup>54)</sup> Ausnahme bei der neueren Satzung (vgl. oben Text zu Anm. 30 ff.), heute insbes. beim Schiffspfand.

soweit erstarkt, dass man im einzelnen Falle gar nicht mehr fragt, ob denn das Gerüfte, das die Kundbarkeit erzeugen soll, auch stattgefunden hat. Man präsümiert einfach (!) jeden Verlust durch Raub und Diebstahl als public<sup>55)</sup>.

Und diesen Gedanken der bloss präsümtiven Publizität hat neuestens Wellspacher aufgegriffen<sup>56)</sup> in seiner (oben Anm. 38 zitierten) wertvollen Darstellung des Rechtes nach der Rezeption. Er hat ihn wiederzufinden geglaubt in der Diebstahlspräsümtion, welche der Usus modernus, an den Wortlaut der c. 2 und c. 5 Cod. de furtis 6, 2 anknüpfend, bei der *condictio furtiva* wie bei der *actio spoli* gegen den beklagten Drittinhaber gelten liess<sup>57)</sup>. Auch diese Diebstahlspräsümtion sei eine Wirkung der deutschrechtlichen Publizität des *vitium furti*. Nur sei sie, während sie im deutschen Recht gegen jeden Dritten unwiderlegbar, also als *praesumptio juris et de jure*, gewirkt habe, nach der Rezeption „in komplizierteren sozialen Verhältnissen, in denen die Kundbarkeit zu einer Fiktion geworden sei“, zur blossen, widerlegbaren *praesumptio juris* herabgemindert worden, so dass nunmehr der Beweis redlichen Erwerbs zur Abweisung der Klage geführt habe. So würde man in der Tat von der Huber-Meyer'schen Ansicht aus, dass die unbeschränkte Verfolgbarkeit der gestohlenen Sachen gegen Dritte auf der Publizität des *vitium furti* beruht habe, unter Anerkennung des Wandels in den Verhältnissen zum Schutz des redlichen Erwerbs gelangen. Und man würde weiter, wenn man nicht überhaupt den Boden des deutschen Rechts ganz verlassen und sich dem römischen Recht mit seiner absoluten Wirksamkeit des dinglichen Rechts gegen alle Dritten zuwenden wollte, abhanden gekommene und anvertraute<sup>58)</sup>

<sup>55)</sup> Vgl. auch S. 48: „Um den theoretischen Rechtssatz in der Praxis wirklich durchzuführen (?), war erstens die durch das Gerüfte bewirkte Publizität des dieblichen Verlustes viel zu unvollkommen . . . .“.

<sup>56)</sup> a. a. O. S. 635, 651 f., 660, 670 f., 689.

<sup>57)</sup> Über die Stellung, welche dieser Diebstahlspräsümtion in der Entwicklung unserer Materie zukommt, vgl. unten IV a. E.

<sup>58)</sup> bei denen die Fahrnisverfolgung nach der Rezeption auf unredliche Dritte ausgedehnt worden ist, vgl. oben Anm. 38.

Sachen im Schutz des redlichen Erwerbs gleichstellen müssen<sup>59)</sup>. Damit wäre dem Art. 2279 Code civil, dem Art. 206 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Obligationenrecht und dem § 935 Abs. 1 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs das Urteil gesprochen. Nur die Einführung eines neuen Publizitäts-surrogates für abhanden gekommene Sachen, als welches Huber<sup>60)</sup> eine „Anzeige des Verlustes bei einem Amt zur Wahrung der Vindikationsrechte“ zur Erörterung stellt, würde von jenem Standpunkte aus die Verfolgbarkeit gegen redliche Dritte und damit die Abweichung von der Behandlung der anvertrauten Sachen noch zu rechtfertigen vermögen.

Eine Nachprüfung ist also gewiss am Platze. Sie führt m. E. nicht zu einer Bekräftigung der Huber-Meyer'schen These, sondern zu dem Ergebnis:

Nicht unter der Einwirkung des Publizitätsgedankens, sondern im Kampf mit ihm hat sich die unbeschränkte Verfolgbarkeit der abhandengekommenen Sachen im deutschen Recht herausgebildet. Trotz des Mangels der Gewere, nicht weil er in einem anderen Publizitätsmittel seinen Ausgleich fand, wurden hier Drittinhaber dem dinglichen Recht des Beschädigten unterworfen.

Huber nimmt eine tatsächliche, nicht formale Offenbarkeit des Verlustes an von solcher Stärke, dass die Unkenntnis dem Dritterwerber als Fahrlässigkeit zugerechnet werden durfte. Sie sei durch eine Reihe von Umständen herbeigeführt worden. Diese Umstände und ihre Bedeutung für die Publizität werden wir näher betrachten müssen.

<sup>59)</sup> Dasselbe Resultat, zu dem Zycha a. a. O. von der Unterlegung der Redlichkeit des Erwerbs als des von Anfang an im deutschen Recht treibenden Grundgedankens aus (vgl. oben Text zu Anm. 33 ff.) gelangt; er wünscht deshalb, es möge der schweizerische Gesetzgeber im Gegensatz zum vorliegenden Entwurf als erster die Regel „Habe hat kein Geleite“ (im Sinne des redlichen Erwerbs vom Nichtberechtigten) als eine ausnahmslose proklamieren (S. 149 ff.).

<sup>60)</sup> S. 75. Huber ist aber selbst im Schweizerischen Entwurf (§§ 976 bis 979) bei der Regelung des schweizerischen Obligationenrechtes stehen geblieben (Erläuterungen zum Vorentwurf Heft 3 S. 369 f.). Die Anzeige dürfte auch in vielen Fällen den Publizitätserfolg schon wegen Unmöglichkeit der Feststellung genügender Identitätszeichen nicht erreichen.

1. Zunächst wird auf die „engen genossenschaftlichen, nachbarlichen Verhältnisse des Mittelalters“ hingewiesen. Gewiss haben solche in ältester historischer Zeit bei den Germanen bestanden und bewirkt, dass ein Diebstahl häufig in der Nachbarschaft, in der Markgenossenschaft oder Hundertschaft sofort ruchbar wurde. Es ist auch zuzugeben, dass, abgesehen von unfreien Knechten, kaum andere Fahrnisstücke, als Vieh und Waffen, nicht zu vergessen auch Kostbarkeiten, Schmucksachen<sup>61)</sup>, erheblich in Betracht kamen, deren Besitzverhältnisse unter den Nachbarn und Genossen bekannt waren. Die Volksrechte stellen noch offensichtlich den Viehdiebstahl in den Vordergrund, freilich ohne jemals die Verfolgung gestohlener Fahrnis darauf zu beschränken<sup>62)</sup>. Allein das gleiche traf, nachdem ein Fahrnisverkehr sich zu entwickeln begonnen hatte, mindestens seit der späteren merowingischen oder der karolingischen Zeit mit ihren Märkten und Messen<sup>63)</sup> nicht mehr zu. Es hatte vollends keine Geltung für die Städte und den städtischen Verkehr des deutschen Mittelalters. Und dennoch behaupteten sich die Sätze und Rechtseinrichtungen, die sich auf die Verfolgbarkeit gestohlener Fahrnis gegen alle Dritten bezogen, in den Land- und ganz besonders auch in den Stadtrechten mit ungeschwächter Kraft. Die Behandlung des sog. Marktkaufs, den wir unten (III) noch näher erörtern wollen, ist dafür ein schlagender Beweis. Dies lediglich auf das Trägheitsgesetz der Rechtsgeschichte zurückzuführen, wäre eine matte Erklärung, zumal im Hinblick auf die mächtigen Triebkräfte, die das städtische Wesen entwickelte, und namentlich auch im Hinblick darauf, dass nach Huber's<sup>64)</sup> eigenen Ausführungen der Publizitätsgedanke des deutschen Sachenrechts, die Behandlung der Gewere als der Publizitätsform der dinglichen Rechte, gerade im deutschen Mittelalter die vollste Entfaltung erreichte. Deswegen setzt denn auch Meyer<sup>65)</sup> für verhältnis-

<sup>61)</sup> Huber S. 61; v. Amira, Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte S. 54.

<sup>62)</sup> Vgl. London, Anfangsklage S. 135<sup>47)</sup>.

<sup>63)</sup> Brunner, RG. II S. 238 ff.; Rietschel, Markt und Stadt S. 9 ff., 34, 38 ff., 47.

<sup>64)</sup> S. 54 ff.

<sup>65)</sup> Vgl. das Zitat oben S. 18 f.

mässig frühe Zeiten an Stelle der wirklichen Kundbarkeit eine präsumtive Kundbarkeit mit der Wirksamkeit der praesumptio juris et de jure, im Grunde wohl nichts anderes als eine Fiktion. Ein derartiger, den Juristen und ihrer Gesetzestechnik geläufiger Behelf erscheint im Rahmen des auf das sinnlich Wahrnehmbare gerichteten Volksrechts nicht ohne Bedenken.

2. Besondere Bedeutung misst Huber dem Gerüfte oder Gerüchte als Offenkundigkeitsmittel bei. Meyer<sup>66)</sup> stellt es in erste Linie. Betrachten wir, ob und inwieweit es im Sinne der ihm zugeschriebenen privatrechtlichen Publizität gegenüber Dritterwerbem der gestohlenen Sache zu funktionieren vermochte. Wir müssen dabei ausgehen von seiner ursprünglichsten und wichtigsten Funktion: im Strafverfahren bei handhafter Tat<sup>67)</sup>, also hier bei handhafter Diebestat.

Es diene hier zunächst dem Zwecke, Hilfe heranzurufen, damit der Dieb auf handhafter Tat ereilt würde, d. h. in der Verfassung, dass er die gestohlene Sache noch in der Hand hatte, als bestes Überführungsmittel, ein „fur handhabendus“, „fur inter manus habens inventus“, wie die angelsächsischen Quellen nach Brunner's<sup>68)</sup> Hinweis sich ausdrücken. Es diene damit auch der Ereilung der gestohlenen Sache in der Hand des Diebes. „Tie uta, tie uta, ende helpet mi myn gued weer to wynnen“, so gibt eine friesische Quelle<sup>69)</sup> den Inhalt des Rufes an. Hatte es aber diesen ersten — praktischen — Zweck erreicht, zur Ereilung des Diebes und der Sache geführt, oder war dies schon sofort bei der Entdeckung der Tat dem das Gerüfte erhebenden Kläger allein gelungen, so wurde das Gerüfte nunmehr bedeutsam als rechtliche, formale Voraus-

<sup>66)</sup> Vgl. oben Anm. 52.

<sup>67)</sup> v. Kries, Beweis im Strafprozess des Mittelalters S. 52 ff.; Planck, Gerichtsverfahren I S. 757 ff.; R. Löning, Reinigungseid bei Ungerichtsklagen S. 25, 33, 89 ff.; Brunner, RG. II S. 481 ff. und Abspaltungen der Friedlosigkeit in Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 11 GA. S. 76 ff. (Forschungen S. 458 ff.); His, Strafrecht der Friesen S. 182 ff.

<sup>68)</sup> RG. a. a. O. S. 481<sup>2</sup>, vgl. auch die in „Abspaltungen“ S. 78 (F. S. 460) N. 1 zitierten fränkischen Stellen („cum furtu capitur, cum furto deprehenditur“).

<sup>69)</sup> Jurisprud. frisca ed. Montanus Hettema II S. 170 nach v. Richtofen, Altfries. Wörterbuch S. 1083 zu „tianutroft“.

setzung für das Verfahren auf handhafter Tat, sowohl in ältester Zeit <sup>70)</sup>, wo dieses noch in einer „Art von Volksjustiz“ sich abspielte, als in der fränkischen und folgenden Zeit, wo es ein Gerichtsverfahren, freilich ein an die Ergreifung unmitttelbar, erforderlichenfalls vor einem Notgericht, sich anschliessendes, summarisches Verfahren war. Für dieses Verfahren war es Publizitätsform, die den Diebstahl verlautbaren sollte, „uf daz dez antworters mistat scheinbar wirt“ <sup>71)</sup>. Es machte, auf dem Wege bis ins Gericht rechtsförmlich wiederholt <sup>72)</sup>, nicht nur den Täter, sondern auch die gestohlene Sache als solche kundbar. Körperliche Verbindung der Sache mit der Person des Diebes, insbesondere das uns in älteren wie neueren Quellen begegnende Aufbinden der Sache auf dem Rücken des Diebes <sup>73)</sup>, musste dies noch für das Auge wahrnehmbar machen, und zwar auch für die ganze urteilende Gerichtsversammlung zur „leiblichen Beweisung“ <sup>74)</sup>; denn in solchem Aufzug war der Täter in das Gericht zu bringen (Ssp. II 64 § 2). Zweck dieser Publizität war die Schaffung des Überführungsbeweises. Die Herbeigeeilten wurden öffentlich als Schreimannen aufgerufen zur Wahrnehmung des Vorgangs und zu seiner demnächstigen Bekundung im Gericht <sup>75)</sup>. Das war gerade die Eigenart des Verfahrens auf handhafter Tat, dass darin der Angeklagte nicht zum Reinigungseid kam, sondern auf den sofort mit Hilfe der Schreimannen, ursprünglich als Eideshelfer, dann als wirklicher Zeugen, erbrachten Überführungsbeweis des Klägers abgeurteilt wurde <sup>76)</sup>.

<sup>70)</sup> Brunner, Abspaltungen S. 76 (F. S. 458): „Wohl die älteste jener Voraussetzungen (die es bewirkten, dass das Verfahren gegen den Friedlosen sich in ein Rechtsverfahren umgestaltete) war die Erhebung des Gerüftes“.

<sup>71)</sup> Blume von Magdeburg I 148 in Homeyer Richtsteig S. 349. Dazu Planck S. 764, 769; R. Löning S. 89; Brunner, RG. II S. 481.

<sup>72)</sup> Planck I S. 764, 772; v. Kries S. 57, 59 f.; R. Löning S. 89.

<sup>73)</sup> v. Amira, Recht<sup>2</sup> S. 162 und Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte S. 54; Brunner, RG. II S. 484<sup>21)</sup>; Planck S. 771 f.; His S. 345.

<sup>74)</sup> Planck I S. 770 f., II S. 151 f.; Löning S. 90 f.

<sup>75)</sup> Löning S. 94 ff.; Planck I S. 761, 769; v. Kries S. 56.

<sup>76)</sup> Löning S. 96 u. N. 31; Brunner, Abspaltungen S. 80 (F. S. 462) und Grundz. d. dtsh. Rechtsgesch. 2. Aufl. S. 159.

Hiernach hatte das Gerüfte bei handhafter Diebestat die Ergreifung und dann die Überführung und sofortige Aburteilung des Diebes im Auge. Es war gegen den Dieb gerichtet. Dabei verhalf es dem Bestohlenen auch zu seiner Sache, da er sich nach der Aburteilung nunmehr ohne weiteres der zunächst als Überführungsmittel mit dem Dieb ins Gericht gebrachten Sache bemächtigen durfte. Aber eben deshalb, weil er bei solchem Verlauf die Sache direkt aus der Hand des Diebes wieder an sich brachte, war hier für eine Publizitätswirkung des Gerüftes gegen dritte Erwerber keine Gelegenheit. —

Nun war freilich ein anderer Verlauf möglich: Es wurde auf das Gerüfte nicht der Dieb ereilt, aber in ununterbrochener Spurfolge binnen bestimmter Frist (3 Tage) die Sache in der Hand eines Dritten gefunden, der in Wirklichkeit nicht der Dieb war und den auch der Verfolger nicht mit erneutem Gerüfte als Dieb in handhafter Tat anzuschreien sich getraute. Dann konnte der Verfolger nach den fränkischen Volksrechten<sup>77)</sup> sich im Wege der Selbsthilfe, und zwar im Verhältnis zum Inhaber definitiv, der Sache bemächtigen. Nur musste er nach Brunner's<sup>78)</sup> überzeugender Auslegung des Tit. 37 der lex

<sup>77)</sup> lex Rib. 47, lex Sal. 37.

<sup>78)</sup> RG. II S. 497 f. (wo in N. 16 auch frühere Literatur, vgl. auch Heusler, Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 15 ff. und Gewere S. 490 f.). Beistimmend Schröder, RG. § 37<sup>104</sup>; Geffcken, lex Salica, Erl. zu Tit. 37 S. 154; H. Meyer, Entwerung S. 10 f. — Neuerdings hat Zycha in Zeitschr. d. Sav.-Stift. 22, GA. S. 155 ff., dem Tit. 37 der lex Salica eine von allem Bisherigen durchaus abweichende Auslegung gegeben, indem er das „per tertia manu agramire debet“ in Satz 1 unter Korrektur des nächst stehenden „ille“ in „illi“ nicht auf den Verfolger, sondern auf denjenigen, bei welchem das gestohlene Tier gefunden wird, bezieht und zu dem Ergebnis kommt: „Für den Besitzer, der die Einwendung abgeleiteten Erwerbes erhoben hat, ist demgemäss die Situation ganz die gleiche, ob die Sache vor oder erst nach Ablauf der drei Nächte bei ihm gefunden wurde: es kommt zu regelrechtem Dritthandverfahren“, also auch im ersteren Falle nicht zur unmittelbaren Herausgabe an den Verfolger bzw. zur Abnahme im Wege der Selbsthilfe. Das bisher für korrespondierend gehaltene „absque intertatio revocare“ in l. Rib. 47, 1 betreffe den ganz anderen Fall, dass Vieh sich verlaufen habe und nunmehr unter jemandem angetroffen werde, der es irrtümlich an sich genommen habe. Diese Auslegung erscheint mir entschieden verfehlt. Ich halte schon die nur durch eine einzige Handschrift, Cod. 9 in der Ausg. Hessels,



Salica dem Dritten, wenn dieser sich auf einen Gewährsmann bezog, unter Bürgschaft geloben, die Sache demnächst dem Gewährsmann gegenüber vor Gericht zu vertreten. Hier war also der Dritte schlechter gestellt, als ein mit dem Anfang angesprochener Dritter, da er sich die Sache vom Bestohlenen ohne Gericht abnehmen lassen musste und, ohne vorher gegen seinen Auktor das Recht auf Gewährschaft, d. h. auf prozessualische Verteidigung der Sache, geltend machen zu können. Wodurch wird dies gerechtfertigt?

Die Parallele zum Überführungsbeweis im Verfahren auf handhafter Tat ist einleuchtend. Hier, wie dort, sorgte das Gerüfte, dass die Identität der gestohlenen mit der in Anspruch genommenen Sache im Wege der Spurfolge durch die zur Wahrnehmung aufgerufene Schar (*trustis*) der Spurfolger „scheinbar“ gemacht, bescheinigt wurde. Diese Identitätsbescheinigung verlegte dem Dritten den Beweis und rechtfertigte das aussergerichtliche Selbstbemächtigungsrecht des Bestohlenen, auch noch zu einer Zeit, als das Verfahren auf handhafter Tat ein gerichtliches geworden war, da es sich hier eben nicht, wie im letzteren, um die Leibesstrafe gegen den Dieb, sondern nur um die Wiedergewinnung des Gutes handelte. Dies alles ja auch nur gegen Garantie des Bestohlenen für gehörige Führung des Rechtsganges gegenüber dem Gewährsmann im Interesse der (materiellen) Gewährschaftsrechte des Dritten gegen diesen letzteren.

gestützte Korrektur des „ille“ in „illi“ für keineswegs so unbedenklich, wie Zycha meint, und möchte der Interpretation von I. Rib. 47, 1 entgegensetzen, dass das „*absque intertatio*“ doch gerade auf einen Fall hinweist, der nach seiner Beschaffenheit an sich Gelegenheit zum Dritthandverfahren bieten würde. Vor allem aber verschwindet bei jener Auslegung der Gegensatz zwischen Satz 1 und Satz 2 des Tit. 37 I. Sal., den der Wortlaut unbedingt fordert und die herrschende Meinung ins hellste Licht setzt, ganz und gar. Denn, was Zycha dafür einsetzt (S. 164), dass nämlich in Satz 2 an ein prozessualisch verfehltes Verfahren des Klägers („schlichtes“ *revocare* statt *Anefang*) zu denken sei, auf das der Beklagte die Einlassung verweigern, über das er sich aber auch, wenn es ihm beliebt, unter Einlassung hinwegsetzen könne (daher „*liceat*“ *agramire* im Gegensatz zu „*debet*“ in Satz 1), ist in hohem Grade gekünstelt, wird durch nichts in der Stelle belegt und verwässert den Inhalt der Sätze 1 und 2 in unannehmbare Weise.

Danach ist es auch hier wieder die auf den Beweis gerichtete Publizitätsfunktion des Gerüftes, welche die Regelung erklärt, nicht aber eine privatrechtliche, gegen alle Dritten im Sinne einer Warnung vor künftigem Erwerb wirkende Publizitätsfunktion des Gerüftes oder, wie Schröder (a. a. O.) will, eine in den damaligen engen nachbarlichen Verhältnissen begründete Ortskundigkeit des Diebstahls, die „dem Erwerber einer frisch gestohlenen Sache mindestens eine Fahrlässigkeit zur Last“ schrieb. Hätte die Auffassung bestanden, es habe der Dritte das vitium der Sache trotz seiner Erkennbarkeit unbeachtet gelassen und sich deshalb durch den Erwerb ins Unrecht gesetzt, so hätte man sicherlich die Auseinandersetzung mit seinem Gewährsmann ihm selbst ganz und gar überlassen. Man hätte dann nicht noch ihn mit einem besonderen Gegenrecht gegen den Bestohlenen ausgestattet und so diesem letzteren die Rolle gewissermaßen eines Verbündeten des Dritten gegen den Gewährsmann aufgezwungen. —

In den beiden besprochenen Fällen erfüllte das Gerüfte in bezug auf die Sachverfolgung seinen praktischen Zweck, die Auffindung der Sache, wie seinen formalrechtlichen Beweis Zweck zugunsten des Bestohlenen, ohne daneben eine privatrechtliche Publizitätsfunktion auszuüben. Es fragt sich, wie es in den häufigen Fällen stand, wo die auf das Gerüfte unternommene Spurfolge innerhalb der bestimmten Frist ergebnislos verlief, die Sache erst später bei einem Dritten entdeckt und geanefangt wurde. Das sind wohl die Fälle, für welche Huber jene privatrechtliche Publizitätsfunktion vornehmlich in Anspruch nimmt. Auch hier stossen nicht unerhebliche Bedenken auf.

Nach ergebnisloser Spurfolge kehrten die auf das Gerüfte Herbeigeeilten heim, ohne die Sache in Verbindung mit dem Diebstahl gesehen zu haben. Sie war also als eine gestohlene in ihrer Individualität nicht von ihnen festgestellt worden. Was man darüber gehört hatte, waren nur die einseitigen Behauptungen des Bestohlenen.

Ferner war damit zu rechnen, dass ein Dritter die Sache vor der Erhebung des Gerüftes, womöglich schon vor der Entdeckung des Diebstahls, erwarb. Dass er trotzdem von der Anefangsklage getroffen wurde, ist zweifellos. Anderenfalls

hätte die Möglichkeit einer darauf zielenden Art der Verteidigung des Beklagten sicher irgendwie in den Quellen Erwähnung gefunden.

Endlich war auch umgekehrt damit zu rechnen, dass ein Dritter die Sache erst lange nach der Erhebung des Gerüftes erwarb und sie nunmehr unter ihm vom Bestohlenen erkannt und geanfängt wurde. Sollte hier das Gerüfte, nachdem es längst verklungen war, noch jene Nebenwirkung gegen den Erwerber haben äussern können? Man erwäge, dass es seiner eigentlichen Ausgestaltung nach auf sofort zu verwirklichende Zwecke — Verfolgung und Beweissicherung — berechnet war.

Das sind Gründe, die den wirklichen Publizitätswert des Gerüftes im Verhältnis zu dritten Erwerbem herabsetzen mussten. Auf diesen Wert haben wir aber unsere Betrachtung einzustellen, da Huber selbst das Gerüfte in der fraglichen Nebenfunktion nicht als formales Publizitätsmittel, sondern nur als Grundlage für tatsächliche Offenkundigkeit angesehen wissen will. Hätte es in jener Beziehung formales Publizitätsmittel sein sollen, so hätte dies ja auch den Satz bedeutet: „Ohne Gerüfte (d. h. ohne vorher, nämlich schon sofort nach dem Diebstahl oder nach seiner Entdeckung, erhobenes Gerüfte) keine Anefangsklage“, ähnlich dem zweifellos geltenden Satze: „Ohne Gerüfte kein Verfahren auf handhafter Tat“ oder „Ohne Gerüfte keine rechtlich wirksame Spurfolge“ (im oben geschilderten Sinne) — und davon ist unstreitig nach dem Inhalt der Quellen keine Rede. Wir müssen daher auch mit einer grösseren Zahl von Fällen rechnen, in denen die Anefangsklage erhoben wurde, ohne dass seinerzeit überhaupt ein Gerüfte vorangegangen war.

Huber<sup>79)</sup> weist selbst auf solche Fälle hin, in denen der Bestohlene auf seinen Verlust erst dadurch, dass er seine Sache bei einem Dritten sah, aufmerksam wurde. Hier hatte er also ein Gerüfte nicht erheben und auch sonst nicht für die Bekanntmachung des Diebstahls sorgen können. Und doch durfte er die Sache beim Dritten anefangen und sich vor Gericht zu ihr ziehen, und zwar mit vollem Erfolg. Die Bemerkung

<sup>79)</sup> S. 17<sup>80)</sup>, vgl. oben S. 17.

Huber's, dass hier die Klage ohnedies meist wegen Mangels des Beweises des dieblichen Verlustes zu Fall gekommen wäre, kann, wie unten (4) sich zeigen wird, nur für eine partikuläre Rechtsbildung der späteren Zeit Bedeutung beanspruchen. Hier war also der Dritte überhaupt keiner Publizitätsausstrahlung ausgesetzt gewesen und musste doch die Sache herausgeben. Ob man mit Huber das Gewicht dieser Fälle durch Hinweis auf ihre Seltenheit abschwächen kann, mag dahingestellt werden.

Das Gerüfte mochte wohl auch in Fällen unterbleiben, in denen der Diebstahl unter solchen Umständen entdeckt wurde, dass eine Ereilung des Diebes oder der Sache ausgeschlossen war, dass eine Spur sich nicht fand, die hätte verfolgt werden können, dass überhaupt nichts zu verfolgen war. Ob hier die Nachbarschaft, Genossenschaft das Gerüfte mit seinem Strafzwang gegen die Folgepflichtigen (Ssp. I 53 § 1)<sup>80)</sup>, mit seinem Eingriff in die wirtschaftliche Tätigkeit so vieler Leute geduldet hätte, ja ob es nicht vielleicht sogar die Rüge des Bauermeisters (Ssp. I 2 § 4) und die Strafe wegen unrechten, ohne Not geschrieenen Gerüftes (vgl. z. B. Ssp. I 62 § 3, auch Richtst. Landrechts 33 § 5) gegen den Bestohlenen heraufbeschworen hätte<sup>81)</sup>, ist erwägenswert.

Vor allem — und das ist mir von wesentlicher Bedeutung — hing es vom Willen des Bestohlenen ab, ob er das Gerüfte erhob, während auf alle Fälle, auch wenn er es nicht erhob, der mit dem Anefang angesprochene Dritte die Sache herausgeben musste. Trotz Nichtgebrauchs des ihm zur Verfügung stehenden Offenkundigkeitsmittels hätte also nach der bekämpften Ansicht der Bestohlene die Offenkundigkeitswirkung gegen den unschuldigen Dritten geltend machen können!

3. Für einen Kreis von Fällen behauptet Huber aber — und damit arbeitet er unserer letzten Erwägung in etwas entgegen und bringt er ein neues Argument für seine These — dennoch eine Verpflichtung zum Gerüfte: „Wer eine fremde Sache in Gewahrsam hatte, wurde bei seiner Verantwortlichkeit sogar verpflichtet, den Raub auszurufen, damit die Sache ver-

<sup>80)</sup> Brunner, RG. II S. 227; Planck I S. 760.

<sup>81)</sup> Planck S. 761.

folgt werden konnte“<sup>82)</sup>. Er zieht dafür beispielsweise Ssp. II 54 § 4 an, und H. Meyer<sup>83)</sup> sieht gerade in dieser Vorschrift einen Beleg für die (in Frage stehende) rechtliche Wirkung des Gerüftes. Sie lautet:

„Svat so man vor den hirde drift, ne bringt he's nicht weder in dat dorp, he mut it gelden. Svat aver ime die wolve nemet oder rovere, blift he<sup>84)</sup> ungevungen, unde ne beschiet he sie mit deme gerüchte nicht, so dat he's getüch hebben moge, he mut it gelden“.

Ich habe zwei Einwendungen zu machen:

Die eine in Ansehung der zitierten Vorschrift selbst. Gewiss war diese geeignet, den Hirten zum Gerüfte zu veranlassen und dadurch mittelbar der Kundbarmachung des Raubes zu dienen. Insofern kann sie allerdings von Huber als ein tatsächlich die Offenkundigkeit gegenüber Dritterwerbem förderndes Moment angeführt werden. Sie bezweckte aber diese Wirkung keineswegs. Nicht „damit die Sache verfolgt werden konnte“, damit die Publizität gegen etwaige künftige Dritterwerber gewahrt wurde, war dem Hirten das Gerüfte zur Pflicht gemacht. Dies zeigt schon deutlich die Gleichstellung des von Menschen mit dem von Wölfen verübten Raub. „Svat ime die wolve nemet“, das konnte für späteren Driterwerb, überhaupt für die „Verfolgung der Sache“, gewiss nicht mehr in Betracht kommen! Nicht im Interesse des Eigentümers des geraubten Viehstücks, sondern in seinem eigenen Interesse sollte der Hirt das Gerüfte erheben: damit er von der Haftung für Schadensersatz freikam. Diese Haftung war nach bekannten deutschrechtlichen Prinzipien<sup>85)</sup> grund-

<sup>82)</sup> S. 13 u. N. 22.

<sup>83)</sup> S. 9, vgl. auch oben Anm. 52.

<sup>84)</sup> nämlich der Hirte, wie aus der Parallelstelle des Rechtsb. nach Distinktionen II 7, d. 5 hervorgeht, wo es heisst: „Waz fihes dy wulffe adder rouber nemen, blibet her vor den wolffen unvorsert sines libes, adder von den roubern ungevungen, schriet her ouch daz geruffte nicht, her muss is gelden. Schriet her abir das geruffte, unde had des sinen geczugk selbdrette, dy daz mit om gewern zcu den heyligen, he blibet des ane wandel“. Die gleiche Vorschrift auch z. B. in Schwabensp. (Lassb.) c. 213 und in Goslarer Stat. (Göschel) S. 43 Z. 15 ff.

<sup>85)</sup> Vgl. den Anfang der Sachsenspiegelstelle, auch Ssp. II 48 § 1. Vgl.

sätzlich eine unbedingte. Unsere Vorschrift eröffnete aber dem Hirten einen Unschuldseid „selbdritt“, wenn er selbst von den Wölfen an seinem Leibe versehrt oder von den Räubern gefangen worden war, oder, wenn er sofort das Gerüfte geschrieen hatte. Das Gerüfte diente also hier dem Unschuldsbeweis für den Haftpflichtprozess gegen den Hirten. Es sollte ihm die Wissenszeugen, die er dafür brauchte (Schwabensp. a. a. O.: „Hat er aber zwene man, die daz horten und sahen, unde sagent die, daz er ruffte unde nach lief“), verschaffen. Dies und nur dies bezeichnen die einschlägigen Quellenstellen ausdrücklich als Zweck des Gerüftes.

Eine zweite Einwendung betrifft die Verallgemeinerung des Inhalts der obigen Vorschrift. Man darf nicht den Zwang, wie er dem Hirten auflag, unter allen Umständen, auch wenn keine Spur zu verfolgen war, zum Zwecke seiner Befreiung von der Haftung das Diebstahlgerüfte zu erheben, auf alle, die fremde Sachen in Gewahrsam hatten, ausdehnen. Dies lehrt schon die Tatsache, dass jedenfalls nach den älteren Rechten und wenigstens in einer Reihe von Fällen (bei verschiedenartiger Regelung im einzelnen) auch nach den Rechten des Mittelalters der Verlust durch Diebstahl keine Ausnahme von der Haftpflicht gegen den Anvertrauenden begründete<sup>86)</sup>: selbst die Erhebung des Diebstahlgerüftes befreite hier nicht von der Haftung.

4. Wo aber keine Verpflichtung bestand, habe doch — so meint Huber<sup>87)</sup> — den Bestohlenen sein eigenes Interesse an der Gewinnung von Zeugen für den späteren Anefangsprozess zu alsbaldiger öffentlicher Bekanntmachung seines dieblichen Verlustes angetrieben.

Allein für die älteren Rechte (Volksrechte) — und auf

---

dazu Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 246 und im allgemeinen Heusler, Instit. II S. 263 ff. (vgl. auch oben Anm. 41).

<sup>86)</sup> Heusler a. a. O.; Stobbe a. a. O. S. 215 ff. Freilich I. Visig. V 5, 3 und I. Baiu. XV 4 und 5 legen wohl dem Vertrauensmann das „furem sua investigatione perquirere“ als eine Pflicht auf, die erfüllt sein muss, damit er die dort verordnete Schadensteilung zwischen ihm und dem Anvertrauenden beanspruchen kann. Heusler, Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 22 und Gewere S. 495, nimmt ganz allgemein nicht bloss ein Recht, sondern eine Pflicht des Vertrauensmanns zur Diebesverfolgung an.

<sup>87)</sup> S. 13, vgl. oben S. 17.

diese wird bei Behandlung unserer Frage das Schwergewicht zu legen sein<sup>88)</sup> — passt dies deshalb nicht, weil ihnen überhaupt ein Beweis des Klägers mit Zeugen (Eidshelfern) im Anfangsprozess fremd war. Die Beweisrolle gehörte hier dem Beklagten<sup>89)</sup>. Auch über die Identität der geanefangten mit der gestohlenen Sache entschied nicht ein Beweis des Klägers, sondern der Ausgang der Verteidigung des Beklagten. Darin lag gerade der Unterschied vom Verfahren auf handhafter Tat und vom Verfahren auf Grund der Spurfolge (oben 2). Zwar wurde nach manchen älteren Rechten (dem ribuarischen, angelsächsischen, langobardischen) im Anfangsprozess dem Eid des die Sache an den Gewähren ziehenden Beklagten ein Eid des Klägers gegenübergestellt, dass die Sache sein sei. Aber dieser Eid war ein Voreid, Gefährdeeid, und vor allem er war ein Eineid<sup>90)</sup>. Für diesen etwaigen Eid im künftigen Anfangsprozess war also dem Kläger der alsbald nach der Tat erfolgte öffentliche Aufruf der Nachbarn zum Sehen und Hören nichts nutze.

Aber selbst im deutschen Mittelalter begegnet ein Eid des Klägers mit Zeugen nur in einem Teil der Rechte<sup>91)</sup>. Allerdings bestimmen der Sachsenspiegel (II 36 §§ 4, 7), der Richtsteig Landrechts (13 § 5) und eine Reihe anderer Rechtsquellen, dass der Kläger sich selbdritt zur Sache ziehen müsse, und verlangen teilweise ausdrücklich, dass die beiden Mitschwörenden Wissenszeugen seien (Ssp.: „vulkomener lüde an irme rechte, die dat weten, dat it ime düflike oder roflike geloset si)<sup>92)</sup>. Unter der Herrschaft dieser Rechte war also in der Tat eine alsbaldige Heranziehung von Augenzeugen für die Spurenreste des Diebstahls — ob wirklich auch eine

<sup>88)</sup> Vgl. Huber selbst S. 60 und oben Anm. 49.

<sup>89)</sup> Sohm, Prozess der lex Salica S. 74, 91; London, Anfangsklage S. 122 ff.

<sup>90)</sup> v. Bethmann-Hollweg, Zivilprozess IV S. 481<sup>10)</sup>; Planck I S. 832; London S. 127 ff.; Brunner, RG. II S. 501<sup>42)</sup>; Schröder, RG. 4 § 37<sup>106)</sup>.

<sup>91)</sup> Vgl. hierzu besonders die grundlegenden Erörterungen Laband's a. a. O. S. 108 ff., ferner Planck I S. 831 ff.

<sup>92)</sup> Laband S. 115<sup>15)</sup>; Planck S. 833.

öffentliche Bekanntmachung? — angezeigt. Indessen diese — nunmehr einen Zeugenbeweis (im mittelalterlichen Sinne)<sup>93</sup>) für die Feststellung der Aktivlegitimation fordernde<sup>94</sup>) — Rechtsbildung wurde keineswegs eine allgemeine. So verlangt nach Laband's Feststellung die Mehrzahl der sächsischen Stadtrechte, namentlich das Magdeburgische und das Lübische Recht, nur den Eineid des Klägers. Ich kann das Stadtrecht von Freiburg i. Br. (12. Jahrh.)<sup>95</sup>) und manche der ihm nahestehenden Stadtrechte (z. B. Colmar 23, Dattenried 23, Burgdorf i. d. Schweiz 186, Aarau 28)<sup>96</sup>), auch c. 32 der Lettres de Philippe-Auguste für Amiens von 1190<sup>97</sup>) hinzufügen.

Bezeichnend ist es, wie sonst vom Sachsenspiegel beeinflusste Stadtrechte gerade in unserem Punkte nicht folgen, und besonders bezeichnend, wie das Hamburgische Recht von 1270 und das ihm sich anschliessende Recht von Stade<sup>98</sup>), worauf Laband hingewiesen hat, einen Unterschied machen und für den Beweis des früheren Besitzes des Klägers an der geanefangten Sache einen Eid mit Zeugen, für den Beweis des dieblichen Verlustes aber nur den Eineid erfordern, offenbar im Interesse des Klägers, ausgehend von der Erwägung, dass für das letzte schwieriger Zeugen zu beschaffen seien, als für das erste, also gerade mit der Schwäche oder sogar mit dem Fehlen der Offenkundigkeit des dieblichen Verlustes rechnend.

Das Argument Huber's trifft also nur für eine partikuläre Rechtsbildung der späteren Zeit zu.

5. Gleiche Erwägungen in bezug auf die Offenkundigkeit, wie bei den gestohlenen Sachen, lässt Huber<sup>99</sup>) bei den ver-

<sup>93</sup>) Planck II S. 64, 67 ff.

<sup>94</sup>) Vgl. auch London S. 133 f.

<sup>95</sup>) Vgl. die oben Anm. 22 wiedergegebene Stelle.

<sup>96</sup>) Gaupp, Stadtrechte I S. 118, II S. 180, 141, für Aarau Ausg. Merz 1898 in Rechtsqu. des Kantons Aargau I 1 S. 24, während das Berner Stadtrecht des 13. Jahrh. c. 38 (ed. Welti 1902 in Rechtsqu. des Kantons Bern I 1 S. 16) Zeugenbeweis erfordert.

<sup>97</sup>) Ordonnances des rois de France de la troisième race XI S. 266.

<sup>98</sup>) Hach, Das lübische Recht Cod. III c. 397 (S. 541); Pufendorf, Observ. I app. S. 225 V. Dazu Laband S. 117<sup>24</sup>), H. Meyer, Entwerung S. 14 f.

<sup>99</sup>) S. 17<sup>20</sup>, 13<sup>21</sup>, vgl. oben S. 17 f.



lorenen Sachen gelten. Er erinnert ausserdem an die Pflicht des Finders, den Fund öffentlich anzubieten (Ed. Rothari 260, 343, l. Visig. VIII 5, 6, Ssp. II 37)<sup>100</sup>). Aber gerade dieses Anbieten geht davon aus, dass man nicht weiss, wer der Verlierer ist, dass dessen Verlust bis dahin nicht offenkundig geworden ist. Wenn also der Finder treulos war, den Fund nicht anbot, vielmehr die Sache an einen Dritten veräusserte, und wenn nun dieser Dritte, wie es feststeht, auf den Anefang des Verlierers die Sache herausgeben musste, so möchte man hier — d. h. eben für eine das Fundaufgebot kennende Rechtsordnung — gerade besonders Bedenken tragen, die Anefangbarkeit auf die Offenkundigkeit des Verlustes zurückzuführen. Das war aber der Hauptfall des Anefangs einer verlorenen Sache bei einem Dritten. War einmal der Fund aufgeboden, so lag die Gefahr einer solchen Veruntreuung, auch mit Rücksicht auf die Beteiligung des Richters (Ssp. II 37 § 3), um vieles ferner. Ganz und gar aber fiel das Moment der Offenkundigkeit aus in bezug auf die abgetragenen, d. h. von Gesinde und Hausgenossen veruntreuten, Sachen. Und doch wurden auch sie, wenigstens in den Rechten des Mittelalters, in den Bereich der Anefangsklage einbezogen, so dass sie gegen jeden Dritterwerber verfolgt werden konnten<sup>101</sup>). —

Aus den vorstehenden Erörterungen zu 1 bis 5 ziehe ich den Schluss: Die von Huber und Meyer angenommene Offenkundigkeit des Verlustes wider Recht und Willen litt an be-

<sup>100</sup>) Das ist gewiss ein privatrechtliches, formales Publizitätsmittel. Seine wahre Publizitätsfunktion in der Richtung auf die Verschweigung der Rechte des Verlierers hat Huber selbst (S. 15, 17<sup>80</sup>, 51<sup>119</sup>) treffend beleuchtet. Vgl. hierzu Meyer, Entwerung S. 158 ff.

<sup>101</sup>) Vgl. hierüber die eingehende Darstellung von Meyer S. 57 ff. Für die ausdrückliche Gleichstellung dieser Sachen mit den gestohlenen habe ich noch in der Stadtsatzung von Bern von 1539 c. 58 (ed. Welti 1902 in den Rechtsquellen des Kantons Bern I 1 S. 287) einen Beleg gefunden: „Wellicher wüssentlich oder unwüssentlich roub, verstolenn und entragen gut koufft, kompt der, dem dz gut gnomen und entragen, und nach der statt recht bewysst, dz es im durch unrecht enntfrembdet ist, so soll der jhenig, so dasselbig erkoufft, dem ansprecher semlich wider gebenn one allen schaden“.

denklichen Schwächen. Sie musste bei einer Gruppe von Fällen ganz fehlen. Sie konnte nach dem Willen des Entwerter fehlen. Sie kam bei einer anderen Gruppe von Fällen zu spät, um als Warnung vor einem Dritterwerb wirken zu können. Das nach der Rechtsordnung dem Entwerter zur Verfügung stehende formale Offenkundigkeitsmittel, das Gerüfte, war in allen Fällen auf andere Zwecke, als auf eine privatrechtliche Publizitätswirkung gegen Dritte, zugeschnitten; es wäre die letztere nur als eine nicht zum Ausdruck gebrachte, nicht formale Nebenwirkung in Betracht gekommen<sup>102)</sup>. Diese Schwächen mussten zum Teil schon in frühester Zeit, sobald nur von einem Dritterwerb im Rechtssinne die Rede sein konnte, sich fühlbar machen, sie mussten sämtlich bei steigendem Verkehr und Handel immer fühlbarer werden.

Eine Offenkundigkeit mit solchen Schwächen, mit unbestimmtem Anfang, auf verschiedenartige Faktoren gegründet, die das eine Mal stärker, das andere Mal schwächer, das dritte Mal gar nicht in Wirkung traten, vor allem eine Offenkundigkeit von nur tatsächlicher Bedeutung, ohne formale Ausgestaltung, konnte aber meines Erachtens nicht Ersatz sein für die scharf umrissene, in ihrer Dauer vom Anfang bis zum Ende klar und einheitlich bestimmte, in allen Fällen gleich starke, durchaus formal gestaltete Offenkundigkeit der Gewere. Ohne Formalismus keine rechtlichen Publizitätswirkungen! — wie es z. B. nach unseren obigen Ausführungen auch das Gerüfte beweist, wo es diejenigen Publizitätsfunktionen, zu denen es zweifellos berufen ist, erfüllt. Die Unebenbürtigkeit jener tatsächlichen Offenkundigkeit und der formalen Offenkundigkeit der Gewere scheint mir der Hauptgrund gegen die Huber-Meyer'sche Ansicht zu sein. Gerade die formale Natur der Gewere, ihre Bedeutung als Publizitätsform der dinglichen Rechte im vollen Einklang mit dem auf die sinesische Erscheinung gerichteten Charakter des älteren deutschen Rechts glänzend herausgekehrt zu haben, ist das nicht hoch genug zu

<sup>102)</sup> Dass das Gerüfte zu irgendeiner Zeit Voraussetzung für den wirksamen Anefang beim Dritten gewesen sei, was Meyer S. 43 (vgl. oben Text zu Anm. 55) für die älteste Zeit zu unterstellen scheint, dafür besteht gar kein Anhalt. Vgl. oben S. 27.

veranschlagende Verdienst der Huber'schen Publizitätstheorie. Und in der Bezeichnung der Gewere als des „formalen und nach aussen-gekehrten Elementes des Sachenrechts“ hat schon vorher Gierke<sup>103)</sup> das Wesen der Gewere richtig getroffen. Danach würde vielleicht eine Aufbietung des dieblichen oder sonstigen Verlustes im Ding oder in der Kirche als formale, indispensable Voraussetzung der Anefangbarkeit gegen spätere Dritterwerber, ähnlich dem Fundaufgebot als Voraussetzung für die in der Verschweigung liegende Publizitätswirkung<sup>104)</sup>, ein „den engen genossenschaftlichen Verhältnissen“ angepasstes Äquivalent für die dem dinglich Berechtigten verloren gegangene Publizität der Gewere gewesen sein. Aber jene tatsächliche Offenkundigkeit des Verlustes konnte das nicht sein. Wäre sie es wirklich gewesen, so würde dies m. E. eine Trübung der Publizitätstheorie bedeuten und Zweifel an ihrer Richtigkeit aufkommen lassen. Die oben (Text zu Anm. 30 ff.) kurz berührte Geschichte der neueren Satzung von Fahrnis bildet, wie einen trefflichen Beleg für die Publizitätstheorie im allgemeinen, so auch einen Beweis gegen die hier bekämpfte Ersatzpublizität des Verlustes wider Recht und Willen. Denn sie zeigt, wie im lübischen Recht selbst eine formal gestaltete, auf die Wirkung gegen Dritte gerichtete Zeugen-, Gerichts-, sogar Buchpublizität der Publizität der Gewere mit ihrem „Hand-wahre-Hand“-Gedanken nicht ganz die Wage zu halten vermochte.

Nach Huber<sup>105)</sup> begründet die von ihm angenommene tatsächliche Offenkundigkeit des Verlustes wider Recht und Willen auf seiten jedes Dritterwerbers die privatrechtliche Herausgabepflicht deswegen, weil er den Verlust, „wenn er nicht bereits davon gewusst habe, leicht hätte erfahren können“, und weil er deshalb „seine so fahrlässig erworbene Gewere dem Bestohlenen nicht habe wirksam entgegenhalten können“; „er habe die Unkenntnis zu verantworten gehabt“, da „die Um-

<sup>103)</sup> Deutsches Genossenschaftsrecht II S. 137.

<sup>104)</sup> Vgl. oben Anm. 100 und meine Anzeige von Immerwahr, „Verschweigung im deutschen Recht“ in Krit. Vierteljahrsschrift 40 S. 343.

<sup>105)</sup> S. 13, 14, 61, vgl. oben S. 17.

stände dafür gesprochen hätten, dass er die „Kenntnis hätte besitzen sollen“; „man habe von jedermann annehmen können, dass er von dem verbrecherischen Eingriff in das Eigentum des Gerichts- und Dorfgenossen Kenntnis besitze“. Der unmittelbare Grund für die Herausgabepflicht wird also in der typisch, regelmässig fahrlässigen Unkenntnis des offenkundigen Ereignisses gefunden.

Dieser letztere unmittelbare Grund versagt aber jedenfalls beim sogenannten „Marktkauf“<sup>106)</sup>. Und darin erwächst ein weiteres, bedeutsames Gegenargument, auf das auch schon Adolf Zycha<sup>107)</sup> hingewiesen hat. Auch wer eine gestohlene Sache „auf offenem, freiem Markte“ gekauft hatte, also in einer Art, bei der die nicht fahrlässige Unkenntnis des vitium das Typische, Regelmässige war, in einer Form, die Franken<sup>108)</sup> als den „obersten Typus des bona fide-Verkehrs“ bezeichnet hat, auch dieser Dritte musste auf die Klage des Bestohlenen die Sache herausgeben. Das hat vom ersten Auftreten des Marktkaufs als einer besonderen Rechtsfigur gegolten und sich bis zur Rezeption des römischen Rechts im deutschen, wie im französischen Recht ausnahmslos<sup>109)</sup> behauptet. Hätte der Rechtsordnung der Gedanke in den Gliedern gelegen, der Dritte müsse deswegen herausgeben, weil das vitium allgemein erkennbar gewesen sei und er es sich daher habe selbst zuschreiben müssen, dass er es nicht erkannt habe, so hätte sie beim Marktkauf bald von der Herausgabepflicht sich abwenden müssen. Dies um so mehr, als die im Tatbestand des Marktkaufes liegenden Besonder-

<sup>106)</sup> Vgl. über diesen besonders Franken, Französ. Pfandrecht I S. 302 ff., London, Anfangsklage S. 316 ff., H. Meyer, Entwerfung S. 104 ff., 123 ff., und für das Recht nach der Rezeption Wellspacher a. a. O. S. 653 f. und die dort N. 67 zitierten Autoren des Usus modernus.

<sup>107)</sup> Zeitschr. f. schweizer. Recht 44 S. 137.

<sup>108)</sup> Lehrbuch des deutschen Privatrechts S. 393.

<sup>109)</sup> Für das französische Recht: Franken, Französ. Pfandrecht S. 303<sup>1)</sup>, auch Glasson, Histoire du droit et des institutions de la France t. VII p. 245, 249, 252, und bestätigend Meyer S. 140. Für das deutsche Recht: Laband a. a. O. S. 97, Meyer S. 123<sup>2)</sup>, 130<sup>3)</sup>, 137, 140. Auch die Quellen, auf die Huber, Gewere S. 15<sup>4)</sup>, unmittelbar und mittelbar hinweist, geben nur den Lösungsanspruch. Daher wäre auch der zugehörige Text bei Huber zu berichtigen.

heiten wohl verstanden wurden, die Behandlung des Marktkaufes ein unter dem Aufblühen des Markt- und Stadtverkehrs ungemein praktisches und in den Rechtsaufzeichnungen daher eine grosse Rolle spielendes Problem bildete und die Rechtsentwicklung in der Tat gerade beim Marktkauf schliesslich eine entscheidende Wendung machte. Dass man trotz dieses vollen Verständnisses, trotz der vorhandenen wirtschaftlichen Gegenantriebe (oben Text zu Anm. 61 ff. Ziffer 1) bei der Herausgabepflicht blieb und die schliessliche Wendung gerade nicht in der Richtung ihrer Beseitigung, sondern nach der Seite des Lösungsanspruches machte, spricht sehr gegen die Realität jenes Rechtsgedankens.

Dies soll ein Blick auf die Geschichte<sup>110)</sup> und die rechtliche Bedeutung des Marktkaufes, dieser markantesten Erscheinung in der Geschichte der deutschen Fahrnisverfolgung, deutlicher machen. Es ist dabei Gewinn zu erhoffen für die positive Beantwortung der Frage nach dem tieferen Grunde der unbeschränkten Verfolgbarkeit entwerter Fahrnis und Aufklärung auch nach der Seite des Lösungsanspruches und der „Redlichkeit“.

### III.

Der „Marktkauf“ ist ein Spross des „Kaufes vom Unbekannten“. Ja, er ist sogar nur eine Abart desselben: diejenige, bei welcher die Unverdächtigkeit des Erwerbs durch die Verhältnisse des Marktverkehrs noch besonders gerechtfertigt wird<sup>111)</sup>. Er trägt dieses Herkunftszeichen in Gestalt der Häufung der Erfordernisse — des Abschlusses auf offenem Markt und der Unbekantschaft des Käufers mit der Person seines Verkäufers — in den bei weitem meisten Quellen vom Anfang seines Auftretens bis in die späteste Zeit deutlich an sich. Ich verweise beispielshalber auf:

Liutpr. 79: Kauf auf dem Pferdemarkt — „*comparavi de franco aut nescio de qualem hominem,*

<sup>110)</sup> Ich entnehme dafür mein Quellenmaterial aus den reichhaltigen Zusammenstellungen Franken's (S. 275 ff.) und Meyer's (a. a. O.), auch Wellspacher's.

<sup>111)</sup> Dies hat schon London a. a. O. S. 320 ff. hervorgehoben.

- Wilhelm der Eroberer in Leis Willelme 21 (ed. Liebermann S. 508/509, dazu Meyer S. 117 ff.): „E s'il n'ad guarant ne haimelborch (Gewährschaftsbürgen), e il ait les testimonies, qu'il le achatað al marché le rei (auf dem Königsmarkt), e qu'il ne set sun guarant ne sun plege, vif ne mort, . . . .“
- Freiburger Stadtrecht c. 29: „se in publico foro pro non furato vel predato ab ignoto sibi emisse“,
- Sachsensp. II 36 § 4: „Sprict aver jene, he hebbe't gekoft uppe deme gemenen markete, he ne wete weder wene“, (hierzu die grosse Zahl von Belegen aus dem sächsischen Quellenkreise bei Laband a. a. O. S. 97<sup>15</sup>),
- Augsburger Stadtrecht 1276 Art. 34 § 4 (Ausg. Chr. Meyer S. 98 f.): „unde swert zen heiligen, daz er daz vihe habe kauft uf friem marckte, ez si in der stat oder vor der stat, unde nimt in den eid, daz er des mannes iht erchenne der im daz vihe da gaeben hat, unde sins schubes niht gehaben muge . . .“,
- Bouteiller, Somme rural XXXV (Ausg. Lyon 1621 S. 420): „sil est aucun qui ait achepté aucune chose en plain marche de bonne foy, et bien ne cognoisse le vendeur . . . . droit . . . . qu'il ne sçauroit trouver autre garand que sa bourse“,
- Lauterbach, Collegium Pandectarum theoretico-practicum lib. 47 tit. 2 § 6: „nisi in mercatu publico emerit, tunc enim individuum producere nequit“ (Wellspacher a. a. O.),
- Leyser, Meditationes ad Pandectas, Spec. 555 med. 14 (Ed. tert. VIII p. 400): „Contra si quis rem ab ignoto quidem, sed publice in foro ac aequo pretio emit, quaestioni subjici nequit“ (Wellspacher),
- Codex Theresianus (der älteste Entwurf eines österreichischen Zivilgesetzbuchs von 1766) Buch II Kap. 8 Nr. 58: „Doch solle der gute Glauben nicht anderst, als durch die Namhaftmachung seines Gewährsmanns . . . . oder, da die Sache zu Marktszeiten von einem Unbekannten, der nachher nicht mehr zu erforschen wäre, erkaufet worden, durch Zeugnuß glaubwürdiger Personen, dass die Sache auf dem Markt öffentlich ausgefeilet worden,

erwiesen werden können“ (ed. v. Harrasowsky Band II S. 133f., dazu Wellspacher a. a. O. S. 643f.).

Der Kauf vom Unbekannten wird aber schon in den älteren Volksrechten<sup>112)</sup>, in die somit auch die Wurzeln des Marktkaufs hinaufreichen, behandelt, und zwar in dem natürlichen Zusammenhange mit dem Zug auf den Gewähren. —

Der erfolgreiche Gewährzug verschaffte dem Anefangskläger die Ermittlung des Diebes, dem Anefangsbeklagten zweierlei:

1. Die Feststellung, dass er nicht der Dieb war. Sie war mit dem Eintritt des Gewähren in den Prozess ohne weiteres gegeben. Eine sonstige Prüfung seiner Redlichkeit oder Unredlichkeit, seines Wissens oder Nichtwissens von der Furtivität der Sache war damit für den Anefangsprozess gleichfalls erübrigt<sup>113)</sup>. Er brauchte nun keinen Reinigungseid zu schwören (oben Anm. 36). Er schied aus dem Prozess aus.

2. Entweder, wenn der Gewährere oder bei weitergehendem Schub der letzte Gewährere gegen den Kläger siegte, das Behalten der somit zu Unrecht geanefangten Sache oder, wenn der Kläger Sieger blieb, den wirtschaftlichen Ausgleich in der Zurückerlangung des für die Sache gegebenen Kaufpreises und in der Gewinnung der etwaigen sonstigen materiellen Gewährschaftsleistungen<sup>114)</sup>. Zwar hat Zycha (S. 115f.)<sup>115)</sup> gewiss unrecht, wenn er auf Grund des Zwanges zur Retradition der Sache an den Gewähren behauptet: „Mittels des Gewährzuges wurde schlechterdings die Auflösung aller über eine *res furtiva* geschlossenen Erwerbsgeschäfte herbeigeführt“ und die „Wiederherstellung des vorigen Standes“, also auch die Preisrückzahlung, als „Vorbedingung“ für die Durchsetzung des Rechtes des Klägers gegen den Dieb (den Gewähren) hinstellt.

<sup>112)</sup> Rothari 232, Liutpr. 79; 1. Visig. VII 2, 8; 1. Rib. 33 § 4; 1. Baiuw. IX 7.

<sup>113)</sup> Die 1. Visig. VII 2, 9 lässt ihn aber, wenn er der Wissenschaft um den Diebstahl überführt wird, neben dem als Dieb entlarvten Gewähreren gleichfalls als Dieb büßen. Vgl. Dahn, Studien S. 258.

<sup>114)</sup> Vgl. dazu Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte I S. 288 ff.

<sup>115)</sup> auch in Zeitschr. d. Sav.-Stift. 22, GA. S. 174<sup>1</sup>.

Diese früher schon, auch noch sehr ausführlich von London (S. 279 ff.) verteidigte Meinung ist von Brunner<sup>116)</sup>, unter Zuweisung einer Treuhänderstellung an den Gewähren für die Dauer des Prozesses, mit durchschlagenden Gründen zurückgewiesen worden. Aber die materiellen Gewährschaftsansprüche des Beklagten, insbesondere der auf Preiserstattung, standen in der Tat mehr, als man dies gewöhnlich hervorkehrt, im Vordergrund der rechtsbildenden Betrachtung. In den Vorschriften der Volksrechte über den Gewährzug tritt regelmässig im engsten Zusammenhange mit dem „rem restituere“ an den Kläger das „pretium reddere“ an den Beklagten auf. Der infolge des Schubs entlarvte Missetäter erscheint nunmehr als gegenüber beiden ursprünglichen Prozessparteien, nicht bloss dem Kläger, sondern auch dem Beklagten, überführt. Lex Salica 47: „ille erit latro illius qui agnoscit et precium reddit ille (= illi) qui cum illo negociavit, et ille secundum legem componat ille (= illi) qui res suas agnoscit“. In Roth. 231 heisst es, dass der „auctor, si (ancillam) vindicare non potuerit“, nach Leistung des ihm hier noch eröffneten Reinigungseides, „reddat praetium tantum . . . ., et ancilla ipsa proprio domino restituatur“. „Auf Island spricht dasselbe Gerichtsurteil, welches dem Kläger die eingeklagte Sache zuerkennt, die sämtlichen Gewähren schuldig, ihren Käufern den Preis zurückzugeben“ (von Amira)<sup>117)</sup>. Nach l. Rib. 33, 2 ist für den Beklagten beim Ausbleiben des vor Gericht gehörig geladenen Gewähren der aussergerichtlich vor Zeugen erfolgte Rückempfang des Preises oder eines Teiles desselben und die Vorweisung („probabiliter ostendere“) des Empfangenen vor dem Kläger im Gericht sogar Voraussetzung des Loskommens vom Diebstahlsverdacht<sup>118)</sup>. Langobardische Gerichtsformeln des Liber Papiensis zu Roth. 232 u. Otto I c. 7. bezeugen die Sitte, die Aushändigung der geangefangenen Sache an den Gewährsmann zu ihrer weiteren gericht-

<sup>116)</sup> RG. II S. 505 u. N. 69, 70. Vgl. Rabel a. a. O. S. 172 und die weitere dort N. 1 angegebene Literatur.

<sup>117)</sup> Nordgermanisches Obligationenrecht Bd. 2 S. 693.

<sup>118)</sup> Vgl. hierzu Sohm, Prozess der lex Salica S. 109 f. (der aber wohl mit Unrecht ein „ostendere auctorem“ annimmt) und Brunner a. a. O. S. 504.



lichen Vertretung mit der Rückzahlung des Preises seitens des Gewährsmanns zu verbinden, weisen also auf eine Art Sicherstellung des Kaufpreises zugunsten des Beklagten hin<sup>119)</sup>. Auch die oben (Anm. 78 und Text dazu) besprochene Stelle der *lex Salica* tit. 37, wonach der Bestohlene die in unmittelbarer, fristzeitiger Spurfolge bei einem Dritten gefundene Sache nur gegen Sicherstellung im Interesse der Gewährschaftsansprüche des Dritten sofort herausschafft, kann hier angezogen werden.

So wurde die Härte, die in der Festsetzung der Herausgabepflicht gegen jeden Dritten lag, durch die Fürsorge für den wirtschaftlichen Ausgleich zugunsten desjenigen Dritten, welcher einen Gegenwert für die Sache hingegeben hatte, wesentlich gemildert. Dem Bestohlenen musste seine Sache wieder werden; wenn dabei dem Dritten auch sein Gegenwert wieder zuteil wurde, so erschien dies auch vom Standpunkt wirtschaftlicher Gerechtigkeit annehmbarer. —

In beiden oben betrachteten Beziehungen stellte der Kauf vom Unbekannten, weil er den Zug auf den Gewährten ausschloss, neue Aufgaben.

Zu 1. Es entfiel hier die von selbst durch den Eintritt des Gewährten wirkende strafrechtliche Reinigung, die Befreiung von den Diebstahlsfolgen. Im Gegenteil, das Unvermögen, den Vormann nach seinem Namen oder nach seiner „*casa seu postis ianuae*“ (l. Rib. 33 § 4) zu kennzeichnen oder ihn innerhalb der Suchfrist so aufzufinden, dass er in den Rechtsstreit eintreten konnte, war selbst ein Verdachtsmoment. Die „*excusatio ignorantie (auctoris)*“ (l. Visig. VII 2, 8) hatte einen üblen Beigeschmack. Und es wäre möglich, dass deshalb noch im salischen Recht zur Zeit der *lex Salica*, die über den ganzen Fall schweigt, diese Art der Verteidigung nicht zugelassen wurde. Andererseits muss der Kauf „*ab incognito homine*“ in den Gebieten und Zeiten der oben Anm. 112 angegebenen Volksrechte bereits, als auch im rechtmässigen Verkehr möglich, Duldung verlangt haben; man denke etwa an einen Kauf von

<sup>119)</sup> Vgl. Brunner S. 505<sup>70</sup> und über eine verwandte Regelung im westgotischen und bayerischen Recht im Zusammenhang mit dem Kauf vom Unbekannten unten Anm. 142.

einem Auswärtigen oder gar Volksfremden (Liutpr. 79: „comparavi de franco“). Denn es wurde dort dem Beklagten ein Reinigungsbeweis als Ersatz für den ihn ohne weiteres reinigenden Eintritt des Gewähren eröffnet. Immerhin musste wegen des hier in besonderem Masse sich aufdrängenden Verdachtes, Dieb oder Diebesgenosse zu sein, die Beschränkung auf einen einfachen Reinigungseid bedenklich erscheinen. Und so verlangte das ribuarische Recht einen Eid „selbsiebert“, das bajuvarische „sacramentum et testes“. Das westgotische schrieb Zuziehung eines „fideiussor, cui credi potest“, d. h. eines Zeugen als Gewährschaftsbürgen<sup>120</sup>), zum Kauf „de incognito homine“ vor, liess es aber im Falle der Zuwiderhandlung dennoch bei einem Beweis „aut sacramento aut testibus“ bewenden. Besonders bezeichnend ist das langobardische Recht, insofern Liutprand beim Pferdekauf den in Roth. 232 zugelassenen Ein-eid, das „simpliciter dicere: quod comparavi de franco aut nescio de qualem hominem“, nicht<sup>121</sup>) mehr genügen liess, sondern, wenn der Gewährre mangelte, Reinigung nur durch Nachweis eines Kaufs „in mercato ante duos aut tres homines“ (als testes) gestattete.

Wir sehen also: Durch den Kauf vom Unbekannten gewann im Anfangsprozess die Frage der Redlichkeit des Dritterwerbs, die sonst hinter dem Gewährre zug verschwand, entscheidende Bedeutung. Die Redlichkeit war Nichtwissen, dass der unbekannte Verkäufer (oder einer seiner Vormänner) die erkaufte Sache gestohlen habe (l. Visig. l. c.: „quod eum furem nescierit“, l. Bai. l. c.: „si quis de fure nesciens comparavit“), also Unkenntnis der Furtivität der Sache. Ihre Bedeutung lag auf der strafrechtlichen Seite. Wir sehen weiter: Objektives Redlichkeitsmerkmal von besonderer Beweiskraft wurde hier schon im langobardischen Edikt die Tatsache des Kaufschlusses auf dem Markte. „Der Grund ist“ — ich

<sup>120</sup>) Meyer a. a. O. S. 111, 116 ff., ebenso das oben zitierte Gesetz Wilhelm's des Eroberers.

<sup>121</sup>) H. Meyer S. 111<sup>1</sup> entnimmt aus der Stelle das Gegenteil, weil er übersieht, dass hier „nisi“, wie so besonders häufig im langobardischen Edikt, mit „sondern“ zu übersetzen ist. In allen Richtungen zutreffend wird das Gesetz erklärt von Del Vecchio im Archivio giuridico 20 S. 244—248.

kann ihn nicht besser kennzeichnen, als mit den Worten Heusler's (Institut. II S. 215) — „dass der Käufer in solchem Falle nicht verpflichtet erscheint, sich die Person seines Verkäufers genau zu merken<sup>123)</sup>, um ihn nötigenfalls als Autor stellen zu können, und dass bei Ausbietung einer Sache auf offenem Markte der Verdacht des Diebstahls nicht aufkommt“. Die Umstände des Marktverkehrs waren am besten geeignet, das unter anderen Umständen gegen die „excusatio ignorantiae“ lebhaft sprechende Verdachtsmoment zu zerstreuen. Wir sehen endlich: Dieses Redlichkeitsmerkmal wurde bereits von Liutprand so sehr gewertet, dass er es beim Pferdekauf vom Unbekannten<sup>123)</sup> zur notwendigen Voraussetzung des Reinigungsbeweises machte.

Darin liegt das Wesentliche der späteren Entwicklung schon andeutungsweise vor uns. Der Marktschluss trat mehr und mehr als hauptsächliches Ersatzmittel für den wegen Unauffindbarkeit des Verkäufers versagenden Gewährzug beim Reinigungsbeweise des Anfangsprozesses hervor. Ja, er wurde in den meisten Rechten — nach dem Vorgang von Liutpr. 79 beim Pferdekauf — das einzige zugelassene Ersatzmittel, so z. B. im Sachsenspiegel (oben S. 38) und in den von ihm abhängigen Rechten, ebenso im Schwabenspiegel (Lassb.) c. 317, im Freiburger, Augsburger Stadtrecht (oben S. 38) und vielen anderen. Oft wurde er noch zu stärkerer Sicherstellung der Redlichkeit näher umschrieben als Abschluss auf offenem, freiem, gemeinem, gesetztem Markte, bei hellem Tag, bei scheinender Sonne<sup>124)</sup>. Zum Teil trat neben den Beweis des Marktschlusses noch der auf das Nichtwissen der Furtivität gestellte Reinigungseid als Eineid, so dass, wie im Freiburger Stadtrecht, Kauf ab ignoto, in publico foro, pro non furato vel predato zu be-

<sup>123)</sup> Man denke besonders an Karawanenmärkte, Kirchweihmärkte und Jahrmärkte. Rietschel, Markt und Stadt S. 38 ff., 46 ff.

<sup>122)</sup> Nicht etwa sollten alle Pferdekäufe überhaupt nur auf dem Markt abgeschlossen werden, wie Meyer a. a. O. anzunehmen scheint. Wer seinen Gewähr hatte, der für ihn eintrat, für den war es gleichgültig, ob er auf dem Markt abgeschlossen hatte oder nicht. Er brauchte keinen besonderen Reinigungsbeweis.

<sup>124)</sup> Belege bei Meyer S. 104 ff., 108 ff.

schwören war, zum Teil bedurfte es nicht noch eines besonderen Redlichkeitseides, so dass, wie im Schwabenspiegel, der Beklagte nur zu beschwören hatte, „er habe ez gekouffet uf dem gemeinen marckte, ern wisse von wem“. Ihren bezeichnendsten Ausdruck erhielt die Bedeutung des Marktkaufes für den Anefangsprozess, indem man den Markt selbst zum Gewähren machte. „Man tucht (zieht) upten senten (= setten, gesetzten) market“, so heisst es im Lübisches-Hamburgischen Recht art. 334 (von 1270)<sup>125)</sup>. Noch schärfer in Li Usage de Borgoigne XII: „m'en ert li marchiez garant, se mestier est“<sup>126)</sup>, d. h. mir wird dafür der Markt Garant sein, wenn es nötig ist. — Solange die Fahrnisverfolgung und in ihrem Rahmen der Gewährenzug noch kriminelle Funktionen erfüllten, musste der Marktkauf als Ersatz des fehlenden Gewähren seine Bedeutung behalten. Noch im Usus Modernus ist diese seine Bedeutung nach Wellspacher's<sup>127)</sup> Nachweisen eine offensichtliche. Aber auch abgesehen davon und darüber hinaus konnte er für die selbständige, vom Zivilistischen losgelöste Strafverfolgung seine Rolle behaupten als ein vor anderen hervorragendes Anzeichen zugunsten desjenigen, der „seinen verkauffer und whermann nit anzeigen wolt“, dahin, dass er dennoch „solche gutter ungeferlicher, unstrafflicher weisse mit einem guten glauben an sich pracht hab“ (Art. 43, vgl. 38 C. C. C.).

Zu 2. Schwieriger war das privatrechtliche Problem zu lösen, das der Kauf vom Unbekannten aufgab. Wie stand es hier mit dem nach unseren obigen Ausführungen von der Rechtsordnung bewusst ins Auge gefassten wirtschaftlichen Ausgleich? Die Unauffindbarkeit des Gewähren machte es unmöglich, von ihm als dem schuldigen Zwischenmann eine gleichzeitige wirtschaftliche Heilung des von ihm gestörten Rechtszustandes nach beiden Seiten, der Seite des Klägers und der des Beklagten, zu erzwingen. Das mittelalterliche Recht<sup>128)</sup> entschied aber mit zähem Festhalten, ohne jedes

<sup>125)</sup> Hach, Das lübische Recht S. 507.

<sup>126)</sup> Ich zitiere nach Franken a. a. O. S. 283.

<sup>127)</sup> a. a. O. S. 653.

<sup>128)</sup> auch das altschwedische Recht nach v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I S. 565 („Klagt gegen den Käufer ein Dritter wegen un-

Wanken oder Abweichen, genau wie im Falle, wo der Gewährszug möglich war: Dem Bestohlenen muss seine Sache werden. Dies unbeirrt auch da, wo zugunsten des Dritterwerbers das in der ignorantia auctoris liegende Verdachtsmoment durch den Reinigungsbeweis ausgeglichen war, und zwar nicht etwa bloss, wo es strafrechtlich, so dass die Diebstahlsbusse sich verbot, ausgeglichen war, sondern auch, wo, wie beim Marktkauf, alle Anforderungen, die man an die Redlichkeit des Erwerbs stellen durfte, erfüllt waren, sozusagen eine zivilistische optima fides vorlag.

Das ist der Punkt, wo dieser Satz: „Der Bestohlene muss seine Sache wieder haben“ seine praktische Tragweite am stärksten bewährte. Richtig kann eine Rechtfertigung des Satzes daher nicht sein, die an diesem Punkte versagt.

Es versagt aber hier, wie oben II a. E. dargelegt ist, die Theorie von derjenigen Offenkundigkeit des dieblichen Verlustes, die nach dem Durchschnittsmass der Fälle einen Vorwurf der Fahrlässigkeit gegen Dritterwerber übrig lässt.

Es scheidet hier vollständig die Zycha'sche Theorie von dem im deutschen Recht lebenden Grundgedanken, dass der redliche, rechtmässige Erwerb als solcher Eigentum verschaffe und infolgedessen das bisherige Eigentum eines anderen zur Aufhebung bringe. Schon oben (I) war dargetan, dass dieser Gedanke bei den anvertrauten Sachen nicht passe. Was die gestohlenen Sachen anlangt, so kann Zycha selbst der Wahrnehmung, dass sie schon nach den allerältesten Quellen auch gegen redliche Dritterwerber verfolgbare sind, sich selbstverständlich nicht verschliessen. Er verlegt darum hier die Geltung jenes Grundgedankens in ein „vorhistorisches“<sup>129)</sup> Stadium, wo die mit der Diebstahlsklage verbundene und von dieser beherrschte Restitutionsklage nur gegen den Dieb und

---

freiwilligen Besitzverlustes und vermag Käufer nicht den Verkäufer zur Stelle zu schaffen, so verliert er die Ware an den Kläger. Der Beweis des Strassen-, Markt-, Budenkaufs rettet ihn nur vor der Diebstahlsinzicht“). Ebenso das englische Recht noch des 13. Jahrh. nach Pollock and Maitland, History of english law before the time of Edward I, 2. ed. II S. 164 f., vgl. auch Heymann in der Holtzendorff-Kohler'schen Encykl. I S. 823.

<sup>129)</sup> a. a. O. S. 121.

den um den Diebstahl wissenden Dritterwerber gegangen sei. Die „historische“ Anfangsklage mit ihrer Wirksamkeit auch gegen redliche Drittinhaber bedeute bereits ein Ablenken von dem Grundgedanken, eine „jüngere Institution“, lediglich in einer „sekundären Erscheinung“, einer Folge des „odium furum“ beruhend, nämlich in dem Streben, durch das Mittel des Gewährenzuges „den Dieb in dem Besitz des gestohlenen Gutes als des corpus delicti zu erteilen“<sup>180)</sup>. — Gewiss hat ein solches Streben bei der Einrichtung des Gewährenzuges entscheidend mitgespielt; das ist die allgemeine Meinung<sup>181)</sup>. Aber, wo dieses Streben ausser Betracht blieb, wo der Gewährenzug und damit jene ganze durch das odium forum eingegebene, sekundäre Erscheinung versagte, wo der Dieb auf diesem Wege gar nicht erteilt werden konnte, musste da nicht jener Grundgedanke, wenn er Realität besass, mit sozusagen elementarer Gewalt durchbrechen, namentlich wo er durch die den Marktverkehr begünstigende Stadtrechtsentwicklung noch besonders gestützt war? Das war aber der Fall bei dem Kauf vom Unbekannten, namentlich in der Gestalt des Marktkaufs. Und dennoch auch hier keine Spur von einem Eigentumserwerb des Dritten an der gestohlenen Sache trotz optima fides!

Zwar macht Zycha in einer Anmerkung<sup>182)</sup> den Versuch, das odium furum auch auf den Fall des Kaufs vom Unbekannten übergreifen zu lassen, indem er behauptet, der Herausgabepflicht sei hier „eine Sanktion auf die Nichterfüllung der Pflicht zur Wiederherstellung des vorigen Standes“ gewesen, was ich dahin verstehe: der Beklagte habe hier gerade durch die Herausgabepflicht bestraft werden sollen für die Verhinderung des „rem in tertiam manum mittere“ durch seine Unkenntnis des Auktors. Und er berührt sich darin mit London, der bereits in ausführlicher Darlegung hier eine „strafprozessualische“ Erklärung dahin gegeben hat: es sollte der Kläger

<sup>180)</sup> S. 115 ff., S. 121.

<sup>181)</sup> z. B. Sohm, Prozess der lex Salica S. 112; London, Anfangsklage S. 183 ff.; Brunner, RG. II S. 496, 510. Das haben schon die Juristen des Usus modernus deutlich hervorgehoben, vgl. Wellspacher a. a. O. S. 653, 667<sup>109)</sup>.

<sup>182)</sup> S. 116<sup>85)</sup>.

durch die Versäumung der dem Beklagten im Strafinteresse auferlegten Verpflichtung, seinen Gewähren zu kennen und zu stellen, ausser dem Entgehen der Diebstahlsbusse wenigstens nicht noch ein „damnum emergens“ in Gestalt des Verlustes der Sache erleiden<sup>133)</sup>. Indessen, ob man einer prozessualischen Pflichtversäumnis, einer schuldhaften Parteihandlung oder -unterlassung die Folgewirkung der Begründung einer zivilrechtlichen Herausgabepflicht anstatt ihrer Bestrafung mit Busse und Wette zuschreiben darf, erscheint mir nicht unzweifelhaft. Keinesfalls passt die Erklärung zur Erscheinung des auf eine bestimmte Zahl von Schüben beschränkten Gewährzugs<sup>134)</sup>, wo der Gewähr, bei dem der Schub ohne seine Schuld, ohne jede Pflichtversäumnis von seiner Seite, abbrach — auch wenn er es konnte, durfte er hier ja die Sache nicht weiter schieben! — dennoch zur unmittelbaren Herausgabe an den Kläger verpflichtet war: Das Diebsermittlungsinteresse ist zurückgetreten, von einer prozessualischen Pflichtversäumnis ist keine Rede, und trotzdem muss der Bestohlene auch hier wieder seine Sache haben — ein guter Beleg für das Überwiegen der zivilistischen gegen die kriminelle Funktion der Anfangsklage! Die Herausgabepflicht des Marktkäufers aber als Folge einer Pflichtversäumnis hinzustellen, wird durch die deutliche Wertung dieser Erwerbsart als einer von jedem Vorwurf freien, durch die Vorstellung ausgeschlossen, dass der Markt den Gewähren ersetzt, dass der Markt selbst der Gewähr ist.

Zycha<sup>135)</sup> sieht noch in Roth. 231 (letzter Satz) und in l. Visig. XI 3, 1 „klarste Offenbarungen“ des nach ihm im Grunde der Rechtsbildung ruhenden Gedankens. Aber die erste Stelle, nach welcher gegen den Inhaber einer ancilla, wenn er Kauf von einem inzwischen erbenlos Verstorbenen, „cuius res ad curtem regis ceciderunt“, zu beschwören vermag, „nulla sit repetitio“, wird erst durch Roth. 223: „quia postquam ad manum regis pervenit, terminum posuit et sine debitum aut aliquam repetitionem cecidit“ richtig erklärt. Die curtis regia war

<sup>133)</sup> Anfangsklage S. 316 ff., besonders S. 317, 329, 331.

<sup>134)</sup> Darüber Brunner, RG. II S. 502 f.

<sup>135)</sup> S. 122<sup>89)</sup>. Über die in Note 90 durchaus mit Unrecht verwendeten Stellen, wo der sogen. Lösungsanspruch einspielt, unten S. 50 u. Anm. 142.

gegen die Anefangsklage gefeit; sie war also für den mit der Anefangsklage Angesprochenen der beste Gewähr, den er haben konnte. Bezog er sich rechtmässig auf diesen Gewähr, so konnte der Kläger diesem gegenüber den Anspruch weder kriminell noch zivilistisch aufrecht halten und unterlag. Das war der Grund, weswegen der Beklagte die ancilla behielt, nicht aber, wie Zycha meint, seine Redlichkeit, um deren willen er hätte vor dem Versagen des gegen die *curtis regia* undurchführbaren Preisersatzanspruches geschützt werden sollen. Er braucht ja auch keinen Unschuldseid dahin, dass er nicht Diebsgenosse sei, zu leisten. Die zweite, berühmte, viel behandelte<sup>136)</sup>, westgotische Stelle von dem an „*provinciales nostri*“ (sc. regis) verkaufenden „*transmarinus negotiator*“ schützt allerdings die Redlichkeit im Zycha'schen Sinne, nämlich nicht bloss vor der Diebstahlsbusse, sondern auch, wie Dahn überzeugend nachgewiesen hat, gegen die Sachverfolgung. Aber hier handelt es sich um vom Ausland ins Inland transportierte Waren; die Vorschrift gibt sich deutlich als ein Stück Fremdlingsrecht<sup>137)</sup>. Der bestohlene Ausländer soll vor dem redlichen Inländer weichen. Darum kann man auch nicht diesen isoliert stehenden Satz — auch darin stimme ich Dahn durchaus bei — als Beleg für das Walten eines germanischen Rechtsgedankens verwenden, weder im Zycha'schen Sinne der Eigentumserlangung durch redlichen Erwerb noch auch, wie Meyer will, im Huber'schen Sinne der Unwirksamkeit des hier der Publizität ermangelnden *vitium* gegen Dritte<sup>138)</sup>. —

<sup>136)</sup> Besonders Dahn, Westgotische Studien S. 93 ff., Zeitschr. f. Handelsr. 16 S. 404 ff.; Bausteine II S. 323 ff.; Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. 8 S. 262<sup>8</sup> und Universalgeschichte S. 111<sup>51</sup>, 300<sup>4</sup>; Brunner, RG. II S. 507; H. Meyer, Entwerfung S. 141 ff., 259 ff.

<sup>137)</sup> So auch Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. 8 S. 262<sup>8</sup>, der aber darin ausserdem eine Äusserung eines altgermanischen Prinzips erblickt, dass nämlich der Vindikant dem sich auf seinen Gewährn ziehenden Beklagten nicht über See zu folgen brauche — dies, was Meyer S. 143 hervorhebt, gewiss mit Unrecht, da letzteres Prinzip ja gerade zugunsten des Vindikanten wirkt.

<sup>138)</sup> Auch bei den lübischen Bestimmungen über das über See und Sand gebrachte Gut (darüber Meyer S. 142—147) handelt es sich um Fremdlingsrecht. Besonders bezeichnend ist, dass hier für Importen aus dem be-



Wir haben festgestellt, dass im deutschen und französischen Recht des Mittelalters auch gegenüber dem Käufer vom Unbekannten und dem Marktkäufer ausnahmslos<sup>139)</sup> der Satz festgehalten ist: Der Beklagte muss die Sache herausgeben. Er muss es tun, obwohl er den wirtschaftlichen Ausgleich, den er sonst von dem Gewähren bekommt, hier wegen des Fehlens eines solchen entbehren muss. Denn der Markt kann ihm natürlich nur für den Reinigungsbeweis, dadurch, dass er seinen Erwerb zu einem vorwurfsfreien, redlichen und daher straflosen macht, den Gewähren ersetzen. In jener anderen Richtung bleibt dagegen ein empfindliches Vakant.

Dass dies von Anfang an im Rechtsbewusstsein empfunden wurde, dürfen wir nach unseren früheren Ausführungen (oben S. 39 ff. unter 2) erwarten. „Tunc post praestitum sacramentum reddat caballum, et sit sibi contemptus“, heisst es in Roth. 232. Ich weise auf den Schluss in l. Visig. VII 2, 8: Wenn der Bestohlene selbst, der nach diesem Gesetz auch seinerseits den Dieb zu suchen pflichtig ist, das Vakant dadurch verschuldet hat, dass er „furem noverit, et eum publicare noluerit“, so soll er trotz des an sich begründeten Anefangs die Sache schliesslich doch an den Beklagten verlieren. Häufig, wie z. B. im Ssp. II 36 § 4, wird ausdrücklich hervorgehoben, dass der Marktkäufer die Pfennige verliert, die er um das Gut gab. „Geld und Gut aber muss er zugleich entbehren“, sagen die Lübecker Statuten von 1586 (IV 1, 9). Der Richtsteig Landrechts 13 § 5 formuliert sogar eine besondere Frage an die Schöffen: „oft he (der Kläger) jenen (Bekl.) um dat gelt, dar het umme kofte, icht tu rechte antwerden dorve“ und lässt die Schöffen darauf das Urteil finden: „he ne dorve“<sup>140)</sup>.

Aus diesem Milieu heraus ist der sogenannte Lösungsanspruch erwachsen. Im angelsächsischen Recht taucht er in einem vereinzelt, lokalen Rechtssatz schon sehr frühe (7. Jahrh.)

---

nachbarten Binnenland die Bedingungen für den Bestohlenen günstiger gesetzt sind: er verschweigt sich erst binnen Jahr und Tag. Das ist ein deutschrechtlicher, auf der Publizitätswirkung der Gewere beruhender Gedanke. Vgl. oben Anm. 100 u. 104.

<sup>139)</sup> Vgl. oben Anm. 109 u. 128.

<sup>140)</sup> worauf London a. a. O. S. 338 hingewiesen hat.

auf: zugunsten eines offenkundigen, unverhohlenen Kaufs in der Stadt London; wenn der Käufer seinen Gewähren nicht kennt, nur in diesem Falle, soll er hier vom Anefangskläger den Ersatz des Preises verlangen können<sup>141)</sup>. In Deutschland zeigt sich der Lösungsanspruch erst vom 13. Jahrhundert an<sup>142)</sup>, aber vor der Rezeption nur in sehr wenigen, freilich räumlich weit voneinander entfernten Quellen<sup>143)</sup>, immer nur, was auch Meyer betont, beim Marktkauf. In Frankreich arbeitet sich der Lösungsanspruch noch im Mittelalter zur überwiegenden Rechtsgestaltung heraus, auch hier in unverkennbarem Anschluss an den Marktkauf als Kauf vom Unbekannten. Man vergleiche z. B.

Contumes de Montpellier v. 1204 ch. 20 (Girard, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen-âge I* Anhang S. 53): „Si quis . . . rem . . . publice venalem bona fide putans esse illius qui vendit, emerit, . . . facto sacramento ab emptore quod nescisset furatam vel alienam esse, et non possit venditorem exhibere, dominus rei restituit emptori solum hoc quod in ea emptor dedit, et rem suam recuperat“ (dazu Meyer S. 135) und

Beaumanoir, *Contumes de Beauvoisis* XXV 22: „ . . . se cil qui a le coze l'aceta en marcié commun, comme cil qui creoit que li venderes eust pooir du vendre et ne connoist le vendor, ou il est en tel liu qu'il ne le pot avoir à garant: en tel cas, cil qui poursuit se coze . . . ne le r'aura

<sup>141)</sup> Hlothar und Eadric 16 (ed. Liebermann S. 11), dazu: Brunner, *RG. II* S. 507<sup>82)</sup>; Meyer S. 127 f.

<sup>142)</sup> In l. Visig. VII 2, 8 und der daraus verkürzt entnommenen l. Baiu. IX 7 ist die Herausgabe der Sache an den Kläger gegen Empfang des halben Kaufpreises nur vorläufige Prozessmassregel für die Zeit der beiderseitigen Suche nach dem Dieb. Das hat Meyer S. 258 f. dargetan. Ich weise zur Bestätigung noch auf das „ex integritate reformat“ und das „ex toto amittat“ in der westgotischen Stelle hin und auf die Ähnlichkeit mit der langobardischen Sitte der Preisrückzahlung im voraus zur Sicherung des Beklagten gegen seinen Gewährsmann (oben Anm. 119). — In l. Burgund. constit. extrav. XXI 9, ed. von Salis S. 121 (ed. Bluhme 107, 8 S. 576) handelt es sich um ein transitorisches Ausnahmegesetz in Kriegszeiten über einen Kauf vom feindlichen Volksfremden.

<sup>143)</sup> Vgl. die Zusammenstellung bei Meyer S. 128—131.

pas, s'il ne rent ce que li aceteres en paia; car puisqu'il l'aceta sans fraude et en marcié, il ne doit pas recevoir le perte de son argent por autrui meffet“.

Auch wo vom Marktkäufer verlangt wird, dass er „ait usé et acostumé à acheter tiex choses“, bekommt er sein Geld vom Kläger doch nur ersetzt, wenn er die bisherige Unerreichbarkeit seines Garanten beschwört und, dass er ihn, wenn er ihn künftig treffe, vor Gericht bringen werde (Établissements de St. Louis II 18, ähnlich Livre des droiz 109, 324)<sup>144</sup>). Freilich sind in späteren französischen Quellen die Voraussetzungen teilweise gemildert, indem z. B. dem Markterwerb anderer öffentlicher Erwerb gleichgestellt ist oder das Fehlen des Gewähren nicht ausdrücklich als Vorbedingung des Preisersatzanspruches gesetzt ist<sup>145</sup>).

Wie man nun den Lösungsanspruch historisch und juristisch aufzufassen hat, kann nach allem früher Gesagten nicht zweifelhaft sein.

Er hat sich im germanischen Recht ohne fremdrechtlichen Einfluss als Ausläufer des Kaufs vom Unbekannten entwickelt. Er füllt eine Lücke aus, die hier durch den Ausfall des Gewähren entstanden ist, und zwar die eine der beiden Lücken, die auf privatrechtlichem Gebiete entstandene. Er soll dem Anfangsbeklagten den wirtschaftlichen Ausgleich für die Entziehung der Sache bieten, den im Normalfall der Gewähr hätte leisten müssen. Er ist also Ersatz für den nicht realisierbaren Gewährschaftsanspruch des Beklagten gegen seinen Verkäufer, gerichtet auf das Minimum der Gewährschaftsleistung, nämlich nur auf den Ersatz des gezahlten Kaufpreises, nicht auch auf Interesse oder poena dupli (vgl. oben Cout. de Montpellier l. c.: „solum hoc quod in ea emptor dedit“). Er wahrt auch in der Art seiner Befriedigung den von der Rechtsordnung seit Alters im Auge behaltenen Zusammenhang mit dem Anspruch des Anfangsklägers auf Herausgabe der Sache, er geht deshalb auf Leistung Zug um Zug gegen den Empfang der Sache.

Er setzt an die Stelle des fehlenden Gewähren den Kläger

<sup>144</sup>) Erstere Stelle éd. Viollet II S. 394 f., letztere nach Franken S. 280 f.

<sup>145</sup>) Vgl. die von Meyer S. 134 ff. zitierten Quellenstellen.

als Gewährschaftsverpflichteten. Das ist ein enormer Eingriff in die Rechtssphäre des Klägers. Nur die stärksten Antriebe haben diesen Eingriff durchzusetzen vermocht. Das Gros der deutschen Rechte hat ihnen andauernd widerstanden. Die Antriebe lagen im Marktkauf und in den Marktverhältnissen. Sie erzeugten eine doppelte Wirkung.

Einmal schuf der Marktkauf den Typus des redlichen Erwerbs. Er schuf ihn zunächst und schon sehr frühe und durchgehends in allen germanischen Rechten für das strafrechtliche Gebiet, für die Befreiung von der Diebstahlsbusse. Er füllte damit die andere der beiden Lücken aus, die beim Kauf vom Unbekannten durch den Ausfall des Gewährten entstanden. Der Marktkäufer soll um seiner typischen Redlichkeit willen nicht schlechter stehen, als derjenige, welcher seinen Gewährten hat, — das war der entscheidende Gedanke. Er wurde allmählich so mächtig, dass er auch auf privatrechtlichem Gebiete empfunden wurde und nach Verwirklichung drängte. „Puisqu'il l'aceta sans fraude et en marcié, il ne doit pas recevoir le perte de son argent por autrui meffet“ (vgl. oben), so wird im klassischen Lande des Lösungsanspruchs von Beaumanoir der Preisersatz gerechtfertigt. Der Marktkauf hat schon vor dem römischen Recht den redlichen Erwerb in die zivilistische Ordnung der Fahrnisverfolgung eingeführt<sup>146)</sup>.

Zweitens erwuchs aus den Marktverhältnissen die Idee des Verkehrsschutzes im Markt- und Handelsinteresse. „Cil avoue bon garant“, sagt Beaumanoir an anderer Stelle (XXXIV 47, dazu Franken S. 281 nr. 14), „... s'il l'aceta en plain marcié commun . . .; car por ce sont li marcié establi, c'on y puist vendre et aceter communement“. Und § 40 der Handfeste für Leobschütz von 1270 leitet die Bestimmung über

<sup>146)</sup> Hierin stimme ich mit Franken S. 302 ff. durchaus überein. Der Marktschluss war ein objektives, typisches Redlichkeitsmerkmal, an ihn konnten später andere Typen der Redlichkeit sich ansetzen und schliesslich die römische, subjektive bona fides des Einzelfalles (S. 306 ff.). Die Ausführungen Meyer's (S. 140, 293 ff.) hiergegen sind wegen der falschen Verwendung des Öffentlichkeitsmomentes (vgl. oben den Text) verfehlt.

den Lösungsanspruch<sup>147)</sup> mit den Worten ein: „Item, in die forensi tanta est libertas fori publici“.

Der grundlegende Gedanke<sup>148)</sup> ist also: Im Interesse des Verkehrsschutzes soll der eines erreichbaren Gewähren darbene Dritte dem Dritten, der seinen Gewähren hat, wirtschaftlich gleichgestellt werden. Rechtfertigungsgrund ist die Redlichkeit des Erwerbs. Mittel, dieses Ergebnis herbeizuführen, ist der subsidiäre Eintritt des die Sache Zurückfordernden in die materielle Gewährschaftspflicht. Das Rückforderungsrecht selbst wird dadurch nur insofern berührt, als seine Verwirklichung durch die Erfüllung der Gewährschaftspflicht bedingt wird (Leistung Zug um Zug); insofern wird es zu einem Recht auf Einlösung, statt auf bedingungslose Herausgabe.

Diese Erklärung nähert sich am meisten der von London<sup>149)</sup> gegebenen, deren strafprozessualischer Ausgangspunkt aber nach der obigen Darlegung (Text zu Anm. 133) ein unrichtiger ist. Sie setzt sich in Gegensatz zu den übrigen, bisher in der Literatur vertretenen Ansichten.

Nach Franken<sup>150)</sup> gibt der ehrliche Aufwand für die Sache dem Beklagten einen konstitutiven Titel für den Erwerb der Sache. Aber das Angebot der Erstattung dieses Aufwandes seitens des Klägers räume diesen Titel aus; denn seine Ablehnung würde die bona fides des Beklagten beseitigen. — In Wirklichkeit erwirbt der Beklagte aber Eigentum an der Sache nicht, und würde er es konstitutiv erwerben, so wäre nicht einzusehen, warum er es nicht gegen den Kläger voll zur Geltung bringen können. Mit Recht hat London<sup>151)</sup> in jener Aufstellung einen Zirkelschluss gefunden<sup>152)</sup>.

Zycha<sup>153)</sup> geht von seinem Grundgedanken aus, dass nach

<sup>147)</sup> Tzschoppe und Stenzel, Urkundensammlung zur Geschichte des Ursprungs der Städte . . . in Schlesien und der Ober-Lausitz (1832) S. 379. Dazu Meyer S. 129 f.

<sup>148)</sup> Ich ziehe aber dabei nur die mittelalterliche Gestaltung des Lösungsanspruches in Betracht.

<sup>149)</sup> Anefangsklage S. 336 ff.

<sup>150)</sup> Pfandrecht S. 296 ff., 302 ff.

<sup>151)</sup> S. 340.

<sup>152)</sup> Vgl. gegen Franken auch Meyer, Entwerung S. 124 f.

<sup>153)</sup> S. 121 f.

germanischem Recht jüngerer redlicher Erwerb Eigentum verschaffe und das bisherige Eigentum aufhebe. Wo dieser Gedanke wegen des odium furum ausser Anwendung bleibe, gebe es doch für den redlichen Erwerber „Schutz des Entgelts“. In diesem Sinne wirke der Gewährenzug. Fehle ein Gewährer und sei der Erwerber doch redlich, so müsste, da ja hier das odium furum nicht durchgreife, der Grundgedanke wieder zur Anwendung kommen. Das wäre das richtige. Er „offenbare sich“ hier aber nur in einem Minus in Gestalt wenigstens der „Aufhebung des Schadens des Sachverlustes“, in Gestalt einer „Halbheit“ (S. 148). — Jener Grundgedanke ist oben eingehend widerlegt worden; damit fällt das Weitere.

H. Meyer<sup>154</sup>) lässt auch hier den Publizitätsgedanken einspielen. Die Öffentlichkeit des Erwerbs des Beklagten sei das Entscheidende, insbesondere der Marktkauf sei öffentlicher Kauf. „Bei öffentlichem Kaufe werde die vermögensrechtliche Leistung für die Sache kundbar und somit (!) rechtlich geschützt“ (S. 124), und zwar in der Weise, dass „dem vitium der Furtivität und dem daraus entspringenden Anspruch auf Wiederherstellung der früheren Gewere die Publizität des Erwerbes und der daraus entspringende Gegenanspruch auf Ersatz des Kaufpreises entgegentrete“ (S. 140). „Der Rechtsgrund des Lösungsanspruches sei zweifellos die Kundbarkeit des Erwerbes“. „Der Beweis der Unverdächtigkeit des Erwerbs sei allerdings unumgänglich erforderlich, wenn der Erwerber durch den Erwerb Rechte erhalten wolle; sie sei aber nicht Rechtsgrund, sondern Voraussetzung, da der Erwerb, wenn die Reinigung vom Verdachte nicht erfolge, als deliktmissig gelte und durch deliktmissige Handlungen Rechte nicht erworben werden könnten“ (S. 295).

Gegen diese Verwendung des Publizitätsgedankens muss ich mich auf das Entschiedenste erklären.

„Forum, mercatum publicum“ wird mit „offenem, freiem, gemeinem, gesetztem Markt, marché le rei, marché commun,

---

<sup>154</sup>) S. 123 ff., 127, 129, 140, 294 ff. Den Anstoss gab wohl die Bemerkung Huber's in Gewere S. 15<sup>27</sup> (vgl. darüber oben Anm. 109). Vgl. auch Wellpacher a. a. O. S. 636<sup>14</sup>.

plaine foire, loial marchiez“ durchaus identisch gebraucht. Es ist der ordentliche, recht- und gesetzmässige, mit Marktfrieden unter Königsbann ausgestattete<sup>155)</sup> Markt. Auf eine Publizitätsfunktion des Marktes im obigen Sinne deutet der Ausdruck gewiss nicht hin. Der Markt würde sie auch am allerwenigsten erfüllen können. Der einzelne Kauf soll durch den Abschluss auf dem Markt kundbar werden? Im Gegenteil, er verschwindet dort geradezu unter der Masse der abgeschlossenen gleichartigen Geschäfte. Und sogar speziell auf die Preiszahlung (nicht auf die Sachübertragung) soll die Kundbarkeit gerichtet sein? Und diese Art von Kundbarkeit soll der tiefste Grund sein für jenen enormen Eingriff in die Rechtssphäre des Klägers, wie ihn der Lösungsanspruch bedeutet? Das ist nicht glaublich.

Meyer wertet nicht genug den Zusammenhang mit dem Kauf vom Unbekannten. Der Marktschluss ist der Adelsbrief für den letzteren. Er tilgt den Makel der Verdächtigkeit dieser Art des Kaufs und prägt ihm den Stempel der Redlichkeit auf. Das ist oben (S. 42 ff.) unter Heranziehung der treffenden Worte Heusler's dargetan. Dabei spielt auch die Öffentlichkeit des Vorgangs eine Rolle, aber nicht im Meyerschen Sinne, sondern als ein Zeichen (unter anderen) der Unverdächtigkeit, Redlichkeit des Kaufs im Gegensatz zum verdächtigen, heimlichen Tun. Ich kann mich hierin nur den Ausführungen Franken's (S. 306) anschliessen und halte die Polemik Meyer's (S. 295) dagegen für verfehlt.

Als ein solches Redlichkeitsmerkmal wirkt der Marktschluss in Deutschland und Frankreich jahrhundertlang zugunsten der Straflosigkeit des Marktkäufers. Das muss im Grunde auch Meyer zugestehen. Und nun mit einem Male, als der Marktschluss auch privatrechtlich, in der Richtung des „Lösungsanspruches“, zu wirken beginnt, soll hier diese Wirkung eine gänzlich andere sein, nicht mehr eine Wirkung der Redlichkeit des Kaufs, sondern seiner Kundbarkeit?

Endlich betrachte man das Wesen dieser angeblichen Publizitätswirkung des Marktkaufs. Gegen wen richtet sie

<sup>155)</sup> Rietschel, Markt und Stadt S. 199 ff.

sich? Gegen den Bestohlenen, Entwerten. Er soll ja dadurch mit dem Zwang zur Einlösung belastet werden. Für ihn, den Abwesenden, der später seine Sache unter dem Käufer findet, ist jener Marktschluss gewiss nicht erkennbar gewesen. Nur im Zusammenhang mit der Verschweigung<sup>156)</sup> könnte ich mir überhaupt eine solche rechtsmindernde Publizitätswirkung vorstellen. Von einer Verschweigung ist hier aber keine Rede.

#### IV.

Ich fasse das Ergebnis der obigen Erörterungen unter II und III dahin zusammen: Die Verfolgbarkeit der abhanden gekommenen Sachen gegen Dritte kann nicht aus dem Publizitätsgedanken hergeleitet werden, sondern steht im Gegensatz zu ihm — es gibt hier trotz des Fehlens des mit der Gewere verlorene gegangenen und anderweitig nicht ersetzten Publizitätsmittels dennoch eine Klage gegen jeden Dritten!

Wie ist dies zu erklären? Welches war der gegenwirkende Gedanke von solcher Macht, dass er für die Fälle des Abhandenkommens die Wirkung des Publizitätsgedankens auszuschliessen vermochte?

Die Erklärung darf nicht allein im kriminellen und im prozessualischen Bereich gesucht werden. Dass dorther entnommene Momente für die Einrichtung des Gewährenzuges bestimmend waren, haben wir oben (S. 46) betont. Durch den Zug von dem einen Gewähren zum anderen sollte der Dieb ermittelt, durch das Hinaufschieben der gestohlenen Sache durch die Reihe der Gewähren sollte er im Wege der leiblichen Beweisung<sup>157)</sup> überführt, durch beides sollte zugleich die Rechtmässigkeit der Klage, d. h. die Wahrheit der Behauptung des Klägers, dass er seiner Gewere dieblich oder räuberisch entsetzt worden, dargetan werden<sup>158)</sup>. Aber, nachdem die Sache diese Mission erfüllt hatte und das Verbrechen strafrechtlich geahndet war, warum kehrte sie dann nicht zu dem Dritten

<sup>156)</sup> Vgl. oben Anm. 100, 104, 138.

<sup>157)</sup> Vgl. besonders London S. 121 f., 187, 204 ff. So kam man zu demselben Endergebnis, wie beim Verfahren auf handhafter Tat (oben S. 23).

<sup>158)</sup> Vgl. Heusler, Gewere S. 491.



zurück, der sie rechtmässig erworben hatte? Warum erhielt sie nunmehr der Kläger? Das musste seinen besonderen Grund haben. Noch viel deutlicher weisen auf einen solchen diejenigen Fälle hin, in denen ohne vermittelnden Gewährszug der Dritte, bei dem die Sache gefunden wurde, sie direkt an den Bestohlenen herauszugeben pflichtig war. Das war schon nach tit. 37 der *lex Salica* bei Auffinden der Sache in ununterbrochener, fristzeitiger Spurfolge (oben S. 24 ff.) der Fall. Es war ferner der Fall beim Kauf vom Unbekannten und seinem Ableger, dem Marktkauf. Es traf drittens nach denjenigen Rechten, die den Gewährszug beschränkten, dann zu, wenn der Schub bei einem rechtmässigen Dritterwerber, also ohne auf den Dieb gestossen zu sein, sein Ende erreicht hatte (oben Anm. 134). Hier war überall die Herausgabepflicht losgelöst von der kriminellen Verfolgung des Diebstahls; das Verfahren hatte das eine Ziel, die Missetat an dem Täter zu sühnen, verfehlt und kehrte nur noch das andere Ziel heraus, dem Bestohlenen wieder zu seiner Sache zu verhelfen, — ein Beweis, dass dieses letztere, wenn nicht das primäre oder das hauptsächlichste, so doch das in allen Fällen bleibende, immanente war.

Die Herausgabepflicht des Dritten muss also noch ihre besondere zivilrechtliche Ursache gehabt haben. Darin hat Huber<sup>159)</sup> vollkommen Recht. Diese Ursache ist aber nicht auf seiten des Erwerbers zu finden, in einer gegen ihn sprechenden Diebstahls-, Hehlerei- oder Unredlichkeitspräsumtion — Franken<sup>160)</sup>, London<sup>161)</sup> — oder einer typischen, d. h. im Regelfall vorliegenden, Fahrlässigkeit auf seiner Seite (Huber). Derartiges würde immer wieder auf eine Erkennbarkeit, Offenkundigkeit des *vitium rei furtivae* im Sinne Huber's und Meyer's zurückführen. Die Ursache ist daher auf der anderen Seite, beim Bestohlenen, zu suchen, freilich nicht in einer Wirkung seines dinglichen Rechts, insbesondere etwa seines

<sup>159)</sup> Gewere S. 16, vgl. oben S. 18.

<sup>160)</sup> Französ. Pfandrecht I S. 299 ff.

<sup>161)</sup> S. 75, 100. Auch Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France* VII S. 237 f., nimmt für die fränkische Zeit eine Diebstahlspräsumtion an, die aber später gefallen sei. Gegen die London'sche Unredlichkeitspräsumtion auch v. Amira, *Recht* 3 S. 130 N. 1.

Eigentums. Dass dieses nicht der Klagegrund der Anfechtungsklage gegen den Dritterwerber war, kann seit Laband's<sup>163)</sup> überzeugenden Darlegungen m. E. nicht mehr angezweifelt werden. Klagegrund war vielmehr die Tatsache des dieblichen Verlustes der Gewere, des Gewerebruchs.

Der Gewerebruch ist aber Bruch des Rechtsfriedens und soll als solcher nicht bloss an dem Friedebrecher kriminell gesühnt, sondern auch privatrechtlich geheilt werden. Die privatrechtliche Reaktion gegen den Friedebbruch zugunsten des Verletzten war im deutschen Recht von besonderer Stärke. Das tritt z. B. in dem ältesten deutschen Landfriedensgesetz, dem Pactus pro tenore pacis der Könige Chlothar I und Childebert I zwischen 511 und 558<sup>163)</sup>, darin hervor, dass die centena, in deren Bereich der Diebstahl verübt war, zualler-nächst dem Bestohlenen den Wert der Sache ersetzen und dann die Verfolgung des Verbrechers aufnehmen sollte, um ihn der Strafe zuzuführen und sich an ihm schadlos zu halten. „Si furtus factus fuerit, capitale de praesente centena restituat, et causa centenarius cum centena requirat“, sagt auch die ähnliche Vorschrift des c. 11 der für Austrasien erlassenen *decretio Childeberti II* von 596<sup>164)</sup>. War vielleicht auch von den Gesetzgebern diese Gesamthaftung als ein Ansporn zu eifriger Verfolgung gedacht, so muss sie doch ohnedies — das darf man wohl annehmen — der Volksüberzeugung nahe gelegen haben<sup>165)</sup>. Ähnliche Gesamthaftungen für Diebstahlsschaden, jedoch auf genossenschaftlicher Grundlage, begegnen uns in den angelsächsischen, besonders den Londoner, Friedensgilden<sup>165a)</sup>.

<sup>163)</sup> a. a. O. S. 108 ff. Vgl. besonders auch H. Meyer, *Entwerung* S. 14 ff., ferner Brunner, *RG. II* S. 509, Gierke, *Fahrnisbesitz* S. 71 und *Encykl. I* S. 520, auch Jobbé-Duval in *Nouv. rev. h. de droit* 4 S. 475. Ebenso Heusler in *Gewere* S. 491 ff., 502, aber in *Instit. II* S. 210<sup>3</sup> doch nicht mit vollem Anschluss an Laband.

<sup>163a)</sup> M. G. *Leges Sectio II Capitularia I* p. 3 sqq. ed. Boretius, besonders c. 9.

<sup>164)</sup> ebenda p. 17.

<sup>165)</sup> Vgl. hierzu Brunner a. a. O. S. 147<sup>37</sup>.

<sup>165a)</sup> *Judicia civitatis Lundoniae* (930—940) c. 2 und 6 (Liebermann, *Ges. der Angelsachsen I* S. 174 ff.), dazu Gierke, *Genossenschaftsrecht I* S. 229 f.; Hegel, *Städte und Gilden I* S. 24 ff.

Die beste privatrechtliche Heilung des Friedensbruches war es aber, die gebrochene Gewere wiederherzustellen, dem Bestohlenen, Beraubten, wenn die tatsächliche Möglichkeit durch Entdeckung der Sache und Identitätsfeststellung sich eröffnete, unter allen Umständen wieder zu seiner Sache zu verhelfen. Ich möchte beispielshalber auf eine vom rheinischen Bunde zu Würzburg am 15. August 1256 beschlossene Landfriedens-einung<sup>166)</sup> hinweisen. Dort wird die Notwendigkeit, dem Beraubten sein Gut „gratis, sine aliqua peccunia“ zurückzuhändigen, in erste Linie gestellt und besonders auch gerade für den dritten Käufer, der „illam predam emerit inscienter credens se iusta bona comparasse“, also für den schuldlosen, redlichen Dritten betont. Er ist die Herausgabe dem Landfrieden schuldig. Es ist die kräftige Reaktion gegen den Friedebruch, welche im deutschen Recht dem Entwerten einen Herausgabeanspruch gegen jeden Dritten, ganz gleichgültig, ob er redlich oder unredlich ist, verschafft. Und wir möchten deshalb wohl auch in c. 38 des Berner Stadtrechts des 13. Jahrhunderts<sup>167)</sup>:

„Quicumque burgensis rapinam scienter seu nescienter emerit, cum ille cui ablata fuerit venerit, et testibus probaverit res illas sibi injuste fore ablatas, tenetur ei reddere absque omni dampno. Et hoc ideo statutum est, ne per unius delictum Civitas patiat infamiam et detrimentum“

die am Schluss gegebene Begründung nicht mit Huber<sup>168)</sup> auf eine doktrinaire Neigung des Redaktors zurückführen, sondern als Ausdruck eines im Volke wirklich empfundenen Zusammenhangs betrachten. Damit steht im Einklang, dass unser Satz von derjenigen Art der Entwertung ausgegangen ist, bei welcher

<sup>166)</sup> Ed. Weiland in Mon. Germ. Legum Sectio IV T. II (Quartausg.) nr. 428 c. 2 p. 589, auch bei Keutgen, Urkunden nr. 124 S. 88, dazu Gierke, Genossenschaftsrecht I S. 501 ff.

<sup>167)</sup> Ausg. Welti (1902) in Rechtsquellen des Kantons Bern I 1 S. 16, vgl. auch Kommentar von Zeerleder dazu in der Festschrift zur VII. Säkularfeier der Gründung Berns (1891) S. 70.

<sup>168)</sup> Zeitschrift des Berner Juristenvereins 10 S. 101 nach dem Zitat von Zeerleder a. a. O. N. 5.

der Bruch des Rechtsfriedens am sinnfälligsten hervortritt (vgl. auch Liutpr. 131: „ruptura casae“), nämlich dem Diebstahl und Raub, und dass er in vielen Rechten noch bis in die spätere Zeit<sup>169)</sup> darauf beschränkt geblieben ist. Mit welcher Schärfe wird dies z. B. noch im c. 58 des Freiburger Stadtrodels (Mitte des 13. Jahrh.)<sup>170)</sup> ausgesprochen: „Nemo rem sibi quoquo modo sublatam repetere vel sibi vindicare audeat, nisi iuramento probaverit, eam sibi furto vel preda fuisse sublatam!“ Nur, wo flagranter Friedensbruch vorliegt, soll der Drittbesitzer dem Verletzten weichen müssen! Wo aber dann andere Fälle des Gewerebruchs unter den Anefang mit einbezogen werden, wird dies gelegentlich, wie z. B. im Rechtsbuch nach Distinktionen IV 42 d. 4 bezüglich der abgetragenen Sachen (oben S. 16 u. S. 33), durch die Gleichstellung mit Diebstahl oder Raub gerechtfertigt: „czu deme gute mag sich dy fruwe adder der herre zcin selbderte, glicherwis al ab is on vorstoln wer adder ab is geroubet wer“<sup>171)</sup>. Auch verlorene Sachen erscheinen wohl unter dem Gesichtspunkt anefangbar, dass das Verschweigen des Fundes einem Diebstahl ähnlich behandelt wird<sup>172)</sup>. Schliesslich bildet sich durch den Hinzutritt dieser und anderer Fälle zu der andauernd an erste Stelle gesetzten Entwerung durch Friedebruch, unter allmählicher Herauskehrung eines kontradiktorischen Gegensatzes zum Handwahr-Hand-Gedanken, der Oberbegriff des unfreiwilligen Gewereverlustes heraus, und es wird im ganzen Bereich dieses Begriffes die abhanden gekommene Sache gegen alle Dritterwerber verfolgbar.

Der Drang, die Wirkungen des Friedebruchs auszulöschen, den privatrechtlichen Zustand wiederherzustellen, wie er vorher bei ungebrochenem Rechtsfrieden bestand<sup>173)</sup>, hat also für den

<sup>169)</sup> Vgl. die eingehenden Nachweise bei Meyer S. 42 ff.

<sup>170)</sup> Gaupp, Stadtrechte II S. 36.

<sup>171)</sup> Dazu Meyer S. 59.

<sup>172)</sup> Meyer S. 49, 155 ff.; Glasson a. a. O. S. 234, 238.

<sup>173)</sup> Ähnlich Heusler, Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 17 und Gewere S. 492, der daraus auch mit Recht den exekutorischen Charakter des Spurfolgeverfahrens (oben S. 24 ff.) und den halbexekutorischen des Anefangsverfahrens herleitet.

Verletzten einen Herausgabeanspruch geschaffen und dadurch mittelbar seinem dinglichen Recht, wenn er ein solches hatte, in den fraglichen Fällen trotz mangelnder Publizität Wirksamkeit gegen alle Dritthinhaber verliehen. Dass damit in die Rechtssphäre des Dritten eingegriffen wurde, kam wohl zum Bewusstsein. Ich möchte in den hie und da auftretenden Verboten, gestohlene Sachen zu kaufen, — ich weise z. B. auf l. Baiuw. IX 13 und auf die oben (Anm. 166) zitierte Landfriedensvereinbarung von 1256 hin — Versuche erblicken, die Herausgabepflicht des Käufers von seiner Person aus äusserlich zu rechtfertigen, namentlich in bezug auf den Fall seiner Unbekanntschaft mit der Furtivität des gekauften Gegenstandes. Denn von einer sonstigen materiellen Wirkung des Verbots, etwa einer Ungültigkeit des Kaufs, war natürlich keine Rede. Im Gegenteil, der aus dem Kauf entspringende Gewährschaftsanspruch des Käufers gegen seinen Verkäufer stand, wie wir oben S. 39 ff. erörtert haben, als Mittel wirtschaftlichen Ausgleichs für die durch jenen Eingriff dem Dritten widerfahrere Einbusse mit im Vordergrund der Betrachtung. Das, was Huber<sup>174)</sup> in bezug auf den Erwerber einer an fremdem Orte entwendeten Sache zur Rechtfertigung seiner — ja hier aus der Publizität des vitium unmöglich abzuleitenden — Herausgabepflicht anführt, dass „er die Partei war, die einem anderen den Glauben geschenkt hatte, und nicht der Kläger (der Bestohlene)“, und dass er deshalb dem letzteren habe weichen müssen, möchte ich von allen redlichen Käufern entwendeter Sachen gelten lassen. Der Hinweis auf den „bei dem Verkäufer gelassenen und bei ihm wieder zu suchenden Glauben“ mildert die Härte der vom Standpunkt des in seinem Rechtsfrieden Gekränkten unabweisbaren Herausgabepflicht — eine Art Gegenstück zu dem Satze: „Hand wahre Hand“<sup>175)</sup>. Wo aber diese Milderung nicht gilt, der Dritte gerechtfertigterweise, weil er seinen Verkäufer nicht kennt, den Glauben dort, wo er ihn ge-

<sup>174)</sup> Gewere S. 14, vgl. oben S. 18.

<sup>175)</sup> Diesen Gedanken hat in ebenderselben Fassung schon Cosack in Bekker's und Fischer's Beiträgen zur Erläuterung des Entwurfs, Heft 13 S. 49, ausgesprochen und de lege ferenda für seine treffliche Kritik des Lösungsanspruches nutzbar gemacht.

lassen hat, nicht wieder suchen kann, in diesen Fällen (Marktkauf) tritt die Wertung des Rechtsfriedens in dem trotzdem dem Entwerten verliehenen Herausgabeanspruch in das hellste Licht (oben S. 44 f.). Hier ist indessen auch der Punkt, an dem sich, wie wir oben gesehen haben, ein Sondertrieb der Entwicklung als Lösungsanspruch anzusetzen vermochte, in dem Sinne, dass die Wertung des Rechtsfriedens als solche zwar bestehen blieb — der Entwerte muss wieder zu seiner Gewere gelangen! —, dass aber die Ausgleichspflicht für den dadurch verursachten Eingriff in die Rechtssphäre des Käufers von dem unerreichbaren Verkäufer auf den Entwerten selbst übergewälzt wurde. —

Oben (S. 19 f.) wurde die Bedeutung der hier behandelten historischen Frage für die Entwicklung des deutschen Rechtes nach der Rezeption und für das geltende Recht und die Gesetzgebung der Gegenwart berührt. Die vorstehenden Ausführungen dürften hierfür soviel dargetan haben:

Die durch den Beweis redlichen Erwerbs widerlegbare Diebstahls- oder Unredlichkeitspräsumtion, die nach den Nachweisen Wellspacher's der *Usus Modernus* bei der *condictio furtiva* wie bei der *actio spolii* gegen den beklagten Drittinhaber gelten liess, kann nicht mit Wellspacher als die von einer *praesumptio iuris et de iure* zur blossen *praesumptio iuris* abgeschwächte, deutschrechtliche, zivilistische Wirkung einer Publizität des *vitium furti* aufgefasst werden. Sie ist vielmehr in ihrer Umdrehung der Beweislast meines Erachtens nichts weiteres als die äusserste, durch das Vorbild der deutschen Anfangsklage angetriebene, auf dem Boden des römischen Rechts noch zulässige Ausdehnung der *condictio furtiva* und der *actio spolii*. Dass die deutschrechtliche Entwicklung auf einen redlichen Eigentumserwerb Dritter an gestohlenen Sachen als Endziel hinweise, ist durchaus unrichtig.

Im Gegenteil, es lässt sich behaupten, dass die im deutschen Recht für eine Verfolgbarkeit der gestohlenen Sachen gegen redliche wie unredliche Dritte wirksam gewesenen Gedanken auch heute noch für eine Rechtsordnung, die auch ihr Fahrnisrecht (nicht bloss ihr Liegenschaftsrecht) auf dem deutschrechtlichen Publizitätsgedanken aufbaut, Bedeutung, wengleich

vielleicht nicht ausschliessliche — Wertung des Verkehrsschutzgedankens!<sup>176)</sup> — beanspruchen dürfen, nämlich: einerseits die energische zivilrechtliche Reaktion gegen Entwertung zugunsten des Entwerteten<sup>177)</sup> — andererseits der Gedanke, dass der Dritte eher bei seinem Gewähren Ersatz findet, als der Entwerte beim Missetäter<sup>178)</sup>. Eine Entscheidung für oder gegen den Lösungsanspruch aber dürfte nicht an der Frage vorbeigehen, ob überhaupt und bis zu welcher Grenze nach den heutigen Verhältnissen des Warenverkehrs in den Fällen, in denen eine Vindikation praktisch werden kann (Identitätsfeststellung), noch damit zu rechnen ist, dass der Käufer seinen Verkäufer nicht kennt.

<sup>176)</sup> der m. E. keinesfalls übertrieben werden darf. Vgl. Ehrenberg Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit in Iherings Jahrb. 47 S. 273 ff.

<sup>177)</sup> Vgl. auch die von Wellspacher S. 685 zitierte Stelle aus Perneder's Institutionen Buch IV Titel 1 (Ausg. 1600 S. 302): „Item das gestolen gut soll seinem rechten Herrn stracks wider werden unnd ob gleich der Dieb dasselbige einem andern verkaufft hett so muss doch der Kauffer und ein jeglicher in dess Gewalt solches gestolen Gut gefunden wird dasselbig dem rechten Herren dem es gestolen worden folgen lassen“.

<sup>178)</sup> Nach Zycha a. a. O. S. 147 ist es ein „Billigkeits-Argument“. Wohl! aber ein tief in der Geschichte der deutschen Fahrnisverfolgung wurzelndes.





# Ergebnisse einer alaniannischen Urbarforschung

von

**Konrad Beyerle**





Wir können die Freude der Romanisten über die Papyrusfunde in den Sandfeldern Ägyptens voll begreifen. Sie haben zu den bisher bekannten Denkmälern des antiken Rechts nie zu erhoffende neue Schätze der Rechtserkenntnis hinzugefügt, einzigartig durch ihre plastische Wirklichkeit und vollendete Unmittelbarkeit, Prozessakten und Geschäftsurkunden, die die Rechtskultur des griechisch-römischen Ägyptens in helles Licht setzen, die das praktische Rechtsleben längstversunkener Geschlechter einer der blühendsten Provinzen des Römerreiches vor uns wieder erstehen lassen.

Jede Rechtsgeschichte muss rechnen mit dem Gegensatz zwischen Gesetzesrecht und Verkehrsrecht, zwischen Gesetzeswillen und Rechtswirklichkeit, zwischen Rechtsnormen und Rechtsgeschäften. Je weiter wir in der geschichtlichen Entwicklung zurückblicken, um so geringer ist der Bestand an positiven Rechtsquellen im engeren Sinne. Das Wenige, was an geschriebenem Rechte dann überliefert zu werden pflegt, reicht nicht aus, ein vollständiges Bild des Rechtslebens zu geben. Für das am längsten sich selbst überlassene Privatrecht sind uns zumeist nicht einmal die Grundlagen genannt. Tritt später in steigendem Masse der Gesetzesstoff in seiner zunächst konkreten, allmählich abstrakter werdenden Fassung gegenüber der ausschliesslichen Herrschaft der Gewohnheit in den Vordergrund, so haben wir doch auch in ihm bestenfalls nur eine Hälfte des jeweiligen Rechts in der Hand. Eine mehr oder minder gute Zeichnung mit oft recht scharfen Konturen. Aber nur die Kenntnis des Rechtslebens vermag dieser Zeichnung Farben zu geben. Da zeigt sich oft, dass die Umrisse der

Zeichnung des Gesetzes im farbigen Bilde der Wirklichkeit verwischt und verschoben erscheinen. Je ursprünglicher die Rechtskultur, je grösser der Mangel an einer die Gesetzesanwendung überwachenden Instanz, um so stärker die zentrifugale Richtung des Verkehrsrechts. Daher der grosse Wert aller Überlieferung praktischer Rechtsbetätigung für die rechtsgeschichtliche Forschung. Es wäre eine noch dazu ungenaue Teilrechtsgeschichte, die sich auf die Gesetze verlassen und die Urkunden vernachlässigen wollte.

Der deutschen Rechtsgeschichte insonderheit harren noch weite Aufgaben. Von Volksrechten, Kapitularien und Rechtsbüchern hat sie ihren Lauf begonnen, das historisch-chronikalische und urkundliche Material hat sie in steigendem Masse wenigstens für die älteren Perioden herangezogen. Aber mit der Aufarbeitung der reichen Bestände praktischer Rechtsdenkmäler für die Zeit des deutschen Mittelalters stehen wir, wie jeder Sachkundige weiss, erst am Anfange.

Neben den unmittelbaren Rechtsquellen und den Geschäfts- und Prozessurkunden steht aber noch ein dritter, dem vollen Leben entnommener Stoffkreis, dem erst in neuerer Zeit gleichermaßen von der rechts- und wirtschaftsgeschichtlichen Forschung erhöhte Aufmerksamkeit zuteil wird. Das Polyptychon der untergehenden antiken Grossgrundherrschaft lebt im mittelalterlichen Urbar fort. Das Wort Urbar, abgeleitet vom ahd. *urpëran* = hervorbringen, bedeutet ursprünglich den natürlichen Ertrag eines Grundstückes, in übertragener Bedeutung die von den Bebauern ausgeliehener Grundstücke an die Grundherren des deutschen Mittelalters zu leistenden Abgaben, schliesslich und bald allgemein die schriftliche Zusammenstellung sämtlicher Abgaben einer Herrschaft. Überall sind solche Urbare im letzteren Sinne überliefert, grösstenteils nicht über das 13.—14. Jh. zurückreichend, vereinzelt jedoch viel älteren Ursprungs. Aber auch die jüngeren sind häufig von älteren abgeschrieben. Es begreift sich, dass das Gefällverzeichnis einer einzelnen Grundherrschaft die Tendenz immerwährenden Bestandes in sich trägt. So vermag eine mit dem Rüstzeug historischer Kritik zuwerkgehende Forschung aus den Urbaren die relativ sichersten Ergebnisse für die Probleme der Bodenverteilung und

Ständeverschiebung zu gewinnen. Häufig ist der Urkundenbestand einer Grundherrschaft lückenhaft, seine Überlieferung eine mangelhafte und zufällige. Ein einziges Urbar vermag in solchen Fällen zur unmittelbarsten Anschauung der geschichtlichen Wirklichkeit hinzuführen. Es steht bestimmt zu erwarten, dass die immer wieder schwankende Ständelehre durch umfassende Urbarverarbeitung auf endgültig festen Boden wird gestellt werden können. Die hohe Bedeutung der Urbare für Landes-, Wirtschafts- und Rechtsgeschichte wird denn auch immer mehr anerkannt. Angesehene Publikationsinstitute haben in den letzten Jahren, unter dem Vortritt der Gesellschaft für rheinische Geschichtskunde, umfassende Urbareditionen in ihr Programm aufgenommen. Für Oberdeutschland ist die 1904 abgeschlossene Veröffentlichung des habsburgischen Urbars ein wissenschaftliches Ereignis<sup>1)</sup>. In mustergültigem Notenapparat sind hier die Angaben des grössten süddeutschen Güterverzeichnisses aus den Urkunden und sonstiger geschichtlicher Überlieferung belegt und erläutert worden. Bereits geht die rechtsgeschichtliche Forschung daran, aus diesem reichen Felde Garben einzuheimsen<sup>2)</sup>. Helles Licht fällt aus dem habsburgischen Urbar auf Gerichts- und Standesverhältnisse, auf Zuständigkeitsabgrenzungen, auf die Bewirtschaftung grundherrlicher Pfarreien, auf das Vogteiwesen, auf die Entwicklung der habsburgischen Landstädte in Oberdeutschland, insgesamt auf die Entwicklung der Landeshoheit.

Dabei ist das Haus Habsburg vielfach in älteren Besitzstand eingerückt: Kirchenlehen und Kirchengveteien boten allen weltlichen Grossen des 11.—13. Jh. eine willkommene Vergrösserung ihres Besitzstandes. Das Erbe der Grafen von

<sup>1)</sup> Quellen zur Schweizer Geschichte. Herausgegeben von der allg. geschichtsforschenden Gesellschaft der Schweiz. Bd. XIV u. XV, 1 u. 2 (1894—1904).

<sup>2)</sup> Vgl. Ulrich Stutz, Das habsburgische Urbar und die Anfänge der Landeshoheit, in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germ. Abt. Bd. 25, auch separat. Wie hervorzuheben ist, hat schon Paul Schweizer selbst in seiner umfangreichen wissenschaftlichen Einleitung zum habsburg. Urbar der rechtsgeschichtlichen Verarbeitung des Urbars wesentlichste Dienste geleistet. Nur in den die Städte betreffenden Partien wird eine eingehendere Berücksichtigung der neueren stadtrechtsgeschichtlichen Literatur vermisst.

Kiburg, welches den glücklichen Habsburgern zufiel, machte sie zu unmittelbaren Nachbarn der ältesten Grundherrschaften der Ostschweiz, als da sind die Abteien Reichenau und St. Gallen, sowie das Hochstift Konstanz. Von allen dreien befinden sich Lehen und Vogteien in Händen Habsburgs. Das Ziel der Forschung muss sein, unter und hinter der sekundären Schicht habsburgischer Herrschaft nach Osten ausgreifend jenen ältesten Grundherrschaften am Bodensee eine eingehende Urbarforschung zuteil werden zu lassen. Noch harret das durch den unvergleichlichen Urkundenreichtum hervorragendste St. Galler Material trotz der mustergültigen Publikation des St. Galler Urkundenbuches durch Wartmann der allseitigen wirtschafts- und rechtsgeschichtlichen Verarbeitung. Hervorragender Forscher und Künstler zugleich wird derjenige sein müssen, dem die von der badischen historischen Kommission im Programm geführte Grundherrschaftsgeschichte der Abtei Reichenau als Aufgabe zufällt. Denn nahezu völliger Verlust der ursprünglichen Urkundenschätze und nahezu völlige Entfremdung der einst weitgedehnten Besitzungen in den späteren Jahrhunderten des Mittelalters machen die Signatur des Reichenauer Materiales aus. Aus Lücken wird es gelten ein leidlich ganzes Bild zu zeichnen, aus jüngeren Gestaltungen die ursprünglichen Rechtsverhältnisse zu erschliessen.

Wie steht es mit den Urbaren des alamannischen Bistums Konstanz? Sehen wir von dem Druck der Gefälle bischöflicher Quartpfarreien ab, der im Freiburger Diözesanarchiv schon im Jahre 1870<sup>3)</sup> erfolgte, so ist davon bis heute nichts publiziert. Und doch birgt schon das nächstliegende, nämlich das Generalandesarchiv in Karlsruhe, für die beiden Rechtssubjekte des Bischofs und des Domkapitels, die sich in das Gut der alten s. Marienkirche teilten, wertvolle Urbarschätze, die es zu heben gilt.

Eine der kraftvollsten Persönlichkeiten auf dem Konstanzer Stuhle war Heinrich II. von Klingenberg, der Notar und Günstling Rudolfs von Habsburg, den Wissenschaften und dem Minnesange hold, vom Volke als Alchymist gefürchtet, von der Nach-

<sup>3)</sup> Freiburger Diözesanarchiv Bd. 4, 1 ff.

welt ob seiner mustergültigen Verwaltung des Bistums, dessen er allzeit ein Mehrer war, gesegnet. Er führte den Konstanzer Krummstab von 1293 bis 1306. Aus seinen letzten Regierungsjahren ist ein umfangreiches Urbar vorhanden, welches alle Einzelheiten des Besitzes des Bistums aufzählt. Es muss in jeder Richtung als würdiges Seitenstück zum habsburgischen Urbar angesehen werden.

Im Generallandesarchiv zu Karlsruhe soll ein gleichzeitiges Original dieses wichtigen Urbars beruhen<sup>4)</sup> war aber auf wiederholte Anfrage nicht auffindbar. Die Karlsruher Sammlung der Beraine enthält indes unter Nr. 4657 eine Abschrift desselben, in schlechter Schrift des 15. Jahrhunderts geschrieben und von Schreibfehlern nicht frei. Sie liegt der folgenden Untersuchung zugrunde.

Das Urbar Heinrichs von Klingenberg ist das wichtigste Aktenstück zur älteren Grundherrschaft- und Finanzgeschichte des Bistums Konstanz. Nichts bezeichnet das mangelhafte Verständnis, welches der erste Bearbeiter der Konstanzer Bischofsregistern demselben noch entgegenbrachte (1894), besser als das klägliche Regest Nr. 3422:

„Zinsbeschrieb der domstiftisch Konst. Güter unter Bischof Heinrich“,

welches den reichen Inhalt des Urbars auch nicht einmal ahnen lässt.

Die Anlegung des Urbars fällt mitten hinein in die rege Tätigkeit, die Heinrich II. der Errichtung und Abrundung des bischöflichen Territoriums zuwandte. Bereits erscheinen darin die Einkünfte des Bistums um die bischöflichen Schlösser und Städte als wirtschaftliche Mittelpunkte angeordnet, in denen der Ursprung der nachmaligen bischöflichen Ämter zu erkennen ist. Das Urbar hat keine Kapitelzählung. Darin auch äusserlich dem habsburgischen Urbar verwandt, beginnt es mit den Gefällen der Burg Klingnau (Kt. Aargau). Es fügt diejenigen von Kaiserstuhl (ebenda) und von der Burg Küssaberg (bad. Bezirksamt Waldshut) an. Folgen die Zinsen und Gülten

<sup>4)</sup> Vgl. Fürstenbergisches Urkundenbuch V, 227; Regesta episcop. Constant. II, 58 Nr. 3422.

der Herrschaften Neunkirch und Unterhallau (beide Kt. Schaffhausen, rechtsrheinisch), sowie des herrlich am Rheinfluss gelegenen Schlosses Laufen (Kt. Zürich). Sämtliche bisher genannten Bestandteile der bischöflichen Herrschaft waren Neuerwerbungen des 13. Jahrhunderts. Jetzt erst reiht das Urbar, von Westen nach Osten schreitend, altstiftischen Besitz an: Burg Kastel, welcher die dem Bistum verbliebenen Reste des karolingischen Immunitätslandes bei Konstanz, der sog. Bischofshöri (biskoffeshori), zugeteilt waren; Bischofszell an der oberen Thur und jenes heute gleich den vorgenannten zum Kt. Thurgau gehörende Grundherrschaftsgebiet, das sich um das alte Römerkastell Arbon (Arbor Felix) ausdehnte. Unterbrochen wird diese Reihe altstiftischer Besitzungen durch die Aufzählung der Gefälle der ebenfalls im 13. Jahrh. hinzugewonnenen Burg Tannegg im hinteren Thurgau. Das Urbar springt sodann auf das nördliche Bodenseegebiet über. Beträchtliche Einkünfte gruppieren sich hier um die Oberschwäbischen Besitzungen zu Baumgarten und Eriskirch (württb. OA. Tettwang). Mit Meersburg und den Herrschaften Bodman, Gaienhofen, Bankholzen, Bohlingen, Steißlingen am Überlinger- und Untersee mündet das Urbar in den altstiftischen heute badischen Besitz auf der deutschen Bodenseehälfte ein. Die Zinsen der kaum erst <sup>5)</sup> hinzugewonnenen Burg Konzenburg an der oberen Donau (württb. OA. Tuttlingen) treten anhangsweise hinzu. Den Schluss bildet ein umfangreiches Verzeichnis der dem Bischof zehntquartpflichtigen Pfarreien. Es ist zweifellos das älteste Register dieser Art. Sein Verhältnis zu dem einige Jahrzehnte jüngeren Liber quartarum von 1324, veröffentlicht in Band 4 des Freiburger Diöcesanarchivs, bedarf eingehender Untersuchung, die hier nicht beabsichtigt ist. Überblickt man das Ganze, so nehmen die Gefälle der Herrschaft Arbon den breitesten Raum innerhalb des Zinsbeschriebes ein. Dies und die Tatsache, dass allein für die Entstehung der bischöflichen Grundherrschaft in Arbon bis jetzt eine eingehendere Untersuchung vorliegt <sup>6)</sup>, mag zur Recht-

<sup>5)</sup> Am 25. Mai 1300. Vgl. Regg. ep. Const. Nr. 3173.

<sup>6)</sup> Vgl. Konrad Beyerle, Grundherrschaft und Hoheitsrechte des Bischofs von Konstanz in Arbon. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der



fertigung dienen, wenn im folgenden eine Beschränkung auf jenes wichtige Kapitel des Konstanzer Urbars eintritt. Wird es sich doch darum handeln, für eine der nachweisbar ältesten geistlichen Grundherrschaften Alamanniens <sup>7)</sup> typische Ergebnisse eindringender Urbarforschung vorweg zu nehmen.

Doch zunächst ein Wort über die zeitliche Festlegung des undatiert überlieferten Urbars.

Seine Entstehungszeit muss aus inneren Gründen erschlossen werden. Eine nähere Untersuchung ergibt, dass es zwischen dem 18. März und 10. Juli 1302 abgefasst ist. Diese enge zeitliche Begrenzung lässt sich gerade aus den auf die Arboner Herrschaft bezüglichen Angaben mit Sicherheit entnehmen.

Das Urbar führt die Gefälle des Arboner Gebietes in einer deutlich geschiedenen Doppelschicht auf. Das kann nur darauf beruhen, dass der nach dem Aussterben der mächtigen Ministerialen von Arbon an die Männer zweier Erbtöchter verteilte Arboner Besitz in seinen zwei Teilen 1282 und 1285, zum Teil noch später, vom Bistum wieder zurückgelöst wurde <sup>8)</sup>. Da die Arboner Gefälle in dem Urbar überhaupt und da sie in dieser eigenartigen Anordnung aufgeführt werden, muss das Urbar nach 1285 entstanden sein. Rudolf von Habsburg wird an einer Stelle des Urbars ausdrücklich als verstorben erwähnt. Das Urbar fällt demnach hinter den 15. Juli 1291. Es nennt ferner gleich zu Anfang, mithin keinesfalls als später beigefügten Anhang die Einkünfte des am 1. Mai 1294 durch Bischof Heinrich von Klingenberg käuflich erworbenen Kaiserstuhl <sup>9)</sup>. Dagegen wurde schon vorhin darauf hingewiesen, dass die mehrere Jahre später, nämlich am 25. März 1300 erworbene Herrschaft Konzenberg am Schlusse der eigentlichen Herrschaften des Bistums, vor der Aufzählung der Quartpfarreien,

---

deutschen Stadtverfassung. Sonderabdruck aus Heft XXXII der Schriften des Vereins für Geschichte des Bodensees und seiner Umgebung. Frauenfeld 1904.

<sup>7)</sup> Die Zugehörigkeit Arbons zum Bistum Konstanz ist für die spätere Merowingerzeit zu erschliessen, seit 797 urkundlich belegt. Vgl. Beyerle a. a. O., 8.

<sup>8)</sup> Vgl. Beyerle a. a. O., 44 ff.

<sup>9)</sup> Vgl. Regg. ep. Const. Nr. 2886.

angereicht ist. Die zuverlässigsten Angaben sind indes dem kleinen, neuerliche Verpfändungen aus dem Gebiet der Arboner Grundherrschaft enthaltenden Abschnitte <sup>10)</sup> zu entnehmen. In dieser Richtung ist dem Urbar bekannt die am 18. März 1302 erfolgte Verpfändung einer grösseren Anzahl bischöflicher Höfe in dem zur Herrschaft Arbon gehörenden Egnacher Gebiet an den reichen Konstanzer Domherrn Konrad Pfefferhart <sup>11)</sup>. Andererseits hat das Urbar noch keine Kunde von der am 10. Juli 1302 an denselben Gläubiger bewirkten Verpfändung des ebenfalls zu Arbon gehörigen Gutes Horn bei Rorschach <sup>12)</sup>. Bei der vollkommenen Zuverlässigkeit aller übrigen Angaben hätte diese Pfandsatzung dem bischöflichen Urbarschreiber unmöglich entgehen können. Dar Urbar (Nr. 122) berichtet aber noch bezüglich des Hofes Horn

Item curia in Horn obligata dicitur domino de Sultzberg cum omnibus suis redditibus et pertinentiis.

Die Verpfändung an den bischöflichen Ministerialen von Sulzberg <sup>13)</sup> — gemeint ist offenbar der häufig belegte Rudolf von Sulzberg — wird zwar von dem Urbar in ihrer Rechtsbeständigkeit angezweifelt. Die ganze Angabe erfährt aber eine treffliche Beleuchtung durch eine Urkunde vom 10. Juli 1302, in welcher Bischof Heinrich dem genannten Domherrn Konrad Pfefferhart den Hof Horn zur Totsatzung verpfändet und ihm die von dort dem Bistum zukommenden Käsezinsen zum Entgelt dafür schenkt, dass er auf seine Bitte den von weiland Bischof Eberhard II (gest. 1274) den Dienstmannen Brüdern Rudolf und Hermann von Sulzberg für 30 Mark Silber verpfändeten Hof Horn <sup>14)</sup> um die gleiche Summe dem Bistum einlöste.

Auf Grund dieser Nachweise scheint die vorgeschlagene Datierung des Urbars hinreichend begründet. Damit soll nicht bestritten werden, dass wahrscheinlich für einzelne der bischöflichen Herrschaften schon vorher schriftliche Gefällregister be-

<sup>10)</sup> Vgl. die Beilage unter IV.

<sup>11)</sup> Vgl. Regg. ep. Const. Nr. 3256, 3257.

<sup>12)</sup> Regg. ep. Const. Nr. 3278.

<sup>13)</sup> Über das Geschlecht vgl. Beyerle a. a. O. 35.

<sup>14)</sup> Vgl. Beyerle a. a. O. 44.

standen haben oder dass einzelne Teile des Urbars auf älteren Vorlagen aufgebaut sind. Für das Arboner Gebiet ist dies sogar durch die Art der Anordnung der dortigen Einkünfte höchst wahrscheinlich. Allein der ersichtliche Charakter des Gesamturbars, alle bischöflichen Einnahmen vollständig zu verzeichnen, bleibt sicher die verdienstvolle Arbeit, die wir dem wirtschaftlichen, der Nachwelt noch lange im Gedächtnis haftenden Talente Heinrichs von Klingenberg zuschreiben müssen. Es ist am Ende doch wohl nicht Zufall, dass genau um dieselbe Zeit, da die Habsburger ihre Güter und Rechte im weitesten Umfange verzeichneten, auch der im Dienste Rudolfs I. gross gewordene Bischof Heinrich von Konstanz die bescheideneren Besitzungen und Einkünfte seines Hochstifts in geordnete Zusammenstellung bringen liess.

Und nun zur Sache. Obwohl die einschlägigen Partien des Konstanzer Urbars, wie sie in der Beilage wiedergegeben und zur Ermöglichung des Zitierens mit fortlaufenden Zahlen versehen sind, das älteste Einkünfteregister der bischöflichen Grundherrschaft Arbon darstellen, reichen sie begreiflicherweise für sich allein nicht aus, um einen vollkommenen Einblick in den agrar- und ständegeschichtlichen Werdegang dieser Herrschaft zu gewähren. Das Urbar nennt zwar nach Art aller älteren Urbare die Zinse und Zehnten der pflichtigen Güter, aber nicht deren Lage und Grösse. Und doch vermag erst die Gegenüberstellung beider Kategorien sichere Ergebnisse zu liefern. Indes ist diesen Mängeln abzuhelfen.

Für die Entstehungsgeschichte der bischöflichen Grundherrschaft Arbon muss im allgemeinen eine Verweisung auf die oben genannte Abhandlung genügen. Soll das wesentliche kurz herausgehoben werden, so ist zu sagen: Das Römerkastell Arbor Felix bildete in frühmittelalterlicher Zeit zusammen mit seinem bewaldeten Hinterland einen für sich bestehenden kleinen Gau (pagus Arbonensis), getrennt von dem angrenzenden viel grösseren Thurgau. Der Arbongau war von christlicher rätomanischer Bevölkerung bewohnt, welche allmählich eine Durchsetzung mit alamannischen Siedlern erfuhr. Er bildete zusammen mit dem Gebiet des Römerkastells Konstanz die älteste Ausstattung des von den Merowingern im unterworfenen Alamannen-

land errichteten Bistums Konstanz. Die auf Karolingische Vorlagen zurückgehende Zirkumskriptionsurkunde Friedrichs I. von 1155, beim Fehlen älterer Privilegien der wichtigste Besitztitel des Hochstifts Konstanz, nennt als Urheber jener Gebietszuweisung Dagobert. Aus den St. Galler Urkunden ergibt sich mit Bestimmtheit, dass dieses Kloster in der dem Bistum Konstanz gehörigen Einöde gegründet wurde und sich erst durch einen hundertjährigen Abschichtungsprozess von seinem alten Grundherrn frei zu machen vermochte (780—904). „Das Ergebnis war, dass der Bischof gegen umfassende Abfindungen sich in dem auf einem Hoftage Ludwigs des Deutschen zu Ulm 854 geschlossenen Vertrag bereit finden liess, auf den oberen (südlichen) Teil des Arbongaus zu verzichten“. „Dem Bischof verblieb nur mehr der flache, fruchtbare Landstrich längs des Sees mit Ausnahme der ebenfalls an St. Gallen gekommenen Orte Steinach und Rorschach“. „Insbesondere konzentrierte sich die Arboner Grundherrschaft des Bischofs von Konstanz frühzeitig im sog. Egnach, dem Gebiete, das sich westlich von Arbon selbst bis an die Salmsach bei Romanshorn erstreckt und mit dem Hofe Horn (bei Rorschach) bis zuletzt im bischöflichen Besitze verblieb“.

Ausser diesem rein weltlichen Grundherrschaftsgebiete verblieben dem Bischof von Konstanz noch geistliche Gefälle. Seit dem 9. Jahrhundert war das Gut der uralten s. Martinspfarrkirche zu Arbon dem bischöflichen Tisch einverleibt. Da der Sprengel dieser weitausgreifenden Pfarrei, die von Hause die einzige christliche Gemeinde des Arbongaus war, durch die Gebietsabschichtung zwischen den Grundherrschaften St. Gallen und Konstanz nicht unmittelbar betroffen wurde, erhielten sich in der Hand des Bischofs beträchtliche Zehntgefälle aus den zur s. Martinskirche gehörigen Dörfern und Höfen des s. gallisch gewordenen Teiles des Arbongaus.

Die Festhaltung dieser doppelten Natur bischöflicher Rechte in und um Arbon ist für das Verständnis des Urbars erste Voraussetzung. Neben weltlichen Grundherrschaftsabgaben in einem engeren Gebiet stehen Zehnten aus einem viel umfassenderen Bezirke.

Beide Gruppen verblieben indes nicht dauernd der eigenen

Nutzung des bischöflichen Tisches. Die erwähnte Urkunde Friedrichs I.<sup>15)</sup> zählt die an die bischöflichen Dienstmannen zu Lehen gegebenen Güter (*possessiones iubeneficiatae*) nicht auf, nennt vielmehr nur die der bischöflichen Kammer verbliebenen Gebiete. Es müssen aber namentlich an der Peripherie der Arboner Herrschaft erhebliche Abbröckelungen bischöflicher Rechte stattgefunden haben, die als Dienstlehen zur Ausstattung des hier als Schutzwehr gegen St. Gallen errichteten Burgenkranzes verwendet wurden. Was die Ministerialen von Rheinegg, von Sulzberg, von Steinach und von Roggweil an bischöflichen Gütern erlangt hatten, war für das Bistum zum weitaus grössten Teil unwiederbringlich verloren. Die Auslösung des Hofes Horn aus den Händen der Herren von Sulzberg, die schon begegnete, bestätigt als Ausnahme die Regel. Insbesondere ist der Verlust des nahe bei Arbon gelegenen Roggweil ein frühzeitiger und definitiver. Ja zeitweilig war, wie schon berührt, die Arboner Grundherrschaft dem Bistum ganz entfremdet und musste von diesem unter grösster finanzieller Anstrengung aus den Händen der Herren von Kemnat und von Bodman 1282, 1285 und später zurückgelöst werden. Beide waren in einer allen Grundsätzen des Lehenrechts Hohn sprechenden Weise nach dem Aussterben der mächtigen Ministerialenfamilie der Herren von Arbon, welche Burgrecht, Vogtei, Grundherrschaftsgefälle und Zehnten von Arbon in ihrer Hand zu vereinigen vermocht hatten, auf Grund von zwei Heiraten mit den Erbtöchtern des letzten Herren von Arbon in die bischöflichen Gerechtsame eingerückt. Erst nachdem es Bischof Rudolf II. von Habsburg-Laufenburg gelungen war,

„stat und schloss Arbon von des adels hand widrum ans bistumb“

zu bringen, und nachdem auch durch Heinrich von Klingenberg die Herren von Sulzberg für ihre Ansprüche auf Horn abgefunden waren, war das Bistum wieder im Besitze derjenigen Rechte im alten Arbongau, welche die Urkunde Friedrichs I. mit den Worten umschreibt:

„curtis in Horna, curtis in Arbona cum ecclesia parochiali“.

---

<sup>15)</sup> Die Urkunde ist oft gedruckt. Siehe die Nachweisungen Regg. ep. Const. Nr. 936.

Das Hofgut Horn, eingekleint zwischen die s. gallischen Orte Rorschach und Steinach, der Kellhof des Bischofs zu Arbon mit den dazu gehörigen allmählich erweiterten Zinsländereien, nämlich den Kellhofgebieten Erdhausen, Egnach und Wiedehorn, endlich das dem Bistum inkorporierte Vermögen der s. Martinskirche zu Arbon, d. h. deren Widemgüter und Zehntrechte: das sind auch die Kategorien des Urbares von 1302.

Das Urbar ist lediglich ein Verzeichnis der festen jährlichen Zinsen und Gülten. Über einen zweiten ebenso wichtigen Teil grundherrschaftlicher Rechte, nämlich über die Fronen und Todfallverpflichtungen des Zinsbauern, erfahren wir aus dem Urbare nichts. Ebensowenig sind, wie hervorgehoben, Grösse und Lage der Zinsgüter angegeben.

Glücklicherweise bietet nach diesen Richtungen hin ein jüngeres, aus dem Jahre 1546 stammendes Urbar, sowie das Aktenmaterial der neueren Jahrhunderte erwünschten Aufschluss. Das Urbar von 1546 ist mit genauer Angabe der einzelnen Höfe und Liegenschaften nach Lage und Grösse versehen und verzeichnet auch die Frondpflichten jedes Gutes. Dem Vergleich beider Urbare, der vom Verfasser durchgeführt wurde und für das Folgende vorausgesetzt ist, waren die schönsten Ergebnisse beschieden<sup>16)</sup>. Diesen selbst ist jedoch eine allgemeine Darlegung über Charakter und Inhalt des Arboner Güterverzeichnisses von 1302 vorzuschicken.

Die äussere Anordnung des Urbars Heinrichs von Klingenberg ist in dem die Herrschaft Arbon betreffenden Kapitel eine ziemlich willkürliche und wenig einheitliche, wie insbesondere das Verhältnis der ersten beiden Abschnitte zueinander und mehrfache Wiederholungen in den späteren Teilen ergeben. Zehn Abschnitte heben sich deutlich ab.

Der erste Abschnitt mit der Überschrift „Isti sunt census et advocacia super curiam cellerarii Arbonensis“, an Umfang der bedeutendste, enthält, in 46 Positionen angeordnet,

<sup>16)</sup> Das sehr umfangreiche Urbar von 1546 wird im Anhang zu Teil II der Arboner Untersuchung des Verfassers in den Schriften des Vereins für Geschichte des Bodensees und seiner Umgebung zum Abdruck gelangen, allwo auch weitere Einzelheiten der Untersuchung werden niedergelegt werden.

die Einkünfte derjenigen Güter, welche zur Zeit der Abfassung des Urbars um den alten Kellhof Arbon selbst gruppiert waren <sup>17)</sup>. Am Schlusse reihen sich unorganisch an die Vogtei des s. gallischen Hofes Bernhardzell (Nr. 44) und die Arboner Bürgersteuer (Nr. 46), die auch in dem Stadtrechtsweistum von 1255 <sup>18)</sup> begegnet. Der erste Abschnitt zeichnet sich durch Genauigkeit der Angaben in jeder Richtung aus. Er hebt den verschiedenen juristischen Charakter der Abgaben hervor und erweist sich im Gegensatz zum zweiten Abschnitte auch aus andern Gründen als eine ursprünglichere und sorgfältigere Aufzeichnung.

Am meisten Schwierigkeit bereitet die Charakterisierung des zweiten Abschnitts (Nr. 47—71). Seine Aufschrift: „Hi sunt census possessionem subscriptorum“ ist farblos, seine Angaben sind summarischer als im ersten Abschnitt. Nur in seiner geographischen Ordnung ist er mit jenem verwandt. Innere Gründe machen die Vermutung wahrscheinlich, dass in Abschnitt II diejenigen Besitzungen zu suchen sind, welche nach dem Vertrage von 1285 <sup>19)</sup> noch in Händen der Herren von Bodman verblieben waren, bald darauf aber — unbekannt wann — dem Bistum zurückerworben wurden.

Der dritte Abschnitt des Urbars (Nr. 72—90) trägt die Überschrift: „Redditus ecclesie in Arbona“. Er bringt die Einkünfte der dem Bistum inkorporierten Arboner Kirche aus Widemgütern (Nr. 72—75) und einer Reihe anderer Höfe und Liegenschaften (Nr. 76—90). Die letzteren Einkünfte sind Grosszehnten, ohne dass das Urbar selbst sie mit diesem Namen belegte. Am Schlusse des Abschnitts steht eine summarische Aufzählung der Kleinzehnten der St. Martinskirche, bestehend in Hühnern, Eiern und Geldabgaben.

Nahezu sämtliche der in dem dritten Abschnitt genannten Gefälle kehren in Abschnitt VIII wieder, der die Überschrift trägt: „Hi sunt redditus ecclesie Arbonensis pertinentes venerabili domino episcopo Constanciensi“. Nur macht Abschnitt VIII

<sup>17)</sup> Eine Karte des Arboner Gebietes ist meiner oben erwähnten Abhandlung beigegeben.

<sup>18)</sup> Vgl. über dasselbe Beyerle a. a. O. 48 ff.

<sup>19)</sup> Vgl. Beyerle a. a. O. 46.

einen sorgfältigeren und genaueren Eindruck: er bildet zusammen mit den Abschnitten IX und X ein organisches Ganzes, welches ein durchaus sorgfältig gearbeitetes Verzeichnis der Kircheneinkünfte von St. Martin darstellt.

Abschnitt IX enthält 21 Positionen von ausdrücklich als solchen bezeichneten, grosszehntpflichtigen Neubruchsgütern. Nach der geringen Höhe der Novalzehnten kann es sich in allen Fällen nur um kleinere Liegenschaften handeln.

Der am Ende von Abschnitt III summarisch angegebene Kleinzehnt ist in Abschnitt X in seinen sehr zahlreichen Einzelposten (Nr. 190—350) näher spezifiziert. Wie auf einem grossen Spaziergang führt uns Abschnitt X durch das Arboner Kirchspiel. Er fasst die grosse Zahl der Kleinzehnten in neun Gruppen zusammen, die überwiegend den einzelnen, seit dem Mittelalter entstandenen Landgemeinden innerhalb der Pfarrei entsprechen. Den Schluss bilden (von Nr. 321 an) eine grössere Reihe zehntpflichtiger Liegenschaften der Arboner Bürger im Umkreise ihrer Stadt. Wahrscheinlich ist Abschnitt III ein vorläufiges Verzeichnis der Arboner Kirchengefälle, wie es zur Zeit des Rückerwerbs der Herrschaft Arbon von den Herren von Kemnat im Jahre 1282 in summarischer Weise entstanden sein mag. Demgegenüber enthalten die Abschnitte VIII—X die gewissenhafte Arbeit des Mannes, der im Auftrage Heinrichs von Klingenberg die Einkünfte im einzelnen aufnahm<sup>20)</sup>.

Es sei alsbald auf die wichtigen Angaben des Abschnittes III hingewiesen, aus denen hervorgeht, dass die Einkünfte der St. Martinskirche zu Arbon nicht, wie bei den zahlreichen grundherrlichen Pfarreien des habsburgischen Urbars, durch den Geistlichen eingezogen wurden, der den Überschuss über seine Congrua abzuliefern gehabt hätte<sup>21)</sup>, vielmehr wurden zu Arbon diese geistlichen Gefälle gleich den weltlichen Grundherrschaftsabgaben von der Grundherrschaft selbst vereinnahmt. Mithin bewahrte die in die Karolingerzeit hinaufreichende Verbindung

<sup>20)</sup> Dem Vergleich der Abschnitte III und VIII diene eine Gegenüberstellung der Positionen 72 mit 154, 73 mit 153, 74 mit 150, 75 mit 152, 76 mit 159, 77 mit 160, 78 mit 161 und 162, 81 mit 144, 84 mit 156, 86 mit 143, 89 mit 158, 90 mit 142.

<sup>21)</sup> Vgl. über den Punkt Stutz a. a. O. S. 48 ff. (in der Separatausgabe).



des Arboner Pfarrgutes mit dem bischöflichen Stuhle dauernd den Charakter reinen Eigenkirchentums, wenigstens was die alte Ausstattung und die Zehntrechte der Pfarrei angeht. Das Urbar weist nur zwei Grosszehnten (Nr. 89 und 90) dem Pfarrer, von den Geldabgaben der Kleinzehnten dagegen ungefähr ein Drittel der Kirchenfabrik zu (vgl. Abschnitt III am Ende). Während so alle dinglich fundierten Kirchengefälle bis auf einen kleinen Betrag der Grundherrschaft zuflossen, verblieben zum persönlichen Unterhalt des Geistlichen die Opfergaben und gestifteten Jahrzeitrenten der Pfarrspielsgenossen. Aus ihnen wuchs im Laufe des späteren Mittelalters als zweites, neues Pfarrvermögen der St. Martinsfond heraus<sup>22)</sup>.

Der vierte Abschnitt stellt den Verpfändungsrodel des Arboner Urbars dar. Er dürfte den Schluss der ursprünglichen Aufzeichnung gebildet haben, wie sich insbesondere aus dem erörterten Verhältnisse der Abschnitte III und VIII—X ergibt. Das von Nr. 91—122 reichende Verpfändungsregister zerfällt in zwölf Pfandschaften und beweist, dass es dem Bistum Konstanz trotz der Anstrengungen von 1282 und 1285 nicht gelungen ist, sich im vollen Eigennutzen der Herrschaft Arbon zu behaupten. Als Pfandgläubiger überwiegen Konstanzer Ministerialen (Nr. 91—108, 118, 120—122), die Vogtei über Bernhardzell erscheint an den Abt von St. Gallen als dortigen Grundherrn verpfändet (Nr. 119), eine grössere Reihe von Höfen ist im Pfandbesitz des Konstanzer Domherrn Konrad Pfefferhart (Nr. 109—117), des reichsten Konstanzer Klerikers seiner Zeit, der den Bischof Heinrich von Klingenberg bei dessen finanziellen Sanierungen des Hochstifts häufig mit dem Gelde seiner Familie, angesehener Konstanzer Kaufleute, unterstützte.

Aus der Reihe der Verpfändungen seien zwei rechtsgeschichtlich interessante Fälle herausgehoben. Die dritte Pfandschaft (Nr. 99 und 100) enthält den typischen Fall eines Kammerlehens, d. h. eines Lehens an blossen Einkünften, die nicht direkt vom Belehnten erhoben, sondern aus der Kammer

---

<sup>22)</sup> Vgl. Beyerle a. a. O. Seite 23.

des Lehensherrn bezahlt wurden<sup>23)</sup>. Dass es sich hier um ein solches Kammerlehen an den Ritter Irmendingen, einen untergeordneten Konstanzer Ministerialen, handelt, ergibt der Vergleich von Nr. 99 mit 9 und bzw. von Nr. 100 mit 124 in voller Deutlichkeit.

Eine wertvolle standesgeschichtliche Parallele zu den Schöffenbarfreien Eikes von Reggow bieten die Verpfändungen an Konrad von Bussnang (Nr. 101—103) im Zusammenhalt mit der urkundlichen Überlieferung. Eine Konstanzer Bischofsurkunde vom 28. April 1292<sup>24)</sup> ist der Titel für diese Verpfändungen. Die Herren von Bussnang waren eines der wenigen Freiherrngeschlechter der Ostschweiz. Ohne ihre angesehene Stellung zu schwächen, nahmen sie seit den Tagen Barbarossas Dienstlehen vom Bistum Konstanz. In der erwähnten Urkunde nun gelobt Bischof Rudolf II., dem Ritter Konrad von Bussnang für dessen Eintritt in den bischöflichen Dienst 60 Mark Silber zu bezahlen und verpfändete ihm bis zur Erfüllung des Versprechens eine Reihe Arboner Höfe. Trotz seiner Dienstmanneneigenschaft wird Konrad von Bussnang auch fernerhin in der Reihe der freien Herren aufgezählt<sup>25)</sup>.

Kehren wir zum Urbare selbst zurück. Die Abschnitte V bis VII reihen die Gefälle der Höfe Wiedehorn, Egnach und Horn an. Die Sonderstellung des Hofes Horn erklärt sich aus der Pfandschaft der Herren von Sulzberg (Nr. 122), von der schon bei Erörterung der Datierung des Urbars die Rede war. Horn hatte mit den Besitzungen der Herren von Kemnat und von Bodman (Abschnitt I—III) nie etwas zu tun. Dagegen ist das Verhältnis der Höfe Wiedehorn und Egnach zu den ersten beiden Abschnitten nicht völlig klar zu stellen. Für Egnach (Nr. 124) ist ferner zu beachten, dass das Urbar die beträchtlichen Einkünfte lediglich als solche des Kellhofs in Bausch und Bogen angibt. Die einzelnen, dahin zinsbaren Güter sind entgegengesetzt der sonstigen Ausführlichkeit des Urbars nicht

<sup>23)</sup> Vgl. über die weite Verbreitung der Kammerlehen im habsburgischen Gebiet P. Schweizer im Habsburg. Urbar II 2, 689 ff.

<sup>24)</sup> Regg. ep. Const. Nr. 2821.

<sup>25)</sup> Vgl. St. Galler Urkundenbuch Bd. III 368, Urk. v. J. 1310.

mit aufgezählt, obgleich die Schlussworte eine dahin gehende Absicht des Urbarschreibers verraten. Möglich auch, dass die uns vorliegende Abschrift hier eine Lücke aufweist.

Wir sind bisher dem Arboner Urbar gefolgt, um uns einen Überblick über seinen Inhalt zu verschaffen. Jetzt gilt es, diesem Inhalte selbst die für die Grundherrschaftsgeschichte wertvollen Ergebnisse zu entlocken.

Da sind zunächst einige aus dem topographischen Befunde des Arboner Gebietes ohne weiteres zu entnehmende Gesichtspunkte an die Spitze zu stellen<sup>26)</sup>. Ein flüchtiger Blick auf die Karte erweist sofort, dass wir hier nicht alemannische Dorfschaften mit Ackerfluren und Gemeinmark vor uns haben, das Arboner Grundherrschaftsgebiet zerfällt vielmehr in Komplexe einzelner Hofgüter. Das sind Höfe von verschiedener Grösse, aus denen eine Anzahl hervorragt, die sich rasch als alte Salhöfe charakterisieren. Auf grundherrlichem Streubesitz und umfassender Rodungsarbeit baut sich die Abtei s. Gallen auf. Dagegen ist im ganzen Arboner Gebiet, soweit es sich der ausgreifenden St. Galler Rodung gegenüber im Besitze des Konstanzer Stuhles erhalten hat, von Streubesitz nichts zu merken. Dieser beruht in der Hauptsache auf Zuwendung einzelner Güter durch Private. Der Arbongau ist dagegen ausschliesslich grundherrschaftliches Zinsland des Bistums Konstanz, das eine königliche Vergabung der Merowingerzeit zum Titel hat. Wir stehen hier auf dem Boden einer geschlossenen fränkischen Grundherrschaft, deren ursprünglicher agrargeschichtlicher Zustand sich aus den zu Gebote stehenden Quellen des späteren Mittelalters in einzigartiger Weise erkennen lässt. Das ist nicht hoch genug anzuschlagen. Die vielbeachteten Untersuchungen, welche Georg Caro unlängst an Hand der St. Galler Urkunden angestellt hat<sup>27)</sup>, erwiesen in letzter Linie doch, dass selbst die Entwicklung der St. Galler Grundherrschaft siedelungsgeschichtlich einen sekundären Charakter trägt. Das Arboner Material bietet das Bild

<sup>26)</sup> Vgl. Beyerle a. a. O. 9f.

<sup>27)</sup> Georg Caro, Studien zu den älteren St. Galler Urkunden, Jahrb. f. Schweizer. Geschichte Bd. 26 u. 27 (1901, 1902).

einer der wenigen ursprünglichen geschlossenen grundherrschaftlichen Siedelungen im alamannischen Lande<sup>28)</sup>. Gegenüber den zahlreichen durch ihre Namen und Flurkarten als grundherrliche Siedlungsform erwiesenen Einzelweiler, denen August Meitzen im Alamannenland so erfolgreich nachgegangen ist<sup>29)</sup>, liegt in Arbon eine grosse Gruppe von Gütern beisammen, die wir im Gegensatz zum alamanischen Gewandorf als Weiler in Anspruch nehmen dürfen. Für die wieder in Fluss gebrachten Untersuchungen des Verhältnisses von Grundherrschaft und Immunität<sup>30)</sup> insofern ein dankbares Feld, als man sich in Zukunft wird besser hüten müssen, für die Emanzipationsbewegung der Grundherrschaften von Grafschaftsverband nur noch an grundherrlichen Streubesitz zu denken und grössere geschlossene Grundherrschaftsgebiete als von Anfang an nicht vorhanden auszuschneiden. Manche Angriffe gegen die „grundherrliche Theorie“ prallen ab, wenn man der Tatsache ins Auge sieht, dass es in Händen gerade der ältesten Grundherren auch geschlossene, grössere, rein grundherrlich besiedelte Gebiete gab, die vielleicht überhaupt nie unter einem Grafen standen, deren Bewohner auch nicht eine nie besessene Freiheit aufzugeben hatten, sondern ein und derselben Kategorie kirchlicher Höriger angehörten.

Denn auch darüber kann kein Zweifel walten, dass die kirchliche Hörigkeit, in der sich die Bewohner der bischöflichen Grundherrschaft Arbon nachweisbar während des spätern Mittelalters und bis tief in die Neuzeit herab befanden, nicht in einer irgendwann erfolgten Unterdrückung persönlicher Freiheit ihren Grund hat, sondern in die Anfänge der Konstanzer Gerechtsame im Arbongau zurückreicht. Das Arboner Gebiet heisst schon in der berühmten Abschtungsurkunde

---

<sup>28)</sup> Leider ist diese Tatsache Caro völlig entgangen, weshalb er denn auch für den Abtrennungsprozess St. Gallens von Konstanz nicht die richtigen Gesichtspunkte aufstellen konnte.

<sup>29)</sup> Vgl. A. Meitzen, Siedlung und Agrarwesen der Westgermanen und Ostgermanen etc. Bd. I 431 ff.

<sup>30)</sup> Seeliger, Die soziale und politische Bedeutung der Grundherrschaft im früheren Mittelalter, Leipzig 1903.

St. Gallens von Konstanz, die Ludwig der Deutsche auf dem Ulmer Hoftage 854 ausstellte,

terra ad illam sedem episcopalem censata <sup>81)</sup>.

Die grundherrlichen Siedler des Bistums führen ebenda den Namen homines censati. Die beiden römischen Kastellgaue von Konstanz und Arbon bildeten die Dotation des Konstanzer Stuhles. Was die Urkunde Friedrichs I. für das Immunitätsland des Bistums bei Konstanz aussagt, das galt in gleicher Weise für die Herrschaft Arbon:

Et quoniam haec terra . . . censualis est ecclesiae Constantiensi, nulli hominum liceat terram emere vel ullomodo sibi vindicare sine permissione episcopi exceptis tributariis hominibus ex eodem pagello natis.

Die Urkunde Barbarossas benützt karolingische Vorlagen <sup>82)</sup>, und es ist leicht möglich, dass der Satz zu den Entlehnungen gehört. Drehte sich doch der endlose Streit zwischen St. Gallen und Konstanz um die Frage des Übertritts von Konstanzer Hörigen zur St. Galler Grundherrschaft. Gegen Kauf- und insbesondere Tauschgeschäfte St. Gallens mit Konstanzer Censualen könnte der Satz gerichtet sein. Der Ausdruck homines tributarii spricht ebenso für ein höheres Alter, mag er auch vereinzelt, so in den Brixener Traditionen, noch im 12. Jahrhundert vorkommen <sup>83)</sup>. Aber selbst für die Tage Friedrichs I. genommen, legt die Stelle von einem grösseren geschlossenen Grundherrschaftsgebiete des Bistums Konstanz Zeugnis ab, als deren ausschliessliche Bewohner kirchliche Hörige erscheinen. Diese Hörigkeit erscheint auf jeden Fall durch die Gestattung des Gutsverkaufs innerhalb der Genossame schon sehr gemildert. Auf die mit der Hörigkeit zusammenhängenden Fronen wird noch zurückzukommen sein.

Nach diesen Vorbemerkungen gilt es zunächst, die Art der im Arboner Urbar aufgeführten Gefälle und damit die Leistungen der Kolonen kennen zu lernen. Durch die vor-

<sup>81)</sup> Vgl. das Nähere über die Urkunde bei Beyerle a. a. O. 13 ff. Dasselbst auch die Einzelnachweisungen von Konstanzer Zinsland im Arbongau.

<sup>82)</sup> Vgl. die Nachweise bei Beyerle a. a. O. 24 ff.

<sup>83)</sup> Vgl. einerseits Brunner, RG. I 241, II 252; andererseits Waitz-Zeumer, Verf.-Gesch. V 2 234.

angestellte Inhaltsübersicht ist dieser Aufgabe bereits vorgearbeitet worden. Nur von den Geld- und Naturalzinsen ist in dem Urbar die Rede, die persönliche Dienstpflicht der Fronen wird nicht erwähnt.

Für die juristische Charakterisierung ist der Gegensatz kirchlicher und weltlicher Gefälle von durchgreifender Bedeutung.

Die rein grundherrlichen Abgaben treten im ersten Abschnitt des Urbars deutlich hervor<sup>34</sup>). Hier sind dieselben regelmässig in gesonderten Posten unter den Titeln Census und Advocacia aufgeführt.

Census ist eine in Konstanzer Mass ausgedrückte Kornfruchtabgabe (*triticum* = Weizen), durchgehends in den bescheidenen Grenzen von 1—2 Mutt. Mangels einer näheren Bezeichnung haben wir in der Census schlechthin genannten Abgabe den grundherrlichen Zins im engsten Sinne zu erblicken. Er lässt sich im Gegensatz zu dem Zehnten und zu den Vogteilasten am besten als Bischofszins bezeichnen. Dass hier in Wirklichkeit die seit alter Zeit feststehende, neben der sich ausbreitenden Vogtherrschaft dem Bistum verbliebene Abgabe wirklich vorliegt, wird der Vergleich mit der Vogtsteuer und die Untersuchung über Grösse und Art der belasteten Höfe erweisen.

Bedeutsamer sind die Vogteilasten. Als Advocacia werden dem Census mehrere Abgaben angefügt. Zunächst ebenfalls eine Kornfruchtabgabe mit der Tendenz, sich mit dem Kornzins des Bischofs in gleicher Höhe zu halten; wir werden sie als Wachtgetreide fassen und mit der militärischen Stellung des Vogtes in Zusammenhang bringen dürfen. Sodann begegnet der überall auftretende, ebenfalls mit der Wehrverfassung zusammenhängende Vogthafer. Es folgt ein nicht unbeträchtlicher Geldzins, den wir als Vogtsteuer bezeichnen können. Doch besteht auch die Möglichkeit, in dieser Geldleistung die dem Vogte überwiesene, grundherrliche Abgabe vom Wieswachs, das sog. Heugeld, zu erblicken. Jedes Gut hatte ferner eine Schweinabgabe zu leisten. Aus den mehrfach

<sup>34</sup>) Vgl. Nr. 2—4, 6, 8, 11, 13, 15, 16, 18, 19, 21—28, 34—42.

beigefügten Geldansätzen ist zu folgern, dass schon spätestens um die Wende des 13. Jahrhunderts eine Ablösung dieser Naturallasten durch Geld in Übung gekommen sein muss. Der offenbar jüngere zweite Abschnitt des Urbars fügt bereits sämtlichen Schweineabgaben den Geldwert bei. Fast alle Positionen der ersten zwei Abschnitte enthalten sodann unter der Bezeichnung „de castro“ eine kleinere Geldsteuer zum Bau der Burg Arbon. Den Schluss der Vogteigefälle bilden Hühner- und Gänsezinse, letztere nur bei einer geringeren Zahl von Höfen. Es ist anzunehmen, dass ein grosser Teil der als Vogteigefälle auftretenden Abgaben, dass insbesondere die sog. Küchengefälle (Schweine, Hühner, Gänse) von Hause aus an den Bischof zu entrichten waren, aber frühzeitig den Vögten zu ihrem Unterhalte überlassen wurden. Fasst man, wie vorhin geschehen, die Vogtsteuer als Heugeld auf, so gilt auch von ihr dasselbe. Neben den im Vorstehenden erörterten normalen Abgaben stehen einige Besonderheiten. Ein Gut hatte an Stelle eines Kornzinses 150 Schüsseln in die bischöfliche Küche zu liefern und führte daher seinen Namen (Nr. 17). Vereinzelt treten auch noch andere Fruchtarten in einer gewissen Regelmässigkeit auf, nämlich Bohnen und Nüsse in den Nummern 56, 58, 67 und 123; Gerste in den Nummern 56, 67 und 123.

Eine Gruppe von zwölf Höfen sticht durch die auf ihnen liegende viel grössere Getreideabgabe sofort hervor; es sind das die Nummern 5, 9, 14, 45, 47, 54, 56, 58, 67, 123, 124 und 125. Es gilt schon jetzt festzuhalten, dass gerade die Kellhöfe der Grundherrschaft hierunter fallen und mithin hinsichtlich ihrer Abgaben eine Ausnahmestellung einnehmen. Im übrigen werden beim Mangel jeder näheren Charakterisierung dieser erhöhten Fruchtgefälle innere Gründe über ihr Wesen Licht schaffen müssen.

Die kirchlichen Gefälle sind uns in den Abschnitten III, VIII—X des Urbars überliefert. Von ihnen sind die Leistungen des Abschnitt IX als Neubruchzehnten, diejenigen des Abschnitt X als Kleinzehnten bezeichnet. Im dritten Abschnitt sind die Widemgüter als solche hervorgehoben, aber ihre Leistungen wie überhaupt alle Abgaben in Abschnitt III und VIII ohne nähere Charakterisierung gelassen. Der zu Klein-

zehnt erwartete Gegensatz Grosszehnt ist im ganzen Urbar nicht ausdrücklich genannt. Gleichwohl kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die beträchtlichen Getreideabgaben der Abschnitte III und VIII Grosszehnten sind, die in einem nach dem Durchschnitt des Ertrags berechneten Pauschquantum von den Höfen als Spelt- und Hafergült alljährlich geleistet werden, während vereinzelte grosszehntpflichtige Liegenschaften<sup>35)</sup> nach der Fruchtfolge Spelt bzw. Hafer leisten und im Brachjahre zehntfrei sind. Hervorgehoben sei, dass auch die Widemgüter der Arboner Kirche (Nr. 72—75) nicht in Eigenwirtschaft der Grundherrschaft stehen, sondern gegen Grosszehnten ausgetan sind. Die Novalzehnten des neunten Abschnitts halten sich in engen Grenzen und sind überwiegend als festgesetzte Kernengülden normiert; singular sind die 700 Käselaibe, welche von den Alpwirtschaften des Rorschacherberges als Neubruchabgabe in den Kellhof Horn zu entrichten waren (Urbar Nr. 131—137). Den Charakter von Neubruchzehnten haben auch die Abgaben, welche die Arboner Bürger für ihre in unmittelbarer Nähe von Arbon besessenen Einzelliegenschaften entrichten (Nr. 321 bis 359). Das Urbar ist darum städtegeschichtlich so bedeutsam, da es uns im Zusammenhalt mit dem jüngeren Urbare beweist, dass die Mercatores von Arbon, welche ausweislich des Stadtrechtsweistums von 1255 ihre Hofstätten zu vollfreiem Eigen besaßen<sup>36)</sup>, ausserhalb ihres Friedegrabens keinen Schuh breit Landes ihr Eigen nennen konnten. Mussten sie doch in dem genannten Weistum selbst die Zehntpflicht ihrer dem Flachufer des Bodensees durch Auffüllung abgerungenen Grundstücksparzellen anerkennen. Zehntrechtlich sind endlich eine Anzahl kleinerer Fruchtgaben, die sich im Durchschnitt auf 4 Viertel = 1 Mutt beziffern (vgl. Urbar Nr. 80, 84 u. a. m.). Nur ein eingehender Vergleich mit dem Urbar II, welches derartige Abgaben bald Quarten oder Zufahrten, bald auch Zehnten schlechthin nennt, ermöglicht es, diese Gefälle als Zehntquarten zu erkennen, mit denen die abseits der alten Verbindungswege gelegenen Güter für die Gestattung der Durchfahrt durch grundherrliches Land belastet waren. Die Tatsache ist siedelungs-

<sup>35)</sup> Vgl. Nr. 86, 87, 140, 141, 143, 146—149.

<sup>36)</sup> Vgl. Beyerle a. a. O. S. 80.



geschichtlich insofern interessant, als sie die mit jener Abgabe belasteten Güter und Einzelligenschaften als Neubrüche kennzeichnet und eine Erklärung zu bieten scheint für die anderwärts in Süddeutschland häufig unter dem Namen „Weglösi“ vorkommende Abgabe, auf deren offenbare Mehrdeutigkeit erst jüngst P. Schweizer im Glossar zum habsburgischen Urbar hingewiesen hat.

Der Kleinzehnt besteht in den meisten Fällen (vgl. Abschnitt X) in einer Geld- und Hühnerabgabe. Die Geldabgabe ist als Heuzehnt längst erkannt. Neben die Leistung von Hühnern treten mit einiger Regelmässigkeit die nach uraltem Brauch der Kirche zu Ostern dargebrachten Eier.

Man möchte zunächst annehmen, dass alle Arboner Güter mit den im bisherigen festgestellten Abgaben, also mit Bischofszins, Vogteilaften, Gross- und Kleinzehnten, verhältnismässig übereinstimmend belastet gewesen sein. Bei näherem Zusehen ergibt sich aber zweierlei. Einmal, dass viele ausserhalb des Arboner Grundherrschaftsgebiets, aber im Kirchspiel der St. Martinskirche gelegene Güter nur zehntpflichtig sind. Die Erklärung hierfür wurde schon gegeben. Indes auch innerhalb der eigentlichen Grundherrschaft zeigt ein oberflächlicher Vergleich der in Betracht kommenden Abschnitte des Urbars (insbes. Abschnitt I und II verglichen mit III, VIII und X), dass die erhoffte Deckung zwischen kirchlichen und weltlichen Lasten nicht vorhanden ist. Vielmehr erscheint im Kerngebiet der Arboner Grundherrschaft die Zehntfreiheit als die Regel, die Zehntpflicht als die auf besondere Gründe zurückzuführende Ausnahme.

Um in diese eigenartigen Verhältnisse Licht zu bringen, ist es nötig, die einzelnen Güter als solche nach Art, Umfang und Entstehungszeit ins Auge zu fassen. Erst dann lassen sich ihre mannigfachen Reallasten zu einem klaren Bilde ordnen. Dabei dienen als wesentliche Hilfsmittel: erstens die Grössenangaben der Güter im Urbar des 16. Jahrhunderts; zweitens die Bezeichnungen der Güter selbst; drittens das Verhältnis der ermittelten Grösse zu den Belastungen des alten Urbars. Das Ziel muss sein, Durchschnittswerte für Grösse und Normallasten der Güter zu ermitteln.

Von den 270 Örtlichkeiten des Urbares scheidet für diese Zwecke 71 Einzelliegenschaften, 99 nur gross- und kleinzehntpflichtige Güter ausserhalb der engeren Grundherrschaft und 2 versprengte Gefälle aus. Die verbleibenden 98 selbständigen Güter verteilen sich, wie folgt:

auf den Kellhof Arbon (Abschnitte I und II)	63 Güter,
auf die Güter der St. Martinskirche (III und VIII)	7 Güter,
auf den Hof Wiedehorn (V)	1 Gut,
auf den Hof Egnach (VI)	1 Gut,
auf den Hof Horn (VII)	26 Güter.

Die in Abschnitt VI fehlenden Einzelgüter des Kellhofs Egnach konnten, 11 an Zahl, aus dem Urbar II ergänzt werden. Dadurch steigt die Zahl der Betrachtungsobjekte auf 109 Güter an. Dieselben liessen sich hinsichtlich ihrer topographischen Lage bis auf eines sicher nachweisen. Unermittelt blieb nur die scopossa Lütoldi (Nr. 42).

Die grundlegenden Ergebnisse der angestellten Urbarvergleichung sind die folgenden.

Die Zinsgüter der Grundherrschaft Arbon sind ihrer grossen Mehrzahl nach geschlossene Höfe. Ihnen steht eine bescheidene Zahl von Parzellengütern gegenüber, die schon durch diese Tatsache allein sich als jüngere Einschiebsel erweisen<sup>37)</sup>. Wenn die meisten grösseren Güter die Ackerflur innerhalb ihres geschlossenen Gutsbezirks in drei Zelgen einteilten, so geschah dies offensichtlich lediglich der Dreifelderwirtschaft, nicht eines genossenschaftlichen Flurzwangs wegen; denn Dreifelderfruchtfolge herrschte auch im Hofsystem.

Die Grösse der Güter schwankt sehr, jedoch lassen sich gewisse Durchschnittseinheiten erkennen. Legt man, wie allgemein üblich, die Zahl der Ackermorgen der Grössenstatistik zugrunde, so umfasst die Arboner Grundherrschaft

1 Gut	zwischen 90	und 100 Juchert,
1 "	" 80	" 89 "
5 Güter	" 60	" 69 "
5 "	" 50	" 59 "

<sup>37)</sup> In der Hauptgruppe der sich um Erdhausen anreihenden 26 Güter sind nur 2 Höfe, Nussbomen (Nr. 23) und Peierslehen (Nr. 27) Parzellengüter.

5	Güter zwischen	40	und	49	Juchert,
4	"	"	30	"	39
11	"	"	20	"	29
25	"	"	10	"	19
21	"	"	7 1/2	"	9

Wenn es gestattet ist, diese Tabelle nach dem Massstab der Dreissigmorgenhufe zu zergliedern, so ergeben sich 2 dreihufige Güter, eine beträchtliche Gruppe zweihufiger Güter (15 zwischen 40 und 70 Morgen), eine kleine Zahl Normalhufen; die grosse Masse der Güter dagegen (59 = 72 %) bleibt an Ackerbesitz unter 30 Morgen zurück. Diese Kleingüter umfassen durchschnittlich 10—15 Morgen Ackerfeld und sind schon danach als Drittel- bis Halbhufen zu bezeichnen.

Berücksichtigt man noch, dass die Güter die Tendenz hatten, im Zeitlaufe sich eher auszudehnen als kleiner zu werden, so erweist die Statistik allein schon, dass die Grundherrschaft Arbon überwiegend in Kleingüter zerfiel, die beträchtlich hinter der freien Hufe zurückblieben, und sich daher sofort als Gütchen höriger Kolonen charakterisieren. Die Normalhufe spielt dagegen im Arboner Gebiet nur eine sehr untergeordnete Rolle, die Grossgüter decken sich zu gutem Teil mit den Kellhöfen der Grundherrschaft.

Die vorangehende Aufstellung findet in weitem Umfange Bestätigung durch die Bezeichnungen der Güter, soweit dieselben einen Hinweis auf Art und Grösse des Hofes enthalten. Das ist nicht der Fall bei den von der geographischen Lage hergenommenen Namen, ebensowenig bei den rätromanischen Benennungen, denen lediglich der Stempel höchsten Alters aufgeprägt ist. Die grossen Haupthöfe der Grundherrschaft heissen nicht Fronhof oder Salgut, sondern lateinisch curia (vgl. Nr. 1, 67, 123—125), deutsch Kelnhof oder Kellhof (Nr. 58).

Die Namenbildung mit Weil und Weiler, den deutschen Bezeichnungen für villa und villare, gilt als Hauptkennungszeichen grundherrschaftlicher Siedelung. Sie ist in dem Urbar ziemlich zahlreich vertreten, jedoch sehr viel häufiger im s. gallischen Teil (Abschnitt X), als im engeren Arboner Grundherrschaftsgebiet, wo sie nur zweimal vorkommt, nämlich

als „scopossa in dem Wiler“ (Nr. 63) und als Bezeichnung für das am äussersten Südwestende der Grundherrschaft gelegene Lengwil (Nr. 270).

Völlig zurück treten Hufe und mansus, welche Ausdrücke das Urbar gleichbedeutend gebraucht. Neben mehreren Hufen im St. Gallischen kennt das Urbar im engeren Grundherrschaftsverbände deren eigentlich nur fünf: Schübshub (Nr. 5), die schon zur Zeit des alten Urbars in einer Hand vereinigten zwei Hufen in Olmishausen (Nr. 14); endlich die „due hube in Winden“, heute Kugeliswinden (Nr. 45, 52, 97), die ebenfalls schon zur Zeit des Urbars verschmolzen waren. Von all diesen Gütern ist es zweifelhaft, ob sie zu den ursprünglichen Höfen der Arboner Herrschaft gehörten. Nur von einem einzigen Gut in der Arboner Grundherrschaft wissen wir, dass es bereits in karolingischer Zeit als Hufe bezeichnet wurde. Es ist das der im Urbar als curia, mithin als Salgut bezeichnete Hof Buch, welchen das Kloster St. Gallen im Ulmer Verträge von 854 an Konstanz abtrat<sup>38)</sup>.

Die vorherrschende Bezeichnung der Güter ist die als Schuppe — scopozza — oder Lehen<sup>39)</sup>. Die Agrargeschichte hat in dieser über ganz Süddeutschland verbreiteten Güterbezeichnung seit den grundlegenden Forschungen von J. Mone den technischen Ausdruck für die Kleingüter grundherrlicher Höriger erkannt und ihren Umfang auf eine halbe Hufe oder darunter festgestellt. Und das stimmt trefflich zu der obigen Güterstatistik. Bemerkenswert erscheint dabei namentlich, dass in der Arboner Grundherrschaft das Wort Lehen ausschliesslich auf diese Kleingüter angewandt wird; beide Bezeichnungen, lehen und scopozza, gehen durcheinander und werden völlig gleichwertig gebraucht. Nur scheint der sprachlich schwierig zu deutende Ausdruck scopozza der ältere zu sein, da man die hörigen Zinsgüter doch wohl erst nach Anerkennung des vollen Liegenschaftserbrechts ihrer Besitzer als lehen bezeichnet haben dürfte. Eine weitere Bezeichnung für Kleingüter, der offenbar

<sup>38)</sup> Vgl. Beyerle a. a. O. 14.

<sup>39)</sup> Vgl. Nr. 3, 4, 42, 59, 61; andererseits Nr. 16, 18, 19, 21, 25, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 54; endlich Nr. 17, 40, 63, 64, 27, 43, 50, 65.

ein hohes Alter zukommt, ist die Zusammenkoppelung des Wortes Haus mit einem ursprünglichen Besitzer (vgl. Nr. 22, 24, 28, aber auch Nr. 58 und 74).

Siedelungsgeschichtlich besonders wertvoll ist der erhebliche Bestand von Rodungsnamen, der uns im Arboner Gebiet entgegentritt und von einer sehr beträchtlichen Ausweitung und Vermehrung der zinsbaren Höfe durch Rodungsarbeit Kunde gibt<sup>40)</sup>. Neben den Rodungen, die sich als volle Bauernhöfe darstellen, stehen gerodete Einzelparzellen, die insbesondere das Neubruchverzeichnis des neunten Abschnitts füllen. Örtlich legen sich die Rodungsnamen um den einen Kernpunkt der Grundherrschaft, nämlich die Herrenhöfe Erdhausen und Egnach mit ihren Schupposen herum und trennen diesen von Arbon selbst und seinen Altgütern durch ein beträchtliches Waldgebiet. Der Vergleich der Rodungsnamen mit der Grössenstatistik ergibt, dass die Rodungsgüter als Neubruchland einen grösseren Umfang beanspruchten als die jahrhundertelange Kulturerde der Altgüter. Sie stehen in der Mitte zwischen den Kleingütern einerseits und den Kellhöfen andererseits und erreichen im zweiten Urbar vielfach den Umfang einer Doppelhufe.

So ist festzustellen, dass die Grösse der Güter und ihre Bezeichnungen in offenbarem sachlichen Zusammenhange stehen. Die Arboner Grundherrschaft umschliesst grosse Salhöfe, beträchtliche Rodungsgüter, eine kleine Zahl von Hufen und als Hauptmasse die Kleingüter, Schupposen oder Lehen genannt.

Nun muss es möglich sein, auch die Höhe und Art der Belastung mit der Art und Grösse der Güter in Beziehung zu setzen.

Zum Verständnis der einzelnen Reallasten, von denen uns das Arboner Urbar Kunde gibt, ist eine kurze Vorbemerkung über die in ihm angewandten Hohlmasse nötig. Die Fruchtgefälle sind nicht, wie man erwarten könnte, einheitlich nach Konstanzer oder Arboner Mass verzeichnet. Zwar die Mass-einheiten sind an sich die in ganz Süddeutschland verbreiteten: Das Malter (maltrum) zerfällt als grösstes Mass normal in 4

<sup>40)</sup> Vgl. Nr. 7, 11, 13, 20, 29, 30, 34, 56, 66, 67, 77, 78 u. a. m.

Mutt (modius) zu je 4 Viertel (quartale). Diese Masseinheiten scheiden sich aber zunächst nach Orten. In unserm Urbare treten 3 örtliche Masse auf. Die vereinzelte Verwendung des nach der Stadt Wyl (Kt. St. Gallen) genannten Wyler Masses in Nr. 124 beruht auf zufälligen Ursachen. Weitaus überwiegen die Angaben nach Arboner Mass. Die Anwendungsfälle des Konstanzer Masses beschränken sich in der Hauptsache auf den Bischofszins in Abschnitt I des Urbars<sup>41)</sup>. Insbesondere sind alle Vogtgefälle ausnahmslos in Arboner Mass angegeben. Darnach scheint es, dass das ursprünglich in Arbon wohl allein verwandte Konstanzer Mass sich nur für den seit alter Zeit fixierten Bischofszins hielt, dagegen im übrigen dem jüngern Arboner Mass weichen musste. Trotzdem das Urbar nirgends eine Angabe über das gegenseitige Verhältnis beider Masse enthält, gestattet es doch mittelbar den Schluss, dass das Arboner Mass um ein Fünftel kleiner war als das Konstanzer. Die in gleicher Fruchtart (triticum) angesetzte Kernengült des Bischofs und des Vogtes hielt sich offenbar die Wage: sie beträgt aber im Abschnitt I normal 1 Mut = 4 Viertel Konstanzer Masses bzw. 5 Viertel Arboner Masses<sup>42)</sup>. Neuere Akten erhärten dies Verhältnis zwischen den Massen von Konstanz und Arbon.

Neben der örtlichen Scheidung der Hohlmasse geht die sachliche Doppelgliederung nach Rohmass (Rohmass, im Urbar frechtmess) und Glattmass her, worunter man den Gegensatz nicht enthülster und enthülster Früchte verstand. Von den im Urbar vorkommenden Früchten waren Spelt und Hafer wegen der schwierigen Enthülzung des ersteren und dem blossen Fütterungszweck des zweiten ausschliesslich in Rohmass abzuliefern, während bei Weizen (triticum) die Angaben zwischen Roh- und Glattmass schwanken. Das auch anderwärts bestätigte Verhältnis beider Massarten ist in unserm Urbar 1 : 2. Offenbar ist die Rohmassberechnung die ursprüngliche, in graue Vorzeit zurückreichende, während die Fruchtlieferung in Glattmass erst mit fortgeschrittenerer Technik beim Weizen zur Regel werden konnte. Unser Urbar versteht unter Kon-

<sup>41)</sup> Vgl. Nr. 2—4, 11, 22, 24—28, 34—42.

<sup>42)</sup> Vgl. Nr. 6, 10, 12, 16, 18, 19.

stanzer oder Arboner Mass schlechthin bei Weizen bereits allgemein Glattmass<sup>43)</sup>.

Sollen nunmehr die Normalbelastungen der einzelnen Güterarten ermittelt werden, so empfiehlt es sich, hier nicht mit den grössten Gütern, den Kellhöfen, zu beginnen, deren ursprünglicher Fronhofcharakter ihren Abgaben ein Sondergepräge aufdrückt, sondern vielmehr von der grossen Masse der Kleingüter auszugehen und von da zu den grössern Gütern fortzuschreiten. Dabei mögen wiederum die weltlichen Grundherrschaften und Vogtzinse der Erörterung der Gross- und Kleinzehnten vorangestellt werden.

Es bedarf keines langen Studiums, um zu erkennen, dass die normalen Abgaben der Arboner Schuppen betragen<sup>44)</sup>: 1 Mut oder 4 Viertel Weizenkernen Konstanzer Masses als Bischofszins, als Vogtzins zunächst die entsprechende Summe in Arboner Mass, nämlich 5 Viertel Weizen; des ferneren 7 Viertel Hafer, 10 Schilling Vogt- oder Heugeld, ein halbes ausgewachsenes Schwein oder ein ganzes Schwein im Werte von nur 3 Schilling — gegen 6 Schilling Normalwert eines Schweines —; es folgen noch anderthalb Schilling (18 Pfennige) Burgsteuer und 2 Herbsthühner. Wo, wie im Abschnitt II des Urbars, die Kernengült des Bischofs und die des Vogtes nicht auseinandergehalten sind, steht mehrfach eine Ziffer, die der Summe beider Beträge entspricht. Während in der grossen Mehrzahl aller Fälle der Bischofszins der Schuppe auf 1 Mut Konstanzer Mass = 2 Mut frechtmess sich beziffert, herrscht bei den Vogtzinsen nicht die gleiche Regelmässigkeit. Bei ihnen macht sich eine doppelte Schicht geltend. Neben einer grössern Reihe von Gütern, welche den ermittelten Normalsatz der Vogteilasten entrichteten, stehen solche, die statt einfacher Schuppenleistungen den doppelten Betrag und ausserdem im allgemeinen jährlich eine Gans zu leisten hatten<sup>45)</sup>. Auch an

<sup>43)</sup> Vgl. 11, 13, 15, 16, 18, 21—24, 27, 28. In all diesen Fällen ist, soweit sie frechtmess und Konstanzer Mass durch ein et verbinden, dieses et für sive zu nehmen.

<sup>44)</sup> Vgl. Nr. 3, 4, 6, 8, 10, 12, 13, 16—28, 31—43, 48—50, 53, 59, 61—64.

<sup>45)</sup> Vgl. Nr. 3, 4, 8, 13, 22, 23, 27, 34, 39, 50.

Zwischenstufen fehlt es nicht, welche die Verdoppelung nur in einzelnen Posten mitmachen<sup>46)</sup>. Die Lösung für dieses Nebeneinander von doppelten Vogteilasten bei einfach bleibendem Bischofszins liegt in der Grössenstatistik der betreffenden Güter. Die mit doppelten Vogteilasten beschwerten Güter sind ausnahmslos solche, welche an Ausdehnung sich überwiegend als Doppelschuppen mit 16—20 Morgen Ackerfeld darstellen, vereinzelt selbst an die Vollhufe heranreichen. Offenbar sind das alles Güter, die sich unter der Vogtherrschaft durch ausgreifende Rodung an Umfang verdoppelt hatten und daher die doppelten Vogteilasten einer schlichten Schuppe entrichteten, dagegen hinsichtlich des Bischofszinses auf ihrem alten Satz stehen blieben. Aber selbst unter denjenigen Kleingütern, die dem Vogte nur einfache Schuppenzinse leisteten, finden sich einige, die sich als Rodungen in Anspruch nehmen lassen. Es sind das die Güter, welche überhaupt keinen Bischofszins, sondern nur Vogtsteuern bezahlen. Erfreulicherweise befinden sich gerade in dem genauen ersten Abschnitt des Urbars 7 solcher Güter<sup>47)</sup>.

Über den Schuppen stehen die Hufen. Die Grössenstatistik hat aber ergeben, dass der Mehrzahl der Kleingüter eine grössere Gruppe von Höfen mit über 40 Morgen Ackerfeld gegenübersteht, dass dagegen dazwischenliegende einhufige Güter nur in geringer Anzahl vorhanden sind. Unter ihnen haben wir soeben eine Gruppe kennen gelernt, bei welcher das Verhältnis von Bischofszins und Vogteilast den Beweis erbrachte, dass auch sie von Hause aus Schuppen waren und erst allmählich durch Rodung zur Hufe aufgestiegen sind. Da sich ferner unter den einhufigen Gütern eine Reihe von jüngeren Rodungsgütern befinden, so ergibt sich für dieselben die Dreigliederung in 5 bzw. 3 Althufen<sup>48)</sup>, in 6 Rodungshufen<sup>49)</sup> und in die bereits erwähnten 10 durch Rodung erweiterten Schuppen.

Legt man den oben festgestellten normalen Schuppenzinse

<sup>46)</sup> Vgl. Nr. 12, 16, 19, 24, 37, 40, 62.

<sup>47)</sup> Vgl. Nr. 10, 12, 20, 31—33, 43.

<sup>48)</sup> Vgl. Nr. 5, 14, 97 mit 45 und 60.

<sup>49)</sup> Vgl. Nr. 9, 11, 15, 28, 30, 55.



zugrunde, so erwartet man als Hufenzins entweder das Doppelte oder das Dreifache, je nachdem die Schuppe als Halb- oder Drittelhufe aufgefasst wird. Das Urbar bietet durchgehends die doppelte Belastung der Schuppe und fügt eine Gans hinzu. Wir gewinnen daher als Hufenzins: 2 Mutt Kernen Konstanzer Mass = 4 Mutt Frechtmess Weizengült des Bischofs; als Vogtzins aber stehen da 7 Viertel Kernen, 14 Viertel Hafer, 20 Schillinge = 1 Pfund Vogt- oder Heugeld, 1 ganzes Schwein oder 6 Schillinge, 3 Schillinge Burgsteuer, 4 Herbsthühner und 1 Gans. Diese Ziffern stellen die Regel dar, insbesondere sind die 2 Mutt Bischofszins bei 2 Gütern (Nr. 11 und 15) überliefert. Wenn demgegenüber mehrere Höfe sehr viel grössere Hafergülten und Hühnerzinse entrichteten<sup>50)</sup>, so muss das seinen besonderen Grund haben, auf den noch zurückzukommen sein wird.

Über den Hufen stehen die Doppelhufen und die an Umfang darüber hinausgehenden Grossgüter. Grossgüter waren vor allem die Kellhöfe Erdhausen (Nr. 58), Wiedehorn (Nr. 123), Egnach (Nr. 124), Horn (Nr. 125), sowie der Kellhof Arbon selbst (Nr. 1). Dazu treten die zwei Doppelhufen Buch (Nr. 67) und Kuglersgrütt (Nr. 56), ersteres ebenfalls ein altes Herrngut. Aus dem gleichen Grunde, aus welchem vorhin die erweiterten Schuppen den Hufen angereicht wurden, lassen sich hier die zusammengekoppelten Hufen Kugeliswinden und Olmishausen anfügen: insgesamt 9 Güter, von denen indes der Kellhof Arbon, für welchen im Urbar keine Zinsen ausgesetzt sind, ausscheidet.

Von der Hufe herkommend erwarten wir für die Doppelhufe doppelten Hufenzins, das wären: 4 Mutt Konstanzer Mass = 8 Mutt Frechtmess Weizengült als Bischofszins; als Vogteilasten 14 Mutt Arboner Mass Weizengült, 28 Viertel = 7 Mutt Hafer, 2 Pfund Vogt- oder Heugeld, 2 Schweine, 6 Schilling Burgsteuer, 8 Herbsthühner und 2 Gänse. In Wirklichkeit leisten die betreffenden Güter ausnahmslos beträchtlich grössere Fruchtgülten, die bis zu 20 Malter Spelt (Nr. 125) und bis zu 12<sup>1</sup>/<sub>2</sub> Malter Hafer (Nr. 124) ansteigen, daher einen durchaus eigenartigen Charakter tragen müssen. Im übrigen lassen offen-

<sup>50)</sup> Vgl. Nr. 5, 9, 14, 45.

bar die Kellhöfe Egnach und Horn (Nr. 124 und 125) die ursprünglichen Detailbelastungen, wenn solche vorhanden waren, nicht mehr deutlich erkennen. Dagegen stellen die Höfe Kuglersgrütt (Nr. 56), Erdhausen (Nr. 58), Buch (Nr. 67) und Wiedehorn (Nr. 123) eine Gruppe dar, welche hinsichtlich der übrigen Abgaben dem erwarteten Doppelhufenzins entspricht oder nahekommt. Sie leisten zwischen 1 und 2 Pfund Vogt- oder Heugeld, 3 von ihnen 2 Schweine, der Hof Buch die praesumierten 6 Schilling Burgsteuer, sämtliche Höfe 8 Herbsthühner, 3 von ihnen 2 Gänse. Unsere Annahme findet also hinsichtlich des grösseren Teiles der Vogteilsten Bestätigung. Ausserdem treten bei diesen Doppelhufen als neue Abgaben hinzu je 1 Mutt Bohnen und Nüsse und 2 Viertel Gerste.

Mehr Schwierigkeit als die grundherrlichen Lasten bereitet die Charakterisierung der Gross- und Kleinzehnten. Als Grosszehnten wurden schon oben die beträchtlichen Getreideabgaben erkannt, die sich in den kirchlichen Abschnitten des Urbars (III und VIII) verzeichnet finden. Ausserdem erweisen sich aber bei näherem Zusehen eine grössere Reihe von Getreidefällen innerhalb der rein grundherrlichen Abschnitte (I, II, V, VI, VII) des Urbars als Grosszehnten. Alle Grosszehnten werden in Spelt und Hafer bzw., soweit es sich um Einzeliegenschaften handelt, je nach der Bestellung in Spelt oder Hafer mit freibleibendem Drittjahr geleistet. Dabei tritt der Haferzehnt gegenüber dem Speltzehnt um ein Drittel und noch mehr zurück<sup>51)</sup>, eine Erscheinung, die sich aus dem Verhältnis des gegenseitigen Fruchtertrags ohne weiteres erklärt. Dass als Zehntfrucht durchgehends die auf geringwertigem Boden baufähigen Fruchtarten Spelt und Hafer geleistet werden, ist eine allgemeine Erscheinung und dürfte sich zum Teil daraus erklären, dass sich unter den zehntpflichtigen Gütern viel Neubruckland findet.

Denn bei weitem nicht alle Güter, die das Urbar nennt, sind grosszehntpflichtig. Ausserhalb des engeren Grundherrschaftsgebietes nur das abgelegene Leutswil (Nr. 90), einige zu Horn geschlagene Höfe (Nr. 127—130) und noch mehrere Güter im

<sup>51)</sup> Vgl. Nr. 58, 67, 123, 124, 125.

St. Gallischen und auf Roggwiler Boden <sup>58)</sup>. Innerhalb des engeren Gutsherrschaftverbandes ist die Grosszehntpflicht ebenfalls die Ausnahme. Fünfzig Güter, darunter sämtliche alten Schupposen, sind grosszehntfrei, ohne dass im entferntesten angenommen werden könnte, als seien etwa die Grosszehnten der Mehrzahl der Höfe schon vor dem 13. Jahrhundert vom Bistum veräussert worden. Vielmehr muss bei ihnen aus dem Fehlen der Grosszehnten geschlossen werden, dass die Belastung mit Grundzins und Vogteiabgaben so erheblich war, dass daneben die Auflage eines Grosszehnten sich nicht durchführen liess. Demgegenüber gehören die grosszehntpflichtigen Güter ganz bestimmten Gruppen an.

Als solche ergeben sich einmal die Salgüter der Herrschaft, das sind die Kellhöfe Erdhausen (Nr. 58), Egnach (124) und Horn (125), daneben die Doppelhufen Buch (64) und Wiedehorn (123) und das Salgut Winzelnberg (Nr. 59). Alle diese Salhöfe ragen durch ihre erheblichen Spelt- und Hafergefälle hervor, dieselben können nur Grosszehnten sein, wie der Vergleich mit den kirchlichen Abschnitten des Urbars und eine noch anzustellende verwaltungsgeschichtliche Betrachtung mit Bestimmtheit ergeben.

Grosszehntpflichtig sind ferner die Widemgüter der St. Martinskirche Arbon (Nr. 72—75, 315). Das Widemgut zu Steinebrunn (Nr. 315) erscheint allerdings bereits im alten Urbar der Herrschaft der Hauptsache nach entfremdet zu sein. Die übrigen, längs der alten Römerstrasse benachbart liegenden Widemgüter Fezisloh, Frasnacht, Ringenzeichen und Stockershaus (im Urbar Speltenhus) sind mit beträchtlichen Spelt- und Hafergefällen belastet, also offenbar gegen Grosszehnten ausgetan. Sie sind mithin den grundherrlichen Salgütern gleichgestellt, was sich aus der Jahrhunderte alten Inkorporation des Arboner Kirchgutes in die bischöfliche Grundherrschaft leicht versteht.

Es verbleibt noch eine dritte Gruppe grosszehntpflichtiger Güter, die sämtlich im Südwesten der Erdhauser Altgüter gelegen sind. Jenes Gebiet ist uns schon oben bei Erörterung der Güternamen als Rodland begegnet. Wir werden daher nicht fehlgreifen, wenn wir in den beträchtlichen Getreidefällen jener

<sup>58)</sup> Vgl. Nr. 139—41, 143, 158, 159.

Güter Grosszehnten erblicken. Hierher gehören die Güter Schübshub (Nr. 5), Raach (Nr. 7 mit Nr. 79), Moos (Nr. 9 mit Nr. 76), Olmishausen (Nr. 14), Kapferslehen (Nr. 54), Kuglersgrütt (Nr. 56), Hegi (Nr. 77), Siebeneichen und Baumannshaus (Nr. 78). Als grosszehntpflichtige Einschießel im Erdhauser Siedlungsgebiet stellen sich die Güter Nussbomen (Nr. 23 mit Nr. 88) und Gaisshäusern (Nr. 24 mit Nr. 65 und Nr. 156) dar. Dem Rodungsgebiet zwischen Arbon und Erdhausen gehören die beiden grosszehntpflichtigen Kleingüter Vorder- und Hinterkratzern (Nr. 32, 33 mit 81) an. Unter den erwähnten Gütern sind die beiden Kratzern, Kapferslehen, Nussbommen und Gaisshäusern die einzigen Schupposen, welche Grosszehnten entrichten.

Der Vergleich der Grosszehnten im einzelnen ergibt, dass auch diese Abgabe naturgemäss zu der Grösse des Gutes im Verhältnis steht. Die grosszehntpflichtige Doppelhufe ist durchschnittlich mit 12 Malter Spelt und 7—8 Malter Hafer belastet <sup>53)</sup>, die Hufe entrichtet 4—5 Malter Spelt und Hafer <sup>54)</sup>, die Schuppe 1—2 Malter Spelt und Hafer <sup>55)</sup>. Innerhalb der grosszehntpflichtigen Hufen bilden die benachbart liegenden Güter Schübshub (Nr. 5), Olmishausen (Nr. 14), Kugeliswinden (Nr. 45) und Moos (Nr. 9) eine Sondergruppe, in welcher als Grosszehnt von der Hufe nur 3 Malter Hafer und 5 Hühner entrichtet werden. Es liegt offenbar ein unter gleichheitlichen Bedingungen in Anbau genommenes Rodungsgebiet vor, woraus sich der mässiger Zehntbetrag und seine Beschränkung auf Hafer einfach erklärt.

Auch der Kleinzehnt belastete nicht alle Güter. Während er zwar ausserhalb des engeren Grundherrschaftsverbandes überall eingehoben worden zu sein scheint (Urbar Nr. 190—287) zeigt sich, dass innerhalb desselben der grösste Teil der Schupposen kleinzehntfrei war. Der Kleinzehnt steht darin in offener Parallele zum Grosszehnt, er tritt meist da auf, wo auch Grosszehnt entrichtet wird. Mit Kleinzehnt belastet sind die Salgüter Egnach (Nr. 296), Buch (Nr. 298) und Wiedehorn (Nr. 299), die Doppelhufe Kuglersgrüt (Nr. 306), die Hufen Landquart (Nr. 245),

<sup>53)</sup> Vgl. Nr. 56, 58 (dreihufiges Gut Erdhausen!), 67 und 123.

<sup>54)</sup> Vgl. Nr. 7 mit 79, 9 mit 76, 23 mit 88, 24 mit 156, 77, ausserhalb der Grundherrschaft 158, 159.

<sup>55)</sup> Vgl. Nr. 54, 65, 71, ausserdem Nr. 81 (zwei Schupposen!).

Glusenhaus (Nr. 292, zwei Schupposen!), Kugeliswinden (Nr. 272 und 273), Mittelberg (Nr. 288); von den Widemgütern Frasnacht (Nr. 301); von den Schupposen die 6 Schupposen des Kellhofs Arbon (Nr. 346, entrichten nur halben Kleinzehnt!), Stachen (Nr. 285), Buhberg (Nr. 307), Birmoos (Nr. 290), Kratzern (Nr. 300), Mossen (Nr. 294), Attengärtli (Nr. 289), Hagenbuch (Nr. 320), Peierslehen (Nr. 295), Schochenhaus (Nr. 291) und Luxburg-Staad (Nr. 297). Im ganzen macht die Kleinzehntpflicht einen ziemlich regellosen Eindruck. Gleichwohl ist auch hier eine gewisse Norm zu erkennen. Sie beziffert sich für die Hufe auf 5 Schilling (Heugeld) und 5 Hühner, für die Schuppose auf 18 Pfennige = 1½ Schilling = der grundherrlichen Burgsteuer.

Für die Verwaltung der Grundherrschaft Arbon lassen sich aus dem Urbar im Zusammenhang mit der sonstigen Überlieferung folgende Sätze aufstellen. An der Spitze stand der Villicus als grundherrlicher Hofrichter<sup>56)</sup>; das Amt brachte seinen Inhaber zu Ehren, es wurde langezeit von der nachgeborenen Linie der Ministerialen von Arbon, genannt Im Kilchhof, bekleidet<sup>57)</sup>.

Unter dem Villicus standen die Cellerare als unmittelbare Wirtschaftsbeamte, die von Hause aus den Salhöfen vorgesetzt waren und deren Felder durch die Fronen der Schupposenbesitzer bestellten. Das Urbar kennt innerhalb des engeren Grundherrschaftsgebietes ausdrücklich 6 Cellerare, von denen 5 nach den Kellhöfen Arbon (Nr. 1), Erdhausen (Nr. 318), Egnach (Nr. 296), Wiedehorn (Nr. 147) und Horn (Nr. 203) benannt sind. Der ferner genannte „cellerarius uf dem Rüte“ (Nr. 306) muss wahrscheinlich auf das grosse Rodungsgut Kuglersgrütt (Nr. 56) bezogen werden. Der Bauer des alten Salgutes Buch (Nr. 67) ist dagegen nirgends als Cellerarius aufgeführt. Man würde indes völlig fehl gehen, wenn man annehmen wollte, dass die mit dem Namen Cellerar belegten Bauern zur Zeit des Urbars noch Wirtschaftsbeamte des Sallandes im alten Sinne gewesen seien. Ein Blick in das Urbar erweist, dass allein der Kellhof Arbon (Nr. 1) noch in Eigen-

<sup>56)</sup> Stadtrecht von 1255 § 27.

<sup>57)</sup> Vgl. Beyerle a. a. O. S 42.

bewirtschaftung der Herrschaft gestanden haben muss, da bezüglich seiner keine Zinsen ausgesetzt sind. Die übrigen Kellhöfe wie auch die Höfe Buch und Kuglersgrütt entrichten feste Leistungen wie alle anderen Güter; ihre Besonderheit besteht nur darin, dass sie ausser den verhältnismässigen Hebungen einer Doppelhufe auch noch Grosszehnten in gemessenen Beträgen zu entrichten hatten. Also war zur Zeit der Abfassung des Urbars, wie anderwärts so auch in der Grundherrschaft Arbon, die Eigenbewirtschaftung der Fronhöfe in der Hauptsache bereits aufgegeben, ihre Bauern waren zur Selbständigkeit aufgestiegen. Sie führten den alten Namen weiter und dürften trotz der Übernahme der Grosszehntpflicht sich bei ihrem Aufsteigen verbessert haben, da sie gewiss weniger ablieferten, als sie zur Zeit ihres reinen Beamtentums abzuliefern gehabt hatten.

Auch für das anderwärts beobachtete Zwischenstadium zwischen Fronhofwirtschaft alten Stiles und völligem Eigenbetrieb der Kellhofbauern, welches die Fronhöfe wenigstens noch als zentrale Hebungsstellen aufrecht hält, durch die die Leistungen der abhängigen Güter eingezogen werden, finden sich im Urbar einige Spuren. Als solche Hebungsstellen treten die Kellhöfe Egnach (Nr. 124) und Horn (Nr. 125) auf, dagegen ist der Kellhof Erdhausen (Nr. 58) bereits dieser Eigenschaft entkleidet und gleiches gilt von den Gütern Wiedehorn, Buch und Kuglersgrütt, von denen es im Gegensatz zu Erdhausen übrigens fraglich ist, ob sie jemals mit leistungspflichtigen Kleingütern umgeben waren. Immerhin bleibt zu beachten, dass der Kellhof Erdhausen mit einem grossen Teile seiner Schuppen im Urbar vom Kellhof Arbon äusserlich getrennt, nämlich dem zweiten Abschnitt zugeteilt ist. Ein anderer Teil der Erdhauser Güter (Nr. 16—27) ist im ersten Abschnitt zum Kellhof Arbon geschlagen. Indes auch der Kellhof Arbon konnte auf die Dauer dem Schicksal der andern Frongüter nicht entgehen. Ohne dass eine nähere zeitliche Festsetzung möglich wäre, ergibt das Urbar II, dass zwischen dem 13. und 16. Jh. wenigstens die Ackerflur des Kellhofs Arbon und die zum Kellhof Arbon gehörende Herrschaftsmühle Stachen von der Herrschaft gegen Zehnt ausgetan werde. Allerdings nicht

in einem Stück, vielmehr kam die Grundherrschaft durch starke Parzellierung der Arboner Kellhofäcker dem Bedürfnis der Arboner Bürger und Kleinbauern nach Einzellienschaften entgegen<sup>58)</sup>. Die in Urbar II zum Arboner „Hofzehnten“ gehörigen 46 Parzellen umfassen ungefähr 50 Morgen Ackerfeld in drei Zelgen, ein Beweis, dass auch der Kellhof Arbon eine Doppelhufe war. In Eigenbewirtschaftung der Grundherrschaft verblieben vom Kellhof Arbon nach dieser Aufteilung nur noch die Wiesen, das sind nach Urbar II 17 Mannsmad und der grosse zusammenhängende Komplex des Arboner Brühls.

Andere in Eigenbewirtschaftung stehende Güter ausser dem Kellhof Arbon (Nr. 1) sind im alten Urbar nicht genannt. Und doch gab es solche, die lediglich das als Zinsbeschrieb gedachte Urbar nicht verzeichnet hat. Das sind zunächst die Reste des Arboner Forstes<sup>59)</sup>, die als grundherrlicher Wald die Zeit der grossen Rodungen überdauert haben und denen nach Ausweis jüngerer Akten der Forster oder Untervogt vorgesetzt war, ein Amt, das wir unbedenklich in höchstes Alter hinaufrücken und mit dem forestarius der karolingischen Wirtschaftsordnung in Parallele setzen dürfen. Der Herrschaftswald befand sich an zwei Stellen des Arboner Gebietes verteilt. Die Wälder Stacherholz, Meereichenholz und Seemoosholz mit zusammen 210 Juchart (nach Urbar II) liegen in der Nähe von Arbon, zwischen diesem und dem Egnacher Gebiete. Dagegen befinden sich die als Forst bezeichneten Wälder von Olmishausen, Schübshub und Burkartsulishaus mit zusammen 220 Juchart am West- und Südrande der Grundherrschaft.

In Eigenbetrieb des Bistums verblieben aber auch die beiden Weingüter Winzelnberg bei Erdhausen und Bodmer (von Bodmaner = der Weinberg des Herrn von Bodman, vgl. oben S. 77, 79) bei Arbon. Das Rebgut zum Bodmar umfasste 3 Juchart, dasjenige von Winzelnberg war annähernd viermal so gross; auch war mit Winzelnberg ein kleines Salgut (Nr. 57) verbunden, das aber schon im Urbar I gegen Grosszehnt und einige andere Abgaben ausgetan war.

<sup>58)</sup> Vgl. oben S. 88.

<sup>59)</sup> Vgl. Beyerle a. a. O. 27 ff.

Die Bewirtschaftung dieses Restes von grundherrlichem Eigenbetrieb erfolgte auf Grund der Frondpflicht. Über dieselbe liegen in Urbar II und in neueren Akten genaue Verzeichnisse vor. Da sich Zahl und Grösse der Güter zwischen dem 13. und 16. Jahrhundert kaum verschoben haben und nur die Eigenwirtschaft der Äcker des Kellhofs Arbon in der Zwischenzeit aufgegeben wurde, sind die Angaben des II. Urbars unbedenklich auch in diesem Punkte zur Ausfüllung der hier vom alten Urbar gelassenen Lücke heranzuziehen. Während es keinem Zweifel unterliegt, dass die volkrechtliche Frondpflicht kirchlicher Höriger (l. Alamannorum cap. 21) in alter Zeit auch für die Bestellung des Arboner Sallandes Mass gab, gruppieren sich die Frondpflichten des Urbars II ausschliesslich um die Wiesen im Brühl, um die beiden genannten Rebärten und um die Holzabfuhr aus dem Herrschaftswald. Dabei waren auch die Bauern der alten Kellhöfe und Salgüter zu Fronden verpflichtet. Nur der Kellhof Egnach, das Salgut Winzelnberg, die Widemgüter der Arboner Kirche und einige der Grundherrschaft zwischen dem I. und II. Urbar entfremdeten Güter waren frondfrei. Die einzelnen Frondleistungen sind die folgenden. Die pflichtigen Bauern hatten von Brühl- und Vogtswiese das Heu in den Schlosstadel zu führen. Sie hatten für das Rebgut Bodmer Mist zu liefern, den Reberg umzugraben und vor der Reife den Boden nochmals zu lockern (sog. Falg oder letzte Haue) und Arbeiter zum Einherbsten (sog. Wimpler) zu stellen. Dieselben Arten von Rebfronden waren auch für das Rebgut Winzelnberg zu leisten. Bei der Entlegenheit desselben von Schloss Arbon kamen hier indes als weitere Frondpflichten hinzu: das Hinausfahren der Rebstecken, leeren Fässer und sonstigen Herbstgeräte auf den Winzelnberg, sowie das Einbringen der gefüllten Fässer vom Winzelnberg in den Schlosskeller zu Arbon. Die Holzabfuhrpflicht aus dem Forst wurde schon genannt. Für das Gut Bodmer und die Heuarbeit im Arboner Brühl waren hauptsächlich die Güter frondpflichtig, die zum Arboner Kellhof in Abhängigkeit standen. Für Winzelnberg sind die meisten Höfe der Grundherrschaft frondpflichtig, mithin nicht nur die zum benachbarten Salhof Erdhausen gehörigen. Die Holzabfuhr verteilte sich auf 34 Höfe, die zusammen 88 Fuder



(= Grossladungen) einzubringen hatten. Insbesondere nahmen fast alle Altgüter an dieser Holzfrond teil, ein deutlicher Hinweis auf ihr hohes Alter. Die normale Frondpflicht betrug für die Schuppen um Arbon: 3 Fuder Mist, 2 Tagwerke Umgraben, 1 Tagwerk letzte Haue und 1 Wimpler für das Rebgut Bodmar, ausserdem Heufuhren vom Brühl. Für die Erdhauser Schuppen lassen sich als Norm aufstellen: 2 Fuder Mist, 2 Tagwerke Umgraben, 1 Tagwerk letzte Haue und 1 Wimpler für das Rebgut Winzelnberg; ausserdem hatten diese Kleingüter Stecken auf den Winzelnberg zu fahren und zur Einbringung der gefüllten Weinfässer ein Gespann zu stellen, endlich 2 Fuder Holz (= 2 Fuhren) aus dem Herrschaftswald in das Schloss Arbon zu fahren. Die grossen Höfe leisteten die doppelten bis dreifachen Fronden der Schuppen.

Die vorangehende Untersuchung der Arboner Urbare setzt uns in stand, die Entwicklung des Arboner Bistumslandes zunächst für das hohe und spätere Mittelalter klar zu erkennen. Die vorgenommene Klassifizierung der Zinsgüter gestattet aber noch mehr, nämlich die Rekonstruktion der karolingischen Grundherrschaft Arbon. Dabei gilt es, die als ursprünglich erkannten Güter herauszuheben, ihren Umfang nach den ermittelten Durchschnittswerten festzulegen, die offensichtlich jüngeren Güter, vor allem die Rodungsgebiete auszuscheiden. Zieht man auch die letzteren heran und berücksichtigt weiter die zahlreichen Vergrösserungen alter Schuppen, die uns begegnen sind, so muss es möglich sein, auch den Anteil des hohen Mittelalters und der Arboner Vögte an der Urbarmachung des Arboner Bodens ziffermässig zu erfassen.

Die karolingische

### Villicatio Arbonensis

muss folgendes Bild geboten haben.

#### I. Curia cellerarii Arbonensis.

Zum Kellhof Arbon (Nr. 1) gehörten zunächst die um ihn liegenden 6 Schuppen des grundherrlichen Dorfes Arbon selbst (Nr. 35—40); ferner die im alten Urbar nicht genannte, weil in Regie gehaltene kleine Herrschaftsmühle Stachen; endlich 4 Schuppen (Nr. 3, 4, 48, 49) und eine Mühle (Nr. 49) in

Feilen, Speiserslehen und Stachen und der Hof Landquart (Nr. 2). Alle letztgenannten Güter liegen am römischen Strassenzug von Chur nach Arbon in der Niederung zwischen den st. galler Anhöhen und Arbon selbst. Das Gebiet des Kellhofs Arbon mit den genannten 11 Schupposen, 2 Mühlen und 1 grösseren Hofe repräsentiert einen Ackerbestand von rund 50 Morgen Salland und 145 Morgen Zinsland, beider Verhältnis ist demnach 1 : 3.

## II. Curia cellerarii in Erchhusen.

Der grösste Komplex von Altgütern gruppiert sich um den Kellhof Erdhausen (ursprünglich Erchhusen). Selbst ein Dreihufengut (Nr. 58) hat es als Salland neben sich das 10—12 Morgen grosse Reb Gelände nebst einem kleinen Bauerngut (Nr. 57) auf dem Winzelnberg. Als abhängige Hörigengüthen treten 20 Schupposen hinzu. Das sind die vier offenbar uralten Schupposen in Gristen (Nr. 16—19), ferner Schernlehen (Nr. 21), Schochenhaus (Nr. 22), Mossen (Nr. 26), Glusenhaus (duo lehen! Nr. 25), Gaisshäusern (Nr. 24), Herzogsbach (Nr. 64), Weilen (Nr. 63), Elden (Nr. 61), Englen (Nr. 59), Ackermannshub (Nr. 62), Isel (Nr. 43), Watzenlehen (Nr. 54), Walthershaus (Nr. 41), Mölsrüti (Nr. 13) und Täschliberg (Nr. 8). Die genannten Güter liegen an dem römischen Strassenzug, der von Arbon ins Thurtal führt bzw. in dessen nächster Nähe, nur die beiden zuletzt genannten abseits in südlicher und südwestlicher Richtung. Das Gebiet des Kellhofs Erdhausen umfasst danach an Ackerfeld rund 100 Morgen Salland und 240 Morgen Zinsland, beider Verhältnis ist hier 1 : 2,5.

## III. Curia cellerarii in Egnach.

Das im einzelnen aus Urbar II zu erschliessende Gebiet des Kellhofs Egnach (Nr. 124) begreift ausser diesem selbst eine Mühle, eine Hufe und fünf mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit der ursprünglichen Gutsverfassung zu vindizierende Schupposen. Die Güter liegen an der Römerstrasse, die sich von Arbon längs des Seetales in der Richtung nach Konstanz hinzieht. Das Ackerareal von Egnach dürfte sich für die alte Zeit auf 50 Morgen Salgut und 90 Morgen Zinsgüter beziffert haben.

## IV. Curia cellerarii in Wiedehorn.

Dem Kellhof Wiedehorn (Nr. 123) vermag ich mit einiger Bestimmtheit nur das für die Karolingerzeit urkundlich belegte Salgut Buch (Nr. 67) zuzuweisen. Beide Güter liegen an der Römerstrasse zwischen Egnach und Arbon und es scheint, dass von ihnen die Rodung des Waldgebietes zwischen Arbon und Egnach-Erdhausen ihren Ausgang genommen habe. Die beiden Fronhöfe für sich allein repräsentieren 120 Morgen Ackerfeld.

## V. Curia cellerarii in Horn.

Zum Kellhof Horn (Nr. 125) gehören seit alter Zeit eine Mühle (Nr. 205) und die sog. 14 Lehen (Nr. 126), alte Schupposen, die den Normalzins von 1 Mutt Kernen dem Bischofe entrichteten. Das hohe Alter dieser am Bodensee zwischen Steinach und Rorschach gelegenen Güter ergibt sich schon daraus, dass sie sich der in der Karolingerzeit einsetzenden Umklammerung St. Gallens zu entziehen vermocht haben. Horn ist bis heute thurgauische Enklave im Kt. St. Gallen. Das Urbar II weist dem Kellhof Horn 83 Morgen, den 14 Lehen zusammen 106 Juchart Ackerfeld zu. Es will fast scheinen, als habe hier der Kellhof sich auf Kosten alter Schupposen bereichert, da eine Durchschnittsberechnung dem Kellhof 60 Juchart, den 14 Lehen 144 Juchart, zusammen 204 Juchart Ackerfeldes zuweisen müsste, in welchem Falle das Verhältnis von Salland zu Zinsland 1 : 2,5 betragen würde.

## VI. Dos ecclesiae.

Der alte Arboner Pfarrwidem umfasst die drei grösseren Güter Frasnacht (Nr. 72), Ringenzeichen (Nr. 75) und das früh abhanden gekommene Steinebrunn (Nr. 315, nach dem dort verzeichneten Kleinzehnt eine Hufe), ferner die beiden Schupposen Fezisloh (Nr. 73) und Stockershaus (Nr. 28, 74). Davon liegen die Höfe Frasnacht, Ringenzeichen, Fezisloh und Stockershaus nahe beieinander, an oder zwischen der Gabelung der beiden von Arbon westlich führenden Römerstrassen; sie stellen die Verbindung her zwischen den Gutskomplexen von Arbon und Erdhausen. Dagegen liegt der Widem Steinebrunn am Westrande der Grundherrschaft, jenseits Erdhausen, an der Römer-

strasse nach Pfin. Die Widemgüter stellen einen schätzungsweise Ackerbesitz von 114 Morgen ( $3 \times 30$  und  $2 \times 12$ ) dar.

Fasst man die grösseren Widemgüter als Salgüter, die kleineren als Schupposen auf, wozu die Grosszehntpflicht derselben berechtigt, so beträgt der gesamte rekonstruierte karolingische Ackerbesitz 1113 Morgen, wovon 470 dem Salland, 643 dem Zinsland zuzuweisen wären.

Die Zeit bis zum Urbar des beginnenden 14. Jhs. hat demgegenüber eine sehr beträchtliche Vermehrung geschaffen.

Sie hat zu den 16 ermittelten Altgütern des Kellhofs Arbon, zu denen wegen des Ineinandergreifens der Abschnitte I und II des Urbars die 22 Güter des Kellhofs Erdhausen alsbald zu stellen sind, in weitausgreifender Rodungsarbeit neben zahlreichen Einzelrodungen 31 Neugüter geschaffen, mithin die ursprüngliche Zahl fast verdoppelt. Es gehören hierher die zwei Schupposen Kratzern (Nr. 32, 33), die bald erweiterte Schuppose Steinelohe (Nr. 34), die Schupposen Weggut (Nr. 31), Stocken (Nr. 20), Attengärtli (Nr. 53) und Birmoos (Nr. 12); ferner die zum Teil sehr beträchtlichen Rodungshöfe Holz (Nr. 30), Ringenzeichen (Nr. 29), Riedern (Nr. 89, früh entfremdet), Siebeneichen und Baumannshaus (Nr. 78), Häuslen (Nr. 51, früh entfremdet), Schübshub (Nr. 5), Azenholz (Nr. 56, früh entfremdet), Langenmoos (Nr. 6, heute nur Gewannname Mooszelg), Kugeliswinden (2 Hufen, Nr. 96), Raach (Nr. 7), Hegi (Nr. 77) und Hegi-Mühle, Mittelberg (Nr. 55), Attenrütli (Nr. 11), Moos (Nr. 9), Buhberg (Nr. 10), Kuglersgrütt (Nr. 56) und Olmishausen (Doppelhufe (Nr. 14); endlich in nächster Nähe des Kellhofs Erdhausen, zum Teil in dessen Altgüter eingesprengt die Güter Nussbomen (Nr. 23), Peierslehen (Nr. 27) und Kesslersbach (Nr. 15). Diese 31 Neugüter allein umfassen eine Ackerfläche von annähernd 932 Morgen. Dazu treten die 14 Altschupposen (Nr. 3, 4, 8, 12, 13, 16, 19, 22, 24, 37, 39, 40, 50, 62), die nach Ausweis des Urbars erhöhte Vogteilsten tragen und daher durchschnittlich ihre Ackerflur verdoppelt haben, was einen Ackerzuwachs von annähernd 168 Morgen bedeutet.

Zu den 8 Altgütern des Kellhofs Egnach treten 4 Güter in dem Rodungsgebiet Langgrüt mit zusammen 109 Juchart Acker (aus Urbar II erschlossen), zu den 16 Altgütern des Hofes

Horn kommen 4 Novalhufen (Nr. 127—130) und 6 Alpwirtschaften (Nr. 131—137) hinzu. Davon ist die Ackerflur der ersteren auf 120 Morgen anzuschlagen.

Das Ergebnis ist, dass zu den 68 ursprünglichen Gütern 45 Neugüter, zu den 1113 Morgen ursprünglichen Ackerlandes 1429 neue Ackermorgen getreten sind. Als im Jahre 1707 bei Gelegenheit von Verkaufsverhandlungen über die Arboner Herrschaft eine statistische Aufnahme stattfand, zählte man im Egnacher Gebiet jüngeren Begriffs allein, mithin unter Ausschluss von Arbon und Horn, 65 Güter mit 300 männlichen erwachsenen Bewohnern. Danach liesse sich schätzungsweise die Gesamtbevölkerung des Egnach auf rund 1000 Menschen angeben. Zur Bildung ländlicher Gemeinden war es innerhalb der Grundherrschaft Arbon z. Zt. des Urbares noch nicht gekommen. Die streng durchgeführte Hofsiedelung bot dazu wenig Veranlassung, grundherrschaftliche Allmenden waren so gut wie nicht vorhanden, da jeder grössere Hof sein eigenes Waldstück besass. Erst im Beginn des 16. Jhs. setzen deutliche Zeugnisse für die Entstehung der Landgemeinden ein, die nachmals und heute die Arboner Herrschaft unter ihre Markungen verteilt haben.

Wir stehen am Schlusse. Zwei noch nicht gelöste Fragen sind von hohem Reize. Kapitel 21 der Lex Alamannorum zählt die Leistungen auf, welche kirchliche Unfreie ihrem geistlichen Grundherrn zu entrichten hatten. Man sollte meinen, dass man, wenn irgendwo, zu Arbon auf dem richtigen Boden stände, um die Anwendung jener Bestimmungen in der Praxis zu erproben. Indes gelingt der Versuch nur hinsichtlich des oben festgestellten Bischofszinses der Schuppe von 2 Mutt Frechtmess = 1 Mutt Konstanzer Glattmasses. Der Servus ecclesiae der 1. Al. leistet wirklich ‚pane modia duo‘. Dass die Bierabgabe der genannten Quellenstelle in unserem Urbar nicht vorkommt, kann nicht auffallen, da nach Ausweis der Urkundenstatistik von Caro die Bierzinse in den St. Galler Urkunden seit 850 verschwinden, mithin das germanische Bier als Volksgetränk am Bodensee durch Obstmost und Wein verdrängt zu werden anfang.

Noch wäre zu prüfen, inwieweit in den ermittelten Altgütern der Herrschaft Arbon Elemente römischer Gutsverfassung weiterleben. Denn wir haben ein Gebiet erforscht, das römische

Kultur jahrhundertlang in Anbau genommen hatte. Indes der deutsche Rechtshistoriker räumt hier berufeneren Kennern der antiken Siedlungsformen das Feld und bescheidet sich damit, mit den Mitteln seiner Wissenschaft das mittelalterliche Bild seines Untersuchungsfeldes aufgewiesen und soweit zurückverfolgt zu haben, als dies urkundliche Überlieferung und kritische Würdigung des topographischen Befundes gestatten.

---

# Beilage.

Aus dem Urbar des Hochstifts Konstanz saec. XIV, General-landesarchiv Karlsruhe, Beraine Nr. 4657 pag. 24—39.

---

## I.

### **Isti sunt census et advocacia super curiam cellerarii Arbonensis.**

[1.] Item curia cellerarii Arbonensis.

[2.] Item Lanchwatte VI quart. tritici mesure Constanciensis pro censu, et pro advocacia X quart. tritici, V modios avene mesure Arbonensis, XXVI sol. VI den., unum porcum et dimidium, IIII sol. VI den. pro castro, IIII pullos et unam aucam.

[3.] Item scopossa Stachali Ber. dictus Ortwin III quart. tritici mesure Constanc., et pro advocacia VII quart. tritici, XIII quart. avene mesure Arbonens., X sol. den., I porcum, III sol. de castro, IIII pullos et aucam.

[4.] Item ibidem scopossa Ortwin V quart. tritici mesure Constanc. pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, XIII quart. avene mesure Arbonens., XII sol. den., I porcum, III sol. de castro, IIII pullos et aucam.

[5.] Item Schübshübe III maltra et III mod. avene mesure Arbonens. et V pullos pro censu et pro advocacia VII quart. tritici, XIII quart. avene eiusdem mesure, XX sol. den., item duos porcos, quorum unus valere debet X sol. et alter III sol., item III sol. de castro, IIII pullos et aucam.

[6.] Item Langenmose V quart. tritici Arbonens. mesure pro censu et pro advocacia I mod. tritici, VII quart. avene

measure Arbonens., XI sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro et II pullos.

[7.] Item ab der Aiche pro advocacia III quart. tritici, II mod. avene, III sol. VIII den., I sol. pro porco et VI den. de castro.

[8.] Item Wissaberg VI quart. tritici frechtmess pro censu et pro advocacia VII quart. tritici, XIII quart. avene measure Arbonens., XIII sol. den., unum porcum, III sol. de castro, III pullos et aucam.

[9.] Item Mose III maltra et III mod. avene measure Arbonens. et V pullos pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, XIII quart. avene eiusdem measure, XX sol. den., II porcos, quorum unus valere debet VI sol., alter III sol.; item III sol. de castro, III pullos et aucam.

[10.] Item Bûbenberg pro advocacia V quart. tritici, VII quart. avene measure Arbonensis, X sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro et II pullos.

[11.] Item Attenrütte II mod. tritici measure Constanc. et III mod. tritici frechtmess pro censu et pro advocacia XI quart. tritici, III mod. avene measure Arbonensis, XX sol. den., I porcum, III sol. de castro, III pullos et aucam.

[12.] Item Birmotz pro advocacia V quart. tritici, VII quart. avene measure Arbonens., XV sol. et VI den., dimidium porcum, III sol. de castro, II pullos.

[13.] Item in der Rûti II mod. tritici frechtmess pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, XIII quart. avene measure Arbonens., XVI sol. den., I porcum, III sol. de castro, III pullos et aucam.

[14.] Item II mansus in Olmershusen VII maltra et II mod. avene measure Arbonens. et X pullos pro censu, et pro advocacia III mod. et II quart. tritici, VII mod. avene eiusdem measure, II lib. XIII sol. VI den.; III porcos, quorum duo valere debent XII sol. et duo VI sol., et VI sol. de castro, VIII pullos et II aucas.

[15.] Zem Bach III mod. tritici frechtmess pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, XIII quart. avene measure Arbonensis, XX sol. den., I porcum, VII sol. de castro, III pullos et aucam.



[16.] Item ab Gristin Curzmanslehen II mod. tritici frechtmess pro censu, et pro advocacia V quart. tritici, VII quart. avene mesure Arbonensis, IX sol. VI den., dimidium porcum, III sol. de castro et II pullos.

[17.] Item ibidem feodum dictum Schüssellehen CL scutelle pro censu, et pro advocacia VII quart. avene mesure Arbonens., X sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro, et II pullos.

[18.] Item ibidem Vðgelinslehen II mod. tritici frechtmess pro censu, et pro advocacia V quart. tritici, VII quart. avene mesure Arbonensis, IX sol. den., dimidium porcum, III sol. et VI den. de castro et II pullos.

[19.] Item Lúrislehen II mod. tritici frechtmess pro censu, et pro advocacia V quart. tritici, VII quart. avene mesure Arbonens., IX sol., dimidium porcum, III sol. VI den. de castro, et II pullos.

[20.] Item Stockach pro advocacia V quart. tritici, VII quart. avene mesure Arbonensis, IX sol. VI den., dimidium porcum et XVIII den. de castro.

[21.] Item Schernlehen II mod. tritici frechtmez pro censu, et pro advocacia I mod. tritici, VII quart. avene mesure Arbonens., V sol. den., dimidium porcum, III sol. et VI den. de castro et II pullos.

[22.] Item Schochenhus I mod. tritici mesure Constanc. et II mod. tritici frechtmez pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, XIII quart. avene mesure Arbonens., XXII sol. VI den., I porcum, III sol. de castro, III pullos et aucam.

[23.] Item Nusbomen II mod. tritici frechtmess pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, XIII quart. avene mesure Arbonens., X sol. den., I porcum, VII sol. de castro, III pullos et aucam.

[24.] Item Gaisshúsern I mod. tritici mesure Constanc., II mod. tritici frechtmes pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, VII quart. avene mesure Arbonens., XIII sol. den., I porcum, III sol. de castro, III pullos et aucam.

[25.] Item duo lehen dicti Ámeretz VII quart. tritici mesure Constanc., XIII quart. tritici frechtmess pro censu, et

pro advocacia X quart. tritici, V mod. et II quart. avene  
 mesure Arbonensis, XX sol., I porcum et dimidium, IIII sol.  
 et VI den. de castro, VI pullos et aucam.

[26.] Item Bertholdus im Mose I mod. tritici mesure  
 Constanc. pro censu, et pro advocacia V quart. tritici, VII  
 quart. avene mesure Arbonens., XIII sol. den., dimidium  
 porcum, XVIII den. de castro et II pullos.

[27.] Item an dem Lehen I mod. tritici mesure Constanc.  
 et II mod. tritici frehtmes pro censu, et pro advocacia VII  
 quart. tritici, XIII quart. avene mesure Arbonens., XX sol.  
 den., I porcum, IIII sol. VI den. de castro, III pullos et aucam.

[28.] Item Speltenhuss pertinens ecclesie Arbonensi II  
 quart. tritici mesure Constanc. et I mod. tritici frehtmess pro  
 censu, et pro advocacia V quart. tritici, III mod. avene mesure  
 Arbonens., X sol. den., dimidium porcum, III sol. et VI den.  
 de castro, II pullos.

[29.] Item Rinolzaich pro advocacia VII quart. tritici,  
 XIII quart. avene mesure Arbonensis, XX sol., I porcum,  
 III sol. de castro, III pullos et aucam.

[30.] Item in dem Holze pro advocacia VII quart. tritici,  
 XIII quart. avene mesure Arbonens., XX sol. den., I porcum,  
 III sol. de castro, III pullos et aucam.

[31.] Item am Wege pro advocacia V quart. tritici, XIII  
 quart. avene mesure Arbonens., XII sol. den., dimidium porcum,  
 XVIII den. de castro, et II pullos.

[32.] Item dicta Krazzerun pro advocacia I mod. tritici,  
 II mod. avene mesure Arbonens., XII sol. den., dimidium por-  
 cum, XVIII den. de castro, et II pullos.

[33.] Item Krazzerun secundum pro advocacia V quart.  
 tritici, II mod. avene mesure Arbonens., XV sol. den., dimidium  
 porcum, XVIII den. de castro et II pullos.

[34.] Item Steiniloch I mod. tritici mesure Constanc.  
 pro censu et pro advocacia V quart. tritici, XIII quart. avene  
 mesure Arbonens., X sol. den., I porcum, III sol. de castro et  
 III pullos.

[35.] Item Götislehen VI quart. tritici mesure Constanc.  
 pro censu et pro advocacia V quart. tritici, XIII quart. avene,  
 XVI sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro et II pullos.

[36.] Item Gúbterslehen I mod. tritici mesure Constanc. pro censu, et pro advocacia I mod. tritici, VII quart. avene mesure Arbonens., VI sol. den., terciam partem porci, I sol. den. pro castro et II pullos.

[37.] Item Núkomen lehen III mod. tritici mesure Constanc. pro censu, et pro advocacia X quart. tritici, XIII quart. avene mesure Arbonens., XX sol. den., duas partes porci, II sol. et III pullos.

[38.] Item Lengenlers lehen I mod. tritici mesure Constanc. pro censu, et pro advocacia V quart. tritici, II mod. avene mesure Arbonens., XII sol. den., terciam partem porci, I sol. den. de castro et II pullos.

[39.] Item Branberges lehen VI quart. tritici mesure Constanc., et Schobinslehen I mod. tritici eiusdem mesure pro censu, et pro advocacia VII quart. tritici, XIII quart. avene mesure Arbonens., XX sol. den., II sol. pro castro, II partes porci et III pullos.

[40.] Item Ankenlehen VI quart. tritici mesure Constanc. pro censu, et pro advocacia V quart. tritici, XIII quart. avene, XVI sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro et III pullos.

[41.] Item Walthers lehen VI quart. tritici mesure Constanc. pro censu, et pro advocacia I mod. tritici, VII quart. avene mesure Arbonens., IX sol. den., terciam partem porci, I sol. de castro et II pullos.

[42.] Item scopossa Lútoldi VI quart. tritici mesure Constanc. pro censu et [pro] advocacia V quart. tritici, XIII quart. avene mesure Arbonens., III sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro.

[43.] Item daz lehen in der Ysel pro advocacia III mod. tritici, I mod. nucum mesure Arbonens., VII sol. den., I porcum et III pullos.

[44.] Item Bernhartzell pro advocacia IX mod. tritici, V maltra et X quart. avene mesure Arbonens., VIII lib. et III sol. den.

[45.] Item Winden III maltra et III mod. avene mesure Arbonens. et X pullos pro censu.

[46.] Item de stipendio opidi Arbonensis XVI lib. den.

## II.

**Hi sunt census possessionum subscriptorum.**

[47.] Túffenbach solvit II maltra speltarum et II maltra avene mesure Arbonensis.

[48.] Item Vailon: Ber. am Acker VII quart. tritici, VII quart. avene mesure Arbonensis, VI sol. den., dimidium porcum, XVIII den. de castro et II pullos.

[49.] Item molendinum ibidem XIII quart. tritici mesure Arbonens., X sol. den., I porcum valentem III sol.

[50.] Ain lehen Stachen V quart. tritici, I maltrum avene mesure Arbonensis, XX sol. den.; II porcos, quorum uterque valere debet III sol. den., XVIII den. de castro et III pullos.

[51.] Item Huseleregge V sol. den.

[52.] Item Winden subtus notatum est.

[53.] Item Ottenzagel III quart. tritici, V quart. avene mesure Arbonensis, X sol. VI den.; dimidium porcum, XVIII den. pro castro et II pullos.

[54.] Item Kapferslehen I maltrum spelte et I maltrum avene.

[55.] Item Mittelberg VII mod. tritici, XIII quart. avene, I mod. fabe, XX sol. den.; II porcos, quorum uterque valere debet III sol. den., II sol. de castro, VI pullos et aucam.

[56.] Item im Gerütte X maltra et II mod. spelte, VII mod. avene, I mod. fabe, I mod. nucum, II quart. ordeï, XXIX sol. den., I porcum, III sol. de castro, VIII pullos et II aucas.

[57.] Item uf dem Berge XIII mod. spelte, I mod. fabe, X sol. den. minus III den., I porcum ad X sol., III sol. de castro et III pullos.

[58.] Item Kelnhof in Ezechusen<sup>1)</sup> XVI maltra spelte, X maltra et II mod. avene, I mod. nucum et I mod. fabe, XXII sol. den., II porcos utrumque ad IV sol. den., III sol. de castro, VIII pullos et II aucas.

[59.] Item scopossa Engeldrudis<sup>2)</sup> VII quart. avene,

<sup>1)</sup> Verschrieben für Erchusen.

<sup>2)</sup> Offenbare Auslassung des Abschreibers. Die Kernengült des Gutes beträgt nach dem Urbar des 16. Jhs. 10 Viertel.

XII sol. den., I porcum ad III sol., XVIII den. de castro, III pullos et aucam.

[60.] Item de advocacia Winden XIII quart. tritici mensure Arbonens., II lib. den., II porcos, quorum uterque valere debet X sol.; insuper II, quorum uterque valere debet III sol. den., VIII pullos et II aucas.

[61.] Item scopossa dicti Olden XIII quart. tritici, VII quart. avene mensure Arbonens., XII sol. den., I porcum ad III sol., XVIII den. de castro, III pullos et aucam.

[62.] Item scopossa dicti Sâcheller XIII quart. tritici, VII quart. avene, VI sol. den., I porcum ad III sol., XVIII den. de castro, III pullos et aucam.

[63.] Item scopossa in dem Wiler XIII quart. tritici, VII quart. avene, XI sol. den., I porcum ad III sol., XVIII den. de castro, III pullos et aucam.

[64.] Item scopoza in dem Bach X quart. tritici, VII quart. avene, VI sol. den., I porcum ad III sol., XVIII den. de castro, III pullos et aucam.

[65.] Item scopoza in Gaisshûsern I maltrum speltarum et I maltrum avene et XII sol. den.

[66.] Item Azzenholtz XIII quart. avene et III sol. de castro.

[67.] Item curia in Bûch X maltra et II mod. speltarum, VII maltra avene, I mod. nucum, I mod. fabe, II quart. ordeï, XXII sol. den., II porcos, VI sol. de castro, VIII pullos et II aucas.

[68.] Item Ôngeshoven VI mod. avene, XVI sol. minus II den.

[69.] Item Hermannus dictus Humel de quadam curte I mod. tritici.

[70.] Item cellerarius Arbonensis de una curte I mod. tritici.

[71.] Item decima in Betwiler I maltrum speltarum, I maltr. avene et aliquantum plus.

Maltrum dicte mensure in spelta III sol., in avena III sol.

## III.

**Redditus ecclesie in Arbona.**

[72.] Dos in Frasneth XX maltra spelt. mesure dicte frechtmess; item IIII maltra avene eiusdem mesure.

[73.] Item dos in Vertislon XII maltra utriusque frumenti dicte mesure.

[74.] Item dos in Speltenhusen XV maltra utriusque frumenti dicte mesure.

[75.] Item dos in Rinoltzaich XV maltra utriusque frumenti dicte mesure.

[76.] Item de Mose V maltra utriusque frumenti eiusdem mesure.

[77.] Item de Hegi V maltra utriusque frumenti eiusdem mesure.

[78.] Item Sibenaich et item Sibenaich X maltra utriusque frumenti eiusdem mesure.

[79.] Item ab Aichen IIII maltra utriusque frumenti eiusdem mesure.

[80.] Item de Frasneth I mod. avene de Schophain.

[81.] Item H. de Cratzerun XI mod. utriusque frumenti eiusdem mesure.

[82.] Item dictus Maier de Vertislo XIII quart. utriusque frumenti et eiusdem mesure.

[83.] Item Úl. Flucke II quart. utriusque frumenti.

[84.] Item C. am Lene I mod. avene eiusdem mesure.

[85.] Item Úl. am Lene I quart. avene de agro dicto Ysenacker.

[86.] Item dictus Honfürste II mod. frumenti, quod excolitur in agro suo sito in Roggenwile duobus annis et in tercio anno nichil.

[87.] Solvit item Jacobus dictus Spinler IV quart. utriusque frumenti duobus annis et in tercio anno nichil.

[88.] Item de possessionibus in Nusbomen IIII maltra utriusque frumenti eiusdem mesure.

[89.] Item de possessionibus in Riedern VII maltra eiusdem mesure et utriusque frumenti, que recepit decanus in Arbona.

[90.] Item de possessionibus in Lútenwile III maltra, quod similiter decanus recipit.

Item LXXXIII pulli in festo exaltacionis sancte crucis.

Item DCCC ova in festo Pasche.

Item XV lib. et I [sol.] de Constancia, de quibus dantur ad lumen ecclesie Arbonensis VI lib. III sol.

---

#### IV.

### Ista que secuntur bona de possessionibus in Arbona obligata sunt.

[91.] Primo Lankwatte obligatum est domino Waltero de Castello. [92.] Item das lehen Stockan eiusdem. [93.] Item scopossa in Stockach obligata est eidem. [94.] Item scopossa Ortwini ibidem obligata est eidem. [95.] Item possessiones et molendinum in Vailon.

[96.] Item domino C. de Hermenstorf militi obligate sunt possessiones in Langenmos et advocacia in der Aiche. [97.] Item due hûbe in Winden. [98.] Item advocacia ibidem.

[99.] Item in Mose redditus unius porci obligati sunt Yrmendegenoni. [100.] Item de curia Egna IIII lib. den.

[101.] Item domino C. de Bussenanch obligatum est Attenrúti. [102.] Item Túffenbach. [103.] Item Mittelberg.

[104.] Item domino Friderico Matri magistro coquine obligatum est Olmershusen mansus.

[105.] Item de possessionibus Stachenhusen<sup>3)</sup> de advocacia tantum obligati sunt marscalco de Blidegge redditus eiusdem advocacie. [106.] Item eidem advocacia in Nusbomen.

---

<sup>3)</sup> Verschrieben für Schochenhusen.

[107.] Item advocacia Ber. in Mose. [108.] Item advocacia in dem Lehen.

[109.] Item Gaisshüsern et Emerizze obligati sunt domino C. preposito s. Johannis Constanciensis. [110.] Item Rinoltzaich eidem. [111.] Item Erchhusen. [112.] Item scopossa Engeldrudis ibidem. [113.] Item scopossa dicti Ölden in Erchusen. [114.] Item scopossa dicti Sächeler ibidem. [115.] Item scopossa in dem Wiler et scopossa in dem Bach ibidem. [116.] Item scopossa in Gaishüsern eidem preposito. [117.] Item Öngeshoven eidem.

[118.] Item Walthers lehen obligatum est H. vor Kilkun.

[119.] Item Bernhartzelle obligatum est abbati s. Galli.

[120.] Item domino C. de Bussenanch Uffenberge.

[121.] Item marscalco de Blidegge suprascripto curia in Bûch obligata est.

[122.] Item curia in Horn obligata dicitur domino de Sultzberg cum omnibus suis redditibus et pertinenciis.

## V.

[123.] **Item curia in Widihorn** IX maltra et II mod. speltarum; VI maltra et I mod. avene; I mod. fabe et I mod. nucum; II quart. orde; XXII sol. den. et II porcos, quorum uterque valere debet III sol.; item VIII pullos et aucam.

## VI.

[124.] **Item curia in Egnach** LXXXIII mod. tritici mesure in Wile; L mod. avene eiusdem mesure; XIII porcos valentes II lib. VIII sol.; II lib. et X sol. den., qui dantur dicto Yrmendegen, que solvunt iste possessiones in hunc modum pertinentes curie predictae: [Die näheren Angaben fehlen].



## VII.

[125.] **Item curia in Horne XX maltra spelte, X maltra avene mesure Arbonensis et I porcum.**

Item de quibusdam possessionibus ibidem XIII mod. tritici mesure Constanc., X maltra avene mesure Arbonens., III porcos valentes XXXII sol. et I porcum ad V sol. videlicet in hunc modum, et septingentos caseos vel pro eisdem dantur V lib. et XVII sol. minus III den. [126.] Videlicet de XIII lehen dantur predicti XIII mod. tritici mesure Constanc. [127.] Item Bûchperg III maltra avene mesure Arbonensis. [128.] Item superior hûba de Goldach III maltra avene eiusdem mesure. [129.] Item hûba retro ecclesiam III maltra avene eiusdem mesure. Item predictorum trium mansuum quodlibet solvit I porcum, quorum duo valere debent XX sol. et unus XII sol. [130.] Item hûba dicti Sonnen I maltrum avene mesure Arbonensis et V sol. den. Sed tamen aliquando plus valebat et dicti mansus solvunt XVI pullos. [131.] Item de Nagersriet anteriori dantur CCL casei. [132.] Item de Nagersriet posteriori CCL casei. [133.] Item de novali Núwenswendi L casei. [134.] Item de novali in Klingenbûch XLIII casei. [135.] Item in Tarchselsrútti LX casei. [136.] Item de Varwenswendi XXX casei. [137.] Item de novali in superiori monte XVI casei, et quilibet debet valere III obulos.

Summa reddituum curie in Horn XX maltra spelte, XX maltra avene mesure Arbonensis, XIII mod. tritici Constanc., septingenti casei vel V lib. den. XVI sol. VIII den. pro eisdem et V porci.

## VIII.

**Hi sunt redditus ecclesie Arbonensis pertinentes venerabili domino episcopo Constanciensi.**

[138.] Videlicet frumentum in Horne in der Owe I mod. [avenae] mesure Arbonensis, I mod. spelte, III den.

[139.] De Arnolzberg Vogtlút V mod. utriusque frumenti.

[140.] C. de Appenwille I maltrum avene per duos annos, in tercio vero anno nichil.

[141.] Braminowe III mod. utriusque frumenti per II annos, tercio vero anno nichil.

[142.] Lútenwille III maltra utriusque frumenti.

[143.] Rogwile II mod. utriusque frumenti per duos annos, tercio vero anno nichil.

[144.] Item de Crazzerun priori XI mod. utriusque frumenti et IIII pullos.

[145.] Item de Crazzerun posteriori II mod. de frumento, quod ibidem excolitur.

[146.] Item de Widiborne dictus Schúbelmich IIII mod. avene. [147.] Cellerarius ibidem III mod. [148.] H. ab dem Berge ibidem I mod. [149.] H. dictus Anseli IIII mod. frumenti.

[150.] Item Speltenhusen VIII maltra minus II mod.

[151.] H. ibidem VIII maltra minus II mod.

[152.] Item de Rinoltzaich XV maltra utriusque frumenti.

[153.] Item de Vertislo XII maltra.

[154.] Item Frasnât XX maltra spelte et IIII maltra avene.

[155.] Item Gaisshúsern IIII maltra et I mod.

[156.] Item ab dem Lone<sup>4)</sup> I mod. avene.

[157.] Item Maldistorf X maltra et dimidium.

[158.] Item Riederer VII maltra.

[159.] Item Mose V maltra.

[160.] Item Liegen<sup>5)</sup> V maltra.

[161.] Item magister C. de Sibenaich IIII maltra.

[162.] Item magister Reynolt de Sibenaich VII maltra.

Super hoc decime circa civitatem: [163.] Item H. dictus Riser de agro suo III mod. [164.] Item magister Dietricus V mod. tritici. [165.] Item Ber. de Salmensa I quart. tritici. [166.] Item Usútaicha<sup>6)</sup> IIII maltra utriusque.

Summa frumenti CXXVII maltra minus I mod. preter decimam circa civitatem. Insuper V mod. tritici et I quart.

<sup>4)</sup> Verschrieben für Lene.

<sup>5)</sup> Verschrieben für Hegen.

<sup>6)</sup> Verschrieben für Meraicha.

[167.] Item Camerli apud Horne II quart. [168.] Super  
hec Hainermarti II mod. spelte.

## IX.

**Hec sunt Novalia.**

- [169.] Salwe<sup>?)</sup> VI quart. tritici.  
 [170.] C. de Frasneit II quart. tritici et den.  
 [171.] Ibidem Hartman dimidium quart.  
 [172.] Ber. de Crazzerun dimidium quart.  
 [173.] Item vidua Hermanni II quart.  
 [174.] Item Eginerran II quart.  
 [175.] Item magister Eberhart IIII maltra utriusque.  
 [176.] Item Irzun I quart. tritici.  
 [177.] Item Hesso II quart. tritici.  
 [178.] Item Rudi Smeltzbach quartale et dimidium.  
 [179.] Item Lutoldus carpentarius I quart. tritici.  
 [180.] Item Hilprandus II quart. tritici.  
 [181.] Item der Wisse I quart. tritici.  
 [182.] Item Ber. Boch<sup>8)</sup> II quart. tritici.  
 [183.] Item C. Faber dimidium quart. tritici.  
 [184.] Item Frasnait I mod. avene.  
 [185.] Item Dieprehtzwiler VI quart. avene.  
 [186.] Item Curt am Berge VI quart. aridorum pirorum  
 et II quart. ordei.  
 [187.] Item apud Vertislo I quart. tritici.  
 [188.] Item Gili de bono Negellins II mod. utriusque  
 frumenti.  
 [189.] Item Swalwen IIII pullos.

## X.

**Hec sunt minores decime ecclesie in Arbona.**

- [190.] De decima Golda Sûcher XVI den. II pullos.  
 [191.] Hainricus Kelner XXX den. II pullos. [192.] C.

<sup>?)</sup> Verscrieben statt Falwe.

<sup>8)</sup> Verscrieben statt Schoch.

Kelner XXX den. II pullos. [193.] Herman III den. I pullum. [194.] Rûdegerinus VI den. [195.] Item de feodo dicti Colers VI sol. II pullos. [196.] Item Herman ab Stain VI den. I pullum. [197.] Illi de Richembach XVIII den. II pullos. [198.] Item Rûd. retro ecclesiam XV den. II pullos. [199.] Walter Swegler XXX [den.] II pullos. [200.] C. a der Hûbe XII den. II pullos. [201.] Item curia Bicheluse II sol. II pullos. [202.] Wernherus Hûber X den. I pullum.

Summa XXIII sol. den. et XX pullos.

[203.] Item cellerarius de Horne V sol. den. de scopoza et I sol. de agro. [204.] Item Ūlricus Stûtter II sol. [205.] Molitor I sol. [206.] Minister domini Sultzberg II sol. [207.] Herman Zinseli X sol. [208.] Item C. in der Owe I mod. spelte.

Summa XXI sol. et I mod. spelte.

[209.] Item Crazzerun VI den. [210.] Ab dem Staine X den. [211.] A superiori Bûchperg I sol. et pullum. [212.] De inferiori Bûchperg I sol. [213.] Hiltenriet II sol. [214.] De domo Grawin V sol. [215.] Betlerrun I sol. [216.] Domus Senini I sol. [217.] Eggelinsriet XVIII den., II pullos, XVIII ova. [218.] Amirsgerswiler XVIII den.

Summa XXV sol. et VI den., XIII pullos et CXLII ova.

[219.] Item Bûle IIII sol. [220.] Bicholswile II sol., II karratas lignorum et II pullos. [221.] Wintmanswile<sup>9)</sup> XX den. I pullum, XII ova, de agro IIII sol. [222.] Oberriedern VI sol. VI pullos et XL ova. [223.] Item Albenberg II sol. [224.] Warte<sup>10)</sup> II sol., III pullos et XX ova. [225.] Superius Hagenwile XVIII den., I pullum et XII ova. [226.] Item Regelanswile V sol., V pullos et XL ova. [227.] Item Morswile IX sol., X pullos, C ova. [228.] Bechenwile XX den., II pullos et XX ova. [229.] Mose XVIII den., II pullos et XX ova. [230.] Hundwiler XVIII

<sup>9)</sup> Verschrieben statt Mettmanswile.

<sup>10)</sup> Verschrieben statt Watte.

den., II pullos et XVIII [ova]. [231.] Bechishuss X den. [232.] Item Negersberg II sol., III pullos, XX ova. [233.] Item Wernher in dem Holze II sol., II pullos, XX ova. [234.] Vidua in Bischofhus XV den. [235.] Walther uf dem Holze XXX den., II pullos et XX ova. [236.] Herman piscator de prato in Semoz XXX den., IIII pullos, XX ova. Apud Staina: [237.] Ber. Aswäldergüt IIII den. [238.] C. ab Bürgli II. den. [239.] Cellerarius de Staina II sol. [240.] Domina de Rinegge XIII den. [241.] Eadem domina de inferiori possessione XVIII den. [242.] Abbas ab Platon XIII den. [243.] Úlricus priester Johan VI den. IIII pullos. [244.] Úlricus Crúceli I sol.

Summa III lib. XV den., L pullos, CCCC et XIII ova.

[245.] Lancwat II sol. [246.] Hemberg VIII den. [247.] Berge: domina X den. [248.] Burgender in Rotenwille II sol. [249.] Faber VIII den. [250.] Magister Ber. III sol. et VI den.; idem in festo Martini V sol. [251.] Item Blûme VIII den. [252.] Walther de Gotzenwiler XVII den. [253.] Jacobus XVI den. [254.] Stocker et sui fratres XX den. [255.] Faber VIII den. [256.] Anna et magister Hainricus XX den. [257.] Spieglerin III den. [258.] Waibel II den. [259.] Tatenwile II sol. [260.] Ab dem Aigen III sol. [261.] Watte VI sol. [262.] Eschriswile XXII sol. [263.] Beintenwile XVIII den. [264.] Ber. de Rietenwille<sup>11)</sup> XI sol. [265.] Vidua ibidem I sol. [266.] Eglolf de Huseli X sol. [267.] In Stocka I sol. [268.] Relicta fabri I sol.

Summa III lib. et VIII den., XVIII pullos et CXXX ova.

[269.] An dem Argen<sup>12)</sup> apud Ramswag XVIII den. [270.] Koser de Lengewiler V sol. [271.] Ibidem II sol. per duos annos, tercio vero anno nichil. [272.] Oberwinden III sol. [273.] Niderwinden III sol. Roggwiler: [274.] de superiori curia III sol. VI den., II pullos et L ova. [275.] Ibidem Waibel duas urnas vini et I mod. pirorum. [276.] Magister Dietricus IIII den. [277.] Rud. Sutor

<sup>11)</sup> Wahrscheinlich verschrieben statt Beitenwille.

<sup>12)</sup> Verschrieben statt Aigen.

VI den., VI pullos et XX ova. [278.] Rūpertus I sol. [279.] Conr. ab Hangarten I sol. et I pullum. [280.] Vidua VI den. [281.] Negel VI den. et I pullum. [282.] Descopossis Marscalci V sol. [283.] Vidua iuxta ripam II den. [284.] Ber. Wenderer et fratres eius I sol. et I pullum, XX ova. [285.] Stacha XX den. [286.] C. Lúbolt II pullos. [287.] Eglolfus duas urnas vini.

Summa XXXI sol. et VIII den. Summa pullorum XIII et LXXXX ova. Summa vini III urne et I mod. pironum.

[288.] Mittelberg III sol. et aucam. [289.] Item Otenzagel VIII sol. et II den. [290.] Item Birmoss: Hainricus Vógeli III sol. et XVI pullos. [291.] Ber. Schoch I sol. [292.] Aemerizun de Gaishúsern XX den. [293.] Ber. ibidem VIII den. [294.] Vidue usserm Mose VIII den. [295.] Item von dem Lene XVIII den. [296.] Cellerarius de Eгна VI den. [297.] Murer von Stade XVIII den. [298.] Wiedenhorn uf dem berg Búch V sol. [299.] In inferiori Widihorn V sol. [300.] Crazerun III sol. [301.] Frasnait XXIII den. [302.] Waibel de Maldistorf II sol. [303.] Jacobus Spiler I sol. [304.] Gili II den. [305.] Gúticher III den. [306.] Cellerarius uf dem Rúte V sol.; et sunt II iugera novalium. [307.] Hainric. ab Búbenberg I sol. [308.] Inferius Rieden V sol. et V pullos.

Summa II lib. X sol. et VII den. et XXI pulli.

[309.] Item Widihorn magister Volmar III sol., [310.] magister Úlr. de Vertislo de feno Waltwyssen V karratas. [311.] Dominus de Staina II karratas feni et decimam vini per totum. [312.] C. filius Osterhilt II pullos. [313.] C. de Staina VI den. [314.] Úlr. et fratres de Stainbrunnen de minori decima III sol. [315.] Item de dote ibidem V sol. et III pullos. [316.] De area in Cimiterio: Stulze II pullos. [317.] De prato H. Sáčeler XX den. [318.] Cellerarius de Erchusen III pullos. [319.] Crambol VIII den. [320.] De decima in Hagenbúch XVIII den.

Summa XIII sol. et III den. et XXII pulli.

Item de decimis et censibus hortorum circa civitatem: [321.] Ortus dicte Smerlezbachin reddit III sol. et IIII den. [322.] C. dictus Swarze II sol. et IIII den. [323.] Item orti dicti quondam de Bodmen XXII den. [324.] Hainric. d̄cs Gûtenman IIII den. [325.] Item C. dictus Keller IIII den. [326.] Item dictus Menteller IIII den. [327.] Item Lûbahuserin IIII den. [328.] Item C. von der Hûse II den. [329.] Item Rûd. minister II den. [330.] Dicta Rôtembergerin XIII den. [331.] Item in dem Maielinszagel I den.

[332.] Item agri siti in dem Brunnen reddunt medietatem censuum et decimarum tantum tercio anno.

[333.] Item de ortis dictorum Taler et Târchen dantur pro decima IX sol.

[334.] Item de vinea decima tota debetur domino episcopo.

[335.] Item de vinea dominorum de Sultzberg debetur decima per totum domino episcopo.

[336.] Item domus Nepfling II urnas vini de vinea.

[337.] Item in die Zinshalden de vinea domini dicti Schan I quart. vini.

[338.] Item dominus Willerinus de Stayna tenetur solve decimam totam de sua vinea sita in Staina.

[339.] Item Súpflina vidua I mod. tritici.

[340.] Item Bettenwile XVIII den.

[341.] Item dictus Sanger I mod. spelte.

[342.] Item cellerarius imme Gerút I quart. tritici.

[343.] Item Johannes dictus Hôwer IIII sol. de orto sito prope vinarium.

[344.] Item C. dictus Gothain et R. minister in Arbona II sol. de vinario ipsorum sito prope civitatem.

[345.] Item Alberchtus scolasticus de novali IIII quart. tritici mesure Arbonensis.

[346.] Item scoposse site in villa medietatem minoris decime.

[347.] Item de decima dicti Her. Schan I mod. tritici.

[348.] Item Johannes de Stainbrunnen dictus Rolais IIII sol.

[349.] Item Hainricus dictus Múrschi VI den. et II quart. tritici.

[350.] Item de domo magistri Úl. de Rôtenberg VIII libre sepli [?].

[351.] Item Râdi de Roggewile I lib.

[352.] Item Conradus dictus Swarze de domo sua II quart. tritici.

[353.] Item dicta Smeltzbachin IIII mod. tritici per duos annos, tercio vero anno nichil.

[354.] Item de orto Petri dicti in dem Brunnen II quart. tritici mens. Arbonensis.

[355.] Item de agro dicto Ysenacher II pullos.

[356.] Item de decima Wâldi II sol. den. a relicta quondam dicti Gebhart.

[357.] Item de Gothold aigen XX den. Constanc.

[358.] Item de agro dicti Schûbe VI den.

[359.] Item Ber. dictus Schoch VI den. de agro.

Summa denariorum decime minoris: XVIII libre. Summa pullorum: CLXXX<sup>13)</sup>. Summa ovorum: DCCCCXXVI ova. Summa lignorum: III karrate. Summa frumenti: CXXVII maltra preter decimam circa civitatem, que reddit uno anno VIII mod. tritici, item secundo anno VIII mod. tritici, item tercio anno V mod. tritici mesure Constanc. per totum. Item V mod. tritici et I quart. et II quart. ordeï.

<sup>13)</sup> Die Angabe erscheint im Verhältnis zu den Einzelangaben zu hoch. Es dürfte ein Schreibfehler des Abschreibers vorliegen.



**Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten  
der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht**

von

**Siegfried Brie**

---



## I.

Wie überhaupt die Dogmengeschichte des Gewohnheitsrechts bis vor kurzem stark vernachlässigt war, so sind auch die Anschauungen, welche die deutschen Juristen in dem Zeitalter der Rezeption der fremden Rechte hinsichtlich dieser Rechtsquelle hatten, bisher nicht eingehend im Zusammenhange erörtert worden. Überwiegend aber ist seit dem Auftreten der historischen Schule die Ansicht verbreitet, dass die Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit eine dem Gewohnheitsrecht feindliche Stellung eingenommen hätten und dass gerade dieser Umstand wesentlich die insbesondere von den Germanisten schwer beklagte Zurückdrängung des einheimischen Rechts gefördert habe. So spricht Puchta<sup>1)</sup> von der Ungunst und dem Vorurteil, mit welchem jene Juristen das Gewohnheitsrecht ansahen, und meint, sie hätten, was in ihren Kräften stand, getan, das deutsche Recht zu unterdrücken, „indem sie die Anwendung der Rechtsquelle erschwerten, auf welcher vorzugsweise das einheimische Recht beruhte“. Stobbe in seiner Geschichte der deutschen Rechtsquellen<sup>2)</sup> führt aus, dass die gelehrten Juristen das ungeschriebene Recht, die deutschen Gewohnheiten verachtet, ja sich vollständig von dem Gedanken entwöhnt hätten, dass es ausser dem geschriebenen Recht noch ein anderes Recht geben könne; durch diese Auffassung sei man dazu gekommen, die Gewohnheiten nicht für Recht, sondern für facta auszu-

---

<sup>1)</sup> Gewohnheitsrecht I S. 201—202.

<sup>2)</sup> II S. 117—118; vgl. auch ebendas. I S. 651 (im Anschluss an die dort gegebenen Ausführungen Stobbe's sagt Modderman-Schulze, Rezeption des römischen Rechts S. 77, von der Auffassung der deutschen Juristen der Rezeptionszeit: „Das nationale Recht wird zum Gewohnheitsrecht degradiert“).

geben, und von der Partei, welche sich auf ein Gewohnheitsrecht stützte, dessen Beweis zu verlangen. In seinem Handbuch des deutschen Privatrechts<sup>3)</sup> gibt er der richtigeren Erkenntnis, dass die deutschen Juristen ihre Theorie des Gewohnheitsrechts von den italienischen entnahmen, Ausdruck; aber er behauptet nunmehr, sie hätten die in Italien über die Bedeutung des Gewohnheitsrechts entwickelten Doktrinen, „welche ihm enge Grenzen steckten“, verteidigt, um der Herrschaft des deutschen Rechts, das grossenteils Gewohnheitsrecht war, entgegenzutreten; „war das Ansehen des Gewohnheitsrechts überhaupt untergraben, so hatte man dem deutschen Recht gegenüber ein leichtes Spiel, und konnte dem römischen Recht eine immer weitere Anwendung sichern“. Zutreffender erkennt Gierke<sup>4)</sup> an, dass die mittelalterliche romanistisch-kanonistische Doktrin dem Gewohnheitsrecht noch weiten Spielraum gelassen habe; trotzdem glaubt er, mit Berufung auf Puchta, dass diese Lehre, in Deutschland mit der Rezeption zur Herrschaft gelangt, mehr und mehr dem Gewohnheitsrecht, in dem sie gleichzeitig das einheimische, das volkstümliche und das partikuläre Recht bekämpft habe, feindselig gegenüber getreten sei.

Vor allem wird gewöhnlich das Reichskammergericht als Führer in der Bekämpfung des Gewohnheitsrechts betrachtet. Dem gegenüber hat bereits Stintzing<sup>5)</sup> hervorgehoben, dass die „Begründer der Cameraljurisprudenz“, Mynsinger und Gail, nicht die angebliche Geringschätzung, mit der das Reichskammergericht die deutschen Gewohnheiten behandelt haben soll, bestätigen, vielmehr in ihren allgemeinen Erörterungen über das Gewohnheitsrecht eine dessen Anwendung begünstigende Theorie vertreten. Man wird aber bei genauerer Prüfung der deutschen Rechtsliteratur der Rezeptionszeit<sup>6)</sup> überhaupt sagen müssen, dass dieselbe eine dem Gewohnheitsrecht günstige oder wenigstens nicht ungünstige Tendenz bekundet. Soweit trotzdem eine Zurück-

<sup>3)</sup> 3. Aufl. I S. 163.

<sup>4)</sup> Deutsches Privatrecht I S. 160.

<sup>5)</sup> Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I S. 501—502.

<sup>6)</sup> Ich verstehe darunter die Zeit vom Ende des 15. bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts.

setzung der einheimischen Gewohnheitsrechte gegenüber den gemeinen geschriebenen Rechten sich geltend machte, bezog sie sich wesentlich auf das partikuläre Recht als solches und erstreckte sich daher in gleicher oder ähnlicher Weise auf das partikuläre Gesetzesrecht, die Statuten.

Den Beweis für diese Behauptungen sollen die folgenden Erörterungen erbringen.

## II.

Dass die deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit von dem Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle nicht geringschätzig oder feindselig dachten, wird schon durch einen Hinblick auf die Quellen und Autoritäten, aus denen sie überhaupt und auch in dieser speziellen Hinsicht ihre Theorien entnahmen, sehr wahrscheinlich. Sie hatten keinen Zweifel, dass zu den in Deutschland geltenden Sätzen des *Corpus iuris civilis* auch dessen Aussprüche über das Gewohnheitsrecht gehörten<sup>7)</sup>; unter diesen aber berücksichtigten sie vorzugsweise die im Pandekten-titel *De legibus* enthaltenen Stellen und in erster Linie die l. 32 h. t., hinter welcher insbesondere Constantins bekanntes, die Geltung des Gewohnheitsrechts einschränkendes Reskript stark zurücktrat<sup>8)</sup>. Die Aussprüche des kanonischen Rechts über das Gewohnheitsrecht fanden, wie überhaupt das *Corpus iuris canonici*<sup>9)</sup>, bei den deutschen Juristen seit der Zeit der Reformation nur geringe Beachtung. Im ganzen waren, wie insgesamt für Wissenschaft und Praxis der deutschen Rechtsgelehrten dieses Zeitalters, so auch für ihre Ansicht über das Gewohnheitsrecht die Schriften der italienischen Kommentatoren

<sup>7)</sup> Wesenbeck in seinen *Commentarii ad Pandectas olim dicti Paratitla, ad tit. De legibus num. 9* (ich benutze die cum notis Bachovii Amsterdam 1665 erschienene Ausgabe) betrachtet als selbstverständlich, dass die Aussprüche der *lex De quibus* und überhaupt die Bestimmungen des römischen Rechts über die *consuetudo* bei allen das *Imperium Romanum* anerkennenden Völkern gelten, und hebt nur hervor, dass auch vieles davon den übrigen Völkern und Staaten gemeinsam sei.

<sup>8)</sup> Vgl. unten IV 5.

<sup>9)</sup> Vgl. Stintzing a. a. O. I S. 273—283 („Der Kampf um das kanonische Recht“).

viel mehr als die Aussprüche der Quellen massgebend<sup>10)</sup>. Vorzugsweise wurden auch hier die Lehren der Postglossatoren<sup>11)</sup> und in erster Linie der dem Gewohnheitsrecht geneigten Häupter dieser Schule, Bartolus und Baldus<sup>12)</sup>, zugrunde gelegt. Selbst Zasius, obgleich er im allgemeinen die Autorität dieser beiden grossen Kommentatoren bekämpfte und auch der *communis opinio doctorum* nur wenig Wert beilegte<sup>13)</sup>, schloss sich doch in seinen Erörterungen über die *lex De quibus*<sup>14)</sup> wesentlich an Bartolus' Ausführungen an und bezeichnete eben dort wiederholt Baldus als unsern Rechtsphilosophen<sup>15)</sup>. Daneben wurden zwar auch die Schriften der Kanonisten, für die Lehre vom Gewohnheitsrecht hauptsächlich die Erörterungen des Panormitanus<sup>16)</sup> und des Rochus Curtius<sup>17)</sup>, berücksichtigt; aber auch diese liessen dem Gewohnheitsrecht eine weite Anwendungssphäre, insbesondere weil sie die kirchlichen Vorschriften und Gesichtspunkte für die Rechtsquelle nur mit erheblichen Einschränkungen auf das weltliche Recht zur Geltung brachten<sup>18)</sup>.

### III.

So waren es die fremden Rechte und die fremden Theorien selbst, welche bei ihrer Aufnahme in Deutschland dem Gewohnheitsrecht eine nicht ungünstige Beurteilung zuwiesen.

<sup>10)</sup> Zu weit geht aber die Ansicht, dass überhaupt nicht das römisch-justinianische Recht, sondern das römische Recht in der Prägung der Postglossatoren, „Die italienische Doktrin“, in Deutschland aufgenommen sei (s. dagegen insbesondere Regelsberger, Pandekten I S. 11).

<sup>11)</sup> Vgl. über dieselben meine Lehre vom Gewohnheitsrecht I §§ 17—22.

<sup>12)</sup> Dem Gewohnheitsrecht günstige Ansichten derselben habe ich insbes. a. a. O. S. 140, 144, 160, 163 hervorgehoben.

<sup>13)</sup> Stintzing a. a. O. I S. 161—162.

<sup>14)</sup> Udalrici Zasio Opera omnia, Francof. ad M. 1590, Tom. I pag. 168 sqq. (vgl. unten N. 20).

<sup>15)</sup> „Noster legalis philosophus“ (l. c. num. 56 und 66).

<sup>16)</sup> Besonders Mynsinger zitiert ihn für die Lehre vom Gewohnheitsrecht häufig, mehrfach mit dem Zusatz „et communiter Canonistae“.

<sup>17)</sup> In betreff seiner eingehenden Abhandlung über das Gewohnheitsrecht (in Gestalt eines Kommentars zu cap. 11 X. De consuetudine) vgl. mein angef. Buch I N. 170.

<sup>18)</sup> Vgl. meine Lehre vom Gew.-R. I S. 168.

Auf der andern Seite freilich legte die grosse und vielfach übertriebene Verehrung der deutschen Rechtsgelehrten für die geschriebenen gemeinen Rechte, insbesondere für die Justinianische Gesetzgebung, ihnen nahe, das ungeschriebene Recht, also namentlich das nicht aufgezeichnete deutsche Gewohnheitsrecht, gering zu achten. In derselben Richtung wirkte die bei den studierten und beamteten Juristen häufige<sup>19)</sup> Abneigung gegen ein aus der Überzeugung und Übung des gemeinen Volkes hervorgehendes Recht. Aber diese Momente waren doch nicht stark genug, die grundsätzliche Stellung insbesondere der hervorragenderen Rechtsgelehrten zum Gewohnheitsrecht zu bestimmen. Wenn Zasius, der in seinen exegetischen Schriften<sup>20)</sup> wie in seinen Konsilien<sup>21)</sup> dem Gewohnheitsrecht weitgehende und wohlwollende Beachtung<sup>22)</sup> zuwendet, hervorhebt, dass die *consuetudo* nicht aus Büchern und Lehrmeinungen, sondern aus dem Konsens und den Handlungen des Volks<sup>23)</sup> entspringe, so zieht er daraus keineswegs eine dem Ansehen des Gewohnheitsrechts nachteilige Folge, sondern will nur dartun, dass jedem aus der Menge hinsichtlich eines Gewohnheitsrechts ebensoviel wie einem Doktor (*iuris*) zu glauben sei<sup>24)</sup>. Oldendorp sagt zwar in einem Gutachten<sup>25)</sup>, alle Gesetzgeber hielten den Brauch der Menge, welcher, zumal in diesem höchst verderbten Jahrhundert, in die schlimmsten Irrtümer zu verfallen pflege, für verdächtig; aber er erkennt trotzdem das fragliche Gewohnheitsrecht *contra legem scriptam an*, wenn es durch mindestens zwei gerichtliche

<sup>19)</sup> Auch heute noch!

<sup>20)</sup> Besonders in seinen *Paratitla in primam Digesti veteris partem, ad tit. De legibus num. 15—17* (Opera Tom. I pag. 3—4) und in seinen *Commentaria in titulos aliquot Digesti veteris, ad legem De quibus* (Opera Tom. I pag. 168 sqq.).

<sup>21)</sup> Opera Tom. VI.

<sup>22)</sup> Vgl. über seine Stellung zu den deutschen Gewohnheitsrechten auch Stintzing a. a. O. I S. 168 ff.

<sup>23)</sup> *Consuetudo ex populo discutitur, quia consistit non ex libris et doctrinis sed consensu populi et actibus* (Ad l. De quibus num. 48).

<sup>24)</sup> Vgl. unten N. 157.

<sup>25)</sup> *Consilia sive Responsa Doctorum et Professorum facultatis Juridicae in Academia Marpurgensi*, ed. Hermannus Vultei, Vol. I Marpurgi 1611, Consil. III num. 14 sqq.

Urteile bewiesen werde, da die Magistrate eventuell die Umstände kennen würden, wegen deren es angemessen sei, von dem gemeinen Recht und der (allgemeinen) ratio abzuweichen. Dass er überhaupt nicht als Feind des Gewohnheitsrechts bezeichnet werden kann, zeigen seine eingehenden Erörterungen zu l. 32—40 D. De legibus<sup>26)</sup>; er meint hier sogar, dass die den Anforderungen des (römischen) Rechts nicht völlig entsprechenden (Statuten und) Gewohnheitsrechte befolgt werden müssten, weil dies vorteilhafter sei als eine Neuerung mit Verwirrung des Gemeinwesens<sup>27)</sup>. Eingehend begründet Gail<sup>28)</sup> den Satz, dass der Richter secundum Consuetudines et Statuta urteilen solle. Zahlreiche vom Reichskammergericht anerkannte Gewohnheitsrechte hat Gylmann unter dem Stichwort „consuetudo“ zusammengestellt<sup>29)</sup>. Ebenso bekunden die bedeutendsten damaligen Vertreter der Sächsischen Jurisprudenz eine — innerhalb der Schranken der rezipierten Theorie — dem Gewohnheitsrecht geneigte Richtung. So sagt Wesenbeck<sup>30)</sup>, die consuetudo sei actus practicus ad unguem servandus; Hartmann Pistoris<sup>31)</sup>

<sup>26)</sup> Opera Joannis Oldendorpii, Basileae 1559, Tom. I pag. 94—104.

<sup>27)</sup> L. c. pag. 104: Ex his vides, utique tribuendum esse statutis et consuetudinibus, etiam non exactis adeo ad normam iuris: quae utilius est servari, quam mores innovari cum turbatione rei publicae.

<sup>28)</sup> Observationum Lib. I Obs. 36 (Quod Judex secundum Consuetudines et Statuta indicare debeat). In num. 14 hebt G. besonders hervor, dass die Beisitzer des Reichskammergerichts und regelmässig alle indices eidlich auf die laudabiles locorum consuetudines verpflichtet werden (vgl. auch unten S. 150 und 155).

<sup>29)</sup> Adriani Gylmanni Symphorematis Supplicationum Processibus in supremo Camerae Imperialis auditorio impetrandis edit. secunda, Francof. 1604, Tom. III pag. 95—97. — So wird auch in einer Relation für Erlangung einer Assessorstelle bei dem Reichskammergericht aus dem J. 1610 die maxima auctoritas consuetudinis mit zahlreichen Zitaten aus italienischen Schriftstellern belegt, insbesondere Baldus' Ausspruch, dass der consuetudo Ehrfurcht wie einer Mutter zu erweisen sei, beifällig angeführt (Caspar Klock, Liber singularis Relationum pro Adessoratu habitarum, Norimb. 1680, Rel. V num. 487—496, bes. num. 494).

<sup>30)</sup> Matthaei Wesenbecii Responsorum sive Consiliorum Juris opus partibus septem absolutum, Pars V (Wittebergae 1619) Cons. CCVII num. 19.

<sup>31)</sup> Hartmann Pistoris, Observationes singulares (zuerst 1620 aus seinem Nachlass herausgegeben; ich benutze die 1658 zu Frankfurt erschienene Ausgabe), Obs. CCXXX num. 41 sqq.



erklärt, dass viele Gewohnheitsrechte gelten, besonders im Lehnrecht, von denen die Gesetzbücher nicht sprechen, und obgleich die Schriftsteller und die Konsulenten, welche meist nur das gemeine Recht im Auge haben, sie nicht immer berücksichtigen; Carpzov<sup>32)</sup> beruft sich wiederholt auf Aussprüche der Sächsischen Gerichte über die grosse Kraft des Gewohnheitsrechts. Der von Puchta<sup>33)</sup> als „starrer Romanist“ bezeichnete Rostocker Jurist Cothmann räumt in seiner Erörterung „Consuetudinis an legis maior sit auctoritas“<sup>34)</sup> dem Gewohnheitsrecht sogar in gewissem Umfang eine höhere Autorität als dem Gesetze ein. Mevius<sup>35)</sup> legt dar, dass der Richter auch seine eigene abweichende Ansicht einem Gewohnheitsrechte unterordnen müsse. Auf gewissen Rechtsgebieten, insbesondere im Strafrecht, wollte auch der sonst allerdings dem Gewohnheitsrecht im ganzen nicht sehr geneigte<sup>36)</sup> Fichard dieser Rechtsquelle besondere Bedeutung zuerkennen<sup>37)</sup>. Seit dem 17. Jahrhundert begann die neue Wissenschaft des deutschen Staatsrechts, das Reichserkommen neben den Reichsgesetzen als wesentliche Quelle zu bezeichnen<sup>38)</sup>. Seit derselben Zeit machte sich auch die Erkenntnis geltend, dass die gemeinrechtliche Geltung des römischen Rechts in Deutschland auf gewohnheitsrechtliche Rezeption zurückzuführen sei<sup>39)</sup>.

<sup>32)</sup> *Decisiones illustres Saxonicae auctore Benedicto Carpzov (Hanoviae 1646 sqq.)*, Dec. III num. 17—19, XLVII num. 11—13, CXLIII num. 13.

<sup>33)</sup> *Gew.-R. I S. 201 N. 32.*

<sup>34)</sup> *Ernesti Cothmann Liber primus Disputationum Juris civilis, Lemgoviae 1587, pag. 23—25.* — Vgl. auch unten N. 119.

<sup>35)</sup> *Davidis Mevii Decisiones super causis praecipuis ad summum tribunal regium Vismariense delatis* (ich benutze die 5. Ausg., Frankfurt a. M. 1705), Pars I Dec. CXLV, bes. num. 15 (*Praevalere debet apud Judicem consuetudo suae opinioni*).

<sup>36)</sup> Charakteristisch in dieser Hinsicht ist besonders seine Vorrede zum Solmsers Landrecht.

<sup>37)</sup> *Consilia Joannis Fichardi, Francof. ad M. 1590, Tom. I Cons. 65 num. 3, II Cons. 112 num. 5 und 115 num. 6.*

<sup>38)</sup> *Stintzing, Gesch. der Deutsch. Rechtsw. II S. 11 ff., 178 ff.*

<sup>39)</sup> Zu der Äusserung Wesenbeck's (*Commentar. cit. pag. 23*), dass die *consuetudo contraria* allgemein dem *ius commune* vorgehe, bemerkt Bachoff von Echt in seinen Noten (zuerst 1611): *Scil. quod ius Romanum, quod commune vocamus, non tam propria auctoritate, quam*

## IV.

Wichtiger noch als solche allgemeine Aussprüche der Schriftsteller über die Bedeutung des Gewohnheitsrechts sind für die Ermittlung ihrer Stellung zu dieser Rechtsquelle ihre Erörterungen über die Einzelheiten der Lehre, insbesondere über Begriff, Entstehungs- und Geltungskreise, Erfordernisse, Kraft und Interpretation sowie endlich über den Beweis des Gewohnheitsrechts.

1. Grundlegend für die gesamte Auffassung des Gewohnheitsrechts von seiten der deutschen Juristen der Rezeptionszeit war der von den Postglossatoren aufgestellte Satz, dass die *consuetudo* ein *statutum tacitum* sei<sup>40</sup>). Von dem Gesetz, erklärte Mynsinger<sup>41</sup>), unterscheide sich das Gewohnheitsrecht nur wie „*tacitum ab expresso*“, oder, wie Carpzov<sup>42</sup>) sich ausdrückte: Der einzige Unterschied zwischen *consuetudo* und *statutum* besteht darin, dass dieses „*expresso statutentium voto ac voluntate, consuetudo autem tacito populi consensu*“ eingeführt werde<sup>43</sup>). Hieraus wurde die grundsätzlich gleiche Behandlung, vor allem die gleiche Kraft des Gewohnheitsrechts und des Gesetzes gefolgert<sup>44</sup>). Von dem Vertrage dagegen wurde das Gewohnheitsrecht unterschieden und ihm seinem Begriffe nach die grössere Kraft zugeschrieben<sup>45</sup>). Auch die

*quasi ex usu valet*. Ähnliche Aussprüche von anderen Vorgängern Conring's (Limnaeus, Matthaeus Stephani) zitiert Stintzing a. a. O. II S. 179.

<sup>40</sup>) Vgl. über diesen Satz meine Lehre v. Gew.-R. I S. 133 ff. (bes. S. 134), 146 ff.

<sup>41</sup>) *Observ.* VI 41 num. 16.

<sup>42</sup>) *Decis. Saxon.* CI num. 21.

<sup>43</sup>) Ähnlich Zasius, ad l. *De quibus* num. 10; Oldendorp, ad eandem l. (*Opera* I pag. 97); Gail, *Observ.* II 31 num. 9—10; Chr. Besold, *Delibata iuris* (Tubingae 1627) Pars I pag. 94; Bachoff von Echt, *Commentarii in primam partem Pandectarum* (Spirae Nemetum 1630), *De consuetudine et iure non scripto* (pag. 61 sqq.) num. 1; sowie zahlreiche andere Schriftsteller.

<sup>44</sup>) Unten IV 5.

<sup>45</sup>) S. bes. Wesenbeck, *Consil.* CCIII num. 20, und Gylmann, *Symphor.* IV P. I *Votum IX* num. 67 sqq. (mit Berufung auf Everardus' *Topica in loco de pacto*). Jedoch wurde diese Unterscheidung beeinträchtigt durch den Einfluss der römischen Charakterisierung der *consuetudo* als *tacita*

Verschiedenheit des Gewohnheitsrechts von der Verjährung erkannten die deutschen Rechtsgelehrten im Anschluss an die Postglossatoren<sup>46)</sup>; neben der umfassenderen Wirkung hoben sie die grössere Leichtigkeit der Entstehung infolge der Entbehrlichkeit von *iustus titulus* und *bona fides* hervor<sup>47)</sup>; andererseits freilich beschränkten sie einigermassen die Geltung der *consuetudo* durch Anwendung der Analogie der *praescriptio*<sup>48)</sup>.

2. Gemäss der eben erwähnten Grundauffassung des Gewohnheitsrechts schrieben die deutschen Juristen der Rezeptionszeit, in Übereinstimmung mit den Postglossatoren<sup>49)</sup>, denjenigen Gemeinschaften, welche Statuten geben könnten, und nur diesen, das Recht der Gewohnheitsrechtsbildung zu<sup>50)</sup>. Der Kreis dieser Gemeinschaften war aber insofern ein sehr ausgedehnter, als auf die korporative Natur der Gemeinschaft für die Satzungsgewalt und folglich auch für die Befugnis zur Einführung von Gewohnheitsrechten kein entscheidendes Gewicht

---

(*civium*) *conventio* (dieselbe wiederholt z. B. *Zasius Paratitla*, ad tit. *De legibus* num. 16).

<sup>46)</sup> Über die Unterscheidung bei diesen vgl. meine Lehre v. *Gew.-R.* I S. 136—137.

<sup>47)</sup> S. bes. *Zasius*, ad l. *De quibus* num. 23, *Consil.* II 19 num. 71; *Gylmann*, Tom. IV P. I *Vot.* XI num. 63 ff.; vgl. auch *Wesenbeck*, *Comment.* pag. 23 (Entbehrlichkeit von *iustus titulus* und *bona fides*).

<sup>48)</sup> Vgl. unten 3 und 6. Auch wurde fortdauernd von einer *praescriptio consuetudinis* u. dgl. gesprochen (so z. B. *Zasius* ad l. *De quibus* num. 34: *Ius consuetudinis inducendo praescribitur et praescribendo inducitur*).

<sup>49)</sup> Meine Lehre v. *Gew.-R.* I S. 139.

<sup>50)</sup> *Zasius*, ad l. *De quibus* num. 24 (die *populi*, die *statuta facere possunt*, können auch *consuetudines facere*); *Oldendorp* ad l. *De quibus* (*Op.* I pag. 97), jedoch mit dem Zusatz: *Qui autem facultatem non habent statuendi, vel consuetudinis introducendae: iis solent confirmari a maioribus magistratibus vel etiam ab ipso Caesare. Et tunc suppletur defectus auctoritatis*; *Mynsinger*, *Responsa* (*Centuria prima*, *Francof.* 1613), *Resp.* XLIX num. 26 (*Fatendum est, a nemine consuetudinem induci posse, quam qui statutum facere possit*); *Meichsner*, *Decisiones diversarum causarum in Camera Imperiali indicatarum*, Tom. III (*Francof.* ad M. 1604), *Dec.* XIV num. 89 (eine *consuetudo* oder ein *statutum* kann nur ab *habentibus potestatem legis condendae* eingeführt werden); *Wesenbeck*, *Commentar.* pag. 21 (*consuetudinem introducere potest populus qui et legem condere*).

gelegt wurde<sup>51)</sup>. Für die *consuetudines* wie für die *statuta* unselbständiger Gemeinschaften wurde freilich Zustimmung des superior verlangt<sup>52)</sup>; doch begnügte man sich meist mit dessen Nichtwiderspruch<sup>53)</sup>. Die Frage, ob einer einzelnen Familie die Befugnis zukomme, Statuten oder Gewohnheitsrechte zu schaffen, wurde wenigstens für die adligen Familien mit *iurisdictio* ganz überwiegend bejaht<sup>54)</sup>.

3. Beschränkt wurde freilich der Geltungskreis der gewohnheitsrechtlichen Sätze von einigen Schriftstellern durch die besonders auf die Analogie der *praescriptio* gegründete Annahme, dass derselbe in persönlicher resp. räumlicher Hinsicht eng zu bemessen sei<sup>55)</sup>. Andererseits jedoch war der Geltung des Gewohnheitsrechts sehr günstig der den Postglossatoren<sup>56)</sup> entnommene, auf gemeindeutsche wie auf partikuläre Gewohnheitsrechte angewandte Grundsatz, dass die Geltung der einzelnen Gewohnheitsrechtssätze sich im Zweifel

<sup>51)</sup> Vgl. Gierke, Deutsch. Genossenschaftsrecht III S. 718 ff.

<sup>52)</sup> S. bes. Zasius, ad l. De quibus num. 26 und Mynsinger, Resp. XIII num. 10 (Die Reichsstädte und die Städte, welche einem Fürsten nur cum certis pactis untertan sind und eigene *iurisdictio* haben, können ohne Zustimmung des Fürsten *statuta* und *consuetudines* machen; die *communitates*, welche in totum principi subsunt, nur mit Zustimmung oder wenigstens Duldung des Fürsten).

<sup>53)</sup> Wesenbeck, Comment. pag. 21 (*sententia usu receptor*); vgl. auch den Schluss der vor. Anmerkung.

<sup>54)</sup> Vgl. bes. Zasius, Consil. II 1 num. 34; Mynsinger, Resp. XIII num. 10, XLIX num. 26 sqq.; Wesenbeck, Consil. I num. 66 (*communiter receptum tale familiae statutum — sc. ad ad decisionem causarum spectans — et familiarem eiusmodi consuetudinem roborari tempore saltem immemoriali . . . praesertim a familia iurisdictionem habente*). Belege auch für weitergehende Anerkennung der Familienautonomie in der deutschen Praxis des 16. Jahrhunderts gibt Gierke, Genossenschaftsrecht III S. 719 in Anm. 75.

<sup>55)</sup> Fichard, Consil. I 12 num. 9 sqq., vgl. auch II 89 num. 2 und 3; Klock, Liber sing. Relat. LXV num. 244—245 (*praescriptiones und consuetudines sind strictissimi iuris, und tantum dicitur praescriptum, quantum possessum et non plus*); Carpov, Decis. Saxon. CLXXIX num. 17—18 und CCXXXVI num. 13—14 (*consuetudo tantum habet de potentia, quantum probatur de usu*). — Teilweise wurde mit dieser Beschränkung in Verbindung gebracht resp. nicht näher davon unterschieden der Grundsatz, dass das Gewohnheitsrecht inhaltlich eng auszulegen sei (vgl. unten Text vor N. 147 und diese Note).

<sup>56)</sup> Meine Lehre v. Gew.-R. I S. 141.

auf alle Teile des Ganzen erstrecke, in welchem und für welches ihr Bestehen nachgewiesen sei<sup>57)</sup>. In derselben Richtung war bedeutsam die auf Stellen des kanonischen Rechts gestützte Vermutung, dass das in mehreren Orten geltende Gewohnheitsrecht in einem benachbarten Orte gleichfalls gelte<sup>58)</sup>.

4. Als Erfordernisse eines gültigen Gewohnheitsrechts wurden im allgemeinen eine langjährige, häufige, gleichmässige rechtliche Übung, ein durch diese sich bekundender Gesamtwille und die Rationabilität ihres Inhalts betrachtet<sup>59)</sup>. Im einzelnen aber wurden diese Erfordernisse meist in einem die Anerkennung des Gewohnheitsrechts nicht übermässig erschwerenden Sinne bestimmt. Gerichtlichkeit der Übungshandlungen wurde nicht verlangt<sup>60)</sup>; ebensowenig in der Regel Zustimmung des Princeps<sup>61)</sup>.

a) Hinsichtlich der Zeit hielten die deutschen Rechtsgelehrten, in Übereinstimmung mit der *glossa ordinaria* zum

<sup>57)</sup> Mynsinger, *Responsa* XIII num. 11 (*Ad probandam consuetudinem in loco aliquo particulari sufficit docere generalem consuetudinem in regno vel provincia, cui ille locus est subiectus*); *Consil. Marburg.* I 24 num. 162 (die *generalis consuetudo provinciae vel principatus vel civitatis* gilt jedoch für den einzelnen locus, für den sie nicht nachgewiesen ist, nur wenn der Fall nicht unter eine Bestimmung des *ius scriptum* gehört); Wesenbeck, *Consil.* IV num. 71, XII num. 67 (in bezug auf die *consuetudo totius Germaniae* wie auf die *consuetudo provinciae*), CXXXIX num. 36 sqq. (hinsichtlich des Sachsenrechts), CCXXIII num. 80.

<sup>58)</sup> Zasius, *Consil.* I 14 num. 23 sqq., 15 num. 26—27 (vgl. auch denselben *ad l. De quibus* num. 27); *Consil. Marburg.* I 24 num. 16 (*propter vicinitatem* ist die *consuetudo*, die an vielen Orten der dem fraglichen Orte benachbarten terra gilt, auch für diesen probabilior, jedoch nach num. 162 nicht, wenn für den Fall *ius scriptum* besteht). Auch Gobler, *Der Rechten Spiegel* (ich benutzte die Frankfurt 1550 erschienene Ausgabe) Bl. 18a erwähnt unter den zu beachtenden rechtlichen Gewohnheiten die „der umbliegenden Nachbar landen“.

<sup>59)</sup> Eine Übersicht über die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts geben insbes. Zasius, *ad l. De quibus* num. 24—40; Oldendorp, *ad eandem l.*; Wesenbeck, *Comment.* pag. 21—22; Mynsinger, *Observat.* VI 41 num. 3 sqq. und 42 num. 1 sqq., *Resp.* CXXI num. 7 sqq.; Gail, *Observ.* II 31; Vultei in den *Consil. Marburg.* I 33 num. 63 (schliesst sich ganz an Mynsinger und Gail an); Althusius in seiner *Dicaeologica* (Frankfurt 1618) I 15 § 21.

<sup>60)</sup> Unten d.

<sup>61)</sup> Unten g.

Corpus iuris civilis und mit der bei den Postglossatoren herrschenden Meinung<sup>62</sup>), im allgemeinen 10 Jahre für genügend<sup>63</sup>). Dass die legitima praescriptio im Sinne des kanonischen Rechts für das Zivilrecht keine Bedeutung habe, nahm man in Übereinstimmung mit der Ansicht sowohl der Postglossatoren als der Kanonisten<sup>64</sup>) an<sup>65</sup>). Dagegen wurde unvordenkliche Zeit nicht nur im Einklang mit der Doktrin der Kanonisten<sup>66</sup>) für ein einem Reservatrecht des Princeps widersprechendes Gewohnheitsrecht gefordert<sup>67</sup>), sondern auch mehrfach für jede consuetudo contra legem als notwendig erachtet<sup>68</sup>); hiervon wurde jedoch das Verhältnis der alten einheimischen Gewohnheitsrechte zum Justinianischen Recht kaum berührt, zumal da man bei Unvordenklichkeit des Gewohnheitsrechts vom Beweise

<sup>62</sup>) Meine Lehre vom Gew.-R. I S. 105—106 und S. 142.

<sup>63</sup>) Tengler's Laienspiegel (ich benutze die Strassburg 1560 erschienene Ausgabe) Bl. 32 b; Zasius, Paratit. ad tit. De legibus num. 17 und Comment. ad l. De quibus num. 34 (an beiden Stellen jedoch nur für consuetudines extraiudiciales, während er für iudiciales gar keine bestimmte Zeit gefordert zu haben scheint); Oldendorp, ad eandem l. (fordert jedoch längere Zeit für derogatorische Gewohnheitsrechte; Fichard, Consil. II 43 num. 3 (jedoch längere Zeit für Gewohnheitsrecht contra ius commune erforderlich); Mynsinger, Observ. VI 41 num. 1 und resp. CXXI num. 11—12 (an beiden Stellen auch für consuetudines contra legem; anders aber Resp. XXXIX num. 13); Gail, Observ. II 31 num. 3 (nach Zivilrecht auch contra legem); Vulteius in den Consil. Marburg. I 33 num. 65; Wesenbeck, Comment. pag. 22 (diuturnitate temporis, quod Dd. decennium esse volunt. Wesenbeck selbst aber hält mit dem Sächsischen Recht eine praescriptio triginta annorum et amplius für richtiger, vgl. unten N. 71 und auch unten N. 68), Consil. CCLXVIII num. 82—83 (schlechthin decennium). — Bachoff von Echt, Comment. num. 3 wollte die Zeit dem arbitrium iudicis überlassen; ebenso, wie es scheint, Besold, Delib. iuris pag. 95.

<sup>64</sup>) Meine Lehre v. Gew.-R. I S. 143 und 198—199.

<sup>65</sup>) Laienspiegel Bl. 32 b (nur nach päpstlichem Recht sind, wenn die Gewohnheit gemeinem Recht widerwärtig ist, 40 Jahre erforderlich); Zasius, ad l. De quibus num. 34 (nur contra canones et iura ecclesiastica sind 40 Jahre erforderlich); Gail, Observ. II 31 num. 3.

<sup>66</sup>) Meine Lehre vom Gew.-R. I S. 197 Anm. 49 a. E.

<sup>67</sup>) Gail, Observ. II 31 num. 4; vgl. Fichard, Consil. I 2 num. 2 (Nun ist aber bey den Rechtsgelehrten ein gemeyne einhellige Schlussrede, dass ein uralte über menschen lebtag und gedenken verjerte gewonheyt nicht weniger kräftig noch geringer zu achten sey dann ein Keyserlich Privilegium).

<sup>68</sup>) Fichard, Consil. I 12 num. 12; Wesenbeck, Comment. pag. 22.

der einzelnen Übungsakte absah<sup>69)</sup>. In den Ländern des Sächsischen Rechts führte allerdings der Zusammenhang der für das Gewohnheitsrecht verlangten Übungszeit mit der Verjährungszeit zu einer besonderen Erschwerung der Anerkennung von Gewohnheitsrechten, indem die dort für die Ersitzung von Immobilien geforderte Zeit von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen<sup>70)</sup> auch als Erfordernis für die Entstehung von Gewohnheitsrechten angesehen wurde<sup>71)</sup>; aber auch dies Verlangen war nur für neu sich bildende Gewohnheitsrechte von Bedeutung.

b) Hinsichtlich der Zahl der Übungsakte gelangte die von Bartolus und Baldus vertretene, aber in Italien nicht zur Herrschaft gekommene freiere Auffassung, dass das *arbitrium iudicis* massgebend sei<sup>72)</sup>, bei den deutschen Juristen in weitem Umfange zur Annahme<sup>73)</sup>. Dabei wurden im allgemeinen zwei Akte als genügend angesehen, wenn sie ihrer Beschaffenheit nach geeignet seien, die stillschweigende Zustimmung des Volkes darzutun resp. herbeizuführen<sup>74)</sup>.

<sup>69)</sup> Unten N. 158.

<sup>70)</sup> Vgl. die Zitate bei Beseler, System des gem. D. Privatr. 4. Aufl. § 87 Anm. 28; ferner (insbes. auch über abweichende Berechnung der Frist) Stobbe, Handb. d. D. Privatr., 3. Aufl., I § 68 N. 29, II § 112 Text vor N. 7.

<sup>71)</sup> Fachs und Reinhard, *Differentiarum iuris civilis et Saxonici libri duo*, Jenae 1595 (ed. Leopoldus Hakelmann), Lib. I Diff. 12 (nach Zivilrecht genügen 10 Jahre für die Einführung einer *consuetudo*. At de iure Saxonico aliud est, cum enim ius Saxonicum non agnoscat aliam praescriptionem, nisi 30 annorum anni et dierum iuxta ea, quae in praecedenti differentia dicta sunt, itaque hoc iure ad inducendam consuetudinem requiritur spatium 30 annorum anni et dierum vulgo 30 Jahr. Jahr und Tag), Lib. II Pars VI Diff. 2 cl. 3 (annus de iure Saxonico = Ein Jar, drei Tag und sechs Wochen); Wesenbeck, Comment. pag. 22 (oben N. 63). Vgl. ferner die Zitate bei Stobbe, Handb. I § 22 N. 9, und bei Gierke, Dtsch. Priv.-R. I § 20 N. 50.

<sup>72)</sup> Meine L. v. Gew.-R. I S. 144.

<sup>73)</sup> So insbesondere Mynsinger, *Observ.* XLI num. 7, *Resp.* XXXII num. 30 und CXXI num. 10; Gail, *Observ.* II 31 num. 7 sqq.; Wesenbeck, Comment. pag. 22, *Consil.* CCLIII num. 65; Althusius, *Dicaeol.* I 15 § 21; Bachoff von Echt, Comment. De consuet. num. 3.

<sup>74)</sup> Mynsinger, *Observ.* XLI num. 8, *Resp.* CXXI num. 10 (nach der *communis opinio* sollen 2 gerichtliche Anerkennungen der *consuetudo* genügen; ebenso 2 *actus extrajudiciales*, si sint multum celebres); Gail II 31 num. 7 sqq.; Wesenbeck, *Consil.* CCLXVIII num. 82—83 (auch 2 Akte extra iudicium

c) Das — selbstverständliche — Erfordernis der Gleichmässigkeit der Übungshandlungen wurde allgemein angenommen<sup>75)</sup>, aber nur von einzelnen Schriftstellern in dem strengen Sinne aufgefasst, dass schon ein gegenteiliger Akt, insbesondere ein gegenteiliges Urteil, die Entstehung eines Gewohnheitsrechts ausschliesse<sup>76)</sup>.

d) Dass Gerichtlichkeit der Übungshandlungen für Bildung und Beweis eines Gewohnheitsrechts nicht erforderlich sei, wenngleich gerichtlichen Aussprüchen in dieser Hinsicht eine besonders grosse Bedeutung zukomme, wurde von den deutschen Juristen in Übereinstimmung mit den Postglossatoren<sup>77)</sup> durchaus anerkannt<sup>78)</sup>, und insbesondere auch das

*contradictorium* genügen, wenn sie *multum celebres* sind); Bachoff von Echt, l. c. num. 2. — Zasius (ad l. De quibus num. 31 und 50) erklärte 2 *actus iudiciales* für ausreichend und unter Umständen sogar einen *actus extrajudicialis* (ad eandem l. num. 53—54).

<sup>75)</sup> So z. B. Laienspiegel, Bl. 32 b; Zasius, ad l. De quibus num. 35 sqq.; Oldendorp, ad eandem l. (innerhalb des *decennium* keine *varietas actuum*); Mynsinger, *Observ.* VI 42 num. 2 sqq. und *Resp.* CXXI num. 19—20 (die bezeugten *actus* dürfen nicht *difformes* und *dissimiles* sein, weil sonst der *unanimitas populi consensus* fehlen würde); *Consil. Marpurg.* II 11 num. 58.

<sup>76)</sup> Fichard II 33 num. 16; Althusius, *Dicaeol.* I 15 § 21. Auch Perneder, *Institutiones* (ich benutze die Ingolstadt 1546 erschienene Ausgabe) Bl. 5 C—D sagt, es dürfe innerhalb der Zeit von 10 Jahren „keine Anfechtung oder Widerwärtiges“ erfolgt sein.

<sup>77)</sup> *Meine L. v. Gew.-R.* I S. 145—146.

<sup>78)</sup> Zasius, *Paratit.* ad tit. De legibus num. 17, *Comment* ad l. De quibus num. 34 (nach num. 49 ist aber *sententia diffinitiva iudicis causa cognita* Beweis für die *consuetudo* bis zum Gegenbeweis); Oldendorp, ad eandem l.; Fichard, *Consil.* II 33 num. 16 (es kan ein . . . gewonheit durch gemeinen langwierigen und gleichförmigen gebrauch wol aufkommen, bestehen und kräftig seyn, Ob auch gleich kein mal rechtlich darauff gesprochen oder erkannt worden), vgl. aber auch I 12 num. 15; Mynsinger, *Observ.* XLI num. 15—16 (*sicut lex inducitur absque actu iudiciario, ita et consuetudo*), *Resp.* CXXI num. 17; Gail, *Observ.* II 31 num. 8; Meichsner, *Decis.* III 9 num. 165—167; Gylmann, *Symphor.* I P. III *Vot.* II num. 19; Wesenbeck, *Comment.* pag. 22 (erforderlich ist zur Einführung der *consuetudo actum frequentia, maxime iudicialium, si haberi possunt, quamvis quoque extrajudicialibus illa probetur*), *Consil.* CCLXVIII num. 82—83; *Consilia a Laurentio Kirchovio collecta* (Francof. 1605) II 10 num. 65—66 (*actus iudiciarii* werden zum Beweise der *consuetudo* verlangt, aber nicht *de necessitate*).



Reichskammergericht stellte sich auf diesen volksfreundlichen Standpunkt<sup>79)</sup>.

e) Dagegen hielten die deutschen Juristen, im Anschluss an die Lehre der Kanonisten<sup>80)</sup>, aber zugleich in unbewusster Übereinstimmung mit der althergebrachten deutschen Anschauung<sup>81)</sup>, für erforderlich, dass die Übenden kraft rechtlicher Überzeugung so und nicht anders gehandelt hätten<sup>82)</sup>. Die das Gewohnheitsrecht begründenden Akte dürften nicht voluntarii oder merae facultatis sein, sondern müssten vielmehr ex debito vel ex necessitate oder, wie Fichard sagt, „vor ein Recht“<sup>83)</sup> vorgenommen sein<sup>84)</sup>; dagegen könnten insbesondere „ex mera gratia vel civilitate“, aus Friedfertigkeit oder Bequemlichkeit entsprungene (affirmative) Handlungen oder Unterlassungen für die Bildung eines Gewohnheitsrechts nicht in Betracht kommen<sup>85)</sup>. Andererseits wurde, wenngleich seltener,

<sup>79)</sup> Gail, Observ. II 31 num. 9 (communis opinio, quam etiam Camera saepe secuta est).

<sup>80)</sup> Meine L. v. Gew.-R. I § 24 (bes. S. 173 ff.).

<sup>81)</sup> Ebendasselbst I § 30.

<sup>82)</sup> Die Ausdrücke „opinio iuris“ oder „opinio necessitatis“ sind aber, soweit ich habe ermitteln können, erst im 18. Jahrhundert aufgekomen.

<sup>83)</sup> Vgl. die ähnlichen lateinischen Wendungen der Kanonisten in meiner L. v. Gew.-R. I § 24 N. 9, 11 und 13.

<sup>84)</sup> Zasius, ad l. De quibus num. 57 (non tamen hoc omitto, quod, si actus essent merae et prorsus liberae facultatis, ut sunt bibere et comedere, tunc eorum frequentia etiam si decies millies fierent, non inducerent consuetudinem: ut si civitas consuevisset vendere frumentum tantum vicinis, ex hoc non oriretur consuetudo quae ad huiusmodi obligaret); Althusius, Dicaeol. I 15 § 21 (. . . actuum similium, non tamen eorum, qui merae sunt facultatis et voluntarii); Fichard, Consil. II 43 num. 2 (Item, dass es so viel als vor ein Recht, under denen, darunter die im brauch gewesen, und mit derselben gutem willen also gehalten seyn worden); Meichsner, Decis. Camer. Tom. II lib. I dec. 1 num. 7 sqq. (bloss negative Handlungen und auch affirmative merae facultatis genügen nicht, die Handlung oder Unterlassung muss ex necessitate vel debito hervorgegangen sein; ganz ähnlich Gylmann, Symphor. Tom. I P. II tit. VIII Vot. VII num. 17 sqq.), Tom. III dec. 14 num. 72; Casparis Klocki Consilia (ich benutze die 2., Nürnberg 1673 erschienene Ausg.), Tom. II cons. 19 num. 85 (ex non actu vel abstinencia ab actu, quem quis facere potest vel non, non induci consuetudinem vel ius prohibendi etiam tempore immemoriali).

<sup>85)</sup> Fichard a. a. O. (s. die vor. Note) num. 3 („Es verträgt sich

gefordert, dass die Übungsakte voluntarii im Sinne der Abwesenheit von Zwang seien<sup>86)</sup>.

f) Während die später s. g. opinio iuris sive necessitatis, wenn auch in den allgemeinen Erörterungen über das Gewohnheitsrecht zurücktretend, in der Praxis starke Betonung fand<sup>87)</sup>, wurde dem stillschweigenden Willen des Volkes resp. der Majorität des Volkes<sup>88)</sup>, dass der geübte Satz Rechtssatz sein solle<sup>89)</sup>, vermöge der Grundauffassung des Gewohnheits-

---

mancher, und begibt etwas an seiner Gerechtigkeit wissentlich, allein dass er als ein Friedliebender nicht hadern noch rechten mag, und dafür abscheuen hat. Mancher wil oder hat auch nit den Kosten darauff zu wenden<sup>e</sup>, insbesondere um sich Rechtsbelehrung zu verschaffen. Das könne anderen, die ihrer Rechte gut acht haben, nicht präjudiciren); Meichsner, Decis. Camer. Tom. II lib. I dec. 1 num. 11 und Tom. III dec. 14 num. 72; Gylmann, a. a. O. (s. die vor. Note) num. 23; Klock, Liber sing. Relat. rel. V num. 233 sqq. (Unterscheidung, ob die Belehnung der agnati collaterales iure successionis oder ex mera gratia stattgefunden hat).

<sup>86)</sup> Fichard, Consil. II 43 num. 2 (v. v. mit derselben gutem willen); Klock, Lib. sing. Relat. rel. V num. 211 (es ist erforderlich, dass die actus non sint extorti aut violenti, sed voluntarii). Nach Conrad Lagus (Compendium iuris civilis et Saxonici, Magdeburg 1602, Buch I Tit. V) ist, was wider Göttliche und beschriebene Recht aus unfleis oder Tyranny der Obrigkeit in langer Übung gewesen, kein Recht.

<sup>87)</sup> S. die Zitate in Anm. 84 und 85.

<sup>88)</sup> Zasius, ad l. De quibus num. 10 (tacitus consensus populi), 36 (es genügt die gleichmässige Übung maioris partis populi), 48 (consensus populi); Althusius, Dicaeol. I 15 § 21 (tacitus populi totius consensus); Mynsinger, Observ. VI 41 num. 3 und bes. num. 12 (der tacitus consensus populi vel maioris partis die causa proxima der consuetudo); derselbe, Resp. CXXI num. 7, 14 und 15 (Majorität des Volkes), aber auch 19—20 (unanimis populi consensus; ebenso Observ. VI 42 num. 2 und 3, vgl. oben N. 75); Gail, Observ. II 31 §§ 7 und 9; Vulteius in den Consil. Marpurg. I 33 num. 69—70; Carpzov, Decis. Saxon. CI num. 21 (consuetudo tacito populi consensu introducitur).

<sup>89)</sup> Zasius, ad l. De quibus num. 20, fordert geradezu, dass die consuetudo vom Volke deliberate eingeführt werde. Anderswo (Consil. I 5 num. 84) erklärt er, wenn das Volk durch seine Übung nur ein bestehendes Gesetz beobachten, nicht ein Gewohnheitsrecht einführen wolle, so sei der erforderliche consensus populi nicht vorhanden. Animus introducendae consuetudinis wird für Entstehung eines Gewohnheitsrechts gefordert von Althusius, Dicaeol. I 15 § 21, animus et intentio introducendae consuetudinis von Klock, Liber sing. Relat. rel. V num. 208.

rechts als *statutum tacitum*<sup>90)</sup> eine grosse prinzipielle Bedeutung beigelegt. Aber dieses Erfordernis führte doch ein ziemlich schattenhaftes Dasein<sup>91)</sup> und war deshalb wenig geeignet, der Anerkennung bestehender Gewohnheitsrechte Eintrag zu tun. Insbesondere wurde der Wille der Üben den und der Wille der übrigen Volksgenossen nicht scharf unterschieden<sup>92)</sup> und auch die verwandte Frage der Vertretung des Volkes in Schaffung des Gewohnheitsrechts nur selten berührt<sup>93)</sup>; auch war man sich über das Verhältnis zwischen der Überzeugung der Üben den, dem bestehenden Recht gemäss zu handeln, und dem Willen, neues Recht zu schaffen, fast durchaus unklar<sup>94)</sup>. Dem Gewohnheitsrecht besonders günstig war die Auffassung Wesenbecks<sup>95)</sup>, dass der Ursprung der *consuetudo* überhaupt meist unerkennbar sei und dass es deshalb genügen müsse, wenn die

<sup>90)</sup> Oben III 1.

<sup>91)</sup> Vgl. meine L. v. Gew.-R. I S. 146—147 über die Verflüchtigung dieses nach der Theorie der Postglossatoren prinzipialen Faktors des Gewohnheitsrechts in ihren näheren Ausführungen.

<sup>92)</sup> Über die geringen Ansätze zu einer solchen Unterscheidung bei den Postglossatoren s. mein angef. Buch I S. 149 N. 47.

<sup>93)</sup> Zasius, ad l. De quibus num. 40 sagt: *factum legitimum iudicis, cui non reclamatur, censetur populi factum interpretative quo ad consensum*. Nach dem Laienspiegel Bl. 32 b soll für die Annahme eines Gewohnheitsrechts — das vorher als Werk des „gemein volck“ bezeichnet wird — besonders darauf geachtet werden, „ob die mehr verstendigen, als Magistrat, Richter, uñ ander, dadurch ein gemein mög verstanden, die selben gebrachen“; dagegen „ob etwa weiber, taub, minderjährig, dienst oder einfeltig arm leut, die nit mögen eynig gesatz machen, sollich gewonheytt auffbracht, oder dawider gehandelt, so hett es nit grundt“ (vgl. über eine ähnliche Äusserung Oldendorp's oben Text nach N. 24).

<sup>94)</sup> Am unzweideutigsten tritt der innere Widerspruch zwischen den beiden Erfordernissen hervor in der kurzen Formulierung bei Althusius, *Dicaeol. I 15 § 21: Debent enim actus ille fiere vi et vigore consuetudinis, et animo consuetudinem introducendi*. Conr. Lagus a. a. O. erklärt erst, Gewohnheitsrecht sei „das in einer Gemeine vor eine lange und wohlhergebrachte weyse vor tütlich und recht ist gehalten worden“; dann aber sagt er, die Gewohnheit, die wie das Statut Willkür sei, müsse von der Gemeine bewilliget sein. Über Zasius' klarere Auffassung s. oben N. 89; jedoch verlangt dieser überhaupt keine Rechtsüberzeugung für Bildung eines Gewohnheitsrechts.

<sup>95)</sup> Comment. pag. 22.

einzelnen Übungsakte wahrscheinlich zur Kenntnis des Volkes gelangt seien.

g) Die Frage, ob die Zustimmung des Kaisers oder des Landesherrn für Entstehung eines Gewohnheitsrechts erforderlich sei, wurde, soweit es sich nicht um das besondere Gewohnheitsrecht einer (durchaus) unselbständigen Gemeinschaft handelte<sup>96)</sup>, in der Regel gar nicht aufgeworfen. Nur wenige Schriftsteller glaubten, wegen der monarchischen Staatsform müsse man, abweichend von Julians Ausspruch in der l. 32 D. h. t., für ein gemeines Gewohnheitsrecht oder für gewohnheitsrechtliche Abschaffung eines Gesetzes die stillschweigende Zustimmung oder wenigstens Duldung von seiten des Princeps präsumieren<sup>97)</sup>; aber auch diese Ansicht führte zu keiner praktischen Einschränkung des Gewohnheitsrechts.

h) Die Frage, ob resp. inwiefern Irrtum die Bildung eines Gewohnheitsrechts hindere, wurde ebenfalls nur wenig berücksichtigt. In der Beantwortung gingen die Ansichten stark auseinander. Während Mynsinger<sup>98)</sup> und Gail<sup>99)</sup> schlechthin die aus Irrtum hervorgegangene consuetudo für ungültig erklärten, wurde doch auch schon die Meinung vertreten, dass eine solche consuetudo durch den in späterer Übung bekundeten Konsens konvaleszieren könne<sup>100)</sup>. Auf die insbesondere von Zasius<sup>101)</sup> geforderte certa scientia legis wollte, Wesenbeck<sup>102)</sup> infolge seiner oben erwähnten Auffassung hinsichtlich des principium consuetudinis kein Gewicht legen.

i) Das Erfordernis der Rationabilität des Gewohnheits-

<sup>96)</sup> Oben Text nach N. 51.

<sup>97)</sup> Althusius, Dicaeol. I 15 § 21 (mit Berufung auf Gail's Observaciones, die aber könne derartige Behauptung enthalten): für eine generalis consuetudo ist heutzutage principis scientia vel patientia erforderlich; Besold, Delib. iuris pag. 94—95 (alias Populus — in der Monarchie — legem non abrogat nisi interveniat Principis scientia praesumpta). Vgl. auch Bachoff von Echt, Commentar., De consuetudine num. 6 (schliesst sich der Ansicht Placentin's, „licet improbata“, an).

<sup>98)</sup> Observ. VI 41 num. 11; Resp. XIII § 31, XXXII § 32, CXXI § 13.

<sup>99)</sup> Observ. II 31 § 11.

<sup>100)</sup> Gylmann, Symphor. Tom. I P. II tit. VIII Vol. VII num. 25—26.

<sup>101)</sup> Ad l. De quibus num. 58 sqq., Consil. I 5 num. 84 sqq.

<sup>102)</sup> Comment. pag. 22.

rechts wurde meist unabhängig von der Bedeutung des Irrtums erörtert. Allgemein wurde angenommen, dass eine *consuetudo*, welche dem *ius divinum vel naturale* widerspreche, bzw. welche eine Sünde enthalte, keinen Rechtssatz begründen könne<sup>103</sup>); daneben hoben manche Schriftsteller hervor, dass die Gewohnheit nicht *contra bonos mores* oder *contra bonum publicum* verstossen dürfe<sup>104</sup>). Die Ansicht der späteren Kanonisten und

<sup>103</sup>) S. bes. Zasius, Paratit. ad tit. De leg. num. 16 (*consuetudinem satis dici rationabilem, si non nutriat peccatum*), Comment. ad l. De quibus num. 64 sqq. (*consuetudo contra rationem legis naturalis vel iuris divini pugnare non potest; das ius naturale vel divinum kann aber immerhin durch eine consuetudo distinguiert oder temperiert werden — vgl. meine L. v. Gew.-R. I S. 182 N. 31 a. E. über die entsprechende Ansicht Innocenz' IV.*), Consil. I 5 num. 60 sqq. (eine Gewohnheit wodurch die Kinder aus erster Ehe von Beerbung der Eltern ausgeschlossen würden, wäre *contra divinas scripturas* und *contra rationem naturalem* und deshalb ungültig). — Vgl. ferner Oldendorp ad l. 34—36 h. t. (*Opera I pag. 102*); Vultei in den Consil. Marpurg. I 33 num. 72 (in bezug auf Lehen gilt auch eine *consuetudo irrationabilis, modo in se non contineat peccatum*); Mynsinger, Observ. VI 41 num. 4—6; Gail, Observ. I 18 num. 5, I 112 num. 3, II 31 num. 14 (s. aber auch unten N. 110); Gylmann, Symphor. Tom. III pag. 96—97 (das Reichsgesetz über die *successio* der Enkel hat rückwirkende Kraft, weil die gewohnheitsmäßige Ausschlussung der Enkel *contra ius naturale* verstösst; dagegen hat das RKG. in einem Rechtsfall, der vor dem Reichsgesetz v. 1521 sich ereignet hatte, die *consuetudo*, durch welche die *fili fratrum* von der *successio patruorum* ausgeschlossen wurden, als rechtsgültig anerkannt); Klock, Lib. sing. Relat. IX num. 147 (darin stimmen alle *Doctores* überein, dass eine *consuetudo*, die *iuri divino et naturali repugnet*, nicht den Namen einer *consuetudo* verdiene); Hartmann Pistoris, Quaest. iuris III 2 num. 49 (das *pactum usurarium* kann durch keine *consuetudo* Kraft erhalten, weil es dem *ius divinum* widerspricht; dagegen Wesenbeck, Consil. CLXXI num. 24 und CXCIX num. 33, der aber, wie insbes. Comment. pag. 22 zeigt, im Prinzip nicht von der *communis opinio* abweicht); Bachoff von Echt, Comment., De consuet. num. 4. — Carpzov, Decis. Saxon. LX num. 15—16 unterscheidet freilich in der Art, dass nur nach *ius Pontificium* die *consuetudo* *quae nutrit peccatum irrationell* sei, hingegen nach *Zivilrecht* es bloss darauf ankomme, dass die *consuetudo* dem *bonum publicum* nicht widerspreche.

<sup>104</sup>) Laienspiegel Bl. 32 B (auf *quot sitlich ursachen* gegründet, auch *gemeinem nutz* erschiesslich); Zasius, ad l. De quibus num. 64 (nicht *contra rationem bonorum morum*); Oldendorp, ad l. De quibus (nur die *consuetudo, quae ad hominum utilitatem deserviat, gilt*); Fichard, Consil. II 33 num. 16 (der Billigkeit und Erbarkeit gemess); Gylmann, Symphor. Tom. III pag. 32—33 und 164 (nach der Praxis des Reichskammer-

der Postglossatoren<sup>105</sup>), dass das Gericht im einzelnen Falle darüber zu entscheiden habe, ob eine Gewohnheit irrationell und deshalb ungültig sei, fand um so leichter allgemeine Zustimmung<sup>106</sup>), als zahlreiche deutsche Gerichtsordnungen und vor allem die Reichskammergerichtsordnung Bestimmungen enthielten, wodurch die Gerichte angewiesen wurden, nur nach redlichen, ehrbaren usw. Gewohnheiten Recht zu sprechen<sup>107</sup>).

Bemerkenswert ist jedoch, dass Widerspruch mit dem *ius civile* und also namentlich auch mit den im *Corpus iuris civilis* enthaltenen Vorschriften nicht als irrationell galt<sup>108</sup>). Freilich waren die deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit vielfach nur allzusehr geneigt, die Anschauungen der römischen Juristen über die Vernünftigkeit oder Unvernünftigkeit eines

---

gerichts ist eine *consuetudo*, wonach *in causis profanis* an den Papst appelliert wird, ungültig, weil sie vergit *in praeiudicium Imperii*); Wesenbeck, *Consil. CCIII* num. 20 (die *pactio affirmativa de successione futura ist contra bonos mores* und kann deshalb auch nicht durch *consuetudo* rechtliche Geltung erlangen); Carpov, *Decis. Saxon. LX* num. 16 (s. die vorige Anm.).

<sup>105</sup>) *Meine L. v. Gew.-R. I* S. 155 und 185—186.

<sup>106</sup>) *S. bes. Laienspiegel Bl. 32 B* (in massen das alles — vgl. oben N. 104 z. A. — ein yeder verstendiger Richter zuo mässigen haben mag); *Zasius, Consil. I* num. 75 (*dicta iniqua consuetudo ex officio iudicis tolli et cassari debet: hoc enim ordinationes Consistorii sacri Romani Imperii — d. h. des RKG.'s — exigere dicuntur*); *Gail, Observ. II* 31 num. 14 (mit Berufung auf *Panormitanus*). Vgl. auch die in N. 103 und 104 angeführten Stellen aus *Gylmann* über hierher gehörige Entscheidungen des RKG.'s.

<sup>107</sup>) *RKGO. v. 1495 § 3, v. 1555 Tl. I Tit. 13 § 1 und Tit. 57*. Von hierher gehörigen partikularrechtlichen Vorschriften nenne ich die *Hessische Hofgerichtsordnung v. 1500 tit. 2* (*Stobbe, Gesch. d. D. Rechtsqu. II* S. 131); die *Mainzer Hofgerichtsordnung v. 1516 tit. 9* (*Stobbe, ebendasselbst*); die *Württembergische Hofgerichtsordnung v. 1514* (*Waechter, Württemb. Privatr. I* S. 94) und das *Württemberg. Landrecht v. 1555 I 2*; die *Pfälzische Hofgerichtsordnung v. 1582 tit. 6 § 2* (*Stobbe a. a. O. S. 139 N. 91*); die *Pommersche Gerichtsordnung v. 1566* (*Stobbe a. a. O. S. 129*); der *Stadt Hamburg Statuten und Gerichtsordnung v. 1605*, am Schluss (*Wulff, Hamburg. Gesetze und Verordnungen, Bd. II, Hamb. 1891, S. 235*).

<sup>108</sup>) *Zasius, ad l. De quibus* num. 64 (s. N. 111); *Mynsinger, Observ. VI* 41 num. 6, *Resp. CXXI* num. 8; *Bachoff von Echt, Comment., De consuet. num. 4* (gegen die *decreta iuris naturalis* kann das *ius civile* nichts, wohl aber kann eine neue *lex* oder eine *consuetudo contra ius civile et rationem eius* entstehen); *Mevius, Decis. Vismar. P. IX dec. 160* num. 3.

Satzes sich anzueignen<sup>109</sup>). Aber gerade die hervorragendsten deutschen Schriftsteller und vor allem die Jurisprudenz des Reichskammergerichts vertraten den Standpunkt, dass, wenigstens abgesehen von einem Verstoss gegen das *ius naturale*<sup>110</sup>), die Ansicht des Volkes, bei dem eine Rechtsgewohnheit bestehe, resp. der an der Übung Beteiligten, für deren Rationabilität massgebend sei<sup>111</sup>).

Können wir schon danach in dem Verlangen, dass das als gültig zu behandelnde Gewohnheitsrecht rationell sein müsse, keine Feindschaft gegen das Gewohnheitsrecht und insbesondere gegen die einheimischen Rechtsgewohnheiten erblicken, so wird eine solche Auffassung noch mehr ausgeschlossen durch die Wahrnehmung, dass das Erfordernis der Rationabilität von den deutschen Rechtsgelehrten nach dem Vorgang der Kanonisten und Postglossatoren<sup>112</sup>) nicht als ein spezifisches für Gewohnheitsrechte, sondern als ein den Gewohnheitsrechten und den Gesetzen bzw. Statuten gemeinsames betrachtet wurde<sup>113</sup>). Mehrfach finden wir sogar, wie schon früher in der

<sup>109</sup>) Mannigfache Belege gibt Stobbe a. a. O. § 65 N. 17 (II S. 117).

<sup>110</sup>) Nicht einmal diese Schranke aber wurde von Gail, trotz seiner streng katholischen Gesinnung, festgehalten (s. die folg. Note).

<sup>111</sup>) Zasius, ad l. De quibus num. 64 (*satis dicitur rationabilis, habita ratione populi, in qua viget, etiam si sit contra rationem legis positivae*); Gail, *Observ.* I 36 num. 15 (*dicuntur autem laudabiles — sc. consuetudines — vel iuri naturali non repugnare, quoties statuentes vel observantes existimant illas esse bonas, suisque moribus convenientes. Nam id pro ratione est, licet iniquitatem aliaquam contineat*); Gylmann, *Tom. I P. III* *Vot. II* num. 14 sqq. (*praeterea notum est ad hoc, ut valeat . . . consuetudo aut statutum . . . sufficere, quod statuentes putaverint esse bonum*); Carpzov, *Decis. Saxon. LX* num. 16. Vgl. über einen ähnlichen Ausspruch von Baldus meine *L. v. Gew.-R. I* § 25 N. 16 (S. 180).

<sup>112</sup>) *Meine L. v. Gew.-R. I* S. 186—187 (Kanonisten) und S. 156 z. A. (Postglossatoren). Vgl. ebendas. S. 75 ff. die Ausführung über den gleichen Standpunkt des kanonischen Rechts.

<sup>113</sup>) *Laienspiegel*, Vorrede (*guoten gewonheyten oder ordnungen*) Bl. 3 B und 4 B (in der dort gegebenen Formel des Richtereids sowie des Eids der Beisitzer, Urteiler und Ratgeber beziehen sich die Worte „erbern, redlichen uñ leidenlichen“ nicht nur auf die Gewohnheiten, sondern auch auf die Gesetze); Fichard, *Consil. I* 35 num. 18 (*debet consuetudo, ut pro valida possit haberi, rationabilis esse, adeoque legem imitari*); Gail,

kanonistischen Literatur<sup>114</sup>), die Ansicht, dass dieses Erfordernis in erster Linie für Gesetze bestehe und auf Gewohnheitsrechte kraft Analogie anzuwenden sei<sup>115</sup>). Der Anschauung der Juristen entsprechend beschränkten auch Reichs- und Partikulargesetze die Anerkennung wie von Gewohnheitsrechten so von Statuten (Ordnungen) auf solche, welche ihrem Inhalt nach zu billigen (gut, redlich usw.) seien<sup>116</sup>).

5. Gemäss ihrer Grundanschauung, dass das Gewohnheitsrecht ein *statutum tacitum* sei, und in Übereinstimmung mit der Anschauung der Postglossatoren und späteren Kanonisten<sup>117</sup>) schrieben die deutschen Juristen der Rezeptionszeit dem Gewohnheitsrecht die gleiche Kraft wie dem Gesetze zu<sup>118</sup>);

---

Observ. I 36 num. 12 (die *consuetudines et statuta rationi atque naturali iuri non repugnancia* sind in den Gerichten sorgfältig zu beobachten), II 31 num. 13 (die *consuetudo muss rationi consentanea* sein, weil die *consuetudo lex ist* und die *lex sancta* sein muss); Gylmann, Tom. I P. III Vol. II num. 14 (oben N. 111); Consil. Marburg. II 9 num. 107 sqq. (durch *consuetudo* oder *statutum* kann Kindern die *legitima* nicht völlig entzogen werden, weil dies *contra ius naturale* wäre); Wesenbeck, Consil. CCIII num. 20 (*consuetudines* und *statuta* dürfen nicht *contra bonos mores* verstossen, können daher insbesondere nicht affirmative Erbverträge rechtsgültig machen); Bachoff von Echt, Comment., De consuet. num. 4 (hinsichtlich der *rationabilitas nihil proprium et diversum a lege habet consuetudo*); Mevius, Decis. Vismar. P. IX Dec. 151 (irrationell und deshalb nichtig ist ein Statut oder eine *consuetudo*, wodurch den *parentes* der Pflichtteil entzogen würde).

<sup>114</sup>) Meine L. v. Gew.-R. I § 25 N. 53 (S. 186).

<sup>115</sup>) Vgl. die in N. 113 angef. Äusserungen von Fichard, Gail (II 31 num. 13), Bachoff.

<sup>116</sup>) So die RKGÖ. v. 1495 § 3 (nach redlichen, erbern und leydlichen Ordnungen, Statuten und Gewonheyten), v. 1555 Tl. I Tit. 13 § 1 (ehrbare, ländische Ordnungen, Statuten und redliche ehrbare Gewonheiten) und Tit. 57 (nach redlichen, ehrbarn und ländischen Ordnungen, Statuten und Gewonheiten); vgl. auch die Reichshofratsordnung v. 1654 Tit. I § 15 (gute Ordnungen und Gewonheiten). — Ebenso die Hessische Hofgerichtsordnung v. 1500 tit. 2 (nach reddelichen und erbarn statuten ordenungen und gewonheyten); Mainzer Hofgerichtsordnung v. 1516 tit. 9 (redlichen, erbaren und leidlichen Ordnungen, Statuten, Gewonheiten und Gebrauch); Württemberg. Landrecht v. 1555 I 2 (erbarn Statuten und Gewonheiten); Pommersche Gerichtsordnung v. 1566 (Erbare Statut und gewonheiten).

<sup>117</sup>) Meine L. v. Gew.-R. I 156, 167, 188 ff.

<sup>118</sup>) Zasius, Paratit. ad tit. De leg. num. 16, Comment. ad l. De quibus



ja einige waren geneigt, die Kraft des Gewohnheitsrechts für die grössere zu erklären<sup>119</sup>). Selbst die Ansicht, dass Gesetze nur dann Geltung hätten, wenn sie gewohnheitsrechtlich rezipiert seien<sup>120</sup>), fand manche Vertreter<sup>121</sup>). Dass die *consuetudo optima legum interpres* sei, wurde gern hervorgehoben<sup>122</sup>). Vor allem aber wurde die Frage der derogatorischen Kraft des Gewohnheitsrechts gegenüber dem Gesetze in Theorie und Praxis aufgeworfen resp. erörtert und durchgängig in bejahendem Sinne beantwortet<sup>123</sup>). Eine solche Kraft wurde

num. 67 sqq.; Perneder, *Institutiones* Bl. V B; Fichard, *Consil.* I 65 num. 3 (*consuetudo et lex, quantum ad observantiam et decisionem caussarum, parem vim obtinent*); Kirchovii *Consilia* II 34 num. 1 (So ist gemeinlich war, dass Statuten und gewonheit gleiche krafft und würcklichkeit haben); Mynsinger, *Observ.* IV 24 (*quae potest Princeps, potest consuetudo facere*); Gail, *Observ.* I 36 num. 12; Wesenbeck, *Comment.* pag. 23 (*effectus consuetudinis non minor quam ipsius legis*); Althusius, *Dicaeol.* I 15 § 20 (*pro lege habetur*); Besold, *Delibata iuris* pag. 94 (*consuetudo legis habet vigorem*).

<sup>119</sup>) So erörterte Cothmann (vgl. oben II, bes. N. 34) eingehend die Frage, *consuetudinis an legis maior sit auctoritas*, und beantwortete sie teilweise zugunsten der ersteren. Auch Besold, *Delib. iuris* pag. 94, erwähnt, dass nach Meinung einiger „*consuetudo potentior quoque statuto esse perhibetur*“.

<sup>120</sup>) Meine L. v. Gew.-R. S. 80 und S. 123.

<sup>121</sup>) So erklärt ein Urteil der Ienenser Rechtsfakultät (Matthiae Coleri *Decisiones Germaniae*, Lipsiae 1603, dec. XLVIII num. 9 sqq.), dass die *consuetudo*, wonach den Kindern eines verstorbenen Bruders kein Erbrecht zukomme, auch trotz des Reichsgesetzes v. 1521 beachtet werden müsse, da dieses Gesetz in Sachsen nicht rezipiert sei. Allgemein sagt Meichsner (*Decisiones causarum in Cam. Imper. indicatarum*, Tom. III dec. 14 num. 91 und 92), wenn ein Statut 10 Jahre nach seiner Errichtung nicht beobachtet sei, verliere es seine Kraft. Sehr eingehend und entschieden dagegen bekämpft Carpzov, *Decis. Saxon.* CI, die „gemeine“ Ansicht, dass Statuten nur gelten, *si usu ac observantia fuerint recepta et approbata*, und führt aus, dass sie vom Moment ihrer Promulgation an so lange Gesetzeskraft haben, bis sie durch ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht abgeschafft seien.

<sup>122</sup>) S. z. B. Zasius, *Comment. ad l. 39 D. De pactis* num. 11; Wesenbeck, *Comment.* pag. 23; Mynsinger, *Observ.* III 63 num. 5; Hartmann Pistoris, *Quaest.* I 16 num. 10, II 10 num. 89 sqq. Vgl. auch unten N. 160.

<sup>123</sup>) Laienspiegel Bl. 32 B; Zasius, *ad l. De quibus* num. 72 sqq.; Oldendorp, *ad eandem l.*; Perneder, *Institutiones* Bl. V D und 129 D; Wesenbeck, *Comment.* pag. 23 (*consuetudo non modo optima interpres est legis . . . verum etiam quando illi contraria invenitur, legi et iuri communi*

zudem, in Übereinstimmung mit der bei den italienischen Juristen seit der späteren Glossatorenzeit zur Geltung gekommenen Ansicht<sup>124</sup>), gegenüber einem allgemeinen Gesetze nicht nur der *consuetudo generalis*, sondern auch der *consuetudo specialis* innerhalb ihres Bereichs zugeschrieben<sup>125</sup>). Diese Anschauung hatte für das Verhältnis der bisherigen einheimischen Gewohnheitsrechte der einzelnen Territorien, Städte usw. zum römischen Recht deshalb eine sehr weitreichende Bedeutung, weil man wenigstens noch das ganze 16. Jahrhundert hindurch<sup>126</sup>) annahm, die Justinianische Gesetzgebung habe in Deutschland von Anfang an oder wenigstens seit vielen Jahrhunderten gegolten und sei also nicht etwa als *lex posterior* anzusehen<sup>127</sup>); jedoch waren auch die wenigen Schriftsteller, welche das Verhältnis schon bestehender partikulärer Gewohnheitsrechte zu

---

derogat . . . ut nunc quidem moribus ubivis observatur); Cothmann, Lib. prim. Disput. pag. 24—25; Althusius, *Dicaeol.* I 15 § 20 in f.; Besold, *Delib. iuris* I pag. 95. — Kirchovii *Consil.* II 34 (Universität Heidelberg, 1538) num. 12, num. 21 sqq.; Fichard, *Consil.* LX num. 2 u. 3; Mynsinger, *Observ.* VI 41 num. 9—10, *Resp.* CXXI num. 11—12; Gail, *Observ.* I 36 num. 1 (*multa consuetudine vel statuto contra ius commune introduci et recipi posse, tritum est.* Zahlreiche Belege geben num. 2—11), II 31 num. 2; Gylmann, *Symphor.* I P. III *Vot.* II num. 6; Klock, *Relat.* V num. 273 (*nullum est ius positivum, quod contraria consuetudine tolli non possit*); *Consil.* Marpurg. I 3 num. 6 sqq., 33 num. 65; Hartmann Pistoris, *Quaest.* II 21 num. 32—33; Carpzov, *Decis. Saxon.* CI num. 16 u. 23; Mevius, *Decis. Vismar. Pars V dec.* 110 num. 2 u. 3, P. VII dec. 150 (Gewohnheitsrecht gegen altes Wismarsches Statut).

<sup>124</sup>) Meine L. v. Gew.-R. I S. 124 (Glossatoren), S. 157 a. E. (Postglossatoren), S. 193—194 u. 198—199 (Kanonisten).

<sup>125</sup>) Zahlreiche Belege geben die in N. 123 angeführten Äusserungen, insbes.: Zasius, *ad l. De quibus* num. 74 u. 85; Oldendorp, *ad eandem l.*; Kirchovii, *Consil.* II 34 num. 12 u. num. 21 sqq.; Fichard, *Consil.* LX num. 3 (*consuetudo specialis tollit ius commune in loco ubi viget*); Gail, *Observ.* I 36 bes. num. 13 (*statutum vel consuetudo alicuius loci pro iuri communi in eodem loco habetur*); *Consil.* Marpurg. I 3 num. 15—16. — Dass die *consuetudo specialis* auch der *consuet. generalis* vorgeht, heben Mynsinger, *Observ.* V 76 num. 3, und Wesenbeck, *Consil.* LXXIV num. 25 und 26, hervor.

<sup>126</sup>) Über die seit dem 17. Jahrhundert sich anbahnende richtigere Erkenntnis s. oben II a. E.

<sup>127</sup>) Vgl. hierüber insbes. Stobbe, *Gesch. d. D. Rechtsw.* II S. 115—116.

einem neuen allgemeinen Gesetz berührten, der Aufrechterhaltung derselben im Hinblick auf cap. 1 De constit. in 6to geneigt<sup>128)</sup>. Überhaupt sollte nach der allgemein angenommenen Doktrin, welcher auch die Reichsgesetzgebung wie die Territorialgesetzgebung sich anschlossen<sup>129)</sup>, den Bestimmungen der gemeinen geschriebenen Rechte, insbesondere des Justinianischen Rechts, gegenüber den einheimischen Partikularrechten nur subsidiäre Geltung zukommen<sup>130)</sup>.

Ein gewisser Vorzug des Gesetzes gegenüber dem Gewohnheitsrecht lag zwar in der aus der italienischen Doktrin<sup>131)</sup> entlehnten Annahme der deutschen Rechtsgelehrten, dass gegen ausdrückliches Verbot des Gesetzgebers eine rechtsgültige Gewohnheit sich nicht bilden könne und dass auch in der gesetzlichen Verwerfung einer bisherigen Gewohnheit ein solches Verbot für die Zukunft zu erblicken sei<sup>132)</sup>. Jedoch war diese

<sup>128)</sup> So Zasius, ad l. De quibus num. 72 (die consuetudo kann einen entgegengesetzten Satz des gemeinen Rechts überwinden, auch wenn sie vorher bestanden hat; jedoch gilt dies nur, wenn der Gesetzgeber die consuetudo nicht gekannt hat); Oldendorp, ad eandem l. (die consuetudo specialis, sive praecedat sive sequatur legem scriptam, derogat ei in eo loco et casu quo recepta est).

<sup>129)</sup> Ausdrücklich bestimmte die Reichshofratsordnung v. 1654 Tit. I § 15, der Präsident und die Reichshofräte sollten die kaiserlichen Rechte „in Mangel“ von Privilegien, guten Ordnungen und Gewohnheiten „jedes Stands, Lands, Orts und Gerichts“ in acht nehmen. Nicht anders waren die oben (N. 107) angeführten Bestimmungen der Reichskammergerichtsordnungen, ungeachtet des Fehlens einer solchen Klausel und ungeachtet der umgekehrten Reihenfolge in der Aufzählung der anzuwendenden Rechtsquellen, zu verstehen (Stobbe, Gesch. d. D. Rechtsquellen II S. 86 ff.). Zahlreiche Belege für den gleichen Standpunkt der Territorialgesetzgebungen gibt Stobbe a. a. O. II S. 125—133.

<sup>130)</sup> Stobbe a. a. O. II 113; Gierke, Deutsches Priv.-R. I 17—18; Regelsberger, Pandekten I S. 8—9, S. 11. — Freilich wurde der Grundsatz der blossen Subsidiarität des Justinianischen Rechts von den Schriftstellern der Rezeptionszeit mehr vorausgesetzt als ausgesprochen. Eine sehr präzise Übersicht über die Reihenfolge, in welcher die verschiedenen Rechtsquellen zur Anwendung zu bringen seien, gibt Oldendorp, ad l. 32 D. h. t. (Opera I pag. 95—96).

<sup>131)</sup> Meine L. v. Gew.-R. I S. 124 (Glossatoren), 158—159 (Postglossatoren), 200 (Kanonisten).

<sup>132)</sup> Zasius, ad l. De quibus num. 73, Consil. I 5 num. 89; Oldendorp,

Anschauung für das Verhältnis der einheimischen *consuetudines* zum römischen Recht nur in sehr geringem Umfange erheblich, während ihr allerdings für das Verhältnis partikulärer deutscher Gewohnheitsrechte zu reichs- oder landesgesetzlichen Verboten resp. Reprobationen grössere Bedeutung zukam<sup>133</sup>).

6. Nicht nur der Grundsatz der Subsidiarität des gemeinen Rechts, sondern auch die prinzipielle Anerkennung der Fähigkeit des Gewohnheitsrechts, ein entgegenstehendes Gesetz zu überwinden, wurde in der Anwendung sehr eingeschränkt durch die von den deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit angenommenen Regeln über die Interpretation partikularrechtlicher Bestimmungen im Verhältnis zum gemeinen Recht. Insbesondere die partikulären einheimischen Gewohnheitsrechte<sup>134</sup>) sollten soweit möglich im Einklang mit dem gemeinen Recht ausgelegt und (trotzdem anzunehmende) Abweichungen derselben von letzterem strikt oder sogar „*strictissime*“ interpretiert werden<sup>135</sup>). Durch den umfassenden

---

ad eandem l. (Opera I pag. 96); Gail, *Observ.* I 18 num. 1—2; Gylmann, *Symphor.* Tom. III pag. 97.

<sup>133</sup>) Ein allgemeines Verbot künftiger Gewohnheitsrechtsbildung findet sich aber m. W. in keiner partikularrechtlichen Kodifikation aus der Zeit der Rezeption der fremden Rechte. Gierke, *D. Priv.-R.* I S. 161, gibt für seine entgegengesetzte Behauptung keine Belege.

<sup>134</sup>) In betreff der einheimischen Statuten s. unten den Text vor N. 138 nebst der Note.

<sup>135</sup>) *Kirchovii Consil.* I 2 num. 2 (*consuetudo, quae est contra ius, non debet extendi, sed debet intelligi, ut, quanto minus possit, ius corrigatur*), II 34 num. 12 (*die consuetudo contra ius commune ist tanquam odiosa restringenda*); *Consil. Marpurg.* I 24 num. 163 (*die consuetudo wie das statutum ist stricti iuris et ideo ita accipienda, ut quam minimum ius scriptum laedat et ab eo discedat, quia correctio iuris communis est vitanda*); *Consultationes Tubingenses* (Tubingae 1645) pag. 132 sqq., *Consil. quantum Ludovici Grempii a Freudenstein* num. 50 (*quae consuetudo strictissime est intelligenda ne plane recedatur a iure communi*); *Klock, Relat.* XVII num. 17 (*die consuetudo iuri communi contraria ist strictissime interpretanda*), XXVIII num. 42 (*talia statuta et consuetudines, quae sunt contra ius, strictissime interpretari debent ut quam minime laedant ius civile et recipiant interpretationem passivam a iure communi*), *CLI* num. 1 (*consuetudo debet restringi, ut quanto minus laedat ius commune, et statuta stricte intelligenda sunt*); *Hartmann Pistoris, Quaest.* II 20 num. 29 (*trita iuris regula, quae docet, consuetudines atque statuta a iure communi interpretationem recipere*);

Gebrauch, den die gelehrten Praktiker<sup>186)</sup> von diesen Regeln machten, geschah der Geltung der deutschen Gewohnheitsrechte in der Tat schwerer Abbruch.

Man darf jedoch auch in dieser Ansicht und in diesem Verhalten der deutschen Juristen keine Feindschaft gegen das Gewohnheitsrecht erblicken, und selbst der Gegensatz zwischen fremdem und einheimischem Recht kam dabei nur wenig in Betracht. Auf gemeine deutsche Gewohnheitsrechte oder auch nur auf einheimische Gewohnheitsrechte eines grossen Teils von Deutschland wurden jene Auslegungsgrundsätze kaum erstreckt<sup>187)</sup>. Andererseits wurden sie in bezug auf partikuläres Gesetzesrecht („Statuten“) ebenso wie für (partikuläre) Gewohnheitsrechte aufgestellt und gehandhabt<sup>188)</sup>. Sie waren zudem keine Erfindung der deutschen Rechtsgelehrten, sondern von ihnen aus der italienischen Doktrin entnommen<sup>189)</sup>. In dieser aber hatten sie zunächst und hauptsächlich für Statuten

---

Wesenbeck, Consil. CCV num. 39—40 (et ut maxime hic consuetudo vel statutum aliquod probari posset: tamen hoc stricte esset interpretandum . . praesertim contra ius commune). Über Fichard und Carpzov s. unten N. 147. Einige andere Belege gibt insbes. Stobbe, Gesch. d. D. Rechtsqu. II § 65 N. 26 (S. 121).

<sup>186)</sup> S. die Zitate in der vor. Note.

<sup>187)</sup> Abgesehen von dem Ausspruche Ludwig Grepmp's, welcher sich gegen eine „consuetudo Germaniae“ (Aburteilung schwerer Strafsachen durch Ungelehrte) richtet, beziehen sich alle in N. 135 angeführten Äusserungen, wie der Zusammenhang zeigt, auf die Auslegung von consuetudines beschränkten Geltungskreises. Diese Auffassung wird durch die Parallelisierung der betreffenden consuetudines mit Statuten (s. die folgende Anm.) bestätigt.

<sup>188)</sup> Von den in N. 135 zitierten Äusserungen beziehen sich auf Statuten ebenso wie auf Gewohnheitsrechte: Consil. Marpurg. II 24 num. 163; Klock, Rel. XXVIII num. 42, CLI num. 1; Hartmann Pistoris, Quaest II 20 num. 29; Wesenbeck, Consil. CCV num. 39—40. Speziell auf Statuten wendet die hier erwähnten Auslegungsgrundsätze an Gail, Observ. II 33 num. 3 und num. 9, ebenso das von Stobbe, Gesch. d. D. Rechtsqu. II § 65 N. 26, angeführte Gutachten von Modestinus Pistoris.

<sup>189)</sup> Wenngleich dieser Zusammenhang schon von anderen Schriftstellern hervorgehoben ist (s. insb. Gierke, D. Priv.-R. I § 5 Anm. 16), so fehlt doch noch jeder Versuch einer Zusammenstellung und dogmengeschichtlichen Erörterung der hier in Betracht kommenden Aussprüche der Postglossatoren. An dieser Stelle muss ich mich mit kurzen Andeutungen zur Ausfüllung der Lücke begnügen.

Anerkennung gefunden. Ursprünglich hatten sogar die Postglossatoren mit ganz unzureichender Begründung behauptet, dass Statuten insgesamt strikt zu interpretieren seien<sup>140)</sup>, und trotz Widerlegung des Fehlschlusses durch Albericus de Rosate<sup>141)</sup> hatte insbesondere Bartolus an dieser Anschauung festgehalten<sup>142)</sup>. Mehr und mehr jedoch war die von Albericus vertretene Auffassung, dass nur die den Bestimmungen des gemeinen Rechts widersprechenden Statuten *stricti iuris* seien und dass überhaupt Statuten möglichst im Einklang mit dem gemeinen Recht ausgelegt werden müssten<sup>143)</sup>, zur allgemeinen Geltung gelangt<sup>144)</sup> und auch auf *consuetudines* ausgedehnt worden<sup>145)</sup>. Daneben freilich wurde eine enge Auslegung der *consuetudines* ohne Rücksicht auf ihr Verhältnis zum gemeinen Recht insbesondere von Baldus durch die Analogie des *pactum* und der *praescriptio* begründet<sup>146)</sup>. Bei den deutschen Juristen aber finden sich an

<sup>140)</sup> Nach Albericus a Rosate *De Statutis* (*Tractatus utriusque iuris*, Tom. II, Venet. 1584) Lib. I Qu. II behaupteten Jac. Butrigarius et communiter Doctores, Statuten seien *stricti iuris*, weil die *condictio ex lege stricti iuris* sei.

<sup>141)</sup> Albericus l. c. verwirft die in der vor. Note erwähnte Argumentation, weil man nicht aus der Natur der *condictio* auf die des *statutum* schliessen könne.

<sup>142)</sup> Bartolus, ad l. 24 D. ad munic. 50, 1 num. 1: *Dy. (Dinus) inducit hanc l. in ar. quod statuta sunt stricti iuris, quod apparet, quia actio descendens ex eis est stricti iuris, cum usurae non veniant, ut hic videtis. Quidam semel habe dagegen eingewendet, dass dies keine bona consequentia sei. Breviter veritas est, quod consequentia tenet. — Vgl. auch Bart. ad l. 9 D. De J. et. J. num. 60.*

<sup>143)</sup> Alber. *De Statutis* Lib. I Qu. II num. 3 und Qu. IX num. 57 u. 58.

<sup>144)</sup> Baldi Perusini *Tractatus De Statutis* (*Tractatus utr. iur.* Tom. II) s. v. *Interpretatio* (pag. 123—124) num. 1 und 2. Derselbe, ad l. 4 C. De servis fugit. 6, 1 num. 13, erklärt überhaupt das *ius commune* gegenüber dem *statutum* für das *dignius*. Auch Bart., ad l. 9 D. 1, 1 num. 60, hebt die *interpretatio passiva* der Statute im Sinne des gemeinen Rechts hervor. Vgl. ferner Jason de Mayno in *Auth. Novissima C. De inoffic. testam.* 3, 28 num. 54.

<sup>145)</sup> Baldus, *De Statutis* s. v. *Interpretatio* num. 1; Marianus Socinus *Consilia* P. I (Lugd. 1531) cons. 123 num. 5.

<sup>146)</sup> Hinsichtlich dieser Anwendung der Analogie des *pactum* vgl. meine *L. v. Gew.-R. I § 19 N. 2*. Die enge inhaltliche Auslegung der *consuetudines sicut restringuntur praescriptiones, ut proprios facti terminos*

diese Auffassung nur vereinzelte Anklänge<sup>147)</sup>. Für sie war in der Frage der Auslegung wesentlich massgebend der Gegensatz zwischen gemeinem und partikulärem Recht.

7. Am stärksten wirkte die Lehre von der Notwendigkeit des Beweises für Gewohnheitsrechte deren praktischer Anerkennung und Anwendung entgegen; doch darf man auch in dieser Beziehung nicht von einer Feindschaft oder auch nur besonderen Ungunst der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit gegenüber dem Gewohnheitsrecht reden.

Die studierten Juristen hatten naturgemäss nur geringe Kenntnis des einheimischen Rechts, da dieses nicht nur grösstenteils partikuläres Gewohnheitsrecht, sondern auch nur in sehr unvollkommener Weise aufgezeichnet und wissenschaftlich verarbeitet war, und da es auf den Universitäten nicht gelehrt wurde<sup>148)</sup>. Die gelehrten Gerichte und Spruchkollegien galten aber auch nicht für verpflichtet, sich selbst in den einzelnen

---

non excedant, verlangt Baldus, ad l. ult. C. Comm. utr. iud. 3, 38 num. 9. Ohne Begründung vertritt enge Auslegung der Gewohnheitsrechte überhaupt Paulus de Castro, Comment. in Dig. vetus (Lugd. 1585) ad l. De quibus num. 2.

<sup>147)</sup> Eine Beschränkung des Bereichs der *consuetudo* nach Analogie der *praescriptio* wurde von ihnen wesentlich nur in bezug auf den räumlichen und persönlichen Geltungskreis angenommen (s. oben III 3). Fichard, Consil. II 89 num. 2—3, lässt jedoch wenigstens nicht deutlich erkennen, ob er den Satz, dass die *consuetudo stricti iuris* sei, nur in diesem Sinn auffasst, und Carpzov, Decis. Saxon. CLXXIX num. 17—18 (ebenso CCXXXVI num. 13—14), folgert daraus, dass die *consuetudo tantum habet de potentia, quantum probatur de usu*, auch die Notwendigkeit ihres Beweises in specie specialissima. Wenn Mevius, Decis. Vismar. P. VII Dec. 3 num. 4—6 sagt, die *consuetudo sei stricti iuris* und daher auch nicht *de re ad rem* auszu dehnen, so setzt er doch hinzu „*praesertim in odiosis*“ und scheint dabei hauptsächlich an einen Widerspruch mit dem gemeinen Recht zu denken.

<sup>148)</sup> Nach Zasius (ad l. De quibus num. 48) gehört es nicht zum Beruf eines Doktor, Gewohnheitsrechte zu kennen (vgl. über die Begründung dieses Satzes oben III Text vor N. 24). Fichard (Consil. II 61 num. 1) behauptet nicht nur, dass dem Doktor „*sine infamia aliqua*“ die Gewohnheiten der einzelnen Orte und Länder unbekannt sein könnten, sondern er sagt sogar (Consil. II 129 num. 7) von der *consuetudo*: *nihil ea ad Jureconsultum pertinet*, ohne freilich dadurch ihre praktische Berücksichtigung ausschliessen zu wollen.

Fällen über das etwa anzuwendende Gewohnheitsrecht zu unterrichten, sondern in Übereinstimmung mit der italienischen Doktrin<sup>149)</sup> wurde angenommen, dass für die richterliche Berücksichtigung eines Gewohnheitsrechts regelmässig Allegation und Beweis von seiten einer Partei erforderlich sei<sup>150)</sup>. Wesentlich unterstützt wurde diese Auffassung durch die Bestimmungen von Reichs- und Partikulargesetzen, vor allem der Reichskammergerichtsordnung, welche die Beachtung von partikulären Gewohnheitsrechten den Gerichten nur für den Fall des „Vorbringens“ resp. des Beweises von seiten einer Partei zur Pflicht machten<sup>151)</sup>.

<sup>149)</sup> Vgl. meine L. v. Gew.-R. I § 22, insbes. den Text vor N. 12 und die in N. 12 angeführten Äusserungen.

<sup>150)</sup> So z. B. Zasius, Consil. I 5 num. 108 sqq; Perneder, Institutiones Bl. V D—VI A (Wie die Gewohnheiten in allen gerichtlichen Termin mögen fürgewandt und was massen die bewisen werden sollen); Fichard, Consil. I 12 num. 6 sqq., II 43 num. 1—2; Mynsinger, Observ. V 96 num. 1, Resp. CXXI num. 3; Gail, Observ. I 36 num. 16 (die consuetudo bedarf der allegatio und probatio, weil sie „facti“ ist und facta nicht präsumiert werden); Wesenbeck, Comment. pag. 23 und Consil. XXXIV num. 30; Carpzov, Decis. Saxon. III num. 21.

<sup>151)</sup> Die Reichshofratsordnung v. 1654 Tit. I § 15 (vgl. oben N. 129) weist den Präsidenten und die Reichshofräte an, die „gebührliche allegirte und probirte“ (gute Ordnungen und) Gewohnheiten in Acht zu nehmen. Wenn die Reichskammergerichtsordnungen v. 1495 und 1555 (vgl. oben N. 107 und N. 129) für die Berücksichtigung der (Ordnungen, Statuten und) Gewohnheiten von seiten des Reichskammergerichts nur deren Vorbringen („die für sy bracht werden“) verlangen, ohne den Beweis des Vorbrachten zu erwähnen, so wurden dabei ohne Zweifel die allgemeinen Grundsätze hinsichtlich der Beweispflicht der Partei für ihre Behauptungen als massgebend vorausgesetzt. Auch die Hessische Hofgerichtsordnung v. 1500 tit. 2 und die Mainzer Hofgerichtsordnung v. 1516 tit. 9 fordern ausdrücklich nur das Vorbringen (für Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten), ähnlich die Pfälzische Hofgerichtsordnung v. 1582 tit. 6 § 2, dass (Statuten und) Gewohnheiten „wie andere Geschichten angezogen und fürgetragen werden“ sollen, während das Württemberg. Landrecht v. 1555 I 2 (Statuten und) Gewohnheiten nur dann beachtet haben will, wenn sie „gerichtlich fürgebracht und bewiesen werden“. Besonders deutlich ist die Bestimmung der Wormser Reformation Buch III Teil 3 Tit. 11 sowie die am Schluss der Hamburg. Statuten und Gerichtsordnung v. 1605 (vgl. oben N. 107): „Jedoch da sich jemand auf eine redliche in dieser Stat wol hergebrachte Gewohnheit . . . gründen würde, soll der Parthey solche angezogene Gewohnheit zu beweisen zugelassen seyn“.



Wie aber schon Theorie und Praxis der italienischen Juristen zahlreiche Modifikationen des bezeichneten Grundsatzes anerkannt hatte<sup>153)</sup>, so fanden diese auch bei den deutschen Rechtsgelehrten im ganzen bereitwillig Eingang. Von grosser praktischer Bedeutung<sup>154)</sup> war vor allem die allgemeine Annahme, dass notorische bzw. (in glaubwürdiger Weise) aufgezeichnete Gewohnheitsrechte keines Beweises bedürften<sup>154)</sup>. Wenn mehrere deutsche Schriftsteller auch für die Berücksichtigung notorischer *consuetudines* Anführung von seiten einer Partei verlangten<sup>155)</sup>, so folgten sie darin der bei den italienischen Juristen überwiegenden Auffassung<sup>156)</sup>. Wichtig für die Anwendung einheimischer Gewohnheitsrechte war die auch vom Reichskammergericht gebilligte Ansicht, dass einem Doktor, der das Bestehen eines Gewohnheitsrechts bezeuge, zu glauben sei<sup>157)</sup>. Erleichterungen des Beweises wurden

<sup>153)</sup> Meine Lehre v. Gew.-R. I § 22 (S. 161—164).

<sup>154)</sup> Diese hebt auch Stintzing, *Gesch. d. D. Rechtsw.* I S. 501 hervor.

<sup>154)</sup> Zasius, ad l. De quibus num. 46 (*consuetudo in scriptis ex publico redacta facile probatur, imo iam probata est*); Oldendorp, ad l. 34—36 D. De leg. (Opera I pag. 100—102); derselbe in den *Consil. Marburg.* II num. 111 (In Hessen ist die *consuetudo*, dass nur die Männer zur Erbfolge in Immobilien berufen sind, so *manifesta apud omnes*, dass sie keines Beweises bedarf); Mynsinger, *Observ.* V 96 num. 5 und *Resp.* CXXI num. 4—5; Gail, *Observ.* I 36 num. 16; Wesenbeck, *Consil.* I num. 40 (da die betreffende *consuetudo* in Mecklenburg immer beobachtet worden ist, bedarf sie, wie anderes Notorische, keines Beweises und auch nicht einmal der Allegation, weil der Richter sie kennen und demgemäss, selbst wenn sie dem „*ius*“ widerspricht, supplieren muss), XXXIV num. 30 (unten N. 164), CCXXIII num. 80; Coler, *Decis. Germaniae* XCVIII num. 14—15; Mevius, *Decis. Vismar.* II 377 num. 3 (*ubi illa — consuetudo — notoria aut publicis attestationibus statim docenda, non est sinenda venire in controversiam, sed pro illa indicandum est*). — Vgl. auch die folgende Note.

<sup>155)</sup> Fichard, *Consil.* I 13 num. 7 (die *consuetudo notoria* bedarf keines Beweises, doch befreit das *notorium* nicht ab onere proponendi). Ebenso Gail, *Observ.* II 31 num. 17, der aber *ibid.* I 31 num. 5 sagt, dass das *notorium* überhaupt nicht allegiert zu werden brauche.

<sup>156)</sup> Meine L. v. Gew.-R. I S. 162.

<sup>157)</sup> Mynsinger, *Observ.* V 96 num. 2—3 führt aus, mit Berufung auf Bartolus und die *communis opinio*, dass einem Doktor, der eine *consuetudo* allegiere, ohne weiteres geglaubt werden müsse; so habe auch das RKG. 1549 entschieden. Nach Wesenbeck, *Consil.* XIII num. 100 u. ö. ist dem

zugelassen für unvordenkliche<sup>158</sup>), für prozessualische<sup>159</sup>), für gesetzesauslegende<sup>160</sup>), für nicht dem gemeinen Recht widersprechende<sup>161</sup>) Gewohnheitsrechte. Der Beweis einer „*consuetudo contrahendi*“ sollte durch Vorlegung einer genügenden Zahl von Vertragsurkunden geführt werden können<sup>162</sup>). |

Ganz besonders jedoch fällt für die in dieser Untersuchung vertretene Auffassung in das Gewicht, dass grundsätzlich auch die Forderung der Allegation und des Beweises nicht auf Gewohnheitsrechte beschränkt, sondern ebenso für partikuläre Gesetze geltend gemacht wurde. Durch die Reichskammergerichtsordnungen von 1495 und 1555 und die Reichshofratsordnung von 1654, sowie durch zahlreiche, besonders an die RKGO. sich anschliessende partikularrechtliche Vorschriften wurden die Urteiler verpflichtet, Recht zu sprechen nach den

---

Doktor illuster, der, wenn auch unbeeidigt und nur schriftlich eine *consuetudo* bezeugt, wenigstens praesumptive zu glauben. Jedoch war diese Frage sehr bestritten (s. bes. Hartmann Pistoris, Quaest. I 4 num. 29). Gegen Bartolus' Ansicht erklärte sich scharf Zasius, ad l. De quibus num. 48 (vgl. oben N. 148).

<sup>158</sup>) Wesenbeck, Comment. pag. 22—23 (über die Unvordenklichkeit der Gewohnheit haben die *periti et seniores cuiusque loci* auszusagen). Damit stimmt überein die Wormser Reformation v. 1498 III 3 tit. 11, nach welcher Gewohnheiten bewiesen werden sollen von 5 Zeugen, die sagen, dass die Gewohnheit bei ihrem Gedenken und auch von den Alten so gehalten sei, nicht aber Parteien zu benennen brauchen, zwischen denen die Gewohnheit so beobachtet sei.

<sup>159</sup>) Hartmann Pistoris, Observ. CCXVII bekämpft entschieden die Ansicht, dass insgesamt eine *probatio semiplena* bzw. die *fama* für den Beweis einer *consuetudo* genüge; doch will er (num. 31) mit Berufung auf Bartolus insbes. in bezug auf prozessualische Gewohnheiten ein Recht des Richters, sich in Abwesenheit der Gegenpartei zu informieren, anerkennen. Übereinstimmend Meichsner, Decis. III 14 num. 45.

<sup>160</sup>) S. bes. Klock, Relat. V num. 214 sqq. Vgl. auch die in der folg. Note angef. Äusserungen.

<sup>161</sup>) Mynsinger, Resp. XIII num. 17, beschränkt die Forderung der *probatio plena* auf *consuetudines correctoriae*. Ähnlich sagt er Resp. CXXI num. 3: *Allegans consuetudinem, praesertim si sit contra ius commune, eam probare tenetur*; vgl. Mevius, Decis. Vismar. I 45 num. 3: *Consuetudo . . . probari debet, praesertim ubi a iure communi plane aliena est*.

<sup>162</sup>) Zasius, ad l. De quibus num. 65; Hartmann Pistoris, Quaest. II 30 num. 12.

gemeinen Rechten sowie nach den (redlichen usw.) Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten, die vor sie gebracht resp. ihnen bewiesen wären<sup>163</sup>). In Übereinstimmung hiermit wurde von den Juristen angenommen, dass Partikulargesetze (Statuten) ebenso wie Gewohnheitsrechte von den Parteien im Prozess für ihre Behauptungen angeführt und bewiesen werden müssten<sup>164</sup>). Wenn für geschriebene Statuten diese Forderungen hinwegfallen sollten oder wenigstens der Beweis leicht zu führen war<sup>165</sup>), so entsprach dies im wesentlichen den oben<sup>166</sup>) in Bezug auf Anführung und Beweis von Gewohnheitsrechten erwähnten Modifikationen. Vielfach wurde sogar die Ansicht vertreten, dass bei Statuten auch ihre gewohnheitsrechtliche Rezeption nachgewiesen werden müsse<sup>167</sup>).

Für die Geltung der gemeinen geschriebenen Rechte und insbesondere der Justinianischen Gesetzgebung im gesamten Ge-

<sup>163</sup>) Vgl. die oben in N. 151 gegebenen Belege.

<sup>164</sup>) S. hes. Gail, *Observ.* I 36 num. 16 (*Praedicta accipienda sunt, quando statutum vel consuetudo in iudicio esset allegata, et in actis sufficienter probata*). Bachoff von Echt, *Comment.*, *De consuetudine* num. 5 hebt ausdrücklich vor, dass die Beweispflicht sich nicht auf Gewohnheitsrechte beschränke (*sed et aliud ius, si negetur, probandum est*). Wesenbeck, *Consil.* XXXVI num. 29—30 sagt freilich, Statuten brauchten nicht allegiert und bewiesen zu werden; aber *Consil.* CXXXIII num. 32—33 behauptet er das Gegenteil für nicht geschriebene Statuten, sowie er andererseits *Consil.* XXXIV num. 30 die Notwendigkeit der Allegation und des Beweises auf nicht aufgezeichnete Gewohnheitsrechte beschränkt, und *Consil.* CCV num. 35 (vgl. unten N. 168) scheint er überhaupt für die Anwendung von Statuten (wenigstens vom gemeinen Recht abweichender) Parteibeweis zu verlangen.

<sup>165</sup>) Über die Ansicht Wesenbeck's (*Consil.* CXXXIII num. 32—33), dass nur ungeschriebene Statuten des Beweises bedürften, vgl. die vor. Note. Bachoff von Echt, l. c., fährt nach den Worten „*probandum est*“ fort: *sed quod redactum est in scripturam, facilius et quidem imo apparet per solam aperturam voluminis statutorum, ut loquitur Bald. in l. 1 C. quae sit long. cons. n. 7. veluti si ius non sit scriptum, sed promulgatum alio modo, ita factam fuisse promulgationem probandum est*. Vgl. auch die Wormser Reformation von 1498 III 3 Tit. 10 (Beweysung unser Statt Recht wie das besehen mag).

<sup>166</sup>) Text nach N. 151; vgl. insbes. die in N. 154 hinsichtlich notorischer bzw. aufgezeichneter Gewohnheitsrechte gegebenen Belege.

<sup>167</sup>) Oben IV 5 (Text vor N. 119).

biete des deutschen Reichs wurde allerdings Beweis nicht verlangt, und da zudem angenommen wurde, dass diese Geltung des *Corpus iuris civilis* sich prinzipiell auf alle darin enthaltenen Rechtssätze erstrecke, so kam seit Beginn des 17. Jahrhunderts<sup>168)</sup> bei den deutschen Rechtsgelehrten die Ansicht auf, dass, wer sich im Prozess auf einen Satz des Justinianischen Rechts berufe, *fundatam intentionem* habe, d. h. die Geltung des Satzes in Deutschland nicht zu beweisen brauche, indem dieselbe bis zum Beweise des Gegenteils präsumiert werden müsse. Aber auch diese für die praktische Anwendung des einheimischen Rechts sehr gefährliche, nur unter lebhaften Kämpfen zur Herrschaft gelangte<sup>169)</sup> Annahme richtete sich durchaus nicht gegen das Gewohnheitsrecht als solches.

Nicht der Gegensatz von Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht, sondern der zwischen gemeinem und besonderem Recht war für die Anschauungen der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit massgebend. Wenn sie hierbei manche dem letzteren ungünstige und teilweise nach unserer heutigen Erkenntnis grundlose Annahme zur Geltung brachten, so muss man sich nicht nur ihre Abhängigkeit von der italienischen Doktrin gegenwärtig halten, sondern darf auch nicht übersehen, dass der Grundsatz des Vorgehens des besonderen Rechts vor dem gemeinen naturgemäss eingreifende Korrekturen erforderlich machte; denn nur so konnte gegenüber der bunten Fülle der Partikularrechte die Rechtseinheit in grossem Umfange durchdringen.

<sup>168)</sup> Nach Stintzing, *Gesch. d. D. Rechtsw.* II S. 19 (dem Gierke, *D. Priv.-R.* I § 5 N. 12 folgt) ist diese Theorie zuerst von Lauterbach 1662 formuliert worden. Aber schon Wesenbeck, *Consil. CCV* num. 35 (die betr. Pars der Konsilien ist Wittenberg 1619 veröffentlicht), hat ihr Ausdruck gegeben mit den Worten: *Qui habet regulam iuris communis pro se, habet intentionem fundatam donec . . . consuetudo vel statutum contrarium probetur.*

<sup>169)</sup> Stintzing *a. a. O.* II S. 18.

# Die Fürsorge des Gutsherrn für sein Gesinde

(Brandenburgisch-Preussische Geschichte)

von

**Justus Wilhelm Hedemann**





## I.

Ein Herrschaftsverhältnis, das mit aller Schärfe der einen Seite ausschliesslich das Recht, der anderen nichts wie Pflichten auferlegt, ist freilich unseren Gedanken zugänglich. Aber dem wahren Leben ist es fremd. Immer sehen wir den Berechtigten mit einem geringen oder geringsten Mass von Pflichten belastet. Selbst der absoluteste Sklavenherrscher wird mindestens durch den eigenen Nutzen dazu getrieben, sein Arbeitsmaterial in vernünftiger Pflege bei Kräften zu erhalten, und es hat einen gewissen Reiz, dass gerade dort, wo wir die unumschränktsten Herrschaftsverhältnisse zu suchen gewohnt sind, nämlich in den Reichen des alten Orients, sich jetzt die frühesten Spuren eines wohlgeordneten freien Arbeitsvertrages nachweisen lassen. Das ist durch die babylonischen Ausgrabungen geschehen. Es mag dem die altjüdische Weisheitsregel zugefügt werden, die vor fast dreitausend Jahren von Salomo in seine Sprüche angenommen wurde: Der Gerechte erbarmet sich seines Viehs; noch im achtzehnten Jahrhundert nach Christi begegnet uns dieser Spruch, um als Parallele eine milde Behandlung auch des Gesindes zu begründen.

Der Trieb des eigenen Nutzens und das Gebot der Religion begründen allerdings noch keine Pflicht im rechtlichen Sinne. Aber, wenn wir die verschiedenen Seiten des menschlichen Lebens in ihrer Wechselwirkung beobachten, dann erkennen wir, dass eine Rechtspflicht oft genug nur darum erst geschaffen wird, weil nicht schon andere Kräfte in der gewünschten Richtung tätig sind. Deshalb wäre es falsch, das Bestehen jeglicher Pflicht auf seiten des Herrschenden dort zu leugnen, wo die juristische Theorie darüber schweigt. Sie würde erwachen, sobald der praktische Versuch einer pflichtlosen Verwirklichung

gemacht würde. Absolut unbeschränkte Gewalt, bis zu den Grenzen der logischen Möglichkeit durchgeführt, widerspricht der menschlichen Natur mit ihren relativen Werten, würde sehr bald zur Unvernunft, zur Wahnsinns Herrschaft führen und an sich selbst zum Scheitern kommen; es ist aber gerade das die idealste Aufgabe des Rechts, dass es solchen Ausschreitungen möglichst schon im voraus entgegentritt, jedenfalls dann sofort einspringt, wenn sich das Unzureichende aller anderen Pflichtgebote, der Religion und Moral, der Vernunft und Sitte, mit einiger Sicherheit erkennen lässt.

Im übrigen bleibt die Verteilung von Rechten und Pflichten aller Mannigfaltigkeit preisgegeben. Hier setzt auch die Verschiedenheit der einzelnen Völker ein. Die Stellung des Deutschen ist dabei eine ausgezeichnete. Denn nirgends ist so deutlich die Pflichtseite des Herrschaftsverhältnisses herausgekehrt worden wie in der germanischen Mund, vom Königsthron herab bis in den innersten Winkel des Hauswesens und der Familie. Natürlich spielt aber der Wechsel der Zeiten eine erhebliche Rolle. Bisweilen scheint die Pflichtseite ganz vergessen, wie im Zeitalter der Leibeigenschaft und der absoluten Monarchie, obwohl Deutschland selbst in diesen Zeitläuften neben August dem Starken einen Friedrich den Grossen gesehen hat. Aber es begegnen uns auch Bilder, wo umgekehrt die Rechtsseite eines Herrschaftsverhältnisses fast erlischt und nur die Pflichten überbleiben, wie das Zusammenbrechen schwächerer Landesherrn vor der Übermacht der Stände oder die Umwandlung mancher Kirchenpatronate aus einem Herrenrecht in drückende Geldbelastung.

Lebhaften Wechsel im Lauf der Jahrhunderte hat das ländliche Gesindewesen erfahren. Es war ein Herrschaftsverhältnis und ist es in gewissem Grade bis zum heutigen Tage geblieben. Aber weil ihm gar so viel von dem ursprünglichen Herrentum genommen und die Pflichten der Herrschaft gar so sehr gesteigert worden sind, geht die neueste Strömung dahin, den alten Charakter ganz der Vergangenheit anheimzugeben und den Gesindedienstvertrag in dem allgemeinen Arbeitsvertrag des bürgerlichen Rechts aufgehen zu lassen; seitdem sich Rechte und Pflichten gegenseitig die Wage halten, ist dieser Gedanke



möglich geworden. So stehen wir zurzeit an der letzten Stufe einer allmählichen Entwicklung. Ein Rückblick muss lohnend sein. Und da das treibende Moment in dem Wandelungsvorgange die Steigerung oder Abnahme der Herrenpflichten gewesen ist, so dürfte dieser Rückblick am besten das Wesen der Sache erfassen, wenn er sich auf die Beobachtung der Pflichten-  
seite beschränkt.

Dabei kann wegfallen, was mit den Sätzen des allgemeinen Dienstvertrages zusammenfällt, was also den Gesindeherrn als Partei eines obligatorischen Verhältnisses trifft, der Zwang zur Annahme der Dienste, zur Lohnzahlung, zur Vermeidung eines Verzuges und Ähnliches. Nur der Pflichtenkreis, welcher den Dienstnehmenden in seiner Rolle als Herrschaft belastet, bildet ein wahres Korrelat zu den Herrschaftsrechten. Sein Umfang kann mit der zusammenfassenden Bezeichnung der „Fürsorgepflicht des Gutsherrn“ umspannt werden. Im einzelnen birgt sich dahinter mancherlei. So kennen wir heute eine sogenannte Fürsorge-Erziehung, und in der Tat fällt auch unter den Begriff der Gesindefürsorge die Aufgabe der Erziehung, heute freilich fast ganz verloren gegangen, aber in einzelnen Zügen noch zu erkennen, z. B. in der Pflicht, die Leute zum Besuch des Gottesdienstes anzuhalten. In früherer Zeit hat dies eine weit grössere Rolle gespielt; insbesondere als Unterlage für das Züchtigungsrecht, das derart, trotz scheinbaren Widerspruch, mit in den Rahmen der Fürsorge gezogen werden kann. Neben dem geistigen Wohl steht das körperliche. Zwar nicht mit Notwendigkeit, wohl aber häufig liegt dem Gesindeherrn die Beköstigung ob, und da sie gewährt wird im Rahmen des häuslichen Verbandes, fällt sie nicht (oder nicht ausschliesslich) unter den Gesichtspunkt einer Verbindlichkeit aus obligatorischem Vertrage, sondern unter den einer Pflicht, welche die herrschaftliche Hausgewalt begleitet. Die Pflicht wird um ein beträchtliches gesteigert, wenn der körperliche Zustand des Dienstboten vom Normalen abweicht. Die grosse Frage nach der Krankheitspflege des Gesindes tut sich damit auf. Auch die Verteidigung gegen andere Gefahren kann der Fürsorgepflicht entspringen, mit den Waffen in der Hand zu den Zeiten des Raub- und Fehdewesens, im Zeitalter der Bureaukratie und

Prozessverschleppung mit Rat und Vertretung. Sind wir damit bereits zu der Fürsorge für die wirtschaftlichen Güter gelangt, so ist noch ein weiteres zu erwähnen, das zeitweise eine grosse Rolle gespielt hat, nämlich das wirtschaftliche Fortkommen des Gesindes. Auch hier setzt die Fürsorgepflicht des Gutsherrn ein, wenn es auch vorwiegend in negativer Richtung geschehen und nur die Behinderung etwaigen Aufschwungs des armen abhängigen Knechts verboten worden ist.

Von diesen verschiedenen Zielen der Gesindesorge tritt bald das eine, bald das andere mehr in den Vordergrund. Oft bildete eines allein den Gegenstand des Kampfes der Parteien, während die übrigen entweder ganz vergessen oder aber in einer Weise erreicht waren, die beide Teile bis auf weiteres befriedigte. Dann fehlen rechtliche Quellen, und auch unsere Aufmerksamkeit muss sich auf den einen Punkt beschränken, der damals Tagesfrage war und eben deshalb einer schriftlichen oder gedruckten Festlegung für wert gehalten wurde. Notwendigerweise wird daher das Bild, das im folgenden gezeichnet werden soll, an der Unvollständigkeit leiden, welche die meisten historischen Schilderungen begleitet.

## II.

Schon im bisherigen war von den zwei Elementen die Rede, durch deren Verbindung das Gesindewesen geschaffen wird, Herrschaftsverhältnis und obligatorischer Vertrag. Nur diese Mischung öffentlichrechtlicher Autorität mit privatrechtlicher Nebenordnung gibt unserm Institut den eigenartigen Charakter. So wie in heutiger Zeit das erste dieser Elemente ganz verloren zu gehen scheint, so fehlte in der ältesten Zeit des deutschen Rechts das zweite. Bei beiden Lagen kann vom Dasein eines Gesindestandes nicht die Rede sein<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. Hertz, Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes nach den deutschen Rechtsquellen des Mittelalters, Breslau 1879 (Gierkesche Untersuchung. VI) S. 4 f. — Zum folgenden kommt als Literatur ausser Hertz in Betracht Kollmann, Geschichte und Statistik des Gesindewesens in Deutschland, Jena 1868 (Hildebrands Jahrbücher 10 S. 237 ff.), Abschnitt 1. Grossmann, Über die gutsherrlich bäuerlichen Rechtsverhältnisse in der

Der Germane wirtschaftete, wenn wir von den Aufzeichnungen des Tacitus ausgehen, teils mit Hörigen, teils mit Weib und Kind; ein Dienstvertrag fehlte <sup>1)</sup>. Das Mittelalter setzt sogleich mit einer Spaltung ein. Es entwickelt sich der Gesindebegriff, aber, wie es scheint, von Anfang an für Stadt und Land verschieden. Die Stadt mit ihren neuen Wirtschaftsverhältnissen, dem beginnenden Gewerbe und der erwachenden Industrie braucht gesteigerte Arbeitskräfte. Sie gewinnt diese dem platten Lande ab, indem die Lage des Dienenden zu einer günstigeren gemacht oder doch als eine günstigere geschildert wird. Vor allem winkt die Freiheit, die ihren Zauber auf den Gebundenen noch nie verfehlt hat. Und auf dem Lande war alles gebunden, was sich in dienender Stellung befand. Daher der grosse Abgang an Arbeitskraft nach der Stadt und die Entstehung des freien Lohnvertrages <sup>2)</sup>. Allmählich litt darunter das Land, zumal auch hier mit der alten Haus- und Naturalwirtschaft langsam gebrochen wurde. Der Grundherr musste darauf bedacht sein, sich Arbeitskräfte zu sichern. Aus der Stadt kam niemand heraus, daher galt es allein, die Landleute festzuhalten und auszunützen <sup>3)</sup>. Dies geschah einmal durch Steigerung der Dienste, mit denen die Hörigen belastet waren; weil lediglich öffentlichrechtlicher Natur scheidet dieser Vorgang für uns aus. In zweiter Linie aber fiel der Blick auf die heranwachsende Jugend, auf die Untertanenkinder. Dort war eine starke Arbeitskraft zu finden. Um sie zu fesseln, entschliesst sich der Grundherr zu bescheidener Lohnzahlung

---

Mark Brandenburg vom 16.—18. Jahrhundert, Leipzig 1890 (Schmollersche Forschungen IX 4). Wuttke, Gesindeordnungen und Gesindezwangsdienst in Sachsen bis z. J. 1835, Leipzig 1893 (Schmollersche Forschungen XII 4), I. Kap. Kähler, Gesindewesen und Gesinderecht in Deutschland, Jena 1896 (Sammlung des staatswiss. Seminars zu Halle, Bd. XI) Abschnitt I 1. G. F. Knapp, Die Bauernbefreiung und der Ursprung der Landarbeiter in den älteren Teilen Preussens, 2 Bände, 1887, namentlich §§ 1—4.

<sup>1)</sup> Tacitus, *Germania*, cap. 25.

<sup>2)</sup> Beisp. f. Brandenb. Rechtsbrief der Markgrafen Joh. I. u. Otto III. vom 23. Juli 1256 § 2: „Item si servus et ancilla intraverint civitatem Prizswalch, et manserint in ipsa per diem et annum, propter gratiam plenam in ea obtinent libertatem (Gengler, *Dt. Stadtrechte d. Mitt.*, 1852 S. 363).

<sup>3)</sup> Dazu kommt in den jüngsten Gebieten die Kolonisation.

und schafft im gleichen Augenblick „Gesinde“<sup>1)</sup>. Nunmehr ist eine Ähnlichkeit mit den in der Stadt Dienenden erreicht; sie wird gesteigert dadurch, dass auch die letzteren sich der herrschaftlichen Hausgewalt unterwerfen müssen. In der Tat werden denn auch beide Gruppen, die landwirtschaftlichen Knechte und Mägde wie die städtischen Hausdienstboten und Gewerbegehilfen bald unter dem gemeinsamen Namen des Gesindes begriffen<sup>2)</sup>. Aber der Ausgangspunkt war doch ein verschiedener, in der Stadt die Freiheit, auf dem Lande die Abhängigkeit. War auch durch eine Schwächung des Grundgedankens von beiden Seiten her eine Annäherung ermöglicht, so musste doch wieder ein Abrücken voneinander erfolgen, sobald die Bestrebungen nach Rückkehr zu dem eigentlichen Ausgangspunkt von Erfolg begleitet waren. Wie wir sehen werden, ist dies, allerdings verhältnismässig spät, eingetreten.

Dagegen können für das Mittelalter selbst die Rechtsverhältnisse des Gesindes ohne Artenbildung betrachtet werden. Denn unsere Kenntnisse sind ohnedies nur sehr beschränkte, die eine eingehendere Spezialisierung nicht erlauben. Aus dem gleichen Grunde muss eine Sonderdarstellung für die Stammlande unseres engeren Vaterlandes, für die Mark unter Askaniern, Wittelsbachern, Luxemburgern und den ersten Hohenzollern unterbleiben. Die Rechtslage in Ansehung der Fürsorgepflicht des Gesindeherrn lässt sich nur für grössere Gebiete auf einmal betrachten, indem die erhaltenen Bruchstücke aus kleineren Gebieten zusammengetragen werden.

Wir gewinnen dabei folgendes Gesamtbild. Die Lage des Gesindes war eine verhältnismässig günstige. Reichliche Nahrung und billige Behandlung konnten verlangt werden, denn das Gegenteil gibt ein Recht zum Verlassen des Dienstes<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. Grimm, Dt. Rechtsaltertümer, 4. Ausg. I S. 494 (1. Ausg. S. 357). Kähler S. 3.

<sup>2)</sup> Kähler S. 1.

<sup>3)</sup> Belege bei Hertz S. 71. Auch darf die Herrschaft die Leute nicht willkürlich fortjagen. Beisp. für Preussen: Preussische Landeswillkür v. 1420 (Toeppen, Akten der Ständetage Preussens unter d. Herrsch. d. dt. Ord. I, 1878 Seite 352) § 28: „Und die hirschafft sal ouch redeliche sachen [Ursachen] haben, worumb sy knecht adir mayt bynnen yren myttagen von yn scheiden wellen“.

Schutz in Gefahr, Hilfe im Unglück sind Pflichten, die ebenfalls dem damaligen patriarchalischen Mundium entsprangen<sup>1)</sup>. Insbesondere darf der Knecht auf eine bescheidene Krankenpflege rechnen. Manches unserer modernen Theorie hat hier schon seine Keime. So wird der Unfall, der im Dienste selbst erfolgt, anders behandelt wie der ausserdienstliche. Bei ersterem ist der Verletzte im Dienste zu behalten und ihm der volle Lohn weiter zu entrichten, bei letzterem darf er zwar auch nicht sofort auf die Strasse gestossen werden, wohl aber nach Ablauf einer verhältnismässig kurzen Schutzfrist. Nur ausnahmsweise sind dem Herrn noch neben dem Lohne die Kurkosten auferlegt; auch hier ist ein Sonderfall herausgehoben, der uns des modernen Rechts gedenken lässt, nämlich die gesteigerte Haftung für Tierschaden. Umgekehrt bringt ein anderer Spezialfall ganz ähnlich wie im geltenden Gesinderecht dem Dienenden eine ungünstigere Lage; ansteckende Krankheit spielt eine eigene Rolle als Entlassungsgrund für die Herrschaft<sup>2)</sup>. Sogar für die Verteilung der Fürsorge zwischen Herrschaft und Verwandte des verunglückten Gesindes zeitigt diese Periode einen Vorläufer: nach einem Stadtrecht des 13. Jahrhunderts ist der Herr zur Übernahme eines Prozesses des Erkrankten nur dann verpflichtet, wenn Angehörige fehlen<sup>3)</sup>.

Die Persönlichkeit wird auch im Dienstboten geachtet, die Heirat ist frei und löst sofort den Kontrakt, der Herr darf also dem Lebensglück des Untergebenen nicht in den Weg treten. Vertragsbruch ohne solchen Grund scheint ebenfalls nur milde gestraft worden zu sein<sup>4)</sup>. Kurzum, es lässt sich

<sup>1)</sup> Vgl. Schmoller, Grundriss der allg. Volkswirtschaftslehre, Bd. I, 1900, S. 293. — Bürgschaft des Herrn für seinen Knecht scheint nicht selten gewesen zu sein. Vgl. Stadtrechtbuch v. Salzwedel § 70 (Gengler S. 405).

<sup>2)</sup> Hertz S. 59 ff., 66. Kollmann S. 242. Mölling, Versuch einer syst. Darstell. des holsteinisch-dt. Gesinderechts, Oldenburg 1832 S. 256 ff., 284 ff. Für die Mark vgl. Rechtsbrief für Pritzwalk v. 1256 § 12 (Gengler S. 364; dass. bei Riedel, Cod. dipl. Brandb. I 3 S. 343): „Si servius pro precio in servicio domini sui perdit vitam suam, dominus non tenetur, nisi ut persolvat precium ipsum“.

<sup>3)</sup> Hertz S. 40.

<sup>4)</sup> Für die Mark: Berlinisches Stadtbuch vom Ausgang des 14. Jahrh. (ed. Fidicin, Berlin 1837 S. 101): „Welk knecht aver elich vif nemmet, dy

recht wohl denken, dass dem gut gestellten Gesinde bald das Begehren nach noch Besserem ankam und insbesondere der Lohn stark in die Höhe getrieben wurde. Und so setzen denn schon in dieser Periode die Bestrebungen der Herrschaft ein, durch feste Taxen den Lohn in gemässigten Grenzen zu halten. Noch geht dabei der Adel und der Bauer Hand in Hand. Bald aber sollte der letztere so tief heruntergedrückt werden, dass der Adel allein darauf ausging, eine wohldurchdachte Gesindepolitik zu treiben mit dem Endziel einer möglichsten Beseitigung aller Fürsorgepflichten<sup>1)</sup>.

Von diesem Augenblicke an lassen sich auch die deutschen Staaten nach der Verschiedenheit dieser Entwicklung in Gruppen gliedern. In den östlichen Gebieten wusste der Adel seine Herrschsucht weit besser zu befriedigen als in den Ländern westlich von der Elbe<sup>2)</sup>. Selbst innerhalb der Kurmark Brandenburg ist diese Bedeutung der Elblinie zu erkennen, das links gelegene Territorium verschliesst sich weit länger der gutsherrlichen Reaktion. Da aber dieser Widerstand doch schliesslich gefallen und der ganze preussische Staat einer einheitlichen Regelung unterworfen worden ist, wird das folgende Bild nicht mehr ein allgemein deutsches sein, sondern die besondere Entwicklung Brandenburg-Preussens zur Darstellung bringen.

---

mît wol ut synes heren dinste komen und beholt also vele lones, also em geboret wente an di tyd<sup>4</sup>. Für Vertragsbruch wird hier nur Geldbusse auferlegt, ebenso im Stadtrechtbuch von Salzwedel § 71 (Gengler S. 406). Wörtlich übereinstimmend auch Statuten von Goslar (Göschel, Die Goslarischen Statuten, 1840 S. 91).

<sup>1)</sup> Vgl. für die Mark: Gravamina, eingebracht auf dem Herrentage den 2. Aug. 1484 (Riedel, Cod. dipl. Brand. III 3 1860 S. 303): „Item not wer ess, das man ein gesatzt lon hat, den Ackerknechten Im land, dy so gross lon haben wollen und fordern, des der gemein Adell und Bawrn darüber dy leng verderben müssen“. — In Sachsen taucht die Lohntaxe zum ersten Male 1466 auf; vgl. Wuttke S. 9. — Im übrigen s. Grossmann S. 12, Hertz S. 7.

<sup>2)</sup> Schmoller a. a. O. II (1904) S. 524 f.

## III.

Die Periode vom Ausgang des Mittelalters bis in die zweite Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts hinein steht unter dem Zeichen ansteigender Unterdrückung des Bauernstandes und Hand in Hand damit einer mehr und mehr verschlechterten Stellung des Gesindes. Die Entwicklung ist im Ergebnis eine allgemeine, welche die einzelnen Landesteile in gleicher Weise trifft. Solange aber die Verwaltung noch keine Zentralisation gefunden hat, streben die einzelnen Marken und Kreise in verschiedener Weise dem Ziele zu. Drei grössere Komplexe heben sich dabei heraus. Das Land links von der Elbe, in der Hauptsache nur die Altmark, unter dem grossen Kurfürsten tritt Magdeburg hinzu. Das Land zwischen Elbe und Oder: Mittelmark, Priegnitz und Uckermark, Beeskow und Storkow. Das Land rechts von der Oder: Neumark, Sternberg, später Hinterpommern und Kammin sowie die preussischen Gebiete<sup>1)</sup>.

Allen diesen Teilen gemeinsam sind die Grundelemente, aus denen sich die Geschichte der Gesindefürsorge aufbaut, gemeinsam insbesondere die ausserordentliche Arbeiternot. Zu der Beschlagnahme einer immer wachsenden Menge von Arbeitskraft seitens der Städte tritt der fürchterliche Sturz der allgemeinen Bevölkerungsziffer im Laufe des dreissigjährigen Krieges. Bis ins 18. Jahrhundert hinein klingt aus den Gesindeordnungen der brandenburgischen Lande die Klage über das, was jene „kriegerischen Zeitläufte“ verschuldet haben. Man sollte nun meinen, dass die Gutsherrn untereinander in Konkurrenz getreten, dass dem schwer zu beschaffenden Gesinde in gegenseitigem Überbieten eine treffliche Fürsorge von allen Seiten dargebracht worden wäre. Nur sehr beschränkt trifft das zu. Noch heute sehen wir, wie allorts Klagen über die Schwierigkeit der Dienstbotenmiete erhoben werden, aber der Versuch, dieser Schwierigkeiten Herr zu werden, zeigt sich zumeist nur im Emporschnellen der Löhne; über den Geldpunkt hinaus

<sup>1)</sup> „Neumark“ ist in dem späteren Sinne gebraucht. Bis zur Mitte des 15. Jahrh. führt die spätere Mittelmark diesen Namen. Vgl. Bornhak, Preuss. Staats- und Rechtsgeschichte, Berlin 1903 S. 17.

wird nichts Rechtes geschaffen. Damals war es eher schlimmer. Denn wenn man ursprünglich wenigstens noch zur Lohnsteigerung bereit war, so wird doch bald auch dieses einzige gangbare Mittel der Konkurrenz unbrauchbar. Es bürgert sich nämlich das Lohnsteuerwesen, das während des Mittelalters nur in schüchternen Ansätzen zu finden war (vgl. Note 1 S. 174), jetzt ganz und gar ein und wird zum ständigen Bestandteil aller Gesindeordnungen<sup>1)</sup>. Man wollte nicht das Gesinde den Nutzen aus der Leutenot ziehen lassen und glaubte auf anderem Wege und ohne gegenseitige Beeinträchtigung zum Ziele zu kommen: durch Zwang zum Dienen.

Solcher Zwang konnte natürlich kein allgemeiner sein, sondern durfte sich nur gegen bestimmte Arten von Personen richten. Einmal sind es die Bauern, die mehr und mehr aus ihrer Nebenordnung neben dem Rittergutsbesitzer und der beiden gemeinsamen Rolle des Arbeitsherrn über Knechte und Mägde verschwinden. Der Bauer selbst gerät in stärkste Abhängigkeit, und wenn er Gesinde hält, so geschieht es oft genug nur, weil er dem adligen Hofe so sehr dienstpflichtig geworden ist, dass er die eigene bescheidene Wirtschaft allein nicht zu bewältigen vermag<sup>2)</sup>. Wenn daher vereinzelt noch bei der Gesetzgebung auch auf den Bauern als Gesindeherrn Rücksicht genommen, seine Gefährdung als Grund für die Härte gegen Knecht und Magd bezeichnet wird, so müssen wir wohl

---

<sup>1)</sup> Dabei werden die verschiedensten Umgehungsversuche gemacht, um unter Einhaltung des gesetzlichen Lohnmaximum doch das stellensuchende Gesinde anzulocken. Gegen alle diese Versuche schreitet sofort die Gesetzgebung ein. So gegen die grossen Neujahrs-, Weihnachts- oder Jahrmarktsgeschenke; Ordn. v. 1651 Tit. VI § 21; von 1718 § 20; erst 1746 tritt die heute noch geltende Regel ein: Geschenke sind gestattet, aber eine rechtliche Verbindlichkeit, sie zu geben, kann nicht begründet werden (Tit. VI § 6). Vgl. Myl. V, III Sp. 127, 266; Cont. III Sp. 53). — So gegen das Austun eines Stückchens Ackerland neben dem Lohn; Erlass v. 1573 (eod. V, III Sp. 8). — Oder gegen das Aussäen von Korn, dessen Frucht der Knecht für seine Rechnung verkaufen darf; Verordnung v. 1698 (eod. Sp. 225) und in den meisten Gesindeordnungen.

<sup>2)</sup> Die Fronen der Bauern dürften dem Gutsherrn in der Tat die meiste Arbeitskraft geliefert haben, das Gesinde weit weniger. Vgl. Grossmann S. 39; Knapp S. 20 oben.



dahinter nichts weiter erblicken, als ein Vorschieben dieses Grundes seitens der Ritterschaft<sup>2)</sup>).

Der Ritterschaft war aber mit gesteigerter Unfreiheit des Bauern noch nicht Genüge getan. Sie suchte auch den Abschluss von Dienstverträgen seitens solcher Personen zu erzwingen, die sie nicht gerade zu ihren unmittelbaren „Untertanen“ machen konnte. So wird ein allgemeines Gebot durchgesetzt, dass jeder Müssiggänger aufgegriffen und zum Gesindedienst gezwungen werden könne; dergleichen bedeutet im Zeitalter des fahrenden Volks immerhin viel, und es erhält sich diese Vorschrift auch von einer Gesindeordnung zur anderen<sup>3)</sup>. Dadurch, dass diese Leute einen Lohn erhielten, unterschieden sie sich von den hörigen Bauern, ganz ebenso wie sich im Mittelalter schon die Arbeit der Untertanenkinder von der der Untertanen selber abhob. Wir sahen, dass gerade dadurch erst „Gesinde“ entstand.

Auch jetzt bleibt es dabei, dass Untertanenkinder Lohn empfangen, und zwar ist diese Gesindekategorie so sehr gewachsen, dass sie fast als die alleinige Trägerin des Begriffs erscheint. Von einem völlig freien Gesinde, das schon von freien Eltern abstammt, erfahren wir so gut wie nichts, wenigstens nicht, soweit die landwirtschaftliche Arbeit in Frage kommt. Diese junge Arbeitskraft nun trotz grundsätzlicher Ungebundenheit an den Gutshof zu ketten, das ist die Frage,

<sup>2)</sup> Vgl. die Hirten- und Schäffer-Ordnung v. 1620; Mylius V, III Nr. V. Im Eingang heisst es, dass der „Acker- und Pawersmann gantz ruinirt würde und zu boden gienge“, wenn man das Gesinde nicht besser im Zaume halte. Aber gerade die Kinder der „Pawern“ sind der Hauptstamm des Gesindes, das der Junker auf seinen Hof zwingt, und ihrer Bindung ist ein gut Teil des Inhalts jener Ordnung gewidmet. Darüber im folgenden Text. — Allerdings ist der Typus des freien Bauern nie ganz verschwunden, hat sich besonders in der Form des Lehnschulzen erhalten, aber numerisch tritt er stark in den Hintergrund. Insbesondere erfolgt die Neubesetzung wüster Bauernstellen, deren es nach dem 30 jährigen Kriege zu tausenden gab, nie zu voller Freiheit, sondern immer in mehr oder minder starker Abhängigkeit.

<sup>3)</sup> Noch 1835 wurde für das Grossherzogtum Posen beantragt: „das dienstlos sich herumtreibende Gesinde durch Korrektionsmittel zur ferneren Vermietung anzuhalten“. Der Antrag wurde abgelehnt. Vgl. Kameralistische Zeitung f. d. Kgl. Preuss. Staat, red. Rauer, 3. Jahrg. (1837) Spalte 402.

welche jetzt allein im Vordergrunde steht. Es wird schwer um sie gekämpft, sie verschlingt die erwachenden Gedanken einer Fürsorgepflicht im ersten Keim und steht nur in negativer Richtung mit dieser im Zusammenhange: Das Gesinde ringt um sein wirtschaftliches Vorwärtskommen; die Ritterschaft setzt die Gesetzgebung immer erneut, immer energischer in Bewegung, um nicht nur jede Sorgepflicht von sich fernzuhalten, sondern sogar dem Gesinde den Weg zu verschliessen, auf dem es für sich selber sorgen könnte.

In diesem Kampfe kann der Adel meistens auf die Hilfe des Staates pochen. Denn gerade jetzt kommt der brandenburgische Landesherr allmählich in finanzielle Abhängigkeit von den Ständen. Es ist ein bekanntes Bild, wie kein grösserer Landtag vorübergeht, ohne eine Bitte um Geldbewilligung und ohne „gravamina“, für deren Beseitigung man die „bede“ zu erfüllen bereit ist. Unter den Beschwerdepunkten erscheint fast immer, mitunter an wichtigster Stelle, die schlechte Gesindeverfassung, der durch strengste Massregeln abzuhelpfen sei. Zu dieser aufgedrungenen Erwägung traten beim Träger des Kurhuts eigene landwirtschaftliche Interessen. Der Staat ist selber Grundherr und Gesindeherr, der neben dem adligen Rittergutsbesitzer steht und dessen Mängel und Nöte gleichmässig an der eigenen Kasse verspürt. — Nicht ohne jede Macht steht dem das Gesinde gegenüber. Modernste Waffen des wirtschaftlichen Kampfes, Koalition und Terrorismus gegen allzu unterwürfige Gefährten, lesen wir schon aus dem Gesindewesen des 17. und 18. Jahrhunderts heraus; freilich auch hier zeigt sich bereits, wie der Staat den Entschluss fassen kann, diese Waffen dem Kämpfer durch gesetzliches Verbot zu nehmen: „Fernerer verbieten Wir auch allen Hirten unnd Schäffern, alle verbündnisse, vergadderungen, verknüpfung und jnung, deren sie sich an eins theils orten, ganz frevelhaffter, bosshaffter, unnd hochstraffbahrer weisen, unterwunden“; damit rückt der Staat um ein weiteres von den Ideen der Gesindefürsorge ab<sup>1)</sup>. Andererseits findet das Gesinde einen

<sup>1)</sup> Vgl. Gesinde-, Hirten- und Schäffer-Ordnung v. 1620 (Myl. V, Abt. III Sp. 17). Ebenda (Sp. 17 u. 18): „Auch haben sie die nicht leyden wollen, die sich umb geringern Lohn mieten lassen. . . . Ja sie seynd auch weiter zu-

Bundesgenossen in den Städten. Zwar sind wir darüber für die Mark Brandenburg nicht so genau unterrichtet wie für einige ihrer Nachbarländer, aber es steht der Vermutung nichts im Wege, dass auch die brandenburgischen Städte im eigenen Interesse den Schutz der ihnen zugezogenen Arbeitskräfte gegenüber dem Rückforderungsrecht der adligen Grundherrn in die Hand genommen haben werden <sup>1)</sup>.

Der Kampf der beiden Interessengruppen spielt sich im ganzen ohne Waffengewalt ab. Die Stürme des Bauernkrieges erreichen zwar Sachsen noch, in Brandenburg dagegen blieb alles ruhig <sup>2)</sup>. Eine verhältnismässig geringe Rolle hat auch das römische Recht dabei gehabt. 1645 zeigen sich seine Spuren zum ersten Male in einer Gesindeordnung, lateinische Termini sind in den älteren Text hineingeflickt, aber der innere Gehalt bleibt unberührt. Auch die Gelehrtenwelt und die

---

gefahren, und da es nicht überall nach ihren Köpfen gegangen, sondern solche zu Schäffern oder Hirten angenommen, die ihnen nicht gefellig, haben sie alsobalden Vehdebriefe an die Dörffer und orte, in welchen diejenigen, so ihnen missfellig gewesen, sich aufgehalten und gedienet haben, abgehen lassen, auch Brandzeichen gestackt. An einsteils orten, seind auch diejenigen, so in ihrem bösen Rhat und ubele meinung nicht willigen wollen, eben dadurch aufgetrieben, und gantz verjagt worden“. Ebenso, zum Teil wörtlich, Ordnung von 1645 §§ 15, 17, 18 (eod. Sp. 63, 64). Noch 1718 wird, sogar für das Gesinde der Hauptstadt, jede Versammlung verboten, in der über das Verhalten während des Dienstes und ähnliches beraten werden soll. Die Polizeiorgane sind angewiesen, „nach solchen Versammlungs-Orthen sich fleissig zu erkundigen und dergleichen versammeltes Gesinde durch die Stadt-Diener aufheben und zur Haft bringen zu lassen“; Strafe: Gefängnis bei Wasser und Brot oder etliche Wochen Arbeitshaus (§ 3 der Ordnung v. 1718, eod. Sp. 261 f.). Ganz ähnlich Ordnung von 1746 Tit. VIII § 1 und Tit. II § 10 Nr. 7 (Mylius, Contin. III Sp. 48, 56).

<sup>1)</sup> Für Sachsen lebendige Schilderung durch Wuttke S. 47, 90, 99, 115 ff. Auch die Juristenfakultäten der beiden kursächsischen Universitäten treten für das Gesinde auf den Kampfplatz; ebd. S. 120. — Für die Oberlausitz vgl. „Der Oberlausizischen VI Städte Budissin, Görlitz, Zittau, Lauban, Camenz und Löbau wieder den Land-Stand dieses Marggrafthums bei dem Könige Ferdinand I. (1556—1564. Der Verf.) anzubringen aufgesetzte Beschwerden“ Punkt 6 (Abdruck bei Weinart, Rechte und Gewohnheiten der beyden Marggrafthümer Ober- und Niederlausitz, Leipzig 1793 I S. 194).

<sup>2)</sup> Vgl. Knapp S. 45<sup>1)</sup>; Grossmann S. 17; Wuttke S. 16.

Judikatur vermeidet im allgemeinen eine Übertragung römischer Begriffe. Wirklichen Anklang scheint es nur gefunden zu haben, als ein „ius protimiseos“ dasjenige Mittel zu bezeichnen, das zur Hauptwaffe der Grundherrschaft und zur grössten Last für die Untertanenkinder wurde: der „Gesindezwangsdienst“ im eigentlichen Sinne <sup>1)</sup>).

Dieser schneidet ihnen jede freiere Eigenentwicklung ganz oder auf längere Zeit hinaus ab. Sein Wesen besteht darin, dass die herangewachsenen Burschen und Mädchen ihre Dienste an erster Stelle dem Junker anbieten müssen, er hat ein Vorkaufsrecht, das in der Tat dem Vorkauf nahe kommt, wenn auch richtiger „Vormiete“ genannt. Es wird allmählich zu einem durchgebildeten Rechtsinstitut, der Vormietberechtigte bekommt eine Frist, binnen deren er sich erklären muss, die Frage der Abtretbarkeit des Rechts taucht auf, Ausnahmen und Unterausnahmen im Gewande von Exzeptionen werden angegliedert, die Wirkung der einzelnen Regeln durch Strafe gesichert.

Die erste Spur finden wir 1518. Es heisst im Landtagschluss von diesem Jahre: „Es sol kein dinstbotte von knechten oder meyden sich vormyten unnd zu dinst ergeben, sie haben sich dann denlhennen darunter sie gesessen unnd geboren sein, zuvor zu dinst angeboten unnd wan sie sich also angebotten haben, sol Inen nach zweien oder dreien tagen frey sein, sich an ander ortter zu dinst zu ergebenn“ <sup>2)</sup>. Ob diese

<sup>1)</sup> Den geringen Einfluss des rezipierten Rechts auf die brandenburgischen Gesindeverhältnisse hat Grossmann S. 19 ff., 43 ff., 82 nachgewiesen. Zustimmend Fuchs in ZRG(G) 12 (1891) S. 26 ff. Grossmann zeigt auch, dass das Kammergericht keineswegs den Adel begünstigte, S. 22 ff. — Vgl. ferner Wuttke S. 90, 100<sup>4</sup>; J. L. Dorn, Versuch einer Abhandlung des Gesinderechts, Erlangen 1794 S. 111.

<sup>2)</sup> Vgl. Raumer, Cod. dipl. Br. cont. II Nr. 16. — Für Deutschland im allgemeinen s. schon Grimm, Dt. Rechtsaltertümer, 4. Ausg. (1899) I S. 494 (1. Ausg. S. 357). — In Bayern wird die Einführung des Gesindezwangsdienstes von der Regierung sehr erschwert; vgl. Schmoller II S. 525. In Sachsen geht umgekehrt die Regierung in den staatlichen Dominialgütern mit der Aufnahme des Instituts 1568 voran, der Ritterschaft lässt sie die gleiche Begünstigung erst 1651 zukommen; vgl. Wuttke S. 40 ff., 68 ff. In Schlesien ist der Gesindezwangsdienst jedenfalls 1623 schon ein eingebürgertes Rechtsverhältnis; vgl. Gesinde-Ordn. Georg Rudolphs, Hertzog

Massregel schärfer oder milder gehandhabt worden ist, ob bei grösseren Gütern in unruhiger Zeit eine Kontrolle möglich war, lässt sich nicht im einzelnen verfolgen. Wahrscheinlich ist aber, dass die Durchführung bald auf Schwierigkeiten stiess und daher strengere Ordnung nötig schien. Denn bereits 16 Jahre später wird die Bindung der Untertanen Kinder dadurch verschärft, dass der Junker sein Vorrecht weitergeben kann: „Wo aber die Herrschaft der nicht bedurffe, als den mag er die nach seinen Gefallen bey andern in Dienste bringen“. Das sieht allerdings schon fast wie eine Übertragung der Hörigkeit auch auf die Kinder aus<sup>1)</sup>. Dazu wird noch im Laufe dieses Jahrhunderts die Kontrolle verschärft, die Aufnahme entlaufener Dienstpflichtiger wird bestraft und dem Berechtigten die Befugnis zur Verfolgung und Nachsuche auch in fremdem Territorium eingeräumt<sup>2)</sup>.

Genauer unterrichtet sind wir erst vom 17. Jahrhundert ab. Jetzt ist die Gesindefrage bereits derart zugespitzt, dass sie nicht mehr als einer von vielen Punkten in Landtagsabschieden untergebracht, sondern in eigenen Gesetzen geregelt wird, die sich in rascher Folge wiederholen oder ablösen. Dabei zeigen die in den Jahren des 30jährigen Krieges ergangenen in auffallender Weise die Tendenz, dem Gesinde durch Milderung des Zwangsdienstes entgegenzukommen. Viel Freiwilligkeit wird nicht dabei gewesen sein. Die Werbetrommel lockte und der bunte Rock verbarg oder schützte den Entlaufenen; der Magd aber gewährte das Marketenderzelt sicheren Unterschlupf. Die Keckheit gerade des Niedrigsten wuchs, so dass keine Gesindeordnung erlassen wird, die nicht von dem „muthwillen, frevel, halstarrigkeit, ungehorsam und bossheit“

in Schlesien, zur Liegnitz, Brieg und Goldberg, v. 1623; Erneuerungen 1652, 1653. In Pommern mindestens 1616 gesetzliche Regelung; vgl. darüber unten Anm. 3 zu S. 185.

<sup>1)</sup> Landtagsrezess von 1534 (Myl. VI Abt. 1 Nr. 16 Sp. 29). Wörtlich ebenso in den Landtagsrezessen 1536, 1538, 1572, 1602, 1611 (eod. 36, 49, 112, 164, 219). — Für die benachbarte Lausitz wurde das gleiche 1539 durch Kaiser Ferdinands I. Konfirmation über 5 Art. einer Landesordnung usw. gleichmässig für Untertanen und Untertanen Kinder bestimmt (Weinart a. a. O. I S. 79).

<sup>2)</sup> Vgl. Edikt v. 1575 (Myl. V Abt. III Sp. 10).

des Knechtvolkes ihren Ausgang nimmt. Wenn man die jungen Leute nur ein paar Jahre halten konnte, war man des bereits zufrieden, und so wird denn der Zwangsdienst in der Hirten- und Schäfferordnung von 1620 zunächst für das Gebiet rechts von der Elbe, 15 Jahre später auch für die konservativere Altmark und 1644 zusammenfassend für das ganze Staatsgebiet auf drei Jahre beschränkt<sup>1)</sup>.

Wichtiger fast als diese Neueröffnung des Weges zu allmählicher wirtschaftlicher Unabhängigkeit ist für das Thema der Gesindefürsorge ein langsames Einsetzen sozialer Fürsorge während der Dienstzeit: „Es soll auch ein jeder Junker diesen, ob die gleich seiner Unterthanen Kinder, so lange sie bey jhnen in Diensten seyn, mit nottürfftigem Essen und Trinken, auch billigen Lohn versehen, Wie auch sonst es also halten, dass es erleidlich und erträglich, und wann sie jhm getrewlich drey Jahr über gedienet haben, Soll er jhnen, nachdem sich Gelegenheit hierzu erweist, allen guten willen und förderung hinwieder bezeigen, damit um so viel bass [besser] guter will und einigkeit zwischen Junckern und Unterthanen, nicht allein erhalten, sondern auch vermehret werde. Denn wo einigkeit ist, da ist auch Gottes Segen“ [gekürzt]. Das kann ebenfalls als ein Fortschritt gelten, dass dem Gesinde eine geordnete Beschwerde gegen den Junker gegeben wird: „Fiele aber zwischen einem Dienstboten unnd seinem Herren einige zwietracht, uneinigkeit und missverständnüß ein: bleibet dem Dienstboten unbenommen, es vor die Obrigkeit jedes ortes zu bringen. Es sollen auch Herr und Knecht, an dem bescheide, den jhnen die Obrigkeit gibt, begnüget unnd ersettiget sein. Und sich demselbten in allem gemeesse verhalten“.

<sup>1)</sup> Vgl. bei Mylius V Abt. III die Nummern 5, 9 und 11. Wie wenig sich allerdings ein Gesetz damals Geltung verschaffen konnte, zeigt das Edikt von 1641 (eod. 10). Die brandenburgische Regelung dient Kursachsen zum Vorbild. Sie wird auf ausdrückliche Anweisung des sächsischen Kurfürsten dessen Gesindeordnung von 1651 zugrunde gelegt, allerdings unter Herabsetzung des Zwanges auf nur 2 Jahre. Vgl. Wuttke S. 77 ff. — Beispiele aus anderen Staaten bei Bergius, Polizey- und Cameral-Magazin, Frankfurt a. M. 1768 II S. 192 § 8, und Dorn, Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts, Erlangen 1794 S. 110, bei denen beiden aber die Darstellung betr. Brandenburg ganz unzureichend ist.

Im Jahre 1645 erreicht dann in einer neuen, für die ganze Kurmark ergehenden „Pawer-, Gesinde-, Hirten- und Schäffer-Ordnung“ der Fortschritt für lange Zeit seinen höchsten Punkt. Es wird auf das Vorwärtskommen der jungen Leute weit mehr Rücksicht genommen, das Gesetz steht unter dem Zeichen der Freizügigkeit und freien Berufswahl. Denn jedwedes andere „vitae genus honestum“ kann der Heranwachsende wählen, kann insbesondere sofort sich städtischem Gewerbe oder Handelsgeschäften zuwenden, um durch diese Tatsache allein schon den Zwangsdienst für seine Person zu beseitigen. Nur wer als Lohnarbeiter in der Landwirtschaft bleiben will, hat an erster Stelle der Herrschaft die Vorzugsjahre abzudienen, aber auch in diesem Falle muss das Recht des Gutsherrn auf der Kinder Dienste vor dem etwaigen Eigenbedarf der Eltern zurückweichen, ganz ähnlich wie noch heute das Privileg des Vorkaufsberechtigten stille steht vor gewissen Vorgängen, die sich im Kreise der engsten Familie abspielen<sup>1)</sup>. Der soziale Gedanke zeigt sich des weiteren in der Möglichkeit, das schon begonnene Dienstverhältnis zu lösen, wenn an einem anderen Ort dem Dienenden bessere wirtschaftliche Aussichten winken: „Wo sich dann auch ein Knecht oder Magdt in zeit des vermieteten Dienstes würde vorehelichen, oder sonst Ihre Condition durch ehrliche und zulässige Mittel zu verbessern wissen, sollen Sie von jhrem Herren, zu Verhinderung Ihres zeitlichen Glücks, wann sie ein Jahr aussgedienet, oder im Jahre in Ihre Stelle einen tüchtigen Dienstboten geschafft, darüber weiter zu dienen nicht gezwungen werden“ [gekürzt]. Die Form der Lösung enthält dabei die Keime des Instituts der Kündigung mit festgesetztem Endpunkt, sowie etwa heute der Pächter eines Grundstücks seine Kündigung im Zweifel nur immer für den Schluss eines Pachtjahres aussprechen darf<sup>2)</sup>. Schliesslich gelangt auch die Erklärungsfrist für die Herrschaft, von der die Landtagsrezesse der letzten hundert Jahre im Gegensatz zu dem Schluss von 1518 geschwiegen hatten, wieder zur Anerkennung; ähnlich dem modernen Vorkaufsrecht, das

<sup>1)</sup> § 511 BGB.

<sup>2)</sup> § 595 BGB.

bei beweglichen Sachen nur „bis zum Ablauf einer Woche nach dem Empfange der Mitteilung“ ausgeübt werden kann<sup>1)</sup>, ist der Dienstherr nach der 2<sup>1</sup>/<sub>2</sub> Jahrhunderte früher ergangenen Gesindeordnung gehalten, auf das Erbieten zum Dienste seine Befugnis binnen 8 (oder 14) Tagen geltend zu machen; Schweigen bringt hier wie dort das Recht zum Erlöschen, und es ist für einen fremden Käufer oder Dienstherrn Raum gegeben<sup>2)</sup>.

So schien mit dem Ausgang des grossen Krieges der Gedanke einer Fürsorge für das Gesinde in der Weise sich niederzuschlagen zu wollen, dass die Herrschaft doch wenigstens genötigt wird, auch mit dem Dasein von Wünschen, Hoffnungen und Interessen auf seiten der Leute zu rechnen.

#### IV.

Aber es folgt eine starke Reaktion. Sie fliegt über alle deutschen Lande. Der benachbarte sächsische Kurfürst wendet sich in einem Rundschreiben an die anderen Landesherren und schlägt gemeinsames Einschreiten gegen die Missstände im Gesindewesen vor. Der Reichsabschied von Regensburg im Jahre 1654 spricht sich in ähnlichem Sinne aus<sup>3)</sup>. Eine Rückwirkung auch in Brandenburg war unvermeidlich, trotzdem gerade in dieser Zeit ein Herrscher den Kurhut trug, der seit langem wieder ständischen Übertreibungen energisch entgegenzutreten wagte.

Die neumärkische Ritterschaft unternimmt den ersten Vorstoss gegen das bisherige Reformprogramm. Als die kurmärkische Gesindeordnung von 1645 im folgenden Jahre auch in der Neumark eingeführt werden soll, muss hinter den Sätzen, die von der Beendigung nach drei oder gar nur einem Jahre handeln, die reaktionäre Klausel aufgenommen werden: „Jedoch soll die Dienstbarkeit und Leibeigenschaft an denen Orten, da sie im Schwange, hiemit nicht aufgehoben, besonders bey hergebrachten Gebrauche und Verordnung der vorigen Landtags-

<sup>1)</sup> § 510 BGB.

<sup>2)</sup> Vgl. Myl. a. a. O. Nr. 12 Tit. I §§ 1—3 (Sp. 55 f.).

<sup>3)</sup> Vgl. Wuttke S. 102 ff.



Reversen unverschrenkt gelassen werden“. Wir kennen bereits die früheren Landtagsschlüsse mit ihrem zeitlich nicht begrenzten Dienstzwang. Was diese Klausel derart zunächst in eingekleideter Form enthielt, das wurde bald in einem Landesrezess von 1653 den Neumärkern auch ausdrücklich zugesichert: die Freizügigkeit nach drei Jahren ist wieder beseitigt<sup>1)</sup>.

Im Jahre 1670 folgt das jüngst erst im Westfälischen Frieden erworbene Pommern nach. Aber in einer ganz eigenartigen, für das frühere brandenburgische Recht jedenfalls neuen juristischen Bildung. Die Erlaubnis zum Abzug in fremde Dienste oder ins Handwerk erteilt der Herr überhaupt nur für eine bestimmte Frist, und der abziehende Dienstpflichtige muss sich eydtlich oder durch „genugsame Kautio“ verpflichten, nach Ablauf dieses „Urlaubs“ wieder zurückzukehren, keinesfalls sich irgendwo „häusslich setzen zu wollen“. Über alles dies stellt die Obrigkeit dem Untertan einen Schein aus, ohne den ein Vermieten an dritte Personen gänzlich verboten ist<sup>2)</sup>. Diese Rechtsbildung, die einen durchaus öffentlichrechtlichen Charakter trägt und in der Tat nicht weniger als die neumärkische Prägung der Leibeigenschaft fast in die Zeiten zurückführt, wo es noch kein gelohntes „Gesinde“ gab, sondern die Hörigkeit des Vaters ohne weiteres Weib und Kinder mit erfasste, ist nicht erst unter den neuen brandenburgischen Herren geschaffen worden. Sie ruht vielmehr auf dem einheimischen pommerschen Recht, das schon unter den Stettiner Herzögen entstanden und später auch von der schwedischen Regierung übernommen worden ist. Dieses wieder hat schon im sechzehnten Jahrhundert in anderen Teilen Deutschlands gewisse Vorläufer aufzuweisen<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. für 1646 Mylius V Abt. III Nr. 13 col. 78; für 1653 eod. VI Abt. I Nr. 119 § 29, col. 473.

<sup>2)</sup> Vgl. „Churfürstlich Brandenburgische Gesinde-Ordnung im Hertzogthumb Hinterpommern und Fürstenthumb Cammin“ vom 18. Dezember 1670. Gedruckt zu Kolberg.

<sup>3)</sup> Das brandenburgische Gesetz für Hinterpommern ist im Dezember 1670 erlassen. Im Januar desselben Jahres war für das schwedische Vorpommern „der Königlichen Regierung in Pommern renovirte Gesinde-, Tagelöhner-, Bauer- und Schäffer-Ordnung, Greiffswald, gedruckt von Matthaeo Doischern, der Universität Buchdrucker“ vorangegangen, die offenbar nachgeahmt ist. Sie selbst wieder führt zurück auf „Philipsens Hertzogen zu

Nunmehr zieht sich die Reaktion über die Oder und ergreift die Mittelmark, Uckermark, Priegnitz, Beeskow und Storkow, also das Land bis ans Elbufer. Dies geschieht durch eine Gesindeordnung von 1681, die in der Beschimpfung des Gesindestandes alles bisherige übertrifft. Dem „Gesindlein“ — schon das ein Scheltwort — wird Stolz, Übermut, Trotz, Eigensinn, Bosheit, Üppigkeit, Frechheit, Leichtfertigkeit, Untreue, Ruchlosigkeit immer von neuem vorgeworfen. Der, welcher fremde Dienste nimmt, wird als „Verbrecher“ tituliert und ist sofort auf die Festung zu bringen, während die Gesindeordnungen von 1645 und 1646 auch in dieser Richtung noch weit milder dachten und nur als letztes Mittel bei dauernder Weigerung die Haft empfahlen<sup>1)</sup>.

In sachlicher Hinsicht tritt zu der Aufhebung der Dreijahresgrenze und dem in verschärfter Form ergehenden Hinweis auf die Leibeigenschaft noch ein anderer Rückschlag: die ausserordentliche Kündigung wegen besserer Kondition ist verschwunden, nachdem auch schon die pommersche Ordnung nur von der Heirat als vorzeitigem Lösungsgrunde gesprochen hatte.

Hinter dem wollten die Neumärker nicht zurückbleiben. Sie veranlassen sogleich eine Revision ihrer Gesindeordnung, die 1685 zu einer neuen Publikation und nach weiteren zwei Jahren zu einem noch verschärfenden Anhang und Erklärung dieser revidierten Ordnung führt<sup>2)</sup>. Darin ist die Reaktion des Mittellandes zwischen Elbe und Oder wiederum um ein gut

---

Stettin, Pommern usw. Renovierte nach Itziger leuffte gelegenheit erweitert und erklärte Bawr und Schäfferordnung. 1616. Gedruckt zu Alten-Stettin bei Johan Dubern“ S. 31. — Im Markgrafentum Oberlausitz wird eine ganz ähnliche Gewohnheit mit Erlaubnisschein und „Vergunstzeit“ bereits 1539 vom Kaiser Ferdinand I. bestätigt (Weinart I S. 80). In Schlesien Spuren eines „Losszettels“ 1623 in der oben S. 180 Anm. 2 genannten Ordnung.

<sup>1)</sup> 1645 § 5: Gesinde, das ohne Erlaubnis des Junkers anderwärts in Dienst getreten ist, soll zunächst nur „auffgetrieben“, und erst „do diss Auftreiben nichts fruchten oder schaffen will, endlich gar in Haft genommen und arbitrarie gestraffet werden“. 1646 § 6 fügt sogar hinzu: „Da aber jemand wieder solch Auftreiben sich zu beschweren hette, soll er mit seiner Nothdurfft gehöret werden“. Allerdings ordnet auch 1681 § 4 noch eine Vermögensstrafe für unberechtigte Festnahme an (Myl. V Abt. III Sp. 143 f.).

<sup>2)</sup> Myl. ebd. Nr. 24 u. 26.

Stück überboten. Auch mit der freien Berufswahl ist es zu Ende. Denn das „*ander vitae genus honestum*“ steht zwar noch auf dem Papier, aber es gehört dazu „Vorbewusst und Einwilligung eines jeden Orts-Obrigkeit“, die Obrigkeit aber ist mit der Ritterschaft für deren Bezirke inzwischen ganz identisch oder doch von ihr abhängig geworden. Der gleiche Weg wird zur Vernichtung des letzten vorzeitigen Kündigungsgrundes, der Heiratsaussicht, eingeschlagen; wenn die Mägde eine Ehe eingehen wollen, ist ebenfalls Genehmigung der Herrschaft nötig. Ein späteres Patent bringt dies auf den Geldstandpunkt, indem sich die Mägde zur Heirat mit 4—6 Talern loskaufen müssen<sup>1)</sup>. Schliesslich wird auch auf den Bedarf der Eltern, wenigstens den angeblichen Bedarf, nur noch beschränkte Rücksicht genommen. Höchstens zwei Kinder dürfen sie zurückhalten, die übrigen verfallen dem gesetzlichen Vormietrecht des Junkers und werden zum Gesindevertrag gezwungen.

Die ersten Jahrzehnte des 18. Jahrhunderts lassen unsere Blicke auf die Reformideen des grossen Organisators Friedrich Wilhelms I. fallen. In seiner rasch entschlossenen, harten Art befiehlt er ohne jede Rücksicht auf Rat und Warnung der Regierungen oder des General-Direktoriums, die für ihn nichts tun als „elendes Resonniren“, die Aufhebung der Leibeigenschaft in den Dominalgütern. Hierbei kommt auch der als Folgeerscheinung sich ergebende Wegfall des erzwingbaren Gesindedienstes der Untertanenkinder zur Sprache. Aber der König schreibt an den Rand des betreffenden Berichts: „Ist nichts“, damit bekennd, dass sein scharfer Blick die Entwicklungsfähigkeit eines freien ungezwungenen Gesindevertrages voraussah. Dagegen bleibt die Reformarbeit vor den Rittergütern zunächst stehen. An Versuchen hat es der starke Mann allerdings auch hier nicht fehlen lassen, 1708 war schon von seinem Vorgänger in Pommern angefragt worden, ob die Leibeigenschaft der Privatbauern — das sind die, welche dem Rittergut unterstehen, — aufgehoben werden könne, er selbst tut ein Gleiches 1724 für den östlichsten Teil seiner Monarchie,

<sup>1)</sup> Vom Jahre 1698. Vgl. Myl. V Abt. III cap. II Nr. 9 Sp. 341 ff.

das inzwischen mehr und mehr hervorgetretene Preussen. Beide Versuche verlaufen indes ergebnislos<sup>1)</sup>.

Umgekehrt zeigt die Reaktion in den anderen Landesteilen sogar noch kleine Fortschritte. Bei einer neuen Durcharbeitung der mittelmärkischen Gesindeordnung vom Jahre 1722 wird der Gedanke einer über Herr und Gesinde stehenden Instanz, dessen Aufkommen wir im 17. Jahrhundert beobachtet hatten (S. 182), wieder getrübt. Es wird die Unterbringung unerlaubt in fremden Dienst Gegangener in Festungen oder Spinnhäusern wie bisher vorgeschrieben, aber hinzugefügt: „jedoch soll jeder Obrigkeit unbenommen seyn, die widerspenstigen Dienst-Boten in ihren eigenen Gerichten dem Verbrechen nach abzustrafen“<sup>2)</sup>. Vor allem aber springt die Regelung, welche sich in dauernder Verschärfung rechts der Elbe ausgebildet hat, nunmehr auch auf das linke Elbufer über und erfasst die Altmark. Eine für dieses Gebiet im Jahre 1735 ergehende Gesindeordnung bringt in ihrem II. Teile, der die Gesindeverhältnisse des platten Landes festlegt, fast alle jener Einzelschläge, die im vorhergehenden dargestellt sind: die Dienstzeit ist wiederum nicht auf bestimmte Jahre beschränkt, sondern grundsätzlich ungemessen<sup>3)</sup>. Vom befreienden „*ander vitae genus honestum*“ oder der „besseren Condition“ ist überhaupt nicht mehr die Rede. Heirat scheint allerdings von keiner Genehmigung oder einem Loskaufgelde abhängig zu sein, aber mindestens das laufende Jahr muss doch zu Ende gedient oder ein tauglicher Ersatzmann gestellt werden. Wollen die Eltern den Dienenden wegen Eigenbedarfes frei haben, so müssen sie „deshalb erhebliche Ursachen beybringen können“; dahinter verbirgt sich die

<sup>1)</sup> Vgl. Knapp II S. 1 ff., 27 ff. Ob es in Preussen wirkliche Leibeigenschaft oder nur „Erbuntertänigkeit“ gegeben hat, ist für den Zusammenhang gleichgültig; vgl. Knapp in den Preuss. Jahrbüchern 67, 233 ff. Das Prügelverbot v. 22. 4. 1738 (Myl., Cont. I Nr. XIX Sp. 147) ist ebenfalls nur für die Ämter ergangen, nicht auch für die Rittergüter.

<sup>2)</sup> Myl. V Abt. III Nr. 36 Tit. I § 4.

<sup>3)</sup> Im Magdeburgischen und Mansfeldischen Gebiet, das zum grösseren Teile auch linkselbisch lag, war schon durch die Polizey-Ordnung de anno 1688 cap. 34 § 7 (Myl. corp. const. Magdeb. III S. 215) die Dienstpflicht über 3 Jahre hinaus fixiert worden. — Über den I. Teil der Ordnung von 1735 s. weiter unten.

Möglichkeit runder Ablehnung. Ja sogar das Stillschweigen der Herrschaft innerhalb der 14tägigen Erklärungsfrist hat noch keineswegs befreiende Wirkung; es bringt vielmehr diese letzte der reaktionären Gesindeordnungen die Neuerung, dass nach dem Ablauf der Frist die Anfrage wiederholt werden muss und dem Stellensuchenden erst dann Bewegungsfreiheit gegeben wird, wenn abermals 14 Tage ohne Erklärung verstrichen sind.

Es ist das letzte der reaktionären Gesetze. In der Tat, und darum verlohnt es sich in kurzem Rückblick die Frage zu stellen, ob sich irgendwelche Spuren einer Fürsorgepflicht des Gutsherrn finden neben den vielen gesetzlichen Regeln, die lediglich für seine Interessen Fürsorge treffen. Die Frage kann ohne Bedenken verneint werden. Nichts mehr von einer Vorschrift, den Dienst „erleidlich und erträglich“ zu gestalten, nichts mehr von einem Befehl, sich nach den Vorzugsjahren um die wirtschaftliche Förderung des Gesindes zu kümmern. Kein Wort von der Pflicht, den Erkrankten zu pflegen, kein Gedanke von der Aufgabe, dem Arbeitenden gute und reichliche Kost zukommen zu lassen.

Nicht unbedingt kann freilich aus dem Schweigen der Gesindeordnungen selbst auf ein völliges Fehlen der Fürsorge und eines entsprechenden Pflichtgefühles geschlossen werden, denn auch den Gesetzen des 18. Jahrhunderts ist vielfach noch die Technik der Landtagschlüsse eigen, die auf Erledigung der punktweise eingebrachten Gravamina nicht auf erschöpfende Durchbildung eines geschlossenen rechtlichen Gebietes hinzielt. Aber die spätere Literatur lässt uns einen Blick in die Zustände tun, die noch in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts, teilweise auch in der zweiten, geherrscht haben müssen. Die Kost war jämmerlich. Der Menge nach wurde sie sogar vom Gesetze selbst beschnitten, indem neben dem Lohn die Kost gesetzlich in Maximaltarifen festgelegt und mehr als drei Mahlzeiten des Tages wiederholt verboten wurden<sup>1)</sup>. Die Art der Nahrung liess jede Spur von Fürsorglichkeit vermissen. 1769 schreibt der Hofkammerrat Bergius: „Die Kost wird dem armen Dienstgesinde nach Möglichkeit geschmälert, und oft

<sup>1)</sup> 1635 in der Altmark, 1687 durch besondere Verordnung auch für Priegnitz, Uckermark und Mittelmark; 1688 für Magdeburg.

recht schlecht und unsauber zugerichtet. Es ist viel, wenn das Dienstgesinde alle Woche einmahl Fleisch bekommt, es geschieht solches zuweilen auch nur alle Vierteljahre“. Zehn Jahre später hält der geschwätzig Gelehrte und Sammler Krünitz es sogar noch für nötig, seinem Tadel der „übel verstandenen Sparsamkeit“ folgenden Erguss hinzuzusetzen: „Es ist daher ein nicht zu verzeihender Fehler, wenn die Hausmutter bey der Zubereitung und Darreichung der Gesindekost, Schmutz und Unfläthereyen nicht vermeidet. Raupen, Schnecken, Würme unter Salat und Kohl, oder Waschlappen, Windeln und dergleichen Unrath in den Küchengefässen zu dulden, und, aus Gleichgültigkeit gegen Sauberkeit und Unsauberkeit unter die Gesindespeisen kommen zu lassen, kann doch manchem (!) Dienstbothen Eckel und Widerwillen erregen“. Auch aus Oberschlesien wird 1786 nichts Gutes berichtet, und im benachbarten Sachsen findet eine Regierungskommission in den gleichen Jahren völlig ungenießbare, ja vergiftete Speisen<sup>1)</sup>.

Die Schlaflegenheit der Knechte und Mägde scheint nicht minder vernachlässigt worden zu sein. Denn Bergius teilt uns mit: „Vor ihr Bette und Lagerstatt wird gemeinlich so schlecht gesorget, dass wirklich öfters das Vieh bessere Ausrichtung bekommt und reinlicher als das Dienstgesinde gehalten wird“. Wie mag es da erst dem erkrankten Gesinde gegangen sein? Ein anonymen Schriftsteller, den Bergius zitiert (S. 194), schildert die Lage der zum Gesindevertrag gesetzlich verpflichteten Untertanenkinder wie folgt: „Bey dem Krankwerden des Gesindes gereicht denen Herrschaften zu grossem Soulagement bey dem Dienst derer Unterthanen Kinder, mit der Wartung des kranken Gesindes nicht belästigt zu seyn, immassen man solche derselben Eltern überlässet, auch soviel den Eltern möglich, derselben Dienstvertretung anverlanget“. Ferner lässt auch hier die Betonung, mit welcher die Schriftsteller der Zeit einer an sich schon sehr bescheidenen Fürsorgepflicht der Herrschaft das Wort reden wollen, darauf schliessen, dass dergleichen wenig heimisch war.

<sup>1)</sup> Vgl. J. H. L. Bergius, Polizey- und Cameral-Magazin, Frankfurt a. M. 1768 Bd. II S. 191 f. J. G. Krünitz, Ökonomische Enzyklopädie, Berlin 1779 17. Teil S. 639, 641 f. Knapp a. a. O. S. 68<sup>1</sup>. Wuttke a. a. O. S. 180.

Indessen gerade das Vorgehen jener Autoren, die dem herrschenden Stande entsprungen, sich doch nicht scheuen, die Missstände im Leben des Dienstvolkes aufzudecken und scharf und schärfer zu tadeln, kündigt das Herannahen einer neuen Zeit. Sie sind die Pioniere, welche den Sturz der alten Gesetze herbeiführen und neuen ein gesichertes Fundament bereiten.

## V.

Damals, in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, begann die grosse Aufklärung ganz Europa zu durchziehen. Allerorten hörte man das Wort von der natürlichen Freiheit eines jeden Menschen. Die Philosophie ging voran, das Recht folgte. Aus dem musste auch der Gesindestand seine Vorteile ziehen.

An der Spitze ist als ein treuherziger Anwalt für das Dienstvolk der grosse Wirtschaftsphilosoph Justus Möser zu nennen. Zum ersten Male taucht in seinen patriotischen Phantasien der Gedanke an eine geordnete Invaliden- und Altersversicherung der Dienstboten auf, und wenn er auch zunächst die Lasten auf die Versicherten selber gelegt wissen will, so appelliert er doch bereits an den Edelsinn der Herrschaft, der er die Übernahme der Beitragsleistung durch Entgegenkommen in einer anderen von ihm gar häufig diskutierten Tagesfrage erleichtern möchte: „Nach meiner Rechnung könnte es füglich angehen, dass ein Bedienter, der 30 Jahre im Lande wohl gedient, und jährlich 1 Thaler zu dieser Invalidencasse contribuirt hätte, die übrige Zeit seines Lebens monatlich 2 Thaler; und wenn er jährlich 2 Thaler contribuirt, monatlich 4 Thaler und so ferner erhielte. Und wie manche Herrschaft würde diesen Vorschuss nicht für ihre Dienstboten jährlich gern thun, wenn sie sich dagegen des Caffees und Thees freywillig enthalten wollten? Wie glücklich wäre dieses Geld nicht angewandt; und was kann eine Obrigkeit abhalten, eine solche Anstalt zu treffen? Käme ein Schaden dabey heraus: so müsste ihn das Publikum, das dagegen mit guten und treuen Dienstboten versorgt würde, übernehmen“. Dieser Gedanke findet bald Anklang. Ziemlich wörtlich gibt ihn Krünitz in seiner

Enzyklopädie wieder und verschafft ihm damit weitere Verbreitung. Von da ab hat er nicht mehr geruht. Durch den Professor Heinsius erfährt er seinen genaueren Ausbau im Eingang des 19. Jahrhunderts. Der Königliche Preussische Geheime Stiftsrat Brennecke schliesst sich in dem Jahre an, da die letzte altpreussische Gesindeordnung erlassen wird, 1810, und ehe das so begonnene Säkulum zur Neige geht, ist der Gedanke der Altersversicherung in viel weiterem Umfange zum Gesetze geworden, als es der Vater des Gedankens ein rundes Hundert von Jahren zuvor verlangte<sup>1)</sup>.

In einem anderen, allerdings von vornherein weniger greifbaren Punkte ist es dagegen teilweise beim Wunsche geblieben. Wohl in Erinnerung an die alte Verteidigungspflicht, die den Rittersmann zum Schutze seiner reisigen Knechte beim blutigen Strauss veranlasste, hat Möser weiterhin eine dem modernen Leben angepasste Beistandspflicht des Herrn im unblutigen Gefecht empfohlen. In einem fingierten Briefe preist er den angedeten Dienstherrn hoch, der in der Stadt einen tüchtigen Advokaten bestellt und jährlich fest besoldet, damit sich danach die Untergebenen bei ihren Rechtsstreitigkeiten unentgeltlich an ihn wenden können. Möser denkt in diesem Zusammenhange freilich weniger an Gesinde als an die untergebenen Leibeigenen selbst. Da er aber an anderer Stelle für Beseitigung der Leibeigenschaft eintritt, so ist es gewiss in seinem Sinne gesprochen, diese prozessuale Fürsorgepflicht in das Gebiet des freien Arbeitsvertrages hinüberzunehmen. In einer beschränkten Form ist auch dieser Vorschlag bei der späteren Gesetzgebung berücksichtigt worden<sup>2)</sup>.

Ein zweiter Vertreter der Aufklärung und Reform ist der bereits erwähnte Bergius. Bei ihm fehlt noch der Gedanke einer Altersfürsorge, und für den Fall schwerer Erkrankung des Gesindes

<sup>1)</sup> J. Möser, *Patriotische Phantasien*, Neue Ausgabe von 1778 Teil I Nr. XIII S. 84 f. Krünitz a. a. O. S. 635 f. Heinsius, *Ideen und Vorschläge zur Errichtung von Pensionsanstalten für alte und invalide Dienstbothen*, Berlin 1803. — W. H. Brennecke, *Über Verschlimmerung des Gesindes und dessen Verbesserung*, Berlin 1810 S. 37 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. Teil IV Nr. LXV (S. 348) und Nr. LXIII (S. 321 ff.). — Über die Nachwirkung im ALR. unten.



weiss er von keiner anderen Pflicht der Herrschaft zu sprechen, als „den ordentlichen Beichtvater zu dem Gesinde rufen zu lassen, und die wenigen Kosten nicht zu scheuen, welche etwa bey entfernten Orten zu dessen Überbringung erfordert werden“. Aber im übrigen tritt er doch, soweit er eigene Meinungen und nicht bloss Auszüge der geltenden Gesindeordnungen bringt, für eine Besserung der Gesindebehandlung, nötigenfalls auf dem Boden der allgemeinen Landespolizey, ein<sup>1)</sup>. Andere dagegen zeigen ein bedenkliches Schwanken, die notwendige Begleiterscheinung aller Übergangszeiten. Auf der einen Seite können auch sie sich nicht genug tun in dem Lob des „natürlichen Rechts und der natürlichen Freiheit und der natürlichen Billigkeit“, auf der anderen stecken sie in manchen Punkten noch tief im Gedankenkreise der Reaktion. Dazu gehört der Nürnberger Advokat Dorn und vor allem Krünitz, dessen Name ebenfalls schon im Vorgehenden genannt war. Der Artikel des letzteren, zusammengeschrieben aus Bergius und Möser und mit einigem eigenen Beiwerk versehen, pendelt dauernd zwischen der Aufstellung herrschaftlicher Fürsorgepflichten und der Empfehlung strengster Zucht gegen das wenig liebevoll kritisierte Gesinde hin und her.

Wie gross im einzelnen noch seine Rückständigkeit ist, beweist die Stellungnahme zu dem Züchtigungsrecht der ländlichen Herrschaft. Seit langem war davon in keiner Gesindeordnung mehr die Rede. Aber das Recht ist darum sicher nicht verschwunden gewesen, sondern die Selbstverständlichkeit seiner Ausübung in einer Zeit, wo auch das Militär den Stock des Vorgesetzten über sich sah, machte eine gesetzliche Festlegung überflüssig<sup>2)</sup>. Darum ist es nur ein Zeichen der Aufklärung, dass die öffentliche Erörterung diesen Punkt von neuem erfasste, und die Auslassungen Krünitz' beweisen, dass er an eine geläufige Erscheinung anknüpfte, da er sich offenbar noch für einen Vertreter der milderer Richtung ansieht: „Doch sind die Züchtigungen jederzeit dergestalt einzurichten, dass sie das Verhältnis der begangenen Vergehungen nicht überschreiten,

<sup>1)</sup> a. a. O. Bd. II S. 191 § 7, weniger § 10 ff.; Bd. IV S. 105 ff. §§ 13, 14, 15 a. E., 16, 25 Abs. II, 26 nur teilweise, 28.

<sup>2)</sup> Über das Prügelmantat für die Kgl. Ämter s. oben S. 188 Anm. 1.

sondern denselben gehörig angemessen seyn. Einige tüchtige Hiebe mit der Peitsche, Karbatsche oder Kantschu, werden in den meisten Fällen, wenn die Sache nicht etwa einen verstockten Bösewicht betrifft, hinreichend sein, bey dem Gezüchtigten mehreren Fleiss und Aufmerksamkeit zuwege zu bringen“. Auch den schweren Strafen, die damals noch die meisten Gesindeordnungen für Dienstbotendelikte enthielten, Halseisen und Zuchthaus für die sog. Schwänzelpfennige, ja sogar Zuchthaus für den blossen Futterdiebstahl, den wir heute mit der mildesten aller Strafen belegen, geht Krünitz ohne Rüge vorüber. Gegen derlei klingt es freilich recht matt, wenn im übrigen eine gute Behandlung gepredigt, vor schlechter Kost gewarnt, der Herrschaft sogar Fortbildung und Unterricht des Gesindes ans Herz gelegt wird. Ist doch auch Krünitz derjenige, der seine sozialen Wünsche mit der eingangs erwähnten Bibelstelle begründet: „Der Gerechte erbarmet sich seines Viehs, wie soll man denn einen Menschen nennen, der dies nicht gegen seine Mitbrüder tut?“

Immerhin liegt schon in dem blossen Versuch einer Begründung der Fortschritt. So hielt man es doch wenigstens für nötig, das Züchtigungsrecht juristisch zu konstruieren. Krünitz selbst tut es, indem er die Herrschaft als letzte Stufe der Erziehung, Eltern und Schule als die vorangehenden Stufen betrachtet. Dorn steht auf ähnlichem Standpunkt. Bergius dagegen konstruiert eine stillschweigende Bedingung, die den Gesindedienstvertrag begleite und das Züchtigungsrecht des Gutsherrn enthalte. Wieder andere nehmen Notwehr des Herrn an, indem sie Ungehorsam, Trägheit, schliesslich alle schlechten Eigenschaften des Gesindes in das Gewand eines rechtswidrigen Angriffs auf die Interessen der Herrschaft zwingen. — Wichtiger ist, dass wir auch bei diesen Schriftstellern des Übergangs und des Schwankens den Keim mancher Erscheinungen finden, die in unserem modernen Rechte aufgegangen sind. Wie die Vorahnung einer vielgepriesenen „Neuerung“ des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 618) sieht es aus, wenn wir lesen, dass von dem Dienstverpflichteten „keine anderen Verrichtungen gefordert werden dürfen, als welche dem Endzweck ihres Dienstes gemäss, ihrer Ehre, Tugend und Gesundheit nicht

nachteilig und den bürgerlichen Gesetzen nicht zuwider sind“. Zu der Altersfürsorge tritt der Gedanke der Krankenfürsorge: „Ich rede hier nicht von ganz krankem Gesinde, dem es eine christliche Herrschaft wohl nicht an Pflege und dienlicher Krankenspeise wird fehlen lassen“, sondern es muss auch dem nicht gerade bettlägerigen Kranken geeignete Kost gereicht und weiterer Schaden von ihm abgewendet werden. Schliesslich unternimmt es Krünitz sogar, von den Vorschlägen legis adiuvandi, legis supplendi gratia zu einem legem corrigere überzugehen. Er tadelt das geltende Recht und gibt Fingerzeige für neue Bahnen der Gesetzgebung, wenn er sagt: „Will man eine gute Gesinde-Einrichtung mit Bestand machen, so darf man nicht allein bey den Beschwerden der Herrschaft stehen bleiben, sondern muss auch den Klagen der Dienstbothen Gehör geben. Denn dieses ist ein grosser Fehler bey vielen Gesindeordnungen, dass nur auf die Vergehungen des Gesindes das Augenmerk gerichtet und diese allein gerüget werden wollen, ohne dass auch zugleich auf der anderen Seite auf das Verhalten der Herrschaften gegen ihr Gesinde einige Rücksicht genommen und diesen ebenfalls gehörige Schranken gesetzt werden“ <sup>1)</sup>).

Die preussische Gesetzgebung war bereits auf der neuen Bahn, als Krünitz schrieb. Sie hat den Ruhm, mit der allgemeinen Aufklärung ziemlich gleichen Schritt gehalten zu haben, während andere benachbarte Staaten erst erheblich später dem preussischen Beispiel folgten <sup>2)</sup>).

<sup>1)</sup> Krünitz a. a. O. S. 565—713; Züchtigung S. 706, 613 ff., Strafen 599, Behandlung 609, Fortbildung 606, Kost 639, Altersfürsorge 635 f., Krankheit 613 f., 658, Gesetzgebung 597. — Dorn, Versuch einer ausführl. Abhandl. des Gesinderechts, Erlangen 1794; betr. Züchtig. §§ 164, 114 ff. — Bergius IV S. 106.

<sup>2)</sup> Vgl. vornehmlich die Entwickelung in Sachsen. Zwar schlägt die Ständedenkschrift von 1722 bereits einige mildere Noten an, aber die Gesindeordnung von 1735 steigert die Last, auch das Mandat von 1766 wirkt bedrückend, und 1790 kommt es zu einem Aufstand. Vgl. Wuttke S. 147, 150 f., 163, 177 ff. S. auch schon oben S. 182 Anm. 1. — Auch für Holstein war Preussen vorbildlich. Vgl. G. P. F. Mölling, Holstein.-deutsches Gesinderecht, 1832 S. 17 a. E.

Die Bewegung begann in der Stadt. Wie die städtische Armenpflege im 18. Jahrhundert ihre gesetzliche Regelung fand und insbesondere Berlin auf diesem Gebiete steigende Fortschritte machte, so drängte auch die Lage des städtischen Gesindes nach einer erheblichen Verbesserung. Das zwang zu einer technischen Neuerung in der Gesetzgebung, man musste ländliches und städtisches Gesinde getrennt behandeln, da für ersteres ein gleiches Bedürfnis nach rechtlicher Fürsorgepflicht der Herrschaft zunächst noch nicht empfunden wurde. Die Trennung vollzog sich 1718; es ergelt eine besondere „Gesindeordnung vor hiesige Residentzien“. Ihr Ton ist bereits milder, die schlimmen Titel, mit denen das Gesinde bisher bedacht war, bleiben nunmehr dem landwirtschaftlichen Personal vorbehalten. Auch werden die moralischen Qualitäten des Gesindes ans Licht gezogen, es erscheint nicht lediglich als Arbeitsmaterial, sondern als ein Mensch mit Pflichtgefühl, von dem man verlangen darf, dass es „gottfürchtig, fromm, im Dienste treu, fleissig und unverdrossen“ sei. Auch bekommt der Herr wieder zum ersten Mal den Druck einer über ihm stehenden wirksamen Kontrollgewalt zu spüren: das Gericht ist zur sofortigen Exekution gegen die Herrschaft angewiesen, die einem Diensthofen nach Beendigung der Dienstzeit nicht sofort die rückständige Löhnung auszahlt oder sonst seinem Abzuge Schwierigkeiten in den Weg stellt.

Weit stärker kommt dieser letztere Gedanke bereits zum Ausdruck, als 1746 die Berliner Gesindeordnung eine Revision erfährt. Denn die verbesserte Auflage verordnet die Errichtung eines eigenen „Gesindeamts“ und gibt diesem eine Strafgewalt, die sich gleichmässig über Herrschaften und Gesinde erstreckt und die es ausüben soll „nach Befinden und Verdienst, ohne Ansehen der Person und Menschen-Furcht“. Hand in Hand damit geht eine Einschränkung der herrschaftlichen Zuchtgewalt; sie wird zwar im Prinzip aufrecht erhalten, aber bei allen, nur einigermaßen bedeutenderen Fällen ungehörigen Betragens hat der Herr die Ahndung nicht selbst in der Hand, sondern muss dem Gesindeamte Anzeige machen; dessen Spruch, namentlich auch im Punkte der Schadensersatzpflicht, bindet sodann beide Parteien, die sich gemeinsam dem unparteiischen Richter zu unterwerfen haben. Dadurch ist der Bruch mit der jahrhundert-

langen Einseitigkeit der Gesindeordnungen vollzogen, und es ist nur eine weitere Ausführung, wenn diese preussische Gesindeordnung von 1746 (schon dreissig Jahre vor Krünitz) neben den Pflichten der Dienenden gegenüber dem Herrn die Pflichten der Herrschaft gegen das Gesinde, allerdings in bescheidenem Umfange, zusammenstellt und zum ersten Male die beiden Pflichtengruppen in besonderen Titeln auch äusserlich in Parallele bringt <sup>1)</sup>).

Dem neuzeitlichen, kulturgetragenen Aufschwung der grossen Städte hatte das platte Land nichts Gleiches gegenüberzustellen. Was in der Residenz der „Moderne“ und Aufklärung zuliebe durchging, erschien für den Herrschaftsbereich der Rittergüter unbegründet. Und als daher die städtischen Neuerungen auch hierhin einzudringen begannen, da konnten sie nur schrittweise vorwärtskommen. Wir haben in der „Revidirten Gesindeordnung für das platte Land“, welche 1769 erlassen wird, denselben Kampf wie in den Schriften der meisten Aufklärungsjünger, die Übergangszeit drückt beiden ihren Stempel auf.

Es ist nämlich auf der einen Seite ganz offenbar, dass das Berliner Vorbild in vielem nachgeahmt wird. Der Ton ist milder, der Stoff des Abschnitts, der das Verhalten während der Dienstzeit regelt, ebenfalls in die Pflichten der Herrschaft und in die Pflichten des Gesindes zerlegt, vor allem tritt nunmehr auch für das landwirtschaftliche Gesindeverhältnis wiederum eine über dem Herrn so gut wie über dem Knecht stehende

---

<sup>1)</sup> Die Ges.-Ordn. v. 1718 ist abgedr. bei Myl. V Abt. III Nr. 35; vgl. namentlich §§ 19, 21. Sie bildet, meist wörtlich, auch den 1. Teil der altmärkischen Gesindeordnung von 1735, über deren landwirtschaftliche Regeln oben S. 188 Anm. 3 gesprochen war. Die Ges.-Ordn. v. 1746 in Contin. III Sp. 43 ff.; vgl. namentlich Tit. V u. IX. — Bezüglich des Armenwesens vgl. die Interims-Armenordnungen in denen Königlichen Preussischen Residentzien Berlin usw. von 1703 (Myl. I Abt. II Nr. 73 Sp. 134 ff.). Nach dem „Extract der unter Direktion des Königl. Berlinischen Armendirektorii im Jahre . . . erhaltenen Armen“ wurden im Jahre 1769: 3666, i. J. 1778: 5808, i. J. 1788: 13992 Arme versorgt. — Auch anderweit zeigt sich der Fürsorgegedanke. So in der 1783 ergehenden „Verordnung, wie es mit der Cur und Verpflegung derer auf der Wanderschaft oder in den Werk-Städten krank werdenden Handwerksgesellen gehalten werden soll“.

Instanz in den Vordergrund. Richter über beide ist der iustitarius loci, in seine Hand wird die Prüfung des Elternbedarfs gelegt, er ist zur unparteiischen Auslegung des zwischen Herrschaft und Gesinde geschlossenen Vertrages berufen: „Wann aber Streitigkeiten und Beschwerden zwischen der Herrschaft und dem Gesinde entstehen, welche den Dienst betreffen; So sollen solche auf das schleunigste untersucht, und dem Befinden nach dem Gesinde wider ihre ungerechte Herrschaft . . . zu ihrem Recht verholffen . . . werden“. Nichts lässt besser erkennen als dieses Vorrücken der richterlichen gegenüber der gutsherrlichen Gewalt, dass der alte öffentlichrechtliche Charakter des Gesindeverhältnisses zu schwinden beginnt und einem privatrechtlichen Vertragsverhältnis den Platz einräumt<sup>1)</sup>. Man konnte dann auch in der Landgesindeordnung daran gehen, die bisher vernachlässigten Pflichten der herrschaftlichen Vertragspartei genauer auszuarbeiten, so dass die Entwicklung der Fürsorgepflicht des Gutsherrn für sein Gesinde in der Tat in diesem Augenblick an einen bedeutsamen Wendepunkt gelangt ist. Die alten ersten Gedanken einer sozialen Fürsorge kommen nicht nur wieder, sondern werden jetzt schon überflügelt durch einige kurze Sätze, die noch heute die Grundlage wichtiger Bestimmungen des preussischen Gesinderechts bilden: „Es hat ein jeder, der Gesinde hält, demselben den gebührenden Unterhalt zu geben, es mit keiner unerträglichen Arbeit zu plagen, bey leichten Krankheiten mit der erforderlichen Pflege zu versehen und überhaupt sich gegen dasselbe nicht tyrannisch, sondern, wie es einem christlichen und verständigen Hauss-Wirth gebühret, zu verhalten“; selbst über die Vertragsdauer hinaus ist an die Zukunft des Gesindes zu denken, daher soll in dem Abgangszeugnis nur „von groben Verbrechen, als Untreue, Diebstahl und Trunkenheit, nicht aber von kleinen Fehlern und Vergehungen, Erwähnung geschehen, damit den

<sup>1)</sup> Der Gutsherr pflegte bereits seit längerem die Gerichtsbarkeit durch einen sog. iustitarius ausüben zu lassen. Schon 1723 wird für diesen Universitätsbildung vorgeschrieben (Myl. II, I Nr. 218 Sp. 737). 1749 tritt das Erfordernis eines Examens vor dem Justizkollegium hinzu (Myl., Cont. IV Nr. 66 § 34, auch 12; Sp. 172 und 166).

Dienstbothen dadurch ihr anderweites Unterkommen nicht schwer gemachet werde“.

Diesen Fortschritten stehen aber, wie schon angedeutet, auch einige Rückschritte zur Seite. Sie bewegen sich in der Richtung einer Weiterspannung des Dienstzwanges, fallen also für uns unter den Gesichtspunkt einer Vernachlässigung der Fürsorge für das wirtschaftliche Fortkommen und widersprechen daher in gewisser Weise dem Geist der eben erwähnten Bestimmung über die Zeugnisausstellung. Die Untertanenkinder sind von jetzt ab der Herrschaft nicht nur dann zum Angebot ihrer Arbeitskraft verpflichtet, wenn sie sich überhaupt entschlossen haben, in Dienst zu gehen, sondern müssen auch ohne dies — auf die bloße Aufforderung des Gutsherrn hin — den Gesindedienstvertrag eingehen. Das wirkte um so schlimmer, als gleichzeitig, ähnlich wie im alten Pommern (oben S. 185), bestimmt wurde, dass die Nichtannahme des Angebots seitens des Gutsherrn immer nur für ein Jahr gelte, nach dessen Ablauf neue Meldung erfolgen müsse. Damit waren sämtliche Untertanenkinder auf Jahrzehnte hinaus an den Gutshof gebunden: ja sie mussten sogar vor Antritt des „Urlaubs“ einen Schein unterschreiben, in dem sie ausdrücklich ihre Abhängigkeit und Pflicht zum Zwangsdienst anerkannten, und dieser Schein genügte zur sofortigen Reklamation. Juristisch betrachtet stellen sich diese Sätze als eine Aufhebung des Instituts der Vormiete mit ihrer Erklärungsfrist, ihrem scharfen Entwederoder und ihrem sonstigen privatrechtlichen Charakter dar.

Wir sehen also, dass dasjenige, was in einzelnen Partien an Fürsorgepflichten und Privatrechtsgedanken neu eindringt, durch Stärkung des öffentlichrechtlichen Moments und der fürsorgebefreiten Herrengewalt an einer anderen Stelle wieder wettgemacht wird. Die Gesindeordnung von 1769 steht mitten in der Zeit des Kampfes, sie ist berührt vom Geist der Freiheit, aber sie hat die Reaktion noch nicht überwunden<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> „Revidirte Gesinde-Ordnung für das platte Land“ vom 11. Febr. 69. Gedruckt bei Georg Jakob Decker. Vgl. namentlich für das Verfahren bei Streit Tit. I §§ 3 ff., II § 12, VI § 2; für die Pflichten der Herrschaft Tit. VI § 1. II § 6 in Parallele mit §§ 83, 85, 86, 146, 97, 173 der hentigen Gesindeordnung von 1810; für den geschärften Dienstzwang Tit. I §§ 2, 10 f.

## VI.

Bei einem solchen Kampf der Strömungen musste es für die Frage der gutsherrlichen Fürsorgepflicht von grösster Bedeutung sein, wie der Mann sich dazu stellen würde, in dessen Hände die Leitung der grossen Kodifikation des 18. Jahrhunderts gelegt war, Carl Gottlieb Svarez. Eine unmittelbare und zusammenhängende Äusserung von ihm haben wir nicht. Aber wir können aus den Materialien, insbesondere aus den Beratungen, die zwischen dem gedruckten Entwurf des Allgemeinen Landrechts von 1784 und dem Landrecht selber liegen, jedenfalls das Bild gewinnen, dass Svarez, wo er nur konnte, mindestens dem häuslichen Gesinde zu helfen, seine Stellung zu verbessern bemüht war. Als die Frage erörtert wurde, wie lange einem Dienstboten der Lohn entrichtet werden solle, nachdem die Herrschaft verstorben und daraufhin das Dienstverhältnis gelöst sei, da trat Svarez dafür ein, dass wenigstens ein halbes Jahr lang nach der Lösung die Erben noch fortbezahlen müssten. Als man über die Dauer der Versorgungspflicht gegenüber dem kranken Gesinde debattierte, da wollte er ebenfalls auch über die Dienstzeit hinaus die Fürsorge sich erstrecken, nötigenfalls bei allzu langwierigen „morbis chronicis“ zur Hälfte die Herrschaft, zur Hälfte den Staat haften lassen. Mit beiden Vorschlägen drang er nicht durch. Dagegen hatte er Erfolg, als es sich um den Lohnabzug für Krankenpflege handelte und er der Herrschaft nur den Zugriff auf den „kurrenten“, nicht auch auf den von früher her rückständigen Lohn gestatten wollte. Und wie ein Teil der Redaktoren, namentlich v. Grolman, dafür eintraten, dass zänkisches oder zu Schlägereien neigendes Gesinde ohne Aufkündigung sofort entlassen werden dürfe, da verwarf dies Svarez kurzerhand, weil er keinen hinreichenden Grund dafür einsehe, wiederum erfolgreich. Wenn er daher auch nur teilweise seine Wünsche verwirklicht sah, so wird doch ein gut Teil der sozialen Fürsorgeideen, welche dem Titel „Von den Rechten und Pflichten der Herrschaften und des Gesindes“ (II, 5) im ALR. einverleibt wurden, diesem Manne zu verdanken sein<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. die zerstreuten Bemerkungen bei L. v. Rönne, *Ergänzungen*



Aber wir können ihn auch als den Vater der Reform des landwirtschaftlichen Gesindewesens betrachten. Dieses war in dem eben genannten Titel nicht mitbegriffen, vor allem nicht der Zwangsdienst der Untertanenkinder; es wurde vielmehr dem Titel vom Bauernstande (II, 7) eingegliedert. Aber auch hier setzen die Verbesserungen schon damals ein, gewiss vom Geiste Svarez' getragen. Und vor allem ist das zu bedenken, dass diejenige Gesindeordnung, welche später wiederum beide Gesindearten zusammenfasst, die letzte altpreussische, heute noch geltende Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810, die im ALR. für die häuslichen Dienstboten aufgestellten Regeln fast wörtlich übernimmt und derart — in einem ähnlichen Vorgange wie dem oben (S. 197 f.) geschilderten — die ursprünglich nur dem Hausgesinde gewährten Neuerungen nur nachträglich auch dem Knecht und der Magd des landwirtschaftlichen Betriebes zugänglich macht. Nicht in der Gesindeordnung der Stein-Hardenbergischen Periode sind daher die Wurzeln der noch heute geltenden Fürsorgepflicht des Gutsherrn zu suchen, sondern schon in der Zeit der Svarezschen Kodifikation.

Darum ist ein kurzes Eingehen auf den Inhalt der beiden Landrechtstitel vom Bauernstande und vom Gesindeverhältnis erforderlich, soweit darin die soziale Stellung der Dienenden gebessert wird. — Die Abhängigkeit der Bauern war trotz Aufklärung und trotz Friedrich dem Grossen keineswegs beseitigt, wenn auch die eigentliche Leibeigenschaft mit dem Allgemeinen Landrecht ihr Ende fand [II, 7 §§ 147 ff., 2]. Dementsprechend blieben auch die Untertanenkinder zum Gesindedienst gezwungen, und zwar in der scharfen Form, die wir soeben noch bei der Gesindeordnung von 1769 kennen gelernt haben: immer nur Urlaub für ein Jahr und keine zeitliche Grenze für die Dienste, sofern nicht Provinzialrechte, wie allerdings meist der Fall war, eine bestimmte Zahl von Jahren (drei) für ausreichend erklärten; auch wurde noch weiterhin die

---

und Erläuterungen der preuss. Rechtsbücher. 7. Ausg. (1888) III. Bd. S. 382 ff. — Die Gesindeordnung von 1810 hat in zweien der oben erwähnten Einzelstreitpunkte wieder anders entschieden als das ALR., einmal für, das andere Mal gegen die Absichten Svarez'.

„lederne Peitsche“ über dem Rücken der Knechte und Mägde geschwungen [171 ff., 160, 227 ff. Anhang § 105]. Aber die besondere Zusammenstellung der Pflichten des Herrn, die auch diesmal nicht fehlt, bringt eine immerhin weitreichende Fürsorgepflicht. „Sind ansässige Untertanen, nach erlittenen harten Unglücksfällen, fremden Beistandes bedürftig, so ist die Herrschaft, sich derselben nach ihren Kräften werktätig anzunehmen, vorzüglich verpflichtet“. Auch in blossen „Notfällen“ wird sie kraft Gesetzes für schuldig erklärt, den Leuten beizuspringen; und fast wie ein Stück der alten Verteidigungspflicht und damit doch wie ein gewisser Sieg der zweiten Mörserschen Idee (oben S. 192) erscheint es, wenn es heisst: „Sie muss die Unterthanen gegen wucherliche Behandlungen und Übervorteilungen zu sichern bemüht sein“. Alles dies wird von den Untertanen selbst ohne weiteres auf deren dienstpflichtige Kinder und damit ins Gesindewesen zu übertragen sein. Denn dass die Fürsorgepflicht des Herrn sich gerade auch dem Schutze der heranwachsenden Generation widmen soll, das zeigen die Sätze: „Der Gutsherrschaft liegt besonders ob, für eine gute und christliche Erziehung der Kinder ihrer Unterthanen zu sorgen. Gutsherrschaften, welche sich der verwaiseten oder sonst von ihren Eltern verlassenen Kinder nicht annehmen wollen, verlieren auf dieselben ihre Rechte“. Obgleich solches ganz anders klingt wie die Gesindeordnungen der früheren Jahrhunderte, obgleich es in der Tat ein Versuch war, mit den modernen Gedanken von der allgemeinen Menschenwürde einen Einklang herzustellen, war es doch nicht lebensfähig. Denn die Fürsorge, die uns hier begegnet, hatte noch einen rein patriarchalischen Charakter. Das patriarchalische Wesen aber begann sich schon in dieser Zeit zu überleben. Patrimoniale Gerichtsbarkeit und Polizeigewalt hat das neunzehnte Jahrhundert hinweggenommen, und auf dem Gebiet der Gesindeordnung trat schon damals das entgegengesetzte Element entscheidend in den Vordergrund, dem der Sieg gehören sollte, nämlich das Element des obligatorischen Vertrages.

Dies geschah im Rahmen des städtischen (häuslichen) Gesindewesens. Schon der Entwurf des ALR. von 1784 hebt an mit dem Leitsatz: „Das Verhältnis zwischen Herrschaft und Gesinde

gründet sich auf einem Vertrage“. Und so werden denn auch die beiderseitigen Rechte und Pflichten bereits weit schärfer herausgearbeitet, allgemeine Anweisungen, dem hilfsbedürftigen Untertanen beizuspringen oder ähnliches, reichen nicht mehr aus, sondern die Fürsorgepflicht hat ihre juristisch genau bestimmbaren Grenzen bekommen. Bis dorthin muss der Dienstherr gehen, aber darüber hinaus ist auch jede Rechtspflicht zu Ende. — Verloren geht die pädagogische Aufsicht, vornehmlich über Kindheit und Jugendalter, weil ihr ein offenbar patriarchalischer Zug innewohnte. Selbst die Pflicht, auf Kirchenbesuch der Leute zu halten, von alters her überliefert<sup>1)</sup>, ist dem Entwurf fremd. Als sie dann vom ALR. selbst und von der Gesindeordnung des Jahres 1810 wieder eingeflickt wird, geschieht es auch nur im Anschluss an den sozialen Gedanken, der dann sogar in unser allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch übergegangen ist: die Herrschaft muss dem Gesinde die nötige Zeit zur Abwartung des öffentlichen Gottesdienstes lassen. — Gleichzeitig mit der Erziehungsfürsorge verschwindet aber auch als deren Begleiterscheinung das Züchtigungsrecht. Es bleibt nur eine Erinnerung an die Notwehrtheorie bestehen: Reizt das Gesinde die Herrschaft durch ungebührliches Betragen zum Zorn, und wird in selbigem von ihr mit Scheltworten oder geringen Tätlichkeiten behandelt, so kann es dafür keine gerichtliche Genugtuung fordern. Die Ansicht der entscheidendsten Rechtslehrer und die Rechtssprechung der höchsten Gerichte haben sich übereinstimmend dahin entwickelt, dass ein wirkliches Züchtigungsrecht in diesem Strafausschlussgrunde nicht zu erblicken sei<sup>2)</sup>. — Verschwunden ist schliesslich der Gedanke

<sup>1)</sup> Vgl. u. a. schon die Visitations- und Consistorialordnung von 1573, ferner die Verordnung von 1683 (Myl. I Abt. I Sp. 290 u. 406) und viele Gesindeordnungen. Der Jetztzeit nahe steht besonders „der Kgl. Regierung in Pommern renovierte Gesinde- usw. Ordnung“ von 1669, gedr. zu Greiffswald von Matthaeo Doischern, der Universität Buchdrucker, die für das bald darauf zum Teil brandenburgisch werdende Pommern in Tit. I § 1 ein Verbot der Arbeit während des Gottesdienstes, im § 2 der Frondienste zur gleichen Zeit aufstellt und im § 3 sogar den Ausschank von Bier oder Wein in den betreffenden Stunden untersagt.

<sup>2)</sup> So das Reichsgericht, das Obertribunal, das Kammergericht, der Oberste Gerichtshof in Bayern, und Koch, Lindenberg, Nussbaum.

einer Verteidigungspflicht, ebenfalls, weil er nur im patriarchalischen Kreise verwirklicht werden konnte.

Dagegen bleibt auch auf der neuen Grundlage des freien Arbeitsvertrages Raum für die Fürsorge durch tüchtige Kost und für die Pflicht einer Pflege des erkrankten Gesindes. So sehr ferner eine Pflicht, dem Gesinde noch im späteren Leben die Wege zu ebnen, mit dem Untergang des väterlichen Gewaltverhältnisses den Boden verliert, so sehr wird andererseits das Verbot einer Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens und einer Verhinderung des pekuniären Aufschwungs der Gesindeleute zur Selbstverständlichkeit, sobald ihre Bindung an den Herrn auf nichts weiter beruht als ihrem freien Willen. So wird denn vor allem mit dem alten Institut der Lohntaxe gebrochen und die Höhe des Lohnes wieder freigegeben. Das war vielleicht der schwerste Stoss, der das patriarchalische Gesindewesen treffen konnte. Dem Spiel der Kräfte war kein Riegel mehr vorgeschoben, der Tüchtige konnte es zu etwas bringen, und wer an einer Stelle schlecht behandelt wurde, der löste seinen Vertrag und suchte nach Besserem.

Mit einem Schläge vollzog sich dies nicht. Die Zeit des ALR. bezeichnet aber doch bereits den kritischen Punkt. Nachdem noch 1779 ein sehr scharfes Publikandum gegen das Überschreiten der Taxen gerichtet war, nimmt elf Jahre später, dem ALR. vorangehend, ein besonderes Edikt vom 26. Juli 1790 diesem eigentümlichen Rechtsinstitut seinen Stachel, indem die Strafen für zu hohen Lohn beseitigt, teilweise eingeschränkt werden. Was das für eine Bedeutung hatte, erhellt am besten daraus, dass nach den Berichten von Bergius und Krünitz schon zuvor trotz aller Strafen die Nichtbeachtung der Taxen etwas Häufiges gewesen ist<sup>1)</sup>. So war die Bindung an die gesetzlichen Maxima, die noch dem ALR. innewohnte, fast nichts mehr wie ein theoretisches Gebilde, und auch zu dessen Umsturz war bereits der erste Schritt getan mit dem Satze: „Wo keine gesetzliche Bestimmung vorhanden ist, hängt dieselbe wegen des Lohnes und Kostgeldes von dem bei Schliessung des Mietcontractes getroffenen Über-

<sup>1)</sup> Kollmann S. 252.

einkommen ab“. Das hat dann die Gesindeordnung von 1810 nur noch verallgemeinert, indem sie sagte: Der Lohn und das Kostgeld hängt ohne Ausnahme bloss von freier Übereinkunft ab (§ 35 ALR., § 32 GO.).

Doch genügte die Erschliessung einer reichlicheren Geldquelle, damit des Weges zu neuzeitlichem, wirtschaftlichem Fortkommen allein noch nicht, um die Ziele des Gesetzgebers auf dem Gebiete der Fürsorgepflicht ganz zu erreichen. Das Bestreben mancher Herrschaft, für eine Kündigung sich durch schlechte Zeugnisse zu rächen oder ein Mehr an Lohn durch Härte in anderen Punkten wieder einzubringen, liess sich voraussehen. Darum sollte auch ehrliche Zeugniserteilung und gute Beköstigung gesetzlich gesichert und polizeilich kontrolliert werden. So wird zum Gesetze, dass das Gesinde, wenn ihm in dem „Abschiede“ Beschuldigungen zur Last gelegt werden, die sein weiteres Fortkommen hindern könnten, auf richterliche oder polizeiliche Untersuchung antragen und gegen eine falsch zeugende Herrschaft jeden Schaden einklagen darf. Hinsichtlich der Nahrung bestimmt das ALR. und sein Entwurf zunächst nur: Ist auch Kost versprochen worden, so muss selbige in den jedes Orts gewöhnlichen Speisen bis zur Sättigung gegeben werden. 1810 wurde dann der weitere Satz hinzugefügt, dass offenbar der Gesundheit nachteilige und ekelhafte Speisen die Dienstboten nicht könnten anzunehmen gezwungen werden und dass die Polizeiobrigkeit bei etwaigem Streit Menge und Beschaffenheit der Beköstigung festzusetzen habe (E. §§ 88, 135 ff., 98, ALR. §§ 83, 172 ff., auch 97, GO. §§ 83, 172 ff., 97).

Vor allem aber wird jetzt als das wichtigste Gut der arbeitenden Klasse die Gesundheit erkannt, und die dem Guts herrn in dieser Rücksicht auferlegten Pflichten sind im Laufe des 19. Jahrhunderts so sehr in den Vordergrund getreten, dass sie nunmehr den Begriff der Fürsorgepflicht fast allein auszufüllen bestimmt sind, während alles übrige dahinter zurücktritt. Die gesetzlichen Wurzeln sind hier nicht minder wie in den vorangehend besprochenen Partien bereits bei Svarez und seinen Werken zu finden. Der Satz „Die Herrschaft muss dem Gesinde nicht mehrere noch schwerere Dienste zumuten, als das Gesinde nach seiner Leibesbeschaffenheit und seinen Kräften ohne Verlust

seiner Gesundheit bestreiten kann“ hat seinen Weg von dem Entwurf des Jahres 1784 in wörtlichem Bestande über das ALR. zur Gesindeordnung genommen, und wenn wir im Bürgerlichen Gesetzbuch des 20. Jahrhunderts zwar einer anderen Fassung in den Worten begegnen: „Der Dienstberechtigte hat Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben oder Gesundheit so weit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistungen es gestattet“, so erkennen wir doch, dass der Gedanke nichts Originelles enthält, sondern auf die grosse preussische Kodifikation zurückführt<sup>1)</sup>.

Nicht minder kann das ALR. Anspruch darauf erheben, Vorläufer eines zweiten als „sozial“ bezeichneten Paragraphen des heutigen Dienstvertrages zu sein. Wie der Herr von vornherein schon alle Vorkehrungen treffen muss, um Störungen der Gesundheit möglichst auszuschliessen, so soll er auch, wenn trotzdem der Dienstleistende krank geworden ist, mit Rat und Tat zur Hand sein. Dazu gehört allerdings eine gewisse Innigkeit des Bandes, welches beide umschliesst, aber dies engere Band ist jetzt nicht mehr das alte patrimoniale Untertanenverhältnis. Im Bürgerlichen Gesetzbuch hat man es „häusliche Gemeinschaft“ genannt. Zwischen dem Gesindeherrn und seinen Leuten besteht als wirklich entscheidend das gleiche Charakteristikum. Zwar enthält das ALR. nicht eben diese Worte, aber der ganze Aufbau seines zweiten Theiles, aufsteigend vom engsten Kreis der Familie bis zum Staat als dem weitesten Verbands der Menschen, zeigt uns das Gesinde als eingeschlossen in das häusliche Gemeinwesen; das ist dann durch die Gesindeordnung von 1810 keineswegs geändert worden, vielmehr hat sich dieses Charakteristikum so sehr eingebürgert, dass wir es jetzt als wichtigstes Merkmal zur Abseheidung des Gesindes vom blossen Feldarbeiter oder landwirtschaftlichen Tagelöhner aufzustellen gewohnt sind. So

<sup>1)</sup> Vgl. E. § 89, ALR. 85, GO. 85, BGB. 618 I. Letzteres hat den § der GO. aufgehoben; vgl. Lindenberg, Das preuss. Gesinderecht, 6. Aufl. 1901 S. 85. Unmittelbares Vorbild für BGB. war nicht die GO., sondern § 120 a und c der Gewerbeordnung, Fass. vom 1. Juni 1891; vgl. Prot. II. Lesung, 2 290.

steht zwischen der Zeit, wo den Herrn höchstens der eigene Nutzen dazu trieb, sein menschliches Arbeitsmaterial, die Hofleute, bei gesunden Kräften zu erhalten, und dem Satz des neuen Reichsrechts: „Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren“ (§ 617 BGB. gekürzt), als ein Bindeglied das Gesinderecht an der Wende des 18. zum 19. Jahrhundert. Übrigens haftet der Krankenfürsorge des Gesindeherrn dieses Wesen als eines Übergangsgebildes noch insofern an, als die Pflichten der Herrschaft eingehender geregelt, weiter ausgedehnt sind als beim allgemeinen Dienstvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Denn dieser Unterschied ist aus einer Reminiscenz an die engste Zusammengehörigkeitsform, die patriarchalische, zu erklären, die im Gesinderecht noch nicht gänzlich überwunden ist.

Im einzelnen sind folgende Fälle schon im Entwurf von 1784, dann im ALR. und schliesslich in der jüngsten Gesindeordnung geschieden. Erstens. Wenn sich ein Dienstbote seine Erkrankung „durch den Dienst oder bei Gelegenheit desselben“ zugezogen hat, so hat ihm die Herrschaft ohne Abzug vom Lohne Kur und Verpflegung bis zur Genesung, aber nicht über das Ende des ganzen Dienstverhältnisses hinaus zu gewähren. Zweitens. Bei ausserdienstlicher Erkrankung wird billigerweise dem Dienstherrn nur eine mildere Haftung zugemutet; gerade dabei zeigt sich eine patriarchalische Spur. Nur dann nämlich, wenn der Erkrankte keine Verwandten in der Nähe hat, die gesetzlich zu seiner Unterstützung verpflichtet und pekuniär dazu fähig sind, greift ergänzend die väterliche Sorgepflicht des Gutsherrn ein. Auch inhaltlich ist sie beschränkter, denn hier darf der für die Kurkosten verausgabte Betrag in Abzug gebracht werden; wir sahen schon, dass dieser Abzug nach dem Entwurf sich auch auf alten rückständigen Lohn erstrecken konnte, dass aber nach Svarez' Rat ein Zusatz eingeschoben wurde, der nur den laufenden Lohn für verhaftet erklärte (S. 200). Zwischen Entwurf und Landrecht selbst steht

auch noch eine weitere Änderung. Für den Fall einer Weigerung der an erster Stelle pflichtigen Verwandten gab der Entwurf eine Bestimmung nicht. Die Folge wäre gewesen, dass hart-herzige Herren ihre ausserdienstlich erkrankten Leute hätten sofort vom Hofe jagen können, ehe diesen anderswo eine private Unterkunft eröffnet worden wäre. Darum fügt das endgültige Gesetz und mit ihm die Gesindeordnung hinzu, dass bei solcher Lage die Herrschaft wenigstens „einstweilen und bis zum Austrage der Sache mit Vorbehalt ihres Rechts“ die Fürsorgepflicht zu übernehmen habe. Allerdings ist mit dem Ende des Kontrakts auch in dem zweiten Falle jede Pflicht des Herrn am Endpunkt angelangt; wenigstens die „äussere“ Verbindlichkeit, wie das Staatsgesetz jener Aufklärungszeit glaubte sagen zu müssen, um an die weiterreichenden Gesetze der Moral (und damit wiederum an patriarchalisches Sorgen) zu erinnern. Drittens. Auch die Rechtspflicht wird über die Dienstzeit hinaus erstreckt in den besonderen Fällen, da der Diensthofe auf spezielle Weisung die krankheitszeugende Handlung vorgenommen hat, oder da die Erkrankung geradezu durch Verschulden der Herrschaft veranlasst worden ist. Besteht das letztere gar in einer Misshandlung der Leute ohne ein grobes konkurrierendes Verschulden von ihrer Seite, so ist der Herr zur vollständigen Schadloshaltung nach den allgemeinen Grundsätzen verpflichtet<sup>1)</sup>.

Ein wohlgegliedertes System sehen wir derart vor uns, und damit ist in der Hauptsache die Tätigkeit des preussischen Gesetzgebers auf dem Spezialgebiete der Fürsorgepflicht des Gutsherrn für sein Gesinde zum Stillstand gekommen. Hat man auch das, was damals geschaffen wurde, keineswegs kritiklos hingegenommen, so ist es doch ein glänzendes Zeichen für die

---

<sup>1)</sup> Entw. §§ 90—97, ALR. und GO. §§ 86—96. Die Krankheit des Gesindes spielt ferner eine Rolle als Auflösungsgrund. Der Diensthofe kann bei schwerer Erkrankung den Dienst ohne Kündigung aufgeben. Dagegen hat die Herrschaft das Recht zu sofortiger Entlassung, wenn das Gesinde sich durch liederliche Aufführung eine ansteckende oder ekelhafte Krankheit zugezogen hat. Auch Schwangerschaft ist Entlassungsgrund. Vgl. §§ 142, 128, 133 GO. Bei Erkrankung des Nebengesindes ordnet § 60 eine gegenseitige Vertretungspflicht an, auch ein Restchen patriarchalischer Wirtschaft, das heute in den Städten kaum noch durchzuführen ist.



Tüchtigkeit der Arbeit von 1784, 1794 und 1810, dass sie entgegen den früheren Jahrhunderten mit ihren ewig wechselnden Gesindeordnungen, das raschlebige neunzehnte Jahrhundert überdauert hat. Mancher Ansturm hat sich gegen das so geschaffene Gesinderecht erhoben, und mancher Stein ist auch vom Bau gelöst worden durch die Hochflut der Gesetze, welche das neue deutsche Reich gezeitigt hat. Aber die Grundmauern stehen noch.

## VII.

Diese Dauerhaftigkeit wurde dadurch ermöglicht, dass das Zeitalter des Allgemeinen Landrechts und der Befreiungskriege einen ausgesprochen fortschrittlichen Charakter an sich trug. Der Gesetzgeber war den Anschauungen der interessierten Kreise vorangeeilt und hatte damit auf lange Zeit einen Vorsprung gewonnen. Das wird am besten klar, wenn man sieht, wie die herrschenden Klassen sich keineswegs sofort an die neuen Zustände gewöhnen wollten und von verschiedenen Richtungen her noch mehrere Jahrzehnte lang sich Stimmen des Widerspruchs erhoben. Nicht verkannt soll dabei werden, dass andererseits die plötzlich gewonnenen Freiheiten auch manchen Übermut des Dienstvolks gezeitigt, manche Klage der Herrschaft zu einer mehr als berechtigten gestempelt haben mag.

Ein lebhaftes Zeugnis von der Denkweise, die im ersten Jahrzehnt nach dem Inkrafttreten des Landrechts auf dem Gebiete des Gesindewesens bestand, bildet die Schrift des Königlich Preussischen Geheimen Stiftsrats Brennecke<sup>1)</sup>. Sie ist mit nichten ein Meisterwerk. Fast alle Gedanken sind keine neuen, sondern bei anderen älteren Schriftstellern bereits heimisch. Das wird insbesondere auch von den

---

<sup>1)</sup> Vgl. schon oben S. 192. Geschrieben ist der Aufsatz Brenneckes nach dem Vorwort bereits 1803. Hauptsächlich beeinflusst scheint der Verfasser durch Krünitz und Heinsius. Das Werk des letzteren erwähnt er ausdrücklich S. 49 als Vorbild. Ich selbst konnte kein Exemplar auffinden. Nach einer Mitteilung des Berliner Auskunftsbureaus ist die Schrift in keiner der grösseren Bibliotheken vorhanden. — Zum Folgenden vgl. bei Brennecke S. XII (Kleiderordnung), S. 30 (Züchtig.), 33 ff. (Altersfürsorge), 59 ff. (Brief des Landpred.), 86 (des Ökonomen).

Vorschlägen zu gelten haben, die auf eine Invaliditätsversorgung des Gesindes hinarbeiten. Wir fanden die Anfänge dazu bei Möser, was jetzt noch als neu und moderner hinzukommt, dürfte aus Heinsius entnommen sein. Denn Brennecke selbst zeigt recht geringes Verständnis für Fortschritt und Aufklärung. Er hofft noch, die Putzsucht der Mägde durch eine detaillierte Kleiderordnung zu ersticken. Er tritt sogar für öffentliche Züchtigung unbotmässiger Dienstboten ein, „welches wegen der damit verbundenen Schande gewiss einen grossen Eindruck machen würde“. So klingt es denn auch hinsichtlich der Altersfürsorge ganz gut und ganz nach der heutigen Invalidenversicherung, dass allen drei Faktoren, „dem Staate, den Herrschaften und dem Gesinde selbst an möglicher Verbesserung des Gesindes gelegen sein muss“ und dass daher „alle vereint“ zur Errichtung der geplanten Versicherungsanstalt mitwirken müssten. Aber wie baut das Brennecke aus? Die Beiträge soll das Gesinde allein bezahlen! Will es nicht, dann hat die Herrschaft einzugreifen, aber nicht in ihre eigne Tasche, vielmehr müsse man dann „den sämtlichen Herrschaften von Obrigkeit wegen zur Pflicht machen, diese Abgaben — von dem versprochenen Lohne an den Rendanten alle Vierteljahre zu entrichten“. Nur ganz leise und in verschwommenen Ausdrücken wird eine Beitragspflicht des Dienstherrn in Aussicht gestellt, am deutlichsten ist noch der Satz: „Im Falle sich die Herrschaften weigerten, zur Kasse beizusteuern, so würden sie sich vielleicht nicht weigern, zur Erhaltung der erforderlichen Offizianten (Beamten) beizusteuern“.

Wie guten Grund der Verfasser zur Zurückhaltung in diesem Punkte hatte, das zeigt der Brief eines Landwirts an ihn, den er mit zum Abdruck bringt. Dieser billigt den Plan der Versicherungsanstalten, ist jedoch gleich eifrig dabei, einer etwaigen Belastung der Herrschaft von vorneherein einen Riegel vorzuschieben. Die Andeutungen Brenneckes veranlassen ihn, ganz kleine Beiträge zu empfehlen, auf dass nicht die Beitragspflicht „direkte oder indirekte“ auf die Herrschaft abgeschoben werde. Einen tieferen Blick noch lässt uns das Schreiben eines Landpredigers tun, dem Brennecke ebenfalls seine Projekte vor der Drucklegung unterbreitet hatte. Er hebt in dem Tone an,

der den Gesindeordnungen des 17. Jahrhunderts eigentümlich war, indem er versichert, dass der Klagen „über arglistiges, träges, widerspenstiges und unverschämtes Gesinde auf dem Lande weit mehrere sind als in den Städten“; den Vorschlag, durch öffentliche Institute für den Lebensabend der Dienstboten zu sorgen, lehnt er entschieden ab, die Einwohner des Dorfes „wissen ihre Pflicht gegen Notleidende“ und werden den Alten und Kranken schon die nötige Unterstützung zuteil werden lassen; und er schliesst seine im 19. Jahrhundert geschriebenen Zeilen mit den mittelalterlichen Worten: „Gegen Rindviehseuche, Schafräude, Hundswut und dergleichen hat man treffliche Mittel gefunden. Sollte das schleichende und so oft be-seufzte Übel des Gesindeunwesens nicht einer ernstlichen Be-achtung wert sein?“

Unbeirrt durch solche Stimmungen ist die Regierung den Weg ihres Reformprogramms gegangen. Der Bauer wurde frei, der freie Gesindevertrag gewann damit ganz ausserordentlich an Bedeutung. Wurde doch noch im Jahre 1811 aus Preussen an den Staatskanzler von Hardenberg berichtet, dass an manchen Orten der Gutsbesitzer überhaupt kein Gesinde halte, sondern alle Feldarbeit durch die Dienste seiner Bauern zu bewältigen gewohnt sei<sup>1)</sup>. Diese Untertanendienste mussten jetzt verschwinden. An der Spitze steht das Edikt vom 9. Oktober 1807 mit seinen kurzen, schlagenden Sätzen: „Mit der Publikation der gegenwärtigen Verordnung hört das bisherige Untertänigkeitsverhältnis derjenigen Personen und ihrer Weiber und Kinder, welche ihre Bauergüter erblich oder eigentümlich, oder erbzinsweise, oder erbpachtlich besitzen, gänzlich auf“. „Mit dem Martinitage 1810 hört alle Gutsuntertänigkeit in Unsern Staaten auf. Nach dem Martinitage gibt es nur freie Leute“. Gleichzeitig bedeutete das die Beseitigung des Gesindedienstzwanges für die Untertanenkinder. Noch wenig Wochen zuvor hatte eine Gruppe ostpreussischer Adliger gegenüber der bevorstehenden Bauernbefreiung darauf hingearbeitet, gegen die Freiwerdenden wenigstens noch dieses seltsame Mittel eines

<sup>1)</sup> Vgl. G. F. Knapps grundlegendes Werk: Die Bauernbefreiung und der Ursprung der Landarbeiter in den älteren Teilen Preussens, Leipzig 1887 S. 270 f.

erzwungenen Gesindevertrages zu verwenden: In einer neuen Gesindeordnung sollte festgelegt werden, dass jeder vor dem Abzug zwei Jahre als Junge oder Mädchen und weitere drei Jahre als Knecht oder Magd zu dienen habe. Aber der Staatsminister erwidert auf diese Eingabe kurzerhand, dass „der vorgeschlagene Dienstzwang auf eine neue temporäre Untertänigkeit hinauslaufen würde, und also nicht stattfinden könne“. Für die besonders verwickelten Verhältnisse in Schlesien ergeht sogar ein eigenes Publikandum am 8. April 1809, das ausdrücklich für aufgehoben erklärt „das Recht des Gutsherrn zu verlangen, dass alle Kinder der seitherigen Untertanen drei Jahre lang gegen das Zwangsgesindelohn auf dem herrschaftlichen Hofe dienen“<sup>1)</sup>.

So verschwindet die Untertänigkeit und damit diejenige Fürsorgepflicht der Herrschaft, die dem Landrechtstitel vom Bauernstande einverleibt war (vgl. oben S. 202). Aber die andere Art der Fürsorgepflicht, die das Landrecht nur dem städtischen Dienstboten zugesprochen hatte, insbesondere das vorgehend geschilderte System der Krankheitspflege, rückt mit seinen weit günstigeren Bedingungen an die Stelle, denn die jüngste Gesindeordnung von 1810 gilt, wie schon erwähnt, in gleicher Weise für Stadt und Land.

Erneut regt sich der Widerspruch. Wie schwierig die Bauernbefreiung durchzuführen war, ist zur Genüge bekannt<sup>2)</sup>. Auf dem Parallelgebiet des neuen Gesinderechts ging auch nicht alles nach Wunsch. Bald werden Änderungen des Gesetzes verlangt, bald seine Auslegung in möglichst rückschlagendem Sinne versucht.

So beantragt die ökonomische Gesellschaft zu Bedra eine erhebliche Umgestaltung der Krankenfürsorge nach folgenden Grundsätzen: 1. Falls der Dienstbote sich die Krankheit „bei Verrichtung der nach Vertrag und Ortsgebrauch ihm obliegenden gewöhnlichen Dienste“ zugezogen hat, haftet die Herrschaft

<sup>1)</sup> Vgl. Knapp II S. 159 Ziff. 5, 161 oben, 175 b und d, auch 171; I S. 130 f.

<sup>2)</sup> Bei Knapp vor allem II S. 270 ff., 398 ff., 402 ff., I S. 147 ff. Vgl. auch Bornhak, Preuss. Staats- und Rechtsgeschichte, 1903 S. 329, 368 f. und in Preuss. Jahrbüch. 61, 278 ff.

nur, wenn die Erkrankung „durch ihre Schuld“ entstanden ist. Überdies ist das Gesinde für das Vorliegen der Schuld beweispflichtig. [Dagegen legt die Gesindeordnung bei dienstlicher Erkrankung dem Herrn ohne weiteres Kur und Pflege auf und verschärft dies für den Fall des Verschuldens (oben S. 207)]. 2. Nur, wenn es sich um eine Krankheit handelt, die sich der Dienende „durch Verrichtung von ausnahmsweise verlangten mehreren schweren oder ausserordentlichen Diensten zugezogen hat, haftet die Herrschaft auch beim Fehlen einer Verschuldung. [Nach der Gesindeordnung ist dies ebenfalls ein Fall qualifizierter Haftung.] 3. In jedem Falle aber kann die Herrschaft ihre Auslagen auf Heller und Pfennig erstattet verlangen, ist also der Selbsthaftung ledig, wenn der Dienstbote „durch eigene Schuld“ erkrankt ist. Ja er muss dann sogar „seine gewöhnlichen Dienste, wie sie nach dem Dienstvertrage und nach Ortsgewohnheit ihm obliegen, auf seine eigenen Kosten verrichten lassen“. Jede Schuld, auch geringes Versehen des Gesindes, raubt ihm danach seine Ansprüche. [Die Gesindeordnung schweigt über das Problem des konkurrierenden Verschuldens, hat aber keinesfalls eine solche Konkurrenz gewollt.]

Der Revisionsminister von Kamptz (1832 bis 1842) lehnte diesen Antrag ohne näheres Eingehen ab und bestätigte damit erneut das fortschrittliche Programm der Regierung<sup>1)</sup>. Dieses kommt auch noch anderweit zur Erscheinung. Wiederholt wird auf eine gesündere Anlage der Gesindehäuser und sogenannten Arbeiterkasernen der grösseren Güter gedrungen, ihr baulicher Zustand soll gebessert, die Feuchtigkeit beseitigt, die dumpfe Luft durch geeignete Ventilation bekämpft und für den Ausbruch von Epidemien ein besonderer heizbarer Raum zur Aufnahme des kranken Gesindes vorgesehen werden. In diesem Sinne ergehen z. B. für Schlesien Verordnungen im Jahre 1820, 1831 und 1857<sup>2)</sup>. Ferner wird in Grossstädten die Begründung besonderer öffentlicher Krankenanstalten für die Dienstboten

<sup>1)</sup> Vgl. Rönne a. a. O. S. 383 rechts a. E.

<sup>2)</sup> Verordn. v. 6. Jan. 1820 für Breslau (Amtsblatt der Kgl. Regierung zu Breslau S. 5), v. 5. Febr. 1820 für Oppeln (Amtsblatt der Kgl. Regierung zu Oppeln S. 50); Bekanntmachung v. 21. Jan. 1831 (A. d. Kgl. R. z. Br. S. 28); Verordn. v. 1. April 1857 (eod. Jahrg. 1857 S. 118).

befördert<sup>1)</sup>. Vor allem aber füllt das Gesetz über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 31. Dezember 1842, das Vorbild des heutigen Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz, diejenige Lücke aus, welche in der Fürsorge für hilfsbedürftiges Gesinde nach der Gesindeordnung von 1810 noch geblieben war. Auch da, wo letztere die fast ganz privatrechtlich gewordene Pflegepflicht des Gutsherrn aufhören lässt, wird nunmehr durch öffentliches Recht systematisch für den kranken Knecht, die hilflose Magd gesorgt, und auch die Witwen und Waisen (§§ 17 ff.) werden in fürsorgenden Schutz genommen. Bei den Beratungen des Gesetzes wurden die Grenzen der bisherigen Fürsorgepflicht des Gesindeherrn erneut geprüft (vgl. § 1 des Ges.). Das Gesetz selbst kann ihn ebenfalls treffen, aber nicht in seiner privaten Rolle als Gesindeherr, sondern nur als den Vertreter eines selbständigen Gutsbezirks; denn neben den Gemeinden stehen nach dem Armengesetz als Träger der öffentlichen Fürsorgepflicht diejenigen Gutsherrschaften, „deren Güter nicht im Gemeindeverbande sich befinden“ (§§ 5, 32)<sup>2)</sup>.

Ein Beispiel des Versuchs, im Wege der Gesetzesauslegung die neu geschaffene Lage des ländlichen Gesindes wieder einzuengen, bilden die Bestrebungen nach Beibehaltung des alten Züchtigungsrechts. Schon vor der Übertragung des modernen Gesinderechts auch auf die landwirtschaftlichen Dienstleute durch die Ordnung von 1810 beabsichtigte der König eine Milderung der Zuchtgewalt, da diese sich noch nach dem Anhang zum Landrecht im Gebrauch der Lederpeitsche zeigen durfte. Doch entschloss er sich auf Rat des Staatsministers Grafen zu Dohna und des Grosskanzlers Beyme davon Abstand zu nehmen und erliess daher 1809 an die Genannten die Kabinettsordre: „Ich genehmige hierdurch Euren Antrag, die von Mir beabsichtigte Einschränkung des Züchtigungsrechts der Gutsherrschaft noch so lange auszu-

<sup>1)</sup> Kab.-O. v. 9. Aug. 1827 (v. Kamptz, Annalen, Bd. 11 S. 697 f.).

<sup>2)</sup> Gesetzsammlung Jahrg. 1843 S. 8—14. Ferner Ergänzungsgesetz v. 21. Mai 1855 Art. 5 (GS. S. 313) nebst Zirkularerlass v. 24. April 1856 (Min.-Bl. d. inn. Verw. 1856 S. 125). — Über die Beratung des Entwurfs und sein Verhältnis zur Ges.-O. vgl. Rönne a. a. O. S. 384 links.

setzen, bis eine bessere Polizei auf dem Lande eingeführt ist und gewärtige alsdann Eure weiteren Anträge“<sup>1)</sup>. Diese Schlussworte sind dann benutzt worden, um ungeachtet der inzwischen erlassenen allgemeinen Gesindeordnung auch fernerhin das Züchtigungsrecht zu erhalten. Sogar der Justizminister von Kircheisen schliesst sich dem in einem Schreiben von 1812 an, indem er auf eine Anfrage des Oberlandesgerichts zu Glogau erwidert: „Da die weiteren Anträge . . . . noch nicht erfolgt sind und die Gesindeordnung vom 8. November 1810 in Beziehung auf das ALR. nur an die Stelle der Anordnungen T. II Tit. 5 §§ 1—176 getreten ist, so erledigen sich durch die mitgeteilte Kabinettsordre die von dem Königlichen Oberlandesgericht aufgestellten Zweifel“<sup>2)</sup>. Erst 1832 tritt ein Umschwung ein, und übereinstimmend erklären ein Reskript des Justizministers und ein Reskript des Ministers für Inneres und Polizei, dass nach dem bestimmten Wortlaut im Eingang der Gesindeordnung das Züchtigungsrecht nach Landrecht aufgehoben sei und jedes Vorgehen der Herrschaft gegen ihre Leute höchstens im Rahmen des § 77 der Gesindeordnung entschuldigt werden könne<sup>3)</sup>.

Nun wurde der weitere Versuch gemacht, da das ALR. verschlossen war, auf polizeilichem Wege eine Verschärfung über diesen § 77 hinaus zu ermöglichen. Auch hier ging man bis zum Minister hinauf. Aber dieser verhielt sich gleichfalls ablehnend gegenüber solcher Interpretation; er bestätigte durch Reskript vom 7. November 1833 den Bescheid, den die Königliche Regierung zu Posen als zweite Instanz dahin erlassen hatte, „dass die Zuwiderhandlungen des Gesindes gegen die Gesindeordnung vom 8. November 1810 nur nach den Strafbestimmungen abgeurtheilt werden dürfen, welche in diesem Gesetze selbst vorgeschrieben sind und dass wir keine Befugnis haben, diese Strafbestimmungen entweder zu verschärfen oder

<sup>1)</sup> KO. v. 7. Nov. 1809 (v. Kamptz, Jahrbücher f. d. pr. Gesetzgebung u. Rechtsverwalt., I S. 281).

<sup>2)</sup> Abgedr. bei C. Th. E. Heinze, Die Preuss. GO., 5. Aufl. Liegnitz 1833 S. 46 f.

<sup>3)</sup> R. v. 9. Nov. 1832 (Jahrb. XL S. 418), R. v. 26. Nov. 1832 (v. Kamptz, Annalen XVI S. 973). Über § 77 GO. vgl. oben S. 203 a. E.

durch Polizeistrafen ersetzen zu lassen“<sup>1)</sup>. Etwas über 20 Jahre später ergeht allerdings das bekannte Gesindestrafgesetz vom 24. April 1854, aber es baut sich bereits durchaus auf dem Gedanken des staatlichen Strafrechts auf und ist in keiner Weise als ein gesetzlicher Rückhalt für ein Züchtigungsrecht des Dienstherrn aufzufassen; daran ändert auch die Abhängigkeit von einem Antrag der Herrschaft nichts, denn die Idee des Antragsdelikts ist selbständig erwachsen, nicht etwa auf dem Boden patriarchalischer Wirtschaft<sup>2)</sup>.

So sehen wir, wie aller Widerstand gegen die neue Regelung der Gesindefürsorge bereits in der ersten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts gebrochen wird. Streitfragen bleiben freilich darüber hinaus und haben sich zum Teil bis auf den heutigen Tag erhalten, so über die rechtliche Konstruktion des eben erörterten § 77, über die Bedeutung des konkurrierenden Verschuldens bei der Krankenfürsorge, über die Grenzen des Lohnabzugs bei der Verpflegung eines ausserdienstlich Erkrankten. Aber diese Kontroversen tragen nicht mehr das Merkmal eines grossen wirtschaftlichen Kampfes, sie sind niedergesunken auf das Niveau der Einzelstreitfragen, jede für sich allein bestehend, ohne Zusammenhang mit einer sie alle gemeinsam beherrschenden Grundidee, wie eine solche in der ersten Hälfte des verflossenen Jahrhunderts immerhin noch zu spüren war.

## VIII.

Dagegen bringt die zweite Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts eine Fülle neuer Probleme. Zwei grosse Gesetzgebungswerke sind mit der alten Gesindeordnung von 1810 in Konkurrenz getreten, das Bürgerliche Gesetzbuch und die

<sup>1)</sup> Vgl. v. Kamptz, Annalen XVII S. 1000. Auch noch in anderer Hinsicht gewinnt der strenge Anschluss an den Wortlaut des § 77 die Oberhand. Es war die Frage aufgetaucht, ob das der Herrschaft gewährte Recht auf die Familienangehörigen oder auf Wirtschaftsvorsteher zu übertragen sei. Das Obertribunal verneinte in wiederholten Entscheidungen. Vgl. Golt-dammers Archiv I S. 572, II S. 543, III S. 255.

<sup>2)</sup> Ges. v. 24. April 1854, betr. die Verletzungen der Dienstpflichten des Gesindes und der ländlichen Arbeiter (GS. S. 214 ff.).



Gruppe der Versicherungsgesetze. Beide lassen das Gesinderecht sein eigenes Leben weiterführen, namentlich auch das Bürgerliche Gesetzbuch, aber gerade darum erwachsen Schwierigkeiten<sup>1)</sup>.

Am wenigsten auf dem Gebiete der Invalidenversicherung. Denn wenn auch deren Grundgedanken gerade im Rahmen des Gesindewesens zum ersten Male aufgetaucht sein dürften (vgl. S. 191, 210), ist es doch zu einem gesetzlichen Niederschlag in den Gesindeordnungen, insbesondere auch der letzten vom Jahre 1810, nicht gekommen, und darum fehlt es an einer Konkurrenz zwischen dem allgemeinen Versicherungsgesetz und der speziellen Ordnung für einen einzelnen Stand. Dementsprechend belastet die Invalidenversicherung auch nicht den Gutsherrn als den Herrn des Gesindes, sondern als Arbeitgeber schlechthin.

Im Rahmen der Fürsorge für einen Unfall treffen dagegen alle drei Gesetze zusammen; die Gesindeordnung mit ihrem System der Krankheitspflege, welche natürlich die Erkrankung durch Unfälle mit umfasst; das Bürgerliche Gesetzbuch mit seinen sozialen Regeln für den Dienstvertrag, welche gefahrlose Einrichtung der Arbeitsräume und Gerätschaften zur Verhütung von Unfällen anbehehlen, mit seiner Haftung für Tiereschaden und seinem allgemeinen Grundsatz über konkurrierendes Verschulden; die Versicherungsgesetzgebung in ihrem eigenen Gesetz für die „in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen“. Doch haben sich nennenswerte Kollisionen zwischen diesen verschiedenen Fürsorgebestrebungen nicht ergeben, die Abscheidung der drei Gesetze vollzieht sich im grossen und ganzen leicht.

Im Gegensatz dazu herrscht völlige Verwirrung für die Lage bei gewöhnlicher, nicht durch Unfall gezeitigter Krankheit. Die Krankenversicherung ist freilich für das Gesinde noch nicht obligatorisch geworden, aber sie ist doch zugelassen<sup>2)</sup>, und wo ein Dienstbote von diesem Rechte Gebrauch macht

<sup>1)</sup> Vgl. Art. 95 EG. z. BGB. Daneben treffen noch andere Gesetze mit der Gesindeordnung zusammen. So ist es z. B. bis jetzt umstritten, ob der § 77 GO. durch die neuen Strafgesetzbücher Preussens und des Deutschen Reichs beseitigt ist oder nicht.

<sup>2)</sup> Vgl. Krankenversicherungsgesetz i. d. Fassung v. 10. April 1892 § 4 Abs. II (RGBl. S. 421).

und der Versicherung beitrifft, entstehen sogleich eine Reihe schwieriger Fragen, namentlich über die Abrechnung zwischen Herrschaft und Kasse und über die Rechtsbeständigkeit von Verträgen, welche die Beitragszahlung teilweise dem Gesinde, teilweise dem Herrn auferlegen. Die grösste Schwierigkeit liegt aber in dem Verhältnis der Gesindeordnung zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Es ist nämlich durch den Art. 95 des Einführungsgesetzes nicht etwa das Gesinderecht in seiner völligen Reinheit erhalten worden, vielmehr hat man aus den Paragraphen, welche im Bürgerlichen Gesetzbuch den allgemeinen Typus des „Dienstvertrages“ regeln, einen Strauss der wichtigsten herausgenommen und erklärt, dass diese Sätze auch auf den besonderen Typus des Gesindevertrages angewendet werden sollen. Darunter befindet sich der § 617, der zwar in seinen Wurzeln auf die Krankheitsfürsorge des Gesinderechts zurückreicht (vgl. S. 206 f.), aber in seiner endgültigen Gestalt doch manche Abweichung zeigt. Seine Herübernahme wäre nicht gefährlich, wenn man ohne weiteres bestimmt hätte, dass er an die Stelle des entsprechenden Gesindeordnungsparagraphen treten solle. Dem ist aber nicht so. Vielmehr wurde noch in letzter Stunde, durch den Reichstag, der Zusatz eingeschoben, dass der § 617 im Gesinderecht nur insoweit gelte, „als die Landesgesetze dem Gesinde nicht weitergehende Ansprüche gewähren“.

Bei der Prüfung dieser Worte heben die Verwickelungen damit an, dass die altpreussische Gesindeordnung selbst schon, wie oben ausgeführt, verschiedene Abstufungen der Fürsorgepflicht kennt, dienstliche und ausserdienstliche Erkrankung, Schuld des Herrn und Schuld des Gesindes. Ist nun die Abwägung der grösseren oder geringeren Tragweite des § 617 jedem einzelnen Tatbestande gegenüber vorzunehmen oder ist eine Gesamtwertung des ganzen Systems der Landesgesindeordnung gegenüber dem Reichsrecht am Platze? Wie die Antwort fällt, in jedem Falle treten noch weitere Komplikationen hinzu. Denn auch dem einzelnen Tatbestande gegenüber ist ein sicherer Massstab für jene Abwägung im Gesetze selber nicht zu finden, weil in der einen Richtung die Gesindeordnung, in der anderen wieder das Bürgerliche Gesetzbuch „weiter“ geht.

Am schärfsten tritt das bei dem Falle der ausserdienstlichen Erkrankung hervor. Die Gesindeordnung lässt die Herrschaft nur dann haften, wenn keine nahen Verwandten des Dienstboten erreichbar sind; der § 617 BGB. kennt eine solche Beschränkung nicht, geht also in dieser Richtung weiter. — Andererseits besteht der Unterschied, dass nach der Gesindeordnung eine zeitliche Begrenzung der Fürsorgepflicht fehlt, während das BGB. nur sechs Wochen lang haften lässt, in dieser Richtung also enger ist. Dazu kommt, dass manche Schriftsteller im Punkte der Schuld des Dienstboten bei der ausserdienstlichen Erkrankung (im Gegensatz zur dienstlichen) sehr milde denken: es soll diese ergänzende, nur beim Fehlen von Verwandten eintretende Fürsorge selbst bei grober Fahrlässigkeit und bei Vorsatz gegeben sein; nach § 617 BGB. fällt aber in solchem Falle jeder Anspruch weg, so dass er enger erscheint als die Gesindeordnung. Andere Schriftsteller dagegen behandeln die Frage des Verschuldens bei den nicht im Dienst entstandenen Leiden ebenso wie bei den dienstlichen, indem sie schon bei leichter Verfehlung des Gesindes jede Haftung fortfallen lassen, dann aber gewinnt das BGB. wieder den Ruhm der grösseren „Weite“, weil nach ihm nur grobe Fahrlässigkeit den Erkrankten seiner Ansprüche beraubt. Schliesslich kommt eine letzte Verwickelung dadurch hinzu, dass von der einen Seite behauptet wird, die Herrschaft könne, wenn sich ihre ausserdienstliche Haftung auf der Gesindeordnung aufbaue, dem Dienstboten nicht bloss den Lohn verkürzen, wie es bei Zugrundelegung des Bürgerlichen Gesetzbuches der Fall wäre, sondern wegen seiner ganzen Auslagen an dem etwaigen Privatvermögen des Gesindes Rückgriff nehmen. Andere bestreiten dies. Je nachdem man antwortet, erscheint von neuem das Bürgerliche Gesetzbuch weiter oder enger als die Gesindeordnung.

Auch hier beignet uns die gleiche grosse Frage, ob man den Gesamtwert der Fürsorge nach Reichsrecht dem Gesamtwert der Sorge nach Landesrecht gegenüberstellen oder etwa aus beiden Gesetzen die jeweils günstigeren Momente herausnehmen und zusammenfügen, die weniger günstigen ganz beiseite lassen soll. Sicher lässt sich die Frage nicht kurzerhand

beantworten, es fehlt an ähnlichen Lagen im geltenden Recht, es fehlt nicht minder an einem historischen Zusammenhang.

Darum ist auch diese Schilderung nicht berufen, einen Versuch der Lösung zu unternehmen<sup>1)</sup>. Es genügt ihr, gezeigt zu haben, wie die Fürsorgepflicht des Gutsherrn für sein Gesinde unter schweren Kämpfen den heutigen Stand erreicht und wie die grosse neue Gesetzgebung vom 1. Januar 1900 gerade durch den vielumstrittenen Zusatz des Einführungsgesetzes am besten die Tendenz unserer Tage wiedergegeben hat: Für das Gesinde so günstig wie möglich!

Ob diese Richtung im geltenden Recht ihr Ideal bereits erreicht hat, ob sie noch weiter gedeihen wird oder ob die leisen Stimmen derer wachsen werden, die schon jetzt von einer Überspannung der sozialen Fürsorgebestrebungen, namentlich des Systems erzwungener Versicherung, reden, bleibe dahingestellt. Immer wird hoch erhaben sein über das Gesetzeswort die Stimme des Herzens, die den Herrn dem Dienenden näher bringt und ein beiderseitiges Treueverhältnis bis zum Tode begründet. Noch ist unsere hastende, geschäftliche Zeit nicht gänzlich solcher Beispiele bar, und wir blicken mit Freude zu dem Manne auf, dem diese Festschrift gewidmet ist und der seiner jahrzehntelangen Dienerin nachblicken konnte in das Jenseits mit den schönen Worten:

„Wer immerdar gelebt in Treuen,  
Der mag sich dess' im Tode freuen:  
Die guten Werke ziehn vorauf  
Und tun das Tor des Himmels auf“.

---

<sup>1)</sup> Doch hofft der Verfasser späterhin das geltende Recht in einer selbständigen Schrift darstellen zu können.

# Dogmengeschichte

der Arten

## mittelalterlicher Ehrenminderungen

von

**Hubert Naendrup**





## § 1.

### Einleitung.

„Ein Quidam sagt: „Ich bin von keiner Schule!  
Kein Meister lebt, mit dem ich buhle;  
Auch bin ich weit davon entfernt,  
Dass ich von Toten was gelernt“.  
Das heisst, wenn ich ihn recht verstand:  
„Ich bin ein Narr auf eigne Hand“.

Goethe.

Nur auf der Grundlage geschichtlicher Forschung lässt sich volles Verständnis der Erscheinungen der Gegenwart und ihre richtige Weiterleitung in die Zukunft erreichen. Verschieden hiervon, aber merkwürdigerweise in seiner anderen Bedeutung nicht immer richtig erfasst ist der Grundsatz, dass jede Mühe, die der Erkenntnis des Vergangenen oder Modernen oder der Aufweisung einer Notwendigkeit von Neugestaltungen zugewandt wird, nicht isolierte Einzelleistung sein soll, sondern sich hinzufügen muss zu der zunächst festzustellenden Summe von Geistesarbeit, die dem betreffenden Problem vorher bereits gewidmet war. Wer diesen Grundsatz, den ich als das Prinzip der sukzessiv-genossenschaftlichen Arbeit bezeichnen möchte, nicht beachtet, wird viel Kraft vergeuden, wird meist entweder Irrpfade, die als solche längst erkannt sind, wieder gehen oder auf dem richtigen Wege offene Tore einrennen. In den seltensten Fällen wird es ihm hier gelingen, in unaufgeschlossenes Neuland vorzudringen.

Vorbedingung für die Feststellung der bisherigen Leistungssumme, unter Umständen von dieser Feststellung kaum verschieden ist die auf juristischem Gebiete sogenannte Dogmengeschichte. Gewöhnlich wird man sie mit der eigenen Behandlung des Problems verbinden. In Ansehung der Arten der mittelalterlichen Ehrenminderungen darf sie aber um so mehr

selbständige Bedeutung beanspruchen, je schwieriger hier die Übersicht über die bisher geäußerten Meinungen und damit die Feststellung der vorliegenden Gesamtleistung geworden ist. In Folgendem soll diese Übersicht geboten werden.

Das Problem, welches ich im Auge habe, knüpft sich an die Ausdrücke, welche in den mittelalterlichen Quellen als Bezeichnungen für Ehrenminderungen begegnen. In Betracht kommen unter anderen die Worte: *Echtlos, rechtlos, ehrlos, unecht, bescholten*. Es handelt sich um die Deutung der hiermit verbundenen Begriffe.

## I. Abschnitt.

### Die Literatur vor Eichhorn.

#### § 2.

#### Die Literatur vor Huth.

Die rechtsgeschichtliche Literatur, die sich mit dieser Aufgabe beschäftigt hat, wird eigentlich erst eingeleitet durch Philipp Ludwig Huths *Specimen iur. Germ. de his, qui notantur infamia*, Altdorf 1723.

Wohl hatte man schon vorher auch bezüglich der Ehre neben dem fremden Rechte der einheimischen Auffassung wieder Beachtung geschenkt. In einer im Jahre 1591 zu Basel gedruckten Abhandlung *De existimatione acquirenda, conservanda et amittenda* hatte bereits der vielseitige Marquard Freher<sup>1)</sup>, später Heidelberger Professor und Staatsmann (geb. 1565 gest. 1614), trotz seiner feinen, auch in jener Schrift zur Schau getragenen humanistischen Bildung<sup>2)</sup> es nicht verschmäht, auch

<sup>1)</sup> Vgl. Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1. Abt. S. 680—682.

<sup>2)</sup> Zacharias Schmidt hat in seiner unter dem Präsidium von Thomasius im Jahre 1709 verteidigten Hallenser Dissertation (*De existimatione, fama et infamia extra rem publicam*) die Methode Frehers in der erwähnten Schrift folgendermassen gekennzeichnet: *pro gustu communi Ictorum, studia humaniora et elegantiora rarius ex debito aestimantium, methodus Freheriana, ubique dicta ex auctoribus elegantioris litteraturae illustrans*.



das deutsche Recht zu berücksichtigen. Das Buch selbst ist mir leider innerhalb der Zeit, die mir für diese Arbeit zur Verfügung stand, trotz der verschiedensten Bemühungen unzugänglich geblieben. Nach den in der späteren Literatur darüber sich findenden Mitteilungen scheint Freher nicht so sehr dem älteren heimischen Ehrenrecht, als vielmehr den zu seiner Zeit noch sich geltend machenden bezüglichen deutschen Bräuchen seine Aufmerksamkeit zugewandt zu haben<sup>5)</sup>, wenschon gerade er mit Melchior Goldast (geb. 1576 oder 1578 gest. 1635) und Friedrich Lindembrog (1575—1648) das juristische Dreigestirn bildete, welches den historisch-germanistischen Studien zu neuen Wegen vorleuchtete<sup>4)</sup>.

Freher scheint das deutsche Ehrenrecht seiner Zeit nur von römischen Rechten Gnaden haben gelten lassen wollen<sup>5)</sup>. Mag man demnächst ihm hierin gefolgt sein<sup>6)</sup> oder mag man

<sup>4)</sup> Huth in seiner oben angeführten Dissertation p. 3 sagt im unmittelbaren Anschluss an die Äusserung seines Entschlusses, sich der Materie des älteren deutschen Ehrenrechtes zuzuwenden: ‚Valere igitur aliquantisper iusso Iure Romano, utpote cuius de Fama atque Infamia placita peculiari Tractatu de Existimatione acquirenda pp. fuse exponit ICTus celeberrimus Marquardus Freherus‘. Ein eingehenderes Referat über das genannte Werk Frehers und zugleich über dessen andere Schrift *De fama* (ebenfalls Basel 1591) bringt Hübner, *Über Ehre, Ehrlosigkeit, Ehrenstrafen und Injurien*, Leipzig 1800 S. 2 ff. Von beiden heisst es hier allgemein: „Sie enthalten eine brauchbare, obschon unmethodische und ungeordnete Sammlung dessen, was besonders die älteren Weisen, Griechen und Römer, über diesen Gegenstand dachten“.

<sup>5)</sup> Vgl. Stintzing a. a. O. Abt. I S. 662 f. u. 681.

<sup>6)</sup> Vgl. die in Anm. 3 mitgeteilte Bemerkung Huths; vgl. ferner die folgende Anm.

<sup>7)</sup> Indem man z. B. die mindere Ehrenstellung der uehelicchen Kinder oder derjenigen, die ein anrürliches Gewerbe ausübten, unter den Begriff einer aus den römischen Quellen (l. 27 C de inofficioso testamento 3, 28) hervorgesuchten *levis notae macula* brachte [hierfür zitiert übrigens Struve, *Syntagma* (vgl. unten Anm. 9) p. 221, desgl. *Iurisprudentia* (vgl. unten Anm. 9) p. 65: Freher tractatus de inf. lib. 3 c. 24], indem man ferner die Anrürlichkeit der uehelicchen Kinder auf l. 5 C ad. Sct. Orf. 6, 57, l. 12 C de naturalibus liberis 5, 27, die Fernhaltung der Anrürlichen von Ehrenämtern sowie ihre Ausschliessung von den Zünften auf l. 3 §§ 2 f. de decurionibus 50, 2, die Beschränkung ihrer Zeugnisfähigkeit auf l. 3 pr. D de testibus 22, 5 gründete; vgl. Struve, *Syntagma* p. 221 ad. tit. D 3, 2 § 20, Lauterbach, *Collegium Pandectarum* (vgl. unten A. 11) p. 280 ad. tit. D 3, 2 § 32.

allmählich dem Gedanken näher gekommen sein, dass den in der praktischen Anwendung sich behauptenden bzw. statutarisch sanktionierten deutschen Ehrenrechtsbräuchen selbständige Existenzberechtigung zukomme<sup>7)</sup> oder mag man

<sup>7)</sup> In diesem Übergangsstadium befindet sich z. B. durchaus Joh. Heinr. Berger in seiner *Oeconomia iuris* (unten Anm. 13) p. 49 ff. Lib. I tit. II §§ 13 ff., insbesondere § 14. Namentlich ist p. 53 mit p. 52 zu vergl.; auf p. 53 macht er die Ansicht derjenigen zu seiner eigenen, *qui putent, moribus Germanicis, toties famae reservationem factam intelligi, quoties infamia expresse, aut lege statutaria, aut sententia, non irrogatur: quae sententia inprimis in Academiis usu servatur*; auf p. 52 leitet er dagegen als Folgen des Ehrverlustes (der Infamie) aus den römischen Quellen her die *labefactatio testimonii* und die *remotio a dignitate*. Mit letzterer stellt er auf dieselbe Stufe die *exclusio ab officiiis*.

Um einen Schritt weiter als Berger ist Samuel Stryk in seinem *Specimen usus moderni Pand.* (vgl. unten Anm. 16) vorgeschritten. Ganz hat er sich zwar von der Überordnung des römischen Rechts noch nicht losgesagt. Die bekannte Definition des Callistratus: *existimatio est dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus* hat er noch a. a. O. p. 314 f. an die Spitze stellen zu müssen geglaubt, um dann allerdings von diesem Ausgangspunkte zu dem Ergebnis gelangen zu können: *Quod olim turpe reputatum contraria lege vel consuetudine ab infamiae macula liberari posse. Qua propter in aestimanda negotii macula aut turpitudine ad mores provinciarum praecipue recurrendum et exinde infamia diiudicanda*.

Völlig zum Durchbruch gelangt erscheint der Gedanke der Selbständigkeit des deutschen Ehrenrechts bei Schilter. Charakteristisch ist, was er in seiner *Praxis Iuris Romani in foro Germ.* (vgl. unten S. 228 f.) Tom I p. 333 mit Bezug auf den Vorbehalt der Ehre sagt, der bei gewissen nach römischem Recht infamierenden Verurteilungen üblich geworden war. Es heisst hier (exerc. 10 § 36): *Quae penitiori ratione confirmari possunt ea, quod hodie omnes poenae recte dicuntur arbitrariae, non quidem eo tantum modo, quo iure Romano iuxta l. hodie D de poenis. Sed tres potissimum aetates in hoc articulo iuris observandae sunt, quarum priores ad ius Romanum, posterior ad ius nostrum pertinet. Romanorum enim veteri iure praecise iudex poenam lege praescriptam imponere tenebatur; postea a rigore illo recesserunt, et iudici poenam et augere et minuere certo modo permiserunt, quo pertinet d. l. hodie. At nostris moribus poenae iure Romano statutae nostris iudicibus nunquam praescriptae intelliguntur*. Über die eventuelle Vordatierung dieser Ausführungen Schilters vor die Strykschen Sätze vgl. unten Anm. 18. Vgl. ferner Schilter a. a. O. Tom I p. 326 (exerc. 10 § 25), p. 332 (exerc. 10 § 35), Tom II p. 249 (exerc. 23 § 9), p. 357 (exerc. 28 § 50).

Aus einem Zitat Schilters a. a. O. Tom I p. 332 geht übrighens hervor, dass schon Simon von Groenwegen die Meinung vertrat, *„hodiernis moribus*

sie aus einem übernationalen Gesichtspunkte anerkannt haben, nämlich insoweit sie vor dem Billigkeitsforum des Naturrechts bestehen konnten<sup>9)</sup>, jedenfalls lag solange unser Problem ausserhalb des Bereiches der Erschaubarkeit, als man sich eben nicht mit dem älteren, sondern nur mit geltendem deutschen Rechte, mit dem *usus modernus* in diesem Sinne, befasste. Darum gehören beispielsweise nicht hierher die mehr oder weniger dürftigen Bemerkungen, die sich über diesen *usus modernus* des deutschen Ehrenrechtes finden in den Pandektenkommentaren oder -Kompendien von Struve (1619—1652)<sup>9)</sup>, Brunnemann

*nullum civile iudicium famosum esse, nisi speciatim id receptum appareat*<sup>4)</sup>. Schilter billigt dieselbe.

Viel allgemeiner und bestimmter hat sich aber für die selbständige Bedeutung des deutschen Ehrenrechtes Christian Thomasius ausgesprochen. In seinen *Notae ad singulos Institutionum et Pandectarum titulos* Halle 1713 heisst es ad. tit. D 3, 2: „. . . . . patet, exiguum esse usum huius tituli quoad causas et effectus infamiae in foris Germanorum. Hinc apud nos in scenam prodeuntes, foeminae intra annum luctus nubentes, milites praedia conducentes, tutores pupillas conducentes non redditis rationibus, non sunt infames . . . . Sed frustra est quaerere de abrogationis ratione, ubi nondum probata receptio ac nulla receptionis ratio afferri potest ad mores Germanorum quadrans. Porro nulla actio civilis infamat. Neque omnes damnati de crimine publica aut iniuriarum apud nos pro infamibus haberi solent, nisi expresse in sententia id adiiciatur, aut genus poenae infamet“. Hierzu verweist er auf Beyer ad h. t. (jedenfalls Georg Beyer, *Delineatio iuris civilis secundum Pand. 1704* oder *Delineatio iur. civ. sec. Inst. et Pand. atque feudalis 1711*).

Nur derogierende Kraft gegenüber dem römischen Recht der Infamie und zwar nicht so sehr für die einheimischen Gewohnheiten als vielmehr für die Statuten hatte der Holländer Ulrich Huber zugebilligt. In den *Praelectionum iur. civ. tom III Pars II* (vgl. unten Anm. 15) p. 666 sagt er: „*Quid Moribus de infamia in universum obtineat, haud facile dictu videtur. Mihi tutius videtur habere pro Regula, quod iure civili constitutum, neque statutis abrogatum est, id hodieque valere*“.

<sup>9)</sup> Auf diesem Standpunkte steht z. B. Brunnemann, *Commentarius* (vgl. unten Anm. 10) p. 108 ff. Kennzeichnend ist hier unter anderem der Satz p. 108: *Utile esset, si opificum statuta, quae contra ius gentium interdum pugnant, a Superioribus reviderentur et emendarentur, et stultae opinionum hominum mentibus eximerentur.*

<sup>9)</sup> Georg Adam Struve, *Syntagma Iuris Civilis*, Jena 1672, 5. Ausg. p. 219 ff., ad tit. D 3, 2 (1. Ausg. 1658); *Jurisprudentia Romano-Germanica Forensis* (der sog. „kleine Struv“), Jena 1679, 3. Ausg. p. 65 lib. I 13 §§ 8 und 9 (1. Ausg. 1670).

(1608—1672)<sup>10)</sup>, Lauterbach (1618—1678)<sup>11)</sup>, Ludovici (1671—1723)<sup>12)</sup>, Berger (1657—1732)<sup>13)</sup>, Boehmer (1674 bis 1749)<sup>14)</sup><sup>15)</sup>.

Von ihnen allen hat Berger das deutsche Ehrenrecht, wenn auch eigentlich nur, insoweit es sächsisches war, am meisten berücksichtigt. Und doch ist er von unserem Problem noch weiter entfernt geblieben, als Samuel Stryk (1640—1710), der in seinem ‚Specimen usus moderni Pandectarum‘ (1. Ausg. 1690) mit Bezug auf Tit. 38 der Reichspolizeiordnung von 1577 sagt: ‚ubi antiqui Germanorum mores, quibus aliqui ab opificiis honestis excludebantur, corriguntur‘<sup>16)</sup>, was man ohne weiteres als einen zum mindesten sehr primitiven Keim des Gedankens einer Geschichte des älteren deutschen Ehrenrechtes bezeichnen wird.

Schon mehr ist ein Ansatz hierzu wahrnehmbar bei Joh. Schilter (1632—1705). In dessen ‚Praxis iuris Romani in foro

<sup>10)</sup> Johann Brunnemann, *Commentarius in L Libros Pandectarum*, Lyon 1714, fol. p. 108 ff. ad tit. D. 3, 2 (1. Ausg. 1670).

<sup>11)</sup> Wolfgang Adolf Lauterbach, *Collegium Pandectarum*, Tübingen 1784, 6. Ausg. p. 274, 276, 280 ad tit. D. 3, 2 (1. Ausg. 1690).

<sup>12)</sup> Jakob Friedrich Ludovici, *Doctrina Pandectarum*, Halle 1725, 4. Ausg. p. 89 ad tit. D. 3, 2 (1. Ausg. 1709). Sehr dürftig! Noch dürftiger desselben Verf. *Usus Practicus Distinctionum Iuridicarum*, Halle 1735, 5. Ausg. p. 97 ad tit. D. 3, 2 (1. Ausg. 1703).

<sup>13)</sup> Johann Heinrich Berger, *Oeconomia iuris*, Leipzig 1771, 7. Ausgabe, p. 49 ff., Lib. I tit. 2 § 13 (1. Ausgabe 1712).

<sup>14)</sup> Just Henning Boehmer, *Exercitationes ad Pandectas*, Tom I, Hannover u. Göttingen 1745, p. 550 f.

<sup>15)</sup> Dasselbe gilt von dem, was der Holländer Ulrich Huber (1636—1696) über das moderne Ehrenrecht bringt in seinen *Praelectionum iuris civilis tomii III ed. in Germania tertia*, Leipzig 1735 Pars II p. 653 tit. D. 3, 2 (1. Ausg. als *Praelectiones iuris Romani et hodierni ad Pand.* Franeker 1656.)

<sup>16)</sup> *His verbis*: Wir wollen solche beschwerliche Gebräuch, oder Gewohnheiten hiemit aufgehabet und vernichtet haben: Setzen, ordnen, und wollen wir demnach, dass die Leinweber, Barbierer, Schäffer, Müller, Zöllner, Pfeiffer, Trometer, Bader, und die derer Eltern, davon sie geboren sind, und ihre Kinder, so sie sich ehrlich und wohl gehalten haben, hinführo in Zünften, Gaffeln, Ämtern und Gülden keines weges ausgeschlossen, sondern wie andere redliche Handwerker belanget, und darzu gezogen werden sollen. Vgl. Stryk a. a. O. 7. Ausg. p. 315 (dem Exemplar, das ich benutzte, fehlte die Jahreszahl).

Germanico' Jena 1698, 2. Aufl.<sup>17)</sup> 18) Tom. I p. 326 (exerc. 10 § 25) heisst es von den infames: „hi homines non facile inveniunt advocatos, et iure Saxonico plane iis prohibentur, Landr.<sup>19)</sup> l. 1 a. 48 et a. 60 gl. Germ. § IV. In sua et suorum causa admittentur iure Romano l. 1 § 7 h. Secus iure Germanico veteri, summaria Weichb. art. XVI n. 26 ibi: ergo darff man ihnen nicht antworten K. u. K. L. U. L. R.<sup>20)</sup> c. 3 a. 83. Rechtloss Leute sollen keinen Vormund haben und soll ihnen auch der Richter keinen geben. Den ächtern und den bännigen Leuten, ob sie auf einen klagen, soll man nicht antworten. Und klagt aber jemand auf sie, dem müssen sie antworten, das ist davon, dass sie gesetzt sind von dem Rechte der Christenheit vor geistl. und weltlichen Gericht“.

An anderer Stelle desselben Werkes, nämlich Tom I p. 332 (exerc. 10 § 35) sagt Schilter: „... quod textus Land-R. l. 1 a. 60 dicit: sine ferendario quisque agere et se defendere potest, si damnum sibi per hoc eveniens voluerit sustinere: etiam huc extendit addit. gl. Lat. quod evitetur infamia per procuratorem. Zobel p. 1 diff. 8, 2‘.

Man sieht, was Schilter über das alte deutsche Ehrenrecht zu berichten weiss, ist noch nicht viel, und mit Recht darf Christian Thomasius (1655—1728) in den ‚Notae ad sing. inst. et. pand. tit.‘ (1713) p. 77 seine Kritik hierüber dahin abgeben: ‚Sed

<sup>17)</sup> Mit Beziehung auf den im Text angegebenen Titel bezeichnet diese Ausgabe sich selbst als Editio altera. Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt. 1. Halbband, Noten S. 34, nennt sie 3. Ausgabe unter Einrechnung der zuerst erschienenen Ausgabe, die noch den Titel trug: Exercitationes ad Pandectas. Übrigens gibt Landsberg, anscheinend irrtümlich, als Druckort Strassburg an.

<sup>18)</sup> Da mir die früheren Ausgaben nicht zugänglich waren, habe ich nicht feststellen können, ob die im Text folgenden Ausführungen vor die eben behandelte Bemerkung Stryks zu datieren sind. Es ist nicht ausgeschlossen, dass sie jünger sind, da die von mir benutzte Ausgabe Schilters v. 1698 gegenüber der vorangegangenen von 1686 (— Stryks Werk war in 1. Ausgabe von 1690 —) ganz erheblich erweitert worden ist, besonders in dem hier in Betracht kommenden 1. Bande, vgl. Landsberg a. a. O. S. 34. Die Ausgabe bezeichnet sich übrigens selbst als multum aucta.

<sup>19)</sup> D. i. Sachsenspiegel.

<sup>20)</sup> D. i. Kaiserliches und Königliches Land- und Lehnrecht = Schwabenspiegel.

ipse Schilterus hic superficiarie rem tractavit'. Im übrigen ist es aber nicht minder berechtigt, wenn er a. a. O. p. 78 sagt: „... Icti in hac materia plerumque sunt antiquitatum et iuris Germanici ignari'. Er selbst hatte, wie er p. 77 mitteilt, bereits in der Dissertation de Noricorum causis exheredandi (adimendi legitimam<sup>21)</sup>) einiges aus dem älteren deutschen Ehrenrecht berührt. In den Notae p. 77 bemerkte er nunmehr folgendes: „... hac parte mores hodierni variant ab antiquioribus. Multa disponunt specula Saxonicum et Suevicum de hominibus infamibus, qui rechtlose Leute vocantur, eoque referunt Kämpfer und ihre Kinder und Spielleute und alle die unehlich geborenen sind usw. und die ihren Leib oder Haut und Haar ledigen mit Gelde; Landrecht lib. 1 art. 37 et passim“. Im folgenden Absatz führt er aus: ‚Tempore speculi Saxonici collecti carnifici dem Fronboten, particula iudiciariae potestatis fuit concedita'. Erst infolge der Einwirkung des kanonischen Rechtes habe der Scharfrichter seine Rechtsstellung als persona integrae famae verloren.

Dazu hatte Thomasius auf p. 77 den Satz ausgesprochen: ‚Mererentur haec iura magis, ut exponerentur a I-Ctis, quam mores Romanorum'. Dieser sollte für die Fortentwicklung der Geschichte des deutschen Ehrenrechts von Bedeutung werden. Nachdem nämlich noch in einem von Philipp Konrad Hugo im Jahre 1716 verteidigten und von Augustin Leyser (1683 bis 1752) in seine ‚Meditationes ad Pandectas'<sup>22)</sup> aufgenommen ‚Specimen de Infamia et levis notae macula' zur Erweiterung der Behauptung, dass die alten Germanen nicht weniger als die Römer Ehrenminderungen gekannt hätten, einiges Dürftige beigebracht war, empfing durch jenen Satz des Thomasius der bereits genannte Philipp Ludwig Huth die Anregung, das alte deutsche Ehrenrecht einer gründlichen Bearbeitung zu unterziehen.

<sup>21)</sup> Die Schrift ist mir unzugänglich gewesen. In § 30 derselben hatte er die Kämpfer des Sachsenspiegels bestimmt als ‚eos, qui palaestricam ad delectandos homines pro pecunia exercent'; vgl. Huth a. a. O. p. 15.

<sup>22)</sup> Vgl. die 9. Ausgabe Leipzig, Braunschweig u. Wolfenbüttel v. 1772, Vol. I p. 565, Specimen 52 (1. Ausg. v. 1717).

## § 3.

**Huth.**

Huth erklärt selbst zu Eingang seines Specimen: ‚Cum haud ita pridem aliud agens forte fortuna inciderem in Viri illustris, Christ. Thomasii notas ad Tit. ff. de his, qui notantur Infamia, oculis mentique argumento Dissertationis Inauguralis eligendo intentae occurebant verba: ‚Ius Germanicum habet rursus suos infames, quos Jus Romanum ignoravit. Imo hac parte mores hodierni variant ab antiquioribus, etc. (wie oben § 2 nach A. 21). Mererentur haec Iura magis, ut exponerentur . . . Ego occursum hunc felicis ominis esse ratus, statim consilium capiebam, vires meas in materia hac propemodum adhuc deserta periclitandi‘.

Diesen Entschluss hat Huth aufs glücklichste durchgeführt. Einerseits wegen der Bedeutung seiner Dissertation für die Folgezeit, anderseits deswegen, weil sie unverdientermassen heute fast vergessen ist, erscheint es notwendig, sie genauer zu besprechen. In methodischer Weise behandelt Huth die deutschen Ehrenminderungen nach 4 Perioden. Für die erste, die antiquissima tempora, sind namentlich Caesar, Tacitus und die lex Salica seine Quellen (p. 4—9). Von dem Übergang zur zweiten Periode sagt er: ‚. . . ad ea tempora pedem promoveo, quibus Germana propago partim in patrio solo subsistens, partim translatis in exterarum regionum victricibus armis, novis incluta regni scriptis legibus uti incepit‘ (p. 9). Nachdem er die hiermit angedeuteten Volksrechte und Kapitularien durchforscht hat (p. 9—11), sagt er: ‚. . . diutius in iis haerere vix operae pretium esse videtur, praecipue cum magis singularia ex Speculis Saxonico et Suevico, promptuariis illis morum, qui, exolescentibus paulisper cum stirpe Carolingica veteribus istis Legibus et Capitularibus, omne punctum in Germanorum Jurisprudencia tulerunt, eruenda et in luce constituenda supersint‘ (p. 11 sequ.). Auf diese dritte Periode hat er besonders viel aber dafür auch reichlich gelohnte Mühe verwandt. Man kann es ihm nachfühlen, wenn er sich schliesslich der vierten Periode zuwendet mit dem Seufzer der Erleichterung: ‚. . . iam tandem aliquando portum litusque prospicio. Nihil enim obstat

quominus vela modo dem ad aevum recentius, nostrique temporis mores' (p. 35).

Uns interessieren nur die drei ersten Perioden. Für die erste findet Huth als Gründe des Ehrverlustes Feigheit, und zwar *Scutum reliquisse*<sup>1)</sup>, *scutum iactasse*<sup>2)</sup>, *superstitem Principi suo ex acie recessisse*<sup>3)</sup>, ferner die *sacrificiorum interdictio*, die er der späteren Exkommunikation vergleicht. Caesar<sup>4)</sup> hat zwar nur ihre Verhängung durch die Gallischen Druiden berichtet. Aber Huth nennt die Gallier einen ‚*populum cum Germanis et sanguine et moribus coniunctum*‘. Weiter führt Huth als ehrlos werdend auf: ‚*Qui capitis damnati alienis manibus peribant*‘, nämlich die *proditores et transfugae* und die *ignavi et imbelles ac corpore infames*<sup>5)</sup>. Für letztere hat er eine eigene Erklärung. Er versteht darunter diejenigen, die sich selbst verstümmelt haben, um dem Kriegsdienst zu entgehen. Schliesslich wird die Ehre auch durch Keuschheitsverletzung verloren<sup>6)</sup>.

Die Folgen des Ehrverlustes hebt Huth nur bei der *sacrificiorum interdictio* besonders hervor mit den Worten Caesars: ‚*Quibus ita est interdictum, ii numero impiorum ac sceleratorum habentur: ab iis omnes decedunt: aditum eorum sermonemque defugiunt, ne quid ex contagione incommodi accipiant: neque iis petentibus ius redditur, neque honos ullus communicatur*‘. Ausserdem wird noch in den von ihm aufgenommenen Worten des Tacitus als Folge des ‚*scutum reliquisse*‘ mitgeteilt: ‚*nec aut sacris adesse aut concilium inire ignominioso fas*‘ und als Folge der Keuschheitsverletzung der Frau: ‚*Non forma, non aetate, non opibus maritum invenerit*‘.

Für die zweite Periode stellt Huth als Gründe des Ehrverlustes fest bei den Westgoten besonders Verknechtung und beschimpfende Strafe, nämlich *flagellatio* und *turpis decalvatio*<sup>7)</sup>, ja schon an sich Gesetzübertretung und Verletzung anderer (*qui legum ignorantia praetensa, illicita perpetraverit, aut*

<sup>1)</sup> Tac. Germ. c. 6.    <sup>2)</sup> Vgl. Lex Sal. (Geffcken) 30 § 6.

<sup>3)</sup> Tac. Germ. c. 14, c. 6.    <sup>4)</sup> Bell. Gall. lib. VI cap. 13.

<sup>5)</sup> Tac. Germ. c. 12.    <sup>6)</sup> Tac. Germ. c. 19.

<sup>7)</sup> Lex Wisigothorum lib. VI tit. II § 1 (Mon. Germ. 4<sup>o</sup> Leg. I tom I p. 257), tit. IV § 5 (M. G. cit. p. 197) und lib. IX tit. II § 9 (M. G. cit. p. 375).



alterum laeserit)<sup>8)</sup>, bei den salischen Franken Geburt aus incestuoser Ehe<sup>9)</sup>, bei den Burgundern Keuschheitsverletzung einer Freien<sup>10)</sup>. Bei den Alemannen kommen als ehrlos in Betracht die *periuratores, fallaces et pecuniarum acceptores*<sup>11)</sup>, bei den Friesen die *campiones, fures, incendiarii, fanorum effractores et infantem ab utero matris sublatum enecantes*<sup>12)</sup>. Nach dem Ingelheimer Kapitular von 826<sup>13)</sup>, das freilich der gefälschten Sammlung des angeblichen Benediktus Levita entstammt<sup>14)</sup>, sind ehrlos, *qui de rebus Ecclesiae aliquid abstulerint*, wenigstens *usque ad satisfactionem Ecclesiae, quam laeserunt*. Gemäss dem Beschluss Synodi Vernensis Cap. 9<sup>15)</sup> gehören hierher die *excommunicati*, nach dem Capitulare I a. 809 c. XXVIII<sup>16)</sup> die *Capite damnati*.

Die Folgen dieses Ehrverlustes sind bei den Westgoten am härtesten im Falle der Verknechtung: *„Servitus autem uti caput adimebat, ita famam omnem consumebat; quapropter durior omnino huic poenae obnoxiorum conditio erat, quam verberibus caesorum detonsorumque, quorum fama tantum diminuebatur, uti et ceterorum, quos leges hac infamia notant“*. Für diese letzteren Klassen hat die Ehrlosigkeit zur Folge, dass die Gesetze sie, *testimoniorum dictione, accusationibus et alienorum negotiorum procuracionibus arcent*<sup>17)</sup>. Auch bei den Alemannen standen die *periuratores* etc. denjenigen gegenüber, *qui boni testimonii sunt in plebe*<sup>18)</sup>. Die Ehrlosen der *lex Frisionum* findet Huth als solche dadurch gekennzeichnet, dass sie *„sine compositione occidi possunt“*<sup>19)</sup>. Von den *excommunicati* heisst es in cap. 9 Synodi Vernens.: *„Et ut sciatis, qualis sit modus istius excommunicationis, in Ecclesiam non debet intrare, nec cum (n)ullo Christiano cibum vel potum sumere, nec eius munera (quisquam) accipere debet,*

<sup>8)</sup> Vgl. Huth p. 9. <sup>9)</sup> Lex Salica (Geffcken) 13 § II.

<sup>10)</sup> Lex Burg. c. XLIV. <sup>11)</sup> Lex Alem. c. XLII 1. <sup>12)</sup> Lex Fris. V, 1.

<sup>13)</sup> Vgl. die Kapitularien-Ausgabe von Steph. Baluzius tom I p. 647.

<sup>14)</sup> Vgl. die Kapitularien-Ausgabe von Alfr. Boretius (Mon. Germ. 4<sup>o</sup> Leg. II) tom I p. 455 col. 20.

<sup>15)</sup> Eod. p. 35. <sup>16)</sup> Eod. p. 151.

<sup>17)</sup> Huth zitiert hierzu L. Wisigoth. L. III T. V § 3, L. VI T. V § 12 (vgl. Mon. Germ. 4<sup>o</sup> Leg. I tom I p. 162 sequ. u. p. 278). Ausserdem zitiert Huth: L. Wisig. L. VI T. II § 5.

<sup>18)</sup> Vgl. oben Anm. 11. <sup>19)</sup> Vgl. oben Anm. 12.

vel osculum porrigere debet, nec in oratione (se) iungere, nec salutare, antequam ab Episcopo (fuerit) suo sit reconciliatus'. Schliesslich bestimmt das Capitulare von 809 l. c.: ‚Ut postquam quisque ad mortem fuerit iudicatus, neque iudex fiat neque scabinus neque testis neque ad Sacramentum recipiatur; sed unde alii iurare debent, ipse semper ad iudicium Dei examinandus accedat‘.

Den Rechtszustand der dritten Periode behandelt Huth im Anschluss an die einander entsprechenden Stellen Sachsensp. I 38 und Schwabensp. Kap. 410 der Edition s. l. et a. in gross Folio (= ed. Lassberg c. 41). Die erstere bringt er in der Fassung (nach Zobel): ‚Kämpfer und ihre Kinder, Spielleut, und alle die unehelich gebohren sind, und die Dieberey und Raub sunen, oder auch wiedergeben, und des vor Gericht überwunden werden, oder die ihren Leib, oder Haut und Haar, ledigen mit Gelde, die seynd alle Rechtlos“. Er geht dann die einzelnen Kategorien dieser Rechtlosen durch, sowohl begriffsbestimmend, als auch stets bemüht, die Wurzeln, mit denen ihre geminderte Ehrenstellung im Erdreich der Vergangenheit haftet, offen zu graben. Den Abschluss dieser Erörterungen und einen Übergang zu weiteren Kategorien von Infamen, die in derselben Weise behandelt werden, bilden die Worte p. 27: ‚Sic ad finem perduximus, quae ad primaria utriusque speculi de infamibus capita succurebant dicenda; non tamen ideo praetereundi sunt omnino, quos ad ista haud relatos passim videas vagari. Praecipui eorum sunt: „qui per annum et diem in banno Imperii persistunt, et perfidi vel ab exercitu discedentes“. Hierfür beruft er sich zunächst namentlich auf Sachsensp. I 38 § 2: ‚Die Jahr und Tag in des Reichs Acht sind, die verteilt man alle Rechtlos, und vertheilt ihnen Eigen und Lehn“<sup>20)</sup>. Sächs. Weichb. art. V: ‚Welch Mann aber in des Königs Acht bleibt Jahr und Tag, der hat verloren seine Ehre, sein Lehn, sein Recht und seine Freyheit und seinen Leib“<sup>21)</sup>. Bezüglich der perfidi etc. führt er an Sachsensp. I 40: ‚Wer treuloss beredet wird oder heerfluchtig aus des Reichs Dienste, dem vertheilt man sein Ehr und sein Lehen-Recht, aber nicht

<sup>20)</sup> Schwabensp. (L.) c. 45.

<sup>21)</sup> Vgl. Laband, Magdeburger Rechtsquellen, Königsberg 1869, S. 51.

seinen Leib“. Zur Feststellung des Begriffes der rechtlosen Ächter erinnert er daran, dass in den Fällen peinlicher Gerichtsbarkeit die iudices inferiores die trotz dreimaliger Ladung nicht erschienenen Angeklagten verfestet hätten<sup>22)</sup>. „Proscriptionem suam iudex ordinarius porro denunciare poterat Comiti, Comes a se confirmatam latiusque extensam deferre ad Regem. Quod si et hic calculum ei suum adjiciebat et quem bannitum declarabat, dicebatur esse in des Reichs Acht, des Königes Acht, sive etiam absolute secundum textus Saxonicos in der Acht sive geechtet . . . . et denique exacto in tanta calamitate anno et die . . . feriebat eum bannum Imperii superius des Reiches Oberacht“<sup>23)</sup>.

Nachdem Huth so die in den Quellen erwähnten Infamen festgestellt hat, geht er dazu über, „pro maiore minoreve maculae, qua adpersi fuere, foeditate in suas classes eos dispertire: Minore infamia laborasse mihi videntur campioni, citharoedi et illegitimi; maiore, de furto vel rapina pacti, a capitis amputationis et fustigationis poena pecunia liberati, et cum iis perfidi exercitus desertores; maxima denique, quibus superius Imperii bannum expertis aqua et igne fuit interdictum. Horum existimationem consumptam dixeris, illorum vero minus integram et diversimode minutam“ (p. 32 f.).

Diese Klassifikation der Infamen belegt Huth sodann durch Darstellung der Folgen der verschiedenen Ehrenminderungen: „Expendam effectus harum Infamiae specierum et dictis sua constabit veritas“. Was Huth über diese Wirkungen sagt, ist so prägnant und so sehr die Grundlage für die weitere Dogmengeschichte, dass ich nicht umhin kann, es ausführlich wiederzugeben.

Von der infamia minor stellt er fest, dass sie a testimonii dictione<sup>24)</sup>, a postulando<sup>25)</sup>, Iudicis officio<sup>26)</sup> et feudis<sup>27)</sup> arcebat,

<sup>22)</sup>-Sachsensp. I art. 67 f., II art. 66 a. E.

<sup>23)</sup> Ssp. I 71, III 34; Schwsp. (L.) c. 103 b u. 277.

<sup>24)</sup> Ssp. II 36 § 4.

<sup>25)</sup> Ssp. I 61 § 4 und Schwsp. (L.) c. 94.

<sup>26)</sup> Ssp. Lehn. art. 61, vgl. auch Ssp. II 12 § 3, III 65 § 1, 70 § 1.

<sup>27)</sup> Ssp. Lehn. art. 1 (art. 2 § 1).

ope et praesidio advocatorum tam in civilibus quam criminalibus causis nudatos destituebat<sup>28)</sup>.

Schliesslich sei diesen Infamen auch Wergeld und Busse versagt. Ssp. III 45 § 11 bestimme: „Ohn Wergeld sind alle unrechte Leute“. Der Schwabenspiegel tue dessen allerdings keine Erwähnung.

Bezüglich der Busse bestimme Ssp. III 45 § 9: „Pfaffen-Kindern und den die unehelich gebohren sind, giebt man zur Busse ein Fuder Heues, als zwene jährige Ochsen ziehen mögen. Spielleuten und allen den, die sich zu eigen geben, giebt man z. B. den Schatten eines Manns (das ist also viel gesprochen, addit Ius Alem. c. 397<sup>29)</sup>), wer ihn icht leydes thut, das soll man ihn also bessern, dass der ienen beleydigt hat, an einer Wand stand, da die Sunn anschinet, und soll der Spielmann dargan, und soll an den Schatten der Wand schlagen mit der Fust, damit soll ihn gebusst seyn und gebessert). Kaempffern und ihren Kindern, den giebt man z. B. den Schatten von einem Kampff-Schilde gegen der Sonnen etc.“ „Res autem ipsa prodit, fuisse emendas hasce tantum derisorias et nullius emolumenti: quapropter etiam in fine additur: Unehlicher Leute Buss giebt wenig Frommen, und ist doch gesetzt darum, dass nach der Buss des Richters Gewette folge. Scilicet emenda s. die Busse erat poena parti laesae pro iniuria et doloribus debita; mulcta vero, sive die Wette, poena, quam iudici aut fisco damnatum oportebat praestare. Haec sese referebat ad illam; ut ne igitur infamibus noxii plane abirent impunes, illa fingebatur, ut huic revera exigendae locus daretur, et quamvis ius Alemann. moneat: Die Busse was hievor in der alten Eh, emendas illas olim secundum antiquam legem obtinuisse, et aevo recentiore aliud constituuisse Reges, statim tamen subiungitur: Unrechter Leute Busse geben Biderleute selten etc. ut adeo solum Weichb. Saxon. paulo aequius sese praebeat campionibus, citharoedis et meretricibus: Cap. enim 127<sup>30)</sup> praecipit, ut is, qui

<sup>28)</sup> Ssp. III 16 § 2, I 48 § 1; Schwsp. (L.) 276 u. 7.

<sup>29)</sup> Schwsp. (L.) c. 310.

<sup>30)</sup> = art. 111 der Weichb. Ausg. v. Daniels, Berlin 1853, S. 52; vgl. auch S. 170 daselbst.

homines huiusmodi percusserit, dimidiam illis emendam, i. e. quindecim solidos, persolvat'.

Die infamia maior habe ausser den vorgenannten Wirkungen noch die weitere gehabt, dass sie den Unschuldseid nahm und auf Reinigung durch Ordal anwies<sup>31)</sup>.

Am schärfsten aber habe sich von den beiden anderen Arten die Infamia maxima abgehoben. Denn ihre Folge sei gewesen eine ‚omnimoda scilicet et in quibusvis Germaniae terris efficax iurium denegatio, qua solos ab Imperio post annum et diem iterato proscriptos ad miserrimam conditionem fuisse redactos<sup>32)</sup> . . . . ut adeo hi nomen iuris expertium, der Rechtlosen κατ' ἐξοχήν mereantur'.

Man sieht also, dass Huth in den mittelalterlichen Quellen einen einheitlichen Begriff der Ehrherabsetzung findet, der nur in sich nach Graden abgestuft ist. Dabei sind wenigstens Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit, allen drei Graden angehörend, nicht voneinander verschieden. Ja, auch die Unehtheit lässt H. mit der Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit zusammenfliessen, indem er p. 14 mit Bezug auf die Kämpfer Sachsensp. III 45 § 11 wiedergibt in der Form: „Ohne Wehr-Geld sind alle unrechte (unehliche, unechte) Leute“. Freilich wird bereits in der Huths Schrift voraufgegangenen primitiven Literatur des älteren deutschen Ehrenrechts nur an einen einheitlichen Begriff der Ehrherabsetzung gedacht, insofern nämlich ein solcher von Schilter und Thomasius in der Rechtlosigkeit gesehen wird<sup>33)</sup>. Aber mit Bewusstsein ist an unser Problem doch erst Huth

<sup>31)</sup> Ssp. I 39, Sächs. Weichb. (ed. Daniels) 71 § 4, Schwsp. (L.) c. 48.

<sup>32)</sup> Vgl. oben bei A. 20, ferner Ssp. I 17, Schwsp. (L.) 276. Huth führt (p. 35 in Verb. mit p. 28) namentlich auch an Joh. Petr. v. Ludewig, Reliquiae M. S. C. T. IV p. 304 (Urkunde Karls IV. v. J. 1376): ‚Wir Karl pp. bekennen, dass wir verurtheilt und verzahlt haben pp. Hertvitten den Kuchler und haben ihm genommen Ehr und Recht, Eigen und Lehn, das Eigen dem Kläger, das Lehn dem Herrn leedig, von dem sie rührent. Wir haben gekündet sein Weib zu Wittiben, seine Kind zu Waysen, seinen Leib den Voeglen in den Lüften, den Thieren in dem Walde, den Fischen in dem Wasser, und haben ihn von allen Rechten in das Unrecht gesetzt, und haben ihn erlaubt allermaeniglich, dass niemand an ihn frevelt noch unrecht thun soll, und wer ihn angreift, der soll des keine Entgeltung haben . . .‘

<sup>33)</sup> Vgl. oben S. 229 f.

herangetreten. Er wendet sich dagegen, dass die neuere Theorie die zu seiner Zeit noch bestehende mindere Ehrenstellung gewisser unehrlicher Gewerbe sowie der unehrlichen Kinder als ein besonderes Rechtsinstitut, als *levis notae macula*, aufgefasst wissen wollte. Auch als Anrüchigkeit bezeichnete man dasselbe. Huth sagt hiergegen: ‚Neutiquam ergo ex Iure moribusve patriis singularem hanc famae labeculam derivant; nec sane in illis ullibi eius fontem potuissent detegere. Vetustissimae leges infamium tantum aliquando meminere: medii aevi mores, praeter eos, qui iura sua salva et existimationem integram servarunt, et hisce oppositos, qui iurium atque existimationis damnum fecere, die an ihren Rechten vollkommen oder unbescholten, und die rechtlos und ehrlos sind, testibus innumeris locis supra passim adductis, tertiam speciem novere nullam: et ne hodie quidem alia in vulgari hominum usu est distinctio, quam quae honestos ab inhostis, ehrliche und unehrliche, separat‘ (p. 43). Huth identifiziert hier, wie beiläufig bemerkt sein mag, auch die Bescholtenheit mit der Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit und darum ebenso mit der früher gleichgestellten Unechtheit. Seine Ausführungen machen auch durchaus nicht den Eindruck, dass seine einheitliche Fassung des Begriffes der deutschen Ehrenminderungen etwa bloss in romanistischem Einfluss ihren Grund hätte, d. h. bloss beruhte auf einer gewissen Orientierung der Anschauungsweise, welche durch die Herholung des lateinischen Namens der deutschen Ehrenminderungen von der einheitlichen römischen Infamie bewirkt wäre. Nicht mehr, als fremde Bezeichnungen für die in den Lichtkreis universeller Rechtsphilosophie erhobenen deutsch geschauten Grade eines deutsch geschauten Institutes sind es, wenn Huth mit Bezug auf die zur *infamia minor, maior* oder *maxima* Niedergesunkenen sagt: *Horum existimationem consumtam dixeris, illorum vero minus integram et diversimode minutam* (p. 33), Bezeichnungen, die ja ebenso, wie der vorher angewandte Ausdruck des ‚*aqua et igne interdicti*‘, den Ausführungen des Callistratus in fr. 5 D de extraordinariis cognitionibus 50, 13 entnommen sind<sup>34)</sup>. Ich finde also, dass Huth wirklich sein Pro-

<sup>34)</sup> Nicht anders zu beurteilen ist die Entlehnung der Bezeichnung aus l. 27 C de inofficioso testamento 3, 28 auf p. 32 in dem Satze: ‚nunc facile

gramm durchgeführt hat: ‚Ad maiores meos conversus . . . coepi inquirere, quid illi de infamia statuerint‘ (p. 3), und dass er durchaus nicht in den noch zeitgemässen Fehler verfallen ist, den er kennzeichnet und geisselt mit den Worten: ‚pro more consueto instituta Romana in solo Teutonico infelici quamvis ausu, venatum ivisse‘.

So hat Huth mit einem Ruck die Geschichte des älteren deutschen Ehrenrechtes aus tiefstem Dunkel herausgerissen. Auf besonderem Gebiete ist er zu einer Reife deutschrechtlich-historischer Auffassung gelangt, die für das deutsche Recht im Allgemeinen erst viel später geboren werden sollte. Und auf eben jenem Gebiete hat er den Stand des Wissens und Verständnisses zu einem Höhepunkte erhoben, von dem die Mehrzahl der Forscher der Folgezeit wieder herabsinken sollte. Ob überhaupt einer erheblich darüber hinausgedrungen ist, kann nur die weitere Dogmengeschichte in Verbindung mit der allerdings an diesem Orte nicht vorzunehmenden Revision der Quellen ergeben.

#### § 4.

#### Heineccius und seine Nachfolger.

1. Schon was Johann Gottlieb Heineccius (1681—1741) in den *Elementa iuris Germanici* (1. Ausg. 1735/36)<sup>1)</sup> über das altdeutsche Ehrenrecht schrieb, ist im Allgemeinen gegenüber Huths Leistung ein erheblicher Rückschritt, wenn auch bezüglich unseres Problems noch eine gewisse Vorwärtsbewegung.

Die von Huth mit einer jedenfalls für seine Zeit ungewöhnlichen Exaktheit gewonnenen historisch-germanistischen Ergebnisse erscheinen hier wieder stark verwässert durch antiquarisch-humanistische Einflüsse<sup>2)</sup>. Die historische Betrachtungsweise ist zudem rationalistisch-systematischen Gesichtspunkten untergeordnet. Als oberstes Einteilungsprinzip ist ohne Periodenscheidung dasjenige angewandt, welches Huth für die dritte

---

est pro maiore minoreve maculae, qua adpersi fuere (i. e. infames), foeditate in suas classes eos dispertire‘.

<sup>1)</sup> Ich habe benutzt die 3. Ausg. Halle 1746.

<sup>2)</sup> Vgl. a. a. O. insbes. p. 329, 331, 334, 337.

Periode gefunden hatte. Doch werden nur die Kategorien der *infamia minor* und *maior*, nicht auch der *infamia maxima* aufgestellt<sup>3)</sup>. Mit dieser Systematik ist, wiederum ohne Periodeneinteilung, eine andere verquickt, die sich an die Huthsche Feststellung des Rechtszustandes der ersten Periode anlehnt. Denn als Gründe der *infamia maior* stellt Heineccius hin die Verletzung der ‚*praecipuae virtutes, quibus Germani studebant*‘ nämlich der *fortitudo bellica, fides, castitas* und *pietas*<sup>4)</sup>. Neu gegenüber Huth ist hierbei freilich die Verselbständigung der *fides* durch Ablösung von der *fortitudo bellica*, welcher die *fides* bei Huth insofern angeschlossen erschien, als er von der Negation jener *fortitudo*, dem ‚*scutum reliquisse*‘, das ‚*superstitem Principi suo ex acie recessisse*‘ nicht getrennt hatte<sup>5)</sup>. Die *pietas* ist der Gehorsam gegenüber den Priestern zur Verhütung der auch von Huth behandelten heidnischen *sacrificiorum interdictio* und kurz von ihm berührten späteren christlichen *excommunicatio*. Hiermit setzt Heineccius in Verbindung die Infamie der ‚*capitali vel corporis adflictiva poena adfecti*‘: ‚*Quum vero plerasque poenas capitales, et corpus adficientes, sacerdotes Germani, quasi Deo imperante, irrogarent . . . in promptu est ratio, cur et istae infamia notare existimarentur*‘ (p. 333 § 401). ‚*Non dubito quin simili infamia et illi fuerint notati, qui manu truncati fuerant, quia haec fere ordinaria erat poena falsi admissi* (p. 334 § 402) . . . *Id adeo verum est, ut et ii, qui data pecuniae summa, manum redemissent, infames haberentur* (p. 335) . . . *Quin tantum abest, ut ulla poena huiusmodi infamia vacaret, ut et, qui illam, inita transactione, a se amoliri conabantur, infames haberentur*‘ (p. 335 § 403).

Aber auch die inhaltlich nach Huth bestimmte *infamia minor* hat Heineccius mit einer Beeinträchtigung jener vier

<sup>3)</sup> Vgl. p. 340 § 408.

<sup>4)</sup> p. 325 § 392: ‚*Quicumque igitur insigne aliquod facinus contra has virtutes admiserant, ii, poena atrociori adfecti, famae atque existimationis suae iacturam fecisse videbantur, et horum infamiam ex principiis iuris Germanici „Maiorem“ non inconcinne vocat laudatus Huthius . . .*‘

<sup>5)</sup> Vgl. jedoch schon bei Huth p. 3 die Wendung: . . . *ad Maiores meos conversus, quos vel sola fides tam sancte servata, ut in proverbium abierit, tamquam bonae famae studiosissimos commendat, coepi inquirere pp., vgl. oben § 3 nach Anm. 34.*



Kardinaltugenden der Germanen verknüpft: ‚Ast quum praeterea et quaedam vitae genera, quamvis in se nihil flagitii habentia, virtutibus tamen illis, quas maximi fecisse Germanos diximus, parum convenire viderentur, ipsique parentum dedecora et liberis haerere crederent, factum inde est, ut et alii homines, qui se certo vitae generi mancipaverant, vel vulgo concepti fuerant, parum integrae famae haberentur, quorum infamiam „Minorem“ vocat . . . Huthius . . .‘ (p. 326 § 393).

Als Folgen der infamia maior und minor stellt Heineccius unter Zusammenfassung der drei Perioden Huths dieselben hin, welche Huth für die dritte Periode gefunden hatte. Neu fügt er nur hinzu, dass die infamia, und zwar schon die infamia minor, auch ab honoribus sacris ausschliesse<sup>6)</sup>.

Wie schon gesagt, kennt Heineccius eine besondere infamia maxima nicht. Er stellt die proscriptio mit der infamia maior auf dieselbe Stufe, indem er nach Behandlung der Wirkungen der letzteren, in unmittelbarem Anschluss den Satz folgen lässt: ‚Quin si proscriptio decreta erat, ne iuris quidem communis ita particeps erat (i. e. der proscriptus), ut iudicis auxilium adversus aliorum iniurias iure posset efflagitare‘ (p. 340 § 408). Mit Bezug auf diese Proskription spricht er den Huthschen Gedanken von der Rechtlosigkeit *κατ' ἐξοχήν* wiederum aus, wenn er sagt: ‚Et ob hanc praecipue caussam infames vocabantur Recht-vel Echtlose Leute‘ (p. 341 § 408).

Hierin liegt aber auch, zum Teil wenigstens, eine Lösung des in Rede stehenden Problems im Sinne Huths. Heineccius wiederholt sie ausdrücklich, wenn er für das alte deutsche Recht feststellt eine ‚personarum divisio in eas, quae integrae famae, et quae infamia notatae essent, quarum posteriores ehrlose itemque recht-vel echtlose Leute dictas esse comperio‘ (p. 324 § 391). Hat er also insoweit die von Huth gewonnene Stellung nicht aufgegeben, so hat ihm doch das bei jenem vorhandene volle Bewusstsein der Existenz und Bedeutung des Problems gefehlt und nicht minder der vollständige eigene Einblick in die quellenmässige Grundlage der Lösung desselben. Immerhin hat er diese Lösung einigermassen durch Folgendes

<sup>6)</sup> Hierfür zitiert er Chron. Mont. Sereni ad ann. 1201.

weiter gefördert. Aus lib. II p. 219 der Goslarer Antiquitäten seines Bruders Johann Michael Heineccius (Pastors in Goslar) teilt er eine Stelle des Privilegs Friedrichs II. von 1219 mit, nämlich: ‚Quod si falsarius manum redemerit, exlex vel infamis erit, quod vulgariter echtlos dicitur, ac si pro falso manum perdidisset‘<sup>7)</sup>. Dazu bemerkt er: ‚Ubi laudatus frater meus p. 222 notat, in codice iuris municipalis Goslariensis huiusmodi infames vocari Rechtloss, an Ehren los und an Tugenden verletzt, totamque illam periocham diplomatis Fridericiani ita verti in illo codice: Es lösst der Felscher syne Hand, er ist doch recht und ehrenloss. Nimirum eodem recidunt haec vocabula. Lex enim veteribus erat ewa, ehe, echt, unde ehehaft legitimum impedimentum, echte vel eheliche Kinder, legitimi liberi, echtlos iuris communis exsors, seu, ut Fridricus II Imp. loquitur, exlex, quamvis huius vocabuli alias plane alia notio fit‘ (p. 325 § 391).

Man muss zugeben, dass in diesen Schlussworten ein gewisser Widerspruch gegenüber der sonst mit Huth angenommenen Einheitlichkeit des Begriffes der alten deutschen Ehrherabsetzung zu finden ist, vorausgesetzt, dass Heineccius, wie kaum anders angenommen werden kann, mit der alia notio des Wortes ‚exlex‘ auf dessen Bedeutung friedlos zielt. Denn dann stellt er hiermit die Friedlosigkeit, also auch die Proskription in ihrer schärfsten Form, der Rechtlosigkeit bzw. Echtlosigkeit bzw. Ehrlosigkeit als andersartig gegenüber, während er doch eben sonst, wie wir gesehen haben, die Proskription schlechthin zu der einheitlichen infamia, und innerhalb dieses Begriffes zu dem Grade der infamia maior zählt (vgl. oben nach A. 6, Heineccius a. a. O. p. 340 § 408). — Dass Heineccius hierbei auch die erwähnte schärfste Form der Proskription mit einrechnet, also derselben an dieser Stelle keinen Sonderplatz eingeräumt wissen will, geht daraus hervor, dass er im Anschluss an die Erörterung der maior infamia der manu truncati und unmittelbar nach der Bezeichnung dieser Strafe als der ordinaria poena falsi admissi anmerknungsweise folgen lässt: ‚Quin quum poena gravissima eorum, qui aliquid adversus rem

<sup>7)</sup> Vgl. Göschen, Die Goslarischen Statuten, Berlin 1840 S. 38 Z. 7.

(publicam) admiserant<sup>9)</sup>, esset proscriptio, des Reichs acht und oberacht: hos quoque infamie notam effugere non putabant, qui vertente anno in eo statu perseverarent<sup>9)</sup>).

Heineccius setzt hinzu: ‚Sed . . . . ipsa proscriptio, ob crimen perduellionis inflictā, iam per se infamia notabat, non perseveratio demum annua. Hierfür beruft er sich auf die oben § 3 A. 32 auszugsweise mitgeteilte Urkunde Karls IV. über die Ächtung Hertwittens des Kuchlers. Ich erblicke in diesem Zusatze ebenfalls ein weiteres Vordringen in Ansehung unseres Problems.

2. Wenschon Heineccius in Abweichung von Huth die Einteilungsprinzipien, ‚Infamia maior und minor‘ einerseits und ‚Verletzung der vier Kardinaltugenden der Germanen‘ anderseits ohne Periodenabgrenzung mit einander verbunden hat, so kommt doch bei ihm wenigstens innerhalb der hierdurch gegebenen Anordnung die geschichtliche Betrachtungsweise einigermaßen zu ihrem Rechte. Völlig ausgewischt erscheint dagegen das historische Bild, das Huth mit Erfolg zu zeichnen bemüht gewesen war, bereits bei Engau, der in seinen allerdings recht unbedeutenden ‚Elementa iuris Germanici civilis‘ (1. Ausgabe Jena 1736) im Interesse eines billigen Lehrbucherfolges lediglich eine leicht fassliche Systematik bietet, die er, zudem durchaus unselbständig, von Heineccius entlehnt, aber von jeglicher Geschichte „entlastet“ hat. Huths Namen gar nicht mehr erwähnend, nur noch aus Heineccius schöpfend und meist auch dessen Wortfassung wiederholend, bringt er in den Kategorien ‚infamia maior‘ und ‚infamia minor‘, Zeitunterschiede, im Texte wenigstens, ganz fallen lassend und nur die Quellenbelege in den Fussnoten der Zeit nach ordnend, alle die Ehrenminderungen unter, die Huth für seine drei ersten Perioden festgestellt hat. Die unselbständige Übernahme und gleichzeitige Verschlech-

<sup>9)</sup> Dass diese Anmerkung sich an die Erwähnung der poena falsi admissi anfügt, erklärt sich daraus, dass Heineccius hier beeinflusst ist durch Huth, der das ‚admittere aliquid adversus rem publicam‘, das ‚crimen perduellionis‘ als schlimmste Art der Untreue auffasst: ‚Eximia quondam reputabatur perfidia absente Imperatore, pacem turbasse publicam, seditiones exortasse et summa miscuisse imis‘, Huth p. 29.

<sup>9)</sup> Ssp. I 38, Schwsp. (L.) c. 45.

terung der Heinecciuschen Lehre wird am besten gekennzeichnet durch wörtliche Wiedergabe der §§ 494 und 495 lib. I der Engauschen *Elementa*:

§ 494: ‚Infamia seu existimationis privatio vel maior est vel minor. Illa moribus antiquis inhaerebat iis omnibus:

I. qui aliquid contra fortitudinem, fidem, castitatem et pietatem, cardinales illas germanorum virtutes, commiserant. Itaque infames erant a. qui hostibus terga dederant et arma perdididerant in acie<sup>10</sup>); b. qui desertione et proditione se indignos praestiterant virorum fortium nomine<sup>11</sup>); c. muliebria passi<sup>12</sup>); d. periuri, fallaces, perfidi<sup>13</sup>); immo e. omnes mendaces, in quos ius alapae infligendae sibi esse credebant maiores; f. stuprum ultro passae<sup>14</sup>); g. qui rerum ecclesiasticarum quicquam surriperant<sup>15</sup>);

II. rei criminis, quod manebat (wohl monebat) decalvatio, fustigatio, proscriptio, sive has poenas redemptione vel transactione subterfugerant sive sustinuerant<sup>16</sup>).

Von Heineccius nicht übernommen ist hier nur I, e. In Benedikt Schmidts unten noch zu berührenden ‚*Principia Iuris Germanici*‘ findet sich p. 318 bei Behandlung der Infamie wegen Verletzung der fides die Bemerkung: ‚. . Imo Germani mendacium tam valde abhorrerunt, ut sibi in mendaces ius alapam infligendi competere persuaderent, quod vetus satis paroemia probat: „auf eine lüge gehört eine maulschelle“, Hertius paroem. iur. lib. I paroem. 100‘. Engau wird also auch wohl an dieses von Johann Nicolaus Hert in seinen ‚*Paroemiae iuris Germanici*‘ aufgeführte Rechtssprichwort gedacht haben, zumal er, wie gleich sich zeigen wird, diese *Paroemiae* auch sonst benutzt hat, wenn auch vielleicht nur aus dritter, beiden Abschreibern gemeinsamen Quelle. Schwerlich vermochte aber durch jenes Sprichwort allein eine infamia maior der Lügner ihre Begründung zu finden.

Einigermassen eigentümlich gestaltet ist bei Engau in dem vorerwähnten § 494 die Gruppe II.

<sup>10</sup>) Wörtlich nach Heineccius p. 327 § 394. <sup>11</sup>) W. n. H. p. 327 § 395.

<sup>12</sup>) W. n. H. p. 328 § 395 Anm. <sup>13</sup>) W. n. H. p. 330 § 397.

<sup>14</sup>) W. n. H. p. 330 § 398. <sup>15</sup>) W. n. H. p. 332 § 400.

<sup>16</sup>) 4. Ausgabe Jena 1752 p. 261 f.

§ 495 a. a. O. lautet: ‚Infamiam minorem ferebant 1. qui id vitae generis elegerant, quod cardinalibus virtutibus contrarium esse videbatur, u. c. si quis campionem aut ludionem egerit; 2. qui vel natura vel voto socii erant maiori infamia notatorum‘. Nr. 1 schliesst sich wieder ganz an Heineccius an<sup>17)</sup>. Mit Nr. 2 bringt Engau einen neuen Gesichtspunkt herein, insbesondere mit den ‚socii voto‘. Er zitiert hierzu Hert, paroem. (i. e. lib. I) 12. Das betreffende Rechtssprichwort lautet hier: ‚Wer eine Hur nimt wissentlich, Bleibt ein Schelm ewiglich‘. Also Kinder und Gatten der mit infamia maior Behafteten sollen der infamia minor verfallen sein. Unter jenen Kindern mag Engau auch die unehelichen Kinder begriffen haben, welche er wohl deshalb als ‚natura socii maiori infamia notatorum‘ betrachtet haben mag, weil er sie als Kinder von ‚stuprum ultro passae‘ im Auge gehabt haben wird.

Hinsichtlich der Folgen der Ehrenminderungen bringt Engau insofern etwas Neues, als er, wenn auch ohne eigene Quellenbelege, darauf aufmerksam macht, dass der mit infamia, und zwar schon mit infamia minor, Behaftete: ‚opificia addiscere non poterat‘.

Bezüglich unseres Problems, von dessen Existenz er aber vollends kein Bewusstsein mehr hat, interessiert bei Engau a. a. O. § 493 der die Abstammung von Heineccius nicht verleugnende<sup>18)</sup> Einleitungssatz: ‚Hominum alii sunt integrae famae, alii infames ehrloss, echt und rechtlosse Leute‘, welcher also auch der von Huth vertretenen Einheitlichkeit des Begriffes der alten deutschen Ehrherabsetzung entspricht.

3. Wenn ich mich verhältnismässig lange bei dem unbedeutenden Engau aufgehalten habe, so hat dieses doch den Nutzen getragen, dass nunmehr von der mit vielen Quellenstellen prunkenden umfangreicheren Darstellung des alten deutschen Ehrenrechts in Benedikt Schmidts ‚Principia Iuris Germanici‘ (Nürnberg 1756, p. 316—325) einfach gesagt werden kann, dass sie im Wesentlichen einen ziemlich getreuen Abklatsch von dem durch Heineccius verschlechterten Huth<sup>19)</sup> mit den Zutaten

<sup>17)</sup> Vgl. oben S. 240 f.

<sup>18)</sup> Vgl. oben S. 241 f.

<sup>19)</sup> Den Schmidt übrigens, anders als Engau, noch selbst benutzt hat.

Engaus darstellt, der von Schmidt noch dadurch weiter verschlechtert ist, dass er das neuere Recht von dem alten nicht hinreichend geschieden hat<sup>20</sup>). Unser Problem wird wiederum berührt durch den Einleitungssatz: „ . . . hominum divisio est, quod sint vel integrae fama . . . vel sunt infames sive infamia notati Ehrlos echt rechtlose an tugend verletzte leuthe . . .“

Ganz dürftig hatte übrigens vorher Eisenhart in seinen ‚Institutiones iuris Germanici Privati‘ (Halle 1753) p. 10 f. nur die obersten Kategorien der Lehre von Heineccius mit dessen eigenen Schlagworten angedeutet<sup>21</sup>). Noch mehr war sie zusammengeschrumpft in (des auf anderem Gebiete so hervorragenden) Johann Stephan Pütters ‚Elementa Iuris Germanici privati‘ hodierni, 1. Ausg. 1748. Als ein kümmerliches Rudiment derselben mag aus der 2. Ausg. dieser Elementa, Göttingen 1756, p. 66, der Satz mitgeteilt werden: „ . . . multiplex infamiae causa, veluti ob laesam praesertim fidem, ob inconueniens bonae existimationi vitae genus, ob indignam forti viro actionem cet‘. Es drängt sich geradezu das Bild auf, dass die Nachtreter des Heineccius allmählich auf dem Wege einschlafen.

4. Deutlicher noch erkennbar aber in anderer Weise entartet ist die Heinecciussche Doktrin in Johann Georg Estors „bürgerlicher rechtsgelehrsamkeit der Teutschen“ Bd. I, Marburg 1757, p. 423 ff. Auf p. 424 heisst es in § 988: „Die Teutschen halten die tapferkeit, treue, keuschheit und die religion für die haubttugenden. Mit einem worte, sie waren ehrlibend, dafür die ehrbare männer, ehrbare weibespersonen hochgeschäzet wurden. § 989: Die betrüger hingegen hasseten sie äusserst, und nenneten sie lotterbuben. Denn lotter heisset unter andern: fraus, dolus, mendacium usw.“. In diesem Stile geht es weiter. Wie überhaupt in seinem Werke, so sinkt Estor auch

<sup>20</sup>) Vgl. besonders §§ 7 u. 8 p. 322 ff. a. a. O.

<sup>21</sup>) Auf die Arten der alten Ehrenminderungen beziehen sich in § 9 p. 10 a. a. O. lediglich folgende Sätze: ‚Ratione existimationis quoque homines dividuntur in eos, qui integrae fama, ac eos, qui infamia notati sunt. Infamia autem iure germanico est vel maior vel minor. Illa notabantur, qui fortitudinem bellicam, fidem, castitatem et pietatem violarunt, vel poena corporis ad fictiva, aut capitali adfecti fuerunt; hac autem laborabant, qui se certo viliori vitae generi manciparunt, vel vulgo concepti fuerunt‘.

beim Ehrenrecht in dem Streben nach möglichst universalwissenschaftlicher Darstellung im Unjuristischen vollständig unter<sup>22)</sup>. Ein drastisches Beispiel hierfür ist auf p. 423 a. a. O. der § 987: „Die menschen sind entweder ehrliche, ehrbare, redliche, tugendhafte, tapfere, treue und worthaltende, keusche und gottesfürchtige; oder ehr-, recht-, treu- und tugelos, feige memmen, schälmen, betrüger, niderträchtige, unehrbare, mit schandflecken behaftete, racker, hallunken, landfarer, gauner, gaudibe, hurenpak, dibes-, raub- und zigeuner-, sodann herrenlose wildschützen, müssige und lüderliche bettel-gesinde, gardenbrüder usw. Die ersten schäzeten die Teutschen hoch“. So humorerregend dieses nun auch anmutet, so darf man doch unter dem überwuchernden Beiwerk den juristischen Gehalt nicht verkennen, der in einer wohl nicht ganz unbewussten Entscheidung unseres Problems im Sinne der Einheitlichkeit des Begriffes der alten deutschen Ehrenminderungen besteht und in dieser Beziehung sogar ein wenig Neues birgt. Es ist aber selbstverständlich, dass er unter solcher Hülle nicht zur Geltung kommen konnte.

So bedeutet Estors Darstellung keinen Aufenthalt der Abwärtsbewegung, in welcher sich die Geschichte des deutschen Ehrenrechtes befand. Diese setzte sich dahin fort, dass in der Folgezeit in einer Reihe von Lehrbüchern des deutschen Privatrechts<sup>23)</sup> und des Pandektenrechts<sup>24)</sup> das alte deutsche Ehrenrecht keinerlei Erwähnung mehr findet, ein Schicksal, welches diese historische Rechtsmaterie freilich in den betreffenden Lehrbüchern wegen des vorwiegenden praktischen Zweckes

<sup>22)</sup> Landsberg, Geschichte d. d. Rechtswissenschaft III 1 S. 242, nennt Estors Werk ein „formloses Konglomerat, welches weder juristischen noch ökonomischen Anforderungen genug tut“.

<sup>23)</sup> Vgl. Johann Heinr. Christian v. Selchow, *Elementa Iuris Germanici Privati Hodierni*, Hannover 1767 (3. Ausg.) §§ 205 ff., 1. Ausg. als *Institutiones iurisprudentiae Germanicae*, Göttingen 1757. Justus Friedrich Runde, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, 5. Ausg. Göttingen 1817 §§ 301 ff. (1. Ausg. 1791).

<sup>24)</sup> Vgl. Joh. August Hellfeld, *Iurisprudentia Forensis secundum Pandectarum Ordinem*, Jena 1771 (3. Ausg.) §§ 374 ff. (1. Ausg. 1764). Karl Christoph Hofacker, *Principia Iuris Civilis Romano-Germanici*, Tübingen 1788 §§ 317 ff. Dabelow, *Einleitung in die deutsche positive Rechtswissenschaft*, Halle 1793 §§ 120 ff.

derselben durchweg auch mit der deutschen Vorgeschichte anderer Rechtsinstitute teilt<sup>25)</sup> <sup>26)</sup>).

### § 5.

#### Danz.

Verheissungsvoll klingt es hiergegen wieder, wenn Danz in seinem nach dem System Rundes verfassten „Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts“ (1. Ausg. 1796—1801) Bd. III 2. Ausg., Stuttgart 1800, § 301 S. 61 bez. des Ehrenrechtes sagt: „Um in dieser Lehre nicht irre zu gehen und alle Verwirrung zu vermeiden, muss man das ältere und mittlere deutsche Recht von den neueren und jezo geltenden genau unterscheiden. — Von dem ersteren mag hier stehen, was zur Erläuterung des letzteren beitragen kann“. — Erinnet dieses Programm an Huth, so ist die Ausführung doch nur eine in gewissem einheitlichen Guss erscheinende Kompilation, namentlich nach Heineccius<sup>1)</sup> und dessen Nachtretern, mit Hineinmischung von

<sup>25)</sup> Runde a. a. O. berücksichtigt jedoch bei solchen anderen Rechtsinstituten mehrfach die ältere deutsche Entwicklung, vgl. z. B. §§ 150 ff., 176 f. a. a. O.

<sup>26)</sup> Es mögen hier noch einige weitere, grösstenteils aus etwas späterer Zeit stammende Schriften genannt werden, in denen man Erörterungen des alten deutschen Ehrenrechtes bzw. Stellungnahme zu unserem Problem erwarten könnte, die aber hierüber nichts enthalten.

Vollständig übergangen ist das Ehrenrecht, sowohl das alte als das moderne, in E. C. Westphals: „Das deutsche und reichsständische Privatrecht“, 2 Teile, Leipzig 1783, ebenso in A. G. Goedes: ‚Ius Germanicum Privatum‘, Göttingen 1806.

Wenigstens das alte Ehrenrecht ist nicht behandelt von Hübner, Über Ehre etc. (vgl. oben § 2 A. 3) 1800, Hagemeister in seiner Abhandlung „Über den wesentlichen Unterschied zwischen der römischen infamia und der deutschen Ehrlosigkeit“ in Hugos zivilistischem Magazin Bd. III (1812) S. 163 ff., Th. Schmalz, Lehrb. des teutschen Privatrechts, Berlin 1818, vgl. § 62 (1. Ausg. Königsberg 1796), C. E. Weisse, Grundriss des teutschen Privatrechts, Leipzig 1832, vgl. S. 19 (1. Ausg. 1817), Gründler, Polemik des germanischen Rechts, Bd. I Merseburg 1832, vgl. § 108.

Eine Stellungnahme zu unserem Problem lässt nicht ersehen F. Ortloff, Grundzüge eines Systems d. Teutschen Privatr., Jena 1828, vgl. S. 197 ff. § 84.

<sup>1)</sup> den Danz übrigens durchaus nicht entsprechend dem Masse, in welchem er ihn benutzt hat, als seine Quelle kenntlich macht, vgl. S. 65 Anm. x a. a. O.



Anschauungen, die bezüglich des modernen Rechts in Geltung standen. Man lese besonders S. 61 a. a. O.: „Vier Tugenden waren es hauptsächlich, deren die Deutschen sich befeissigten: Tapferkeit (*fortitudo bellica*); Treue (*fides*); Keuschheit (*castitas*); Frömmigkeit (*pietas*). Wer dagegen gröblich sich verging, der fiel in die eigentliche Ehrlosigkeit, die von vielen — *infamia maior* — genannt wird“. Nachdem dieses lediglich systematisch unter Einzelbehandlung der vier Tugenden und durchaus unhistorisch näher ausgeführt ist, heisst es S. 63f.: „Von dieser eigentlichen, bisher entwickelten Ehrlosigkeit aber muss man die von einigen sogenannte — *infamiam minorem* — wohl unterscheiden. Diese entsprang teils aus einer verächtlichen Lebensart, teils aus unehelicher Geburt.

Um Lohn gedungene Kämpfer (*campiones*) wie auch herumziehende Spielleute, Gaukler, Seiltänzer, Landfahrer, Schalksnarren, Singer, Reimensprecher und dergleichen wurden für anrücklich gehalten.

Eben dieses gilt von allen unehelich Geborenen“.

Interessant ist es nun, wie sich Danz in Ansehung unseres Problems, welches ihm bei seiner Unselbständigkeit natürlich auch nicht zum Bewusstsein kommt, von der Einheitlichkeit des Begriffes der altdeutschen Ehrenminderungen fortbewegt durch die Hineintragung modern-theoretischer Anschauungen in die Darstellung des alten Rechtes. Diese Beeinflussung durch die modern-gemeinrechtliche Theorie<sup>2)</sup> zeigt sich in der Gegenüberstellung der wirklichen Ehrlosigkeit einerseits und der Anrücklichheit und Verächtlichkeit anderseits, die in den vorerwähnten Sätzen sich noch etwas zurückhält, um so bestimmter aber bei Behandlung der Folgen minderer Ehrenstellung hervortritt. Im Anschluss nämlich an jene Sätze sagt Danz S. 64: „Die wirkliche Ehrlosigkeit zog schreckliche Folgen nach sich“. Er erörtert diese des näheren. Dann heisst es weiter: „Nicht so hart wurden die — anrücklichigen und verächtlichen Leute — gehalten“, was ausgeführt wird. Gleichwohl ist Danz wenigstens teilweise, und zwar im wichtigsten Punkte, bei der Einheitlichkeit der alten Ehrenminderungen

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I S. 423 ff.

stehen geblieben, indem er Echt-, Recht- und Ehrlosigkeit identifiziert. Denn nachdem er, wie erwähnt, die schrecklichen Folgen der wirklichen Ehrlosigkeit angekündigt hat, geht er auf diese Folgen ein mit dem sich anschliessenden Satze: „Dergleichen — ächt- und rechtlose Leute — wurden für unfähig erklärt, durch einen Reinigungseid sich von dem Verdachte losmachen zu können, wenn sie eines begangenen Verbrechens halber angeklagt waren“.

Wir haben aber Veranlassung, uns die hiermit berührten Folgen, die Danz einerseits der „wirklichen Ehrlosigkeit“, anderseits der „Anrühigkeit“ und „Verächtlichkeit“ vindiziert, etwas näher anzusehen. Denn während von der vorausgegangenen Theorie die Wirkungen der dem Grade nach verschiedenen, der Art nach gleichen infamia minor und maior mit voller Klarheit als ein Minus und Plus einander entgegengesetzt waren, sehen wir bei Danz mit dem Abweichen von der Einheitlichkeit der alten Ehrenminderungen, mit der Gegenüberstellung der artverschiedenen ächt- und rechtlosen („wirklich ehrlosen“) Leute und der „anrühigen und verächtlichen“ Leute die Folgen dieser verschiedenen Ehrherabsetzungen in Unklarheit getaucht, obwohl Danz, wie schon gesagt, die Folgen der Anrühigkeit und Verächtlichkeit als nicht so hart hinstellt, wie die „schrecklichen“ Folgen der „Ächt- und Rechtlosigkeit“, also jene auch als ein Minus ausgibt. Es lässt sich aber schwer sagen, welche Folgen schrecklicher sind, wenn man sieht, welche von Danz der Ächt- und Rechtlosigkeit und welche der Anrühigkeit und Verächtlichkeit zugewiesen werden. Erwähnt wurde schon, dass die erstere nach Danz den Reinigungseid nahm. Als weitere Nachteile der ächt- und rechtlosen Leute führt Danz S. 64 auf: „Die richterliche Hilfe wurde ihnen versagt, wenn sie einer empfangenen Beleidigung wegen sich zu beschweren Ursach hatten. Sie konnten keine Ehrenstellen erlangen, keine tüchtige Zeugen abgeben, und hatten sich weder des Anfalles eines Lehens, noch eines ehrbaren und öffentlichen Begräbnisses zu erfreuen“. Dagegen sagt er von den anrühigen und verächtlichen Leuten: „Diese konnten als Zeugen nicht aufgeführt werden; waren von allen öffentlichen Ehrenstellen und namentlich dem Richteramte ausgeschlossen; konnten

Lehen nicht besitzen; Advokaten durften für sie in Gerichten nicht auftreten, und weder sie konnten Wergeld fordern noch durften ihre Verwandten in Ansehung ihrer es verlangen“. Also der Ächt- und Rechtlosigkeit soll eigentümlich sein das Fehlen des Reinigungseides, der richterlichen Hilfe gegen Beleidigungen und des ehrlichen Begräbnisses. Dagegen sollen spezifische Folgen der Anrühigkeit und Verächtlichkeit sein die Entbehrung der Advokaten und des Wergeldes. Im übrigen hat Danz trotz der Verschiedenheit der Ausdrucksweise hüben und drüben keine sachlichen Verschiedenheiten in den Folgen beider Arten von Ehrenminderungen vorgeführt. Bezüglich der Quellenstellen aber, auf welche er sich für die verschiedenen Folgen beider beruft, mag nur hervorgehoben werden, dass Sachsensp. III 16 § 2 die „Advokaten“ im Sinne von Danz, die nach ihm lediglich den anrühigen und verächtlichen Leuten fehlen sollen, gerade den Rechtlosen entzieht: „Rechtlose lüde ne solen nenen vormünden hebben“. Und ebenso soll das Wergeld, welches Danz nur den Anrühigen etc. abspricht, zufolge der von ihm zitierten Stelle Sachsensp. III 45 (§ 11) den unechten (= rechtlosen) Leuten fehlen: „Ane weregelt sin unechte lude“.

Alles in allem merkt man bei Danz die grosse Verlegenheit, die angenommene Artverschiedenheit der wirklichen Ehrlosigkeit und der „Anrühigkeit und Verächtlichkeit“ in verschiedenartigen Wirkungen hervortreten zu lassen, eine Verlegenheit, die um deswillen hier festzustellen war, weil sie bei Danz das erste Auftreten einer Erscheinung ist, die sich in der Folgezeit wiederholte, so oft auch der Versuch gemacht wurde, unter Preisgabe der Einheitlichkeit des Begriffes der deutschen Ehrenminderungen unser Problem gewissenhaft und quellenmässig zu lösen.

## § 6.

### Günderrode.

Kündigt sich also bei Danz das Abgehen von dieser Einheitlichkeit an, so ist als der Vorbote einer anderen später sich hiermit verquickenden Erscheinung zu erwähnen Hektor Wilhelm von Günderrode. Er hat nämlich in seinen von Posselt herausgegebenen „Sämtlichen Werken“ Bd. II, Leipzig 1788, S. 187—196 zuerst, und zwar ohne jede Anknüpfung an die

Früheren, die Ansicht vertreten, dass „die bürgerliche Ehre bey den Teutschen“, die er an sich als einheitlichen Oberbegriff voraussetzt, sich erschöpft habe in den Standesvorrechten. Ausfluss dieser Anschauung sind die Sätze auf S. 187 a. a. O.: „Ursprünglich haben alle nicht durch Schandthaten entehrte Menschen gleiche Rechte auf diese allgemeine Achtung. Aber die Ungleichheit der Stände brachte bald auch hierin eine Änderung hervor“. Diese sei darauf hinausgelaufen, dass die „bürgerliche Ehre“ entsprechend der Bildung der verschiedenen Stände „nach und nach unterschiedene Grade“ bekam (S. 189). Zu der sich hieraus ergebenden Ehre der Freien, des niederen und des hohen Adels sei noch die Dienstehre hinzugekommen (S. 191), „die nicht von der Geburt, sondern von dem Amt herührt“ (S. 194). Was Günderröde so, unter Festhaltung eines einheitlichen Oberbegriffes der Ehre und demgemäss auch der Ehrenminderungen (vgl. S. 196), indes durchaus dilettantenhaft, ausführte, ist demnächst mit allen Mitteln der Wissenschaft nach Aufgabe jenes einheitlichen Begriffes für gewisse Arten der alten Ehrenminderungen vertreten worden.

## II. Abschnitt.

### Die Literatur von Eichhorn bis Phillips.

#### § 7.

#### Eichhorn.

Der erste, der sich nach der vorbezeichneten neuen Richtung hinbewegte, war Karl Friedrich Eichhorn. Er ging in seiner Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Abt. I Göttingen 1808, davon aus, dass „man Ehrlosigkeit und Rechtlosigkeit nicht für ganz gleichbedeutend“ nehmen könne (§ 349 S. 932 a. a. O.). Denn nur von denen, welche durch Dieberei und Raub ihr Recht verlieren, brauchten die Rechtsbücher den Ausdruck „ehrlos und rechtlos“. Auch beruft sich E. auf Richtsteig Landr. art. 28: „Das wete, dat dit recht gefit vifvei pin. Tum ersten pineget it so, dat it deme brochaften nimpt sin lif. . . . Tume drudden benimpt it

sin recht. Tum viriden sine ere. Tum veften benimpt it eme den gemeinen vreden“.

Die Ehrlosigkeit glaubte E. sodann vermittelt des Rechtsbegriffes der Ehre bestimmen zu können. Bezüglich des letzteren war ihm massgebend, dass bei Sachen, welche an die Ehre gingen, für Richter, Urteilverfinder, Zeugen etc. strengste Standesgleichheit mit dem Angeklagten erforderlich war<sup>1)</sup>. Ausserdem zog er das kleine Kaiserrecht heran, das mit dem Ausdruck Ehre ausschliesslich die Standesvorrechte bezeichne. „So wird B. 3 Art. 5 unter der Rubrik ‚von grossen Ehren der Rittern‘ von der Erbllichkeit des niederen Adels gehandelt, und B. 4 Art. 1 ‚von dem Rechte und was sie Ehre haben sollen die Bürgere‘ von den Vorrechten des Bürgerstandes“<sup>2)</sup>. Auf diese Weise kam E. zu der Definition: „Ehre bezeichnet . . . die an sich mit einem besonderen Stande verknüpfte äussere Würde einer Person, und die davon abhängigen Rechte“. Hieraus ergab sich für ihn der Begriff der Ehrlosigkeit in folgender Gestalt: „Sofern die Rechtlosigkeit auf die Standesrechte bezogen wird, heisst sie Ehrlosigkeit . . . und wirkt den Verlust der gesamten Standesrechte“<sup>3)</sup>. Er belegt dieses durch das kl. Kaiserrecht B. 3 Art. 7, wonach die Ehrlosigkeit sowohl den Ehrlosen selbst als dessen Deszendenz der Vorrechte der Ritterbürtigkeit verlustig mache.

Dahingegen hat E. den entgegengesetzten Begriff der Rechtlosigkeit lediglich durch eine Abstraktion von deren Wirkungen bestimmt. Als solche stellt er die schon von Huth aufgeführten Folgen der infamia minor und maior hin. Er betont höchstens mehr, dass den Rechtlosen Vormünder nicht bloss zu Klage, sondern auch zu Kampf fehlten<sup>4)</sup>, macht neu geltend, dass sie unbescholtene Leute mit Kampf nicht bereden konnten<sup>5)</sup>. Den Reinigungseid habe die Rechtlosigkeit genommen, wenn sie durch Verbrechen entstanden sei<sup>6)</sup>. Man erkennt hier bei Eichhorn innerhalb der Rechtlosigkeit sächlich denselben Gegensatz wieder, wie er früher als zwischen den Wirkungen

<sup>1)</sup> Vgl. § 349 Anm. o, § 348 Anm. g, Ssp. II 12 § 2, Schwsp. (L.) 278.

<sup>2)</sup> § 349 Anm. o. <sup>3)</sup> § 349 Text.

<sup>4)</sup> Ssp. I 48. <sup>5)</sup> Ssp. I 48. <sup>6)</sup> Ssp. I 39.

der infamia minor und maior bestehend hingestellt war. In seiner „Einleitung in das deutsche Privatrecht“, Göttingen 1825 2. Ausg. § 83 (1. Ausg. 1823) nennt Eichhorn noch weitere Folgen der Rechtlosigkeit, welche auch die Wirkungen der Huthschen<sup>7)</sup> infamia maxima umfassen. Er sagt daselbst, dass in einzelnen Fällen dem Rechtlosen Ehre, Lehen und Eigentum abgesprochen sei. Dabei hat er im Auge Ssp. I 38 § 2: „Die ok jar unde dach in des rikes achte sin, die delt man rechtlos unde verdelt in egen unde len“. Wo die Rechtlosigkeit durch die Acht begründet sei, habe man dem Rechtlosen auf seine Klage das Recht verweigert: „Des rikes achteren unde vervesten lüden ne darf neman antwerden, of sie klagen“ (Ssp. III 16 § 3). Schliesslich erwähnt E. hier noch, dass der durch die Acht Rechtlose, wenn er sich aus dieser nicht herauszog, friedlos gesprochen wurde<sup>8)</sup>. Eichhorn hält also diese Friedlosigkeit irrigerweise für verschieden von der vorher aus Ssp. I 38 § 2 entnommenen Absprechung von Ehre, Lehen und Eigentum, wie überhaupt seine Auffassung über die Acht als Grund der Rechtlosigkeit noch sehr unklar ist. Immerhin ist hiernach festzustellen, dass, wie bereits Heineccius (oben § 4 nach Anm. 9) die Verhängung der Reichsacht an sich als Grund einer infamia ansah, so auch Eichhorn dieselbe als Grund der Rechtlosigkeit betrachtet.

Die Abstraktion von den so einzeln aufgeführten Wirkungen der Rechtlosigkeit nimmt er in der Rechtsgeschichte § 349 dahin vor, dass durch die Rechtlosigkeit „die mit der Freiheit wesentlich verbundenen Rechte einer Person und andere ihr vermöge derselben zustehende Befugnisse“ „vermindert“ werden. Zur Erklärung dieser Befugnisse fügt er hinzu: „Denn die Freiheit bezeichnet ausser dem, dass sie gewisse wesentlich mit ihr verbundene Rechte gibt, zugleich den Zustand der allgemeinen Rechtsfähigkeit“. Nur vermindert seien die Rechte im Falle der Rechtlosigkeit. Der Ausdruck rechtlos schein zwar auf den gänzlichen Verlust einer gewissen Klasse von Rechten hinzudeuten: Aber dem Rechtlosen blieben doch noch gewisse wesentliche Freiheitsrechte. Welche diese sein sollen,

<sup>7)</sup> Huth ist aber Eichhorn unbekannt. <sup>8)</sup> Glosse zum Ssp. I 51.

macht E. nicht hinreichend deutlich<sup>9)</sup>. Indes führt er einen Katalog der Freiheitsrechte in der Einleitung i. d. d. Privatr. § 48 auf. Auf dieses Verzeichnis bezieht sich die Definition der Rechtlosigkeit in § 83 desselben Werkes. E. sagt hier: „Rechtlosigkeit“ „hiess“ „nicht die Unfähigkeit, Rechte zu erwerben, zu besitzen und zu verfolgen, sondern ein Zustand, in welchem eine Person aus bestimmten Gründen einzelner Rechte, vornehmlich der wichtigsten Freiheitsrechte (§ 48), entbehrte, mithin ein der römischen Infamie ähnliches Verhältnis“. Eine gewisse Verlegenheit Eichhorns, wie er den Begriff der Rechtlosigkeit bestimmen soll, ist m. E. nicht zu verkennen.

Was die Gründe von Ehrlosigkeit und Rechtlosigkeit anlangt, so lässt Eichhorn die Ehrlosigkeit nur durch Verbrechen entstehen. Er beruft sich hierfür auf Ssp. I 40: ‚Sve so trüwelos beredet wert, oder herevlüchtig ut des rikes denste, dem verdelt man sin ere unde sin lenrecht‘, auf Schwsp. (L.) 41, wonach die, welche wegen Dieberei oder Raub bestraft werden oder sich davon lösen, ehrenlos und rechtlos werden, und schliesslich auf Schwsp. (L.) 278: ‚Daz wir sprechen „an ir ere“, daz meinen wir also, ob man einen man an sinen eit sprichet oder an sinui e werch, oder daz man giht er si nuit geloubig, oder daz man in seit von der cristenheit, daz er dui dinc getan habe, diu uncristenlich sint‘<sup>10)</sup>.

Als Gründe der Rechtlosigkeit stellt Eichhorn ausser der unehelichen Geburt und gewissen Arten einer verächtlichen<sup>11)</sup> Lebensart auch gewisse Verbrechen und Strafen hin, „zu welchen namentlich die Reichsacht und daher auch der Kirchenbann gehört“<sup>12)</sup>. Also auch hier zeigt sich, dass er die *infamia maxima* Huths unter der Rechtlosigkeit mit begreift<sup>13)</sup>. Insofern hat Eichhorn die von der früheren Theorie vertretene Einheitlichkeit der alten deutschen Ehrenminderungen noch nicht vollständig aufgegeben.

<sup>9)</sup> Vgl. RG. § 349 Anm. b.

<sup>10)</sup> Vgl. Eichhorn, Rechtsgesch. § 349 Anm. I.

<sup>11)</sup> Vgl. oben S. 249.

<sup>12)</sup> Eichhorn, Rechtsgesch. § 349 Text.

<sup>13)</sup> Vgl. oben S. 253 f.

Indem er aber doch die Ehrlosigkeit von der Rechtlosigkeit abtrennt, stellt er noch eine weitere besondere Art einer alten deutschen Ehrenminderung daneben, welche der bisherigen Theorie weder als solche, noch auch als Grad eines einheitlichen Oberbegriffes der Ehrherabsetzung bekannt gewesen war. Es ist dieses der böse Leumund, die Ehrenminderung im eigentlichen Sinne. Denn während durch die Ehrlosigkeit die Ehre als die an sich mit einem besonderen Stande verknüpfte äussere Würde einer Person nebst den davon abhängigen Rechten verloren wird, soll sie durch den bösen Leumund nur vermindert werden. Eichhorn zitiert hierfür Ssp. I 5 § 2: ‚Wif mach mit unkuscheit irs lives ire wifiken ere krenken; ire recht ne verlüst se dar mede nicht noch ir erve‘. Jener Ehrverlust vollziehe sich nur durch richterliches Erkenntnis und zur Strafe, diese Ehrenminderung durch kund gewordene verächtliche Handlungen einer Person, insofern die genannte Würde bei anderen Achtung verschafft und diese durch Handlungen, die mit der Würde unvereinbar seien, geschmälert werde. Jedenfalls ist Eichhorn hier beeinflusst durch die gemeinrechtliche Theorie von der *infamia iuris* und *infamia facti*<sup>14)</sup>. Auffallend ist, dass er auch bei dieser Ehrenminderung festhält an dem Begriff der Ehre als der an sich mit einem besonderen Stande verknüpften äusseren Würde einer Person. Nach der Berufung auf die mitgeteilte Stelle des Sachsenspiegels müsste er also auch das Geschlecht als einen solchen besonderen Stand angesehen haben! In der „Einleitung in das deutsche Privatrecht“ § 83 hat Eichhorn übrigens den bösen Leumund als besondere Ehrenminderung für das alte deutsche Recht fallen lassen, jedoch nicht ohne dass er seine frühere Auffassung in den späteren Auflagen seiner Rechtsgeschichte wiederholt hätte<sup>15)</sup> und nicht ohne dass dieselbe weitere Anhänger gefunden hätte.

<sup>14)</sup> Vgl. Eichhorn, Einleit. i. d. d. Pr.-R. § 86 ff., insbes. § 90.

<sup>15)</sup> Vgl. Eichhorn, Rechtsgesch., 5. Ausg. Göttingen 1843 II. Teil § 349, der, abgesehen von einer kurzen Anzeige von Buddes inzwischen erschienenen Schrift (vgl. unten den IV. Abschnitt), keine Veränderungen gegenüber der 1. Ausg. enthält.



## § 8.

**Marezoll.**

Überhaupt aber war die Meinung Eichhorns über die Arten der alten Ehrenminderungen für die Folgezeit von der grössten Bedeutung, namentlich, nachdem Marezoll in seinem Buche „Über die bürgerliche Ehre“, Giessen 1824, sie verändert und in erweiterem Gewande von neuem hatte in die Welt gehen lassen<sup>1)</sup>. Marezoll verneint zunächst mit aller Bestimmtheit die Einheitlichkeit des Begriffes der mittelalterlichen Ehrenminderungen. Er sagt S. 291: „Einen so allgemein erschöpfenden Begriff und Ausdruck, wie den der römischen *existimatio*, konnte es schon darum nicht geben, weil es im germanischen Rechte keinen *status civitatis* gab, der, als Grundlage aller möglichen Rechte im Staate, auch die bürgerliche Würdigkeit zu allen diesen Rechten erteilte“. Demgemäss erachtet er die Ausdrücke, die sich im Mittelalter für die verschiedenen Zustände der bürgerlichen Ehre gebildet hätten, als „sehr bestimmt und scharf bezeichnende“ (S. 290)<sup>2)</sup>. An die Spitze stellt er die „Friedlosigkeit“, wenschon er vorausschickt: „Die allgemeine bürgerliche Ehre im ganzen Reiche, oder in einem einzelnen Territorio, oder einer Stadt wird zwar in den Rechtsbüchern erwähnt, scheint aber keinen besonderen technischen Namen gehabt zu haben. Friede oder gemeiner Friede bezeichnet bloss die Hauptwirkung dieser allgemeinen Bürgerehre“ (S. 292). Als weitere „Ausdrücke für die verschiedenen Zustände der geschmälernten Ehre“ führt er an: „rechtlose, ehrlose, Leute, die ihr Recht verloren haben, bescholtene, besprochene, uneheliche, ohnrechte, unechte, unredliche, berüchtigte, verleumdete, wandelbare Leute usw.“. Er bemerkt dazu, dass sie nicht gleich viel

<sup>1)</sup> S. 295 Anm. 1 sagt Marezoll selbst, dass er bei der Lehre von der Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit in vielen Punkten den Andeutungen von Eichhorn gefolgt sei.

<sup>2)</sup> Er führt dieses darauf zurück, dass im Mittelalter „noch keine juristische Terminologie im Gegensatze der Volkssprache des gemeinen Lebens Statt fand, sondern beide, wie überhaupt das ganze damalige Volks- und Rechtsleben, zusammenflossen“.

und dasselbe bedeuteten<sup>8)</sup>. „Manche dieser Ausdrücke hatten gar keine bestimmte Beziehung, sondern zeigten nur generell einen Flecken der Ehre an, andere aber hatten eine sehr bestimmte Bedeutung“ (S. 295). Als Ausdrücke letzterer Art behandelt er näher die Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und den übeln Leumund.

Die Friedlosigkeit soll sich nach Marezoll auf die allgemeine Bürgerlichkeit beziehen, dagegen die Rechtlosigkeit auf die Freiheit und die Ehrlosigkeit auf den Stand (vgl. S. 292, 295 ff.). Mit der Friedlosigkeit habe man den „allgemeinen Schutz der Gesetze“ verloren, „den der Staat jedem seiner Bürger und Untertanen ohne Rücksicht auf die Art und den Grund der Freiheit oder des Standes angedeihen lässt“ (S. 292), und zwar den Schutz für Leben, Glieder, Gesundheit, Vermögen, Familienrecht und Ehre (S. 292 f.). Später deutet Marezoll nochmals an, dass in der Friedlosigkeit „die Idee einer völligen Entziehung der allgemeinen bürgerlichen Ehre“ gelegen habe (S. 299 f.).

Die Rechtlosigkeit und die Ehrlosigkeit definiert er im Anschluss an Eichhorn. Wie dieser schon für die Bestimmung der Ehrlosigkeit die Wortbedeutung herangezogen hatte (oben S. 253 nach A. 1), so masst sich Marezoll nunmehr ein Gleiches bezüglich der Rechtlosigkeit an. S. 295 sagt er: „Das Wort Recht in seinen Zusammensetzungen und Beziehungen auf die Ehre bezeichnete im Mittelalter nicht den Inbegriff aller bürgerlichen Rechte und Ehre, sondern nur den Inbegriff gewisser allgemeiner Freiheitsrechte, deren man verlustig gehen konnte, ohne darum alle Freiheitsrechte, oder gar allen Schutz der Gesetze zu verlieren. Daher ist rechtlos ein solcher, der diese bestimmten Freiheitsrechte entbehrt, und von ihm wird ausdrücklich gesagt, dass er sein Recht verloren habe“. Es

<sup>8)</sup> Ebenso wenig, wie die Bezeichnungen für diejenigen, welche an ihrer bürgerlichen Ehre noch keinen Flecken hatten und welche darum gehörten, zu den biedereren, oder biderben, unbescholtenen, guten, ehelichen (d. h. hier ehrlichen), vollkommenen, ehrbaren, rechten, unbesprochenen, unberüchtigten, nicht gebalemundeten oder verleymeten, unwandelbaren Leuten. Alle diese Ausdrücke beziehen sich auf die Abwesenheit irgendeiner mehr oder weniger bestimmten Ehrenschränkung“, S. 294 f. a. a. O.

kehrt hier lediglich der Eichhornsche Rechtlosigkeitsbegriff wieder. Das Neue ist nur, dass Marezoll diesen schon in dem Worte „Rechtlosigkeit“ finden will, freilich ohne dazu irgendwelche Belege beizubringen. Sicherlich wäre dieses auch wohl unmöglich gewesen. Denn ganz offenbar hat Marezoll hier nicht aus dem Worte Recht den Begriff der Rechtlosigkeit gewonnen, vielmehr hat er eine dem Eichhornschen Begriffe derselben entsprechende Bedeutung in das Wort Recht hineingetragen. Immerhin aber hat sein Vorgehen in der Folgezeit eine gewisse Anregung geboten (vgl. unten § 18).

Mit Bezug darauf, dass nach dem Kl. Kaiserrecht B. 3 art. 7 derjenige, welcher seine Ehre verliere, auch seinen nun ebenfalls zu dem geringeren Stande gehörenden Nachkommen schade<sup>4)</sup>, betont Marezoll gegensätzlich, dass, wer bloss rechtlos werde, es nur für seine Person werde. Seine Rechtlosigkeit schade den Nachkommen nicht, die wenigen (bekannten) Fälle abgerechnet, in welchen nach ausdrücklicher Vorschrift der Grund der Rechtlosigkeit in der Abstammung von gewissen rechtlosen Personen liege (S. 301).

Die Rechtlosigkeit der unehelichen Kinder sei auch mit Erblosigkeit im Verhältnis zu den Eltern und deren Verwandten verbunden gewesen, und zwar sowohl mit aktiver als passiver Erblosigkeit, freilich nur soweit es sich um Beerbung ab intestato gehandelt habe. Durch Zuwendung auf den Todesfall sowie inter vivos hätten sie vom Vater wenigstens fahrende Habe erwerben können, es sei denn, dass sie im Ehebruche oder Inzest erzeugt seien. Was sie hinwieder aus dem väterlichen Vermögen erhalten hätten, habe ihnen von den ehelichen Kindern des Vaters weggenommen werden können<sup>5)</sup>.

<sup>4)</sup> Vgl. oben S. 253 nach Anm. 3.

<sup>5)</sup> Lex Sal. (Geffcken) 13 § II, Ssp. I 51, Schwsp. (L.) 41 u. 377, I: „Hat ein man der ledic ist kint bi einr ledigen frowen. und nimt dar nach ein ewip. und gewint ekint bi ir. swaz er den ledigen kinten git mit gesundem libe daz mugen in diu ekint nimer genemen. hat erz aber bi einem ewibe oder bi einr ledigen. und ist er selbe ein eman. so heizet ez ein hür kint. und kan im der vater mit nihtiu kein güt gestaeten. im nemenz diu ekint mit rehte wol“. Lüb. R. (d. h. die zuerst i. J. 1586 gedruckten revidierten Statuten) II 2 art. 9. Vgl. auch das alte Lübische Recht bei Hach S. 249.

Auch der übele Leumund ist bei Marezoll wie bei Eichhorn blosser Kränkung der Ehre (S. 314 f.). Als quellenmässige Bezeichnungen dafür nennt Marezoll ausser „verleumdet“ und dessen Abwandlungen auch das Wort „vermailigt“, sich beziehend auf Laienspiegel P. III p. 8: „Als ein guter Leymund, zu latein genannt fama, ein unvermailigter standt aus gute sitten und wesen verstanden, also mag auch ein unleumandt, wider den die eins zerstreuten verruchten und unordentlichen lebens, nicht gottesfürchtig, sondern eines vermailigten standtes und guter sitten, wesens und wandels verworffen . . .“<sup>6)</sup>. Das Gegenteil des übelen Leumundes sei der unbescholtene Ruf gewesen. Wer diesen genoss, den habe man „unwandelbar“ genannt, d. h. man habe ihm kein Verbrechen oder sonstige Schlechtigkeit vorwerfen können. Kaiserrecht B. 4 Cap. 22 (= Ausg. Endemann B. 4 C. 16) bestimmt: „eyn man daz nymant keyne clage mag von eme thun, daz her eme sin gut habe entphurt, oder ander bosheit habe gethan, dynoch bösser sin, wan her sol sin eyn man sunder wandel“<sup>7)</sup>. Die Wirkungen des übelen Leumundes berührt M. noch, indem er bemerkt, dass im älteren Rechte „bei verschiedenen Gelegenheiten“ darauf „Rücksicht genommen wurde“. Man sehe dieses „aus mehreren gelegentlichen Äusserungen der Rechtsbücher“. So habe der wandelbare Mann nicht in des Reiches Gnade aufgenommen werden<sup>8)</sup> und nicht an des Kaisers Statt richten können<sup>9)</sup> (S. 315 f.).

Marezoll gedenkt aber noch einer anderen Bedeutung des Ausdrucks „verleumdet“. Dieser bezeichne nämlich „auch

<sup>6)</sup> = Strassburger Ausg. d. Laienspiegels v. 1538 S. 115, Strassb. Ausg. v. 1550 S. 115 tit. „Von unleumbden“.

<sup>7)</sup> „Wandel heisst also hier, wie sich das noch bei Tieren in der Wandelklage erhalten hat, ein Fehler, Vergen.“ Die Verweisung auf die Wandelklage ist einigermassen irrig. Denn bei dieser ist Wandel Rückgang, was auch die ursprüngliche Bedeutung ist; vgl. Kluge, Etymologisches Wörterbuch. M. E. hat sich die Bedeutung „Fehler“ etc. aus der Rückgängigmachung, der Sühne des Fehlers ergeben.

<sup>8)</sup> Kl. Kaiserrecht B. 4, Cap. 22 (= Ausgabe Endemann B. 4, C. 16).

<sup>9)</sup> Marezoll spricht übrigens davon, dass diese Rechtsvorteile die Unwandelbarkeit voraussetzten. Es ist dasselbe, wenn ich im Interesse der Einheitlichkeit der Darstellung die Negative der Rechtsvorteile als von Marezoll hingestellte Wirkungen des schlechten Leumundes bezeichne.

vorzüglich denjenigen, der schon früher begangener Verbrechen verdächtig ist und darum mit weniger Schonung bei Kriminaluntersuchungen behandelt wird<sup>10)</sup>. Es hängt das wahrscheinlich mit dem zusammen, was noch in der PGO. Karls V. sich, aber freilich dort mit ganz anderen Bestimmungen, in dem Ausdrücke: ein verleumdeter Dieb, erhalten hat<sup>11)</sup>.

Die Erörterung des Eichhorn-Marezollschen Leumundbegriffes brachte bereits ein Eingehen auf die Gründe des übelen Leumundes mit sich. Was im übrigen die Gründe der in Rede stehenden Ehrenminderungen anlangt, so lehrt Marezoll, dass die Friedlosigkeit nur als Folge der Acht habe eintreten können (S. 294). Bezüglich der Gründe der Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit folgt er im allgemeinen Eichhorn. Nur einige wenige andere Gesichtspunkte zieht er heran:

Nachdem er von dem im Sachsenspiegel genannten Rechtlosigkeit hervorrufenden Gewerbe der Kämpfer, Spielleute etc. gesprochen hat, sagt er, offenbar an die Fülle der unehrlichen Gewerbe in der neueren Zeit denkend: „Es mögen nun zwar schon sehr früh in Deutschland gewisse Vorurteile in der Volksmeinung sich noch gegen gewisse andere Gewerbe und Stände gebildet und in mancherlei gesetzlichen Vorschriften Nahrung gefunden haben. Namentlich wird uns berichtet, dass alle, welche diese Gewerbe trieben, ja! sogar ihre Kinder, wegen des gegen sie herrschenden Vorurteils, zu keiner dignitas ecclesiastica gelangen konnten“<sup>12)</sup> (S. 305)<sup>13)</sup>.

Ausserdem führt Marezoll, wie Eichhorn, auch gewisse Verbrechen und Strafen als Gründe der Rechtlosigkeit auf. In

<sup>10)</sup> Schwsp., v. d. Lahr Cap. 211 = L.(assberg) 226.

<sup>11)</sup> C. C. C. art. 162.

<sup>12)</sup> Hierfür zitiert Marezoll: *Monachus St. Gall. in Vita Caroli magni Lib. I c. 8 apud Canisium (Canisius, Antiquae Lectionis Tom. I, Ingolstadt 1601, p. 367: ‚fuerunt in eius (i. e. Caroli) schola duo molinarii filii de familia sancti Columbani, quos quod non congruit ad Episcopiorum vel Coenobiorum regimen sublevari, tamen per merita, ut creditur, Magistri sui, Praepositorum Babiensis Monasterii unus post unum strenuissime gubernaverunt‘. Monachus Sangallensis schreibt dieses i. J. 883, vgl. Wattenbach, Deutschlands Geschichtsquellen, Bd. I 7. Aufl. S. 207. Heute zu vergl. die Ausg. v. Pertz, Mon. Germ. II p. 726 sqq.).*

<sup>13)</sup> Vgl. oben S. 241 vor Anm. 6.

beiden Fällen sei regelmässig mit der Rechtlosigkeit auch Ehrlosigkeit verbunden gewesen. Eichhorn hatte dieses für die Strafen gar nicht und für die Verbrechen nicht so bestimmt zum Ausdruck gebracht.

Bezüglich der einzelnen hierher gehörigen Verbrechen folgt Marezoll vornehmlich den Quellenmitteilungen Eichhorns<sup>14)</sup>. So nennt er ausser Raub und Diebstahl die Treulosigkeit. Letztere fasst er in weitem Sinne auf. Sie begreife auch Eidesbruch, Fälschungen und Betrug in sich, die alle ehrlos bzw. rechtlos machten. Dabei erwähnt er wieder die schon von Huth herangezogenen *periuri, fallaces et pecuniarum acceptores* der *lex Alem. c. 42 § 1*. Zur Treulosigkeit im allgemeinen gehöre, eventuell eine besondere Entstehungsart der Ehr- und Rechtlosigkeit bilde die Nichterfüllung eines Versprechens, welches man unter der Bedingung abgegeben habe, im Nichterfüllungsfalle rechtlos und ehrlos sein zu wollen. Als Beispiel erwähnt M. aus einer Urkunde Walters von Limburg von 1237 (bei Ludewig Erl. d. goldn. Bulle tom. II p. 794) die Stelle: ‚*Obligans me, quod si contra aliqua praedictorum fecero, ex nunc sim exlex, quod in vulgari dicitur ehrlos und rechtlos*‘ (S. 312—314).

Zu den Strafen, die zur Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit führten, rechnet M. wie Eichhorn auch die Reichsacht. Wir haben gesehen, dass Heineccius<sup>15)</sup> und dann weniger bestimmt und klar Eichhorn<sup>16)</sup> die Auffassung kund gaben, die Verhängung der Reichsacht habe unmittelbar *infamia* bzw. Rechtlosigkeit im Gefolge gehabt. Gegen Eichhorn wendet sich nun Marezoll. Er sagt, vielleicht beeinflusst von Huth<sup>17)</sup>, unter Berufung auf *Sachsensp. I 38 (§ 2)*: „Keine blossе Verfestung, Acht an sich, nicht einmal die Reichsacht, hatte gleich Rechtlosigkeit des Geächteten zur Folge, sondern nur, wer Jahr und Tag in des Reiches Acht geblieben war, ohne sich herauszuziehen, wurde dadurch rechtlos“ (S. 308). Da der Begriff der *infamia* ein anderer war als der der Rechtlosigkeit, so steht Marezoll nicht in gleicher Weise Heineccius gegenüber. Denn er fügt zu dem

<sup>14)</sup> Oben S. 255 vor Anm. 10.

<sup>15)</sup> Vgl. oben S. 243 nach Anm. 9.

<sup>16)</sup> Vgl. oben S. 254 bei Anm. 8.

<sup>17)</sup> Vgl. oben S. 234 bei Anm. 20.

eben genannten Satze hinzu: „Indessen knüpften sich allerdings auch schon an die blosse gewöhnliche Acht für den Geächteten mancherlei Entziehungen von bürgerlichen Ehren“. Man kann sogar sagen, dass er hiermit in der Richtung der Heinecciuschen Ansicht noch über diese hinausgeht. Denn Heineccius hatte bei der Proskription, an die sich unmittelbar die infamia knüpfen sollte, nur die Reichsacht im Auge, während Marezoll unter der „blossen gewöhnlichen Acht“ ja schon die Verfestung versteht. Als Ehrenminderungen, welche diese im Gefolge hatte, stellt er zusammen die Befugnis eines jeden, den Verfesteten zu greifen, vor Gericht zu stellen, im Falle der Widersetzung ihn zu verwunden ev. ihn zu töten<sup>18)</sup>, die schon von Eichhorn<sup>19)</sup> erwähnte Befugnis des Beklagten zur Antwortverweigerung gegenüber der Klage des Geächteten (Verfesteten)<sup>20)</sup>, das unter der Strafe der Talion an jedermann gerichtete Verbot, den Geächteten zu schützen<sup>21)</sup>, schliesslich den Eintritt des Kirchenbannes für den Geächteten nach 6 Wochen bzw. im Falle des Strassenraubes nach 14 Tagen<sup>22)</sup> (S. 308, 309).

Aber, wie gesagt, alle diese durch die Acht (Verfestung) bewirkten Ehrenminderungen stellen nach Marezoll noch nicht Rechtlosigkeit dar. Solche entstehe erst mit der Oberacht, die eben eintrete, wenn die Reichsacht Jahr und Tag gedauert habe. Da nun aber der Zustand der Oberacht gleichbedeutend mit der Friedlosigkeit und diese ein härteres Übel als die Rechtlosigkeit gewesen sei, so sei „letztere gewissermassen, solange die erstere noch fort dauerte, in derselben aufgegangen“. „Dass aber dennoch in den Landrechten so oft nur die Rechtlosigkeit als Folge der Oberacht erwähnt wird, das hängt so zusammen. Der durch die Ächtung Friedlose konnte noch zu jeder Zeit den gemeinen Frieden wieder erwerben, indem er sich aus der Acht herauszog. Allein sein Recht blieb für ihn verloren, d. h. er war nun dennoch für alle Zukunft rechtlos“. Hierzu führt M. an die Variante von Sachsensp. 1 art. 38: „We aver jar unde dach in des rikes achte is, unde eme na der

<sup>18)</sup> Schwsp., Ausg. v. d. Lahr 154 = L. 252.

<sup>19)</sup> Oben S. 254. <sup>20)</sup> Ssp. III 16.

<sup>21)</sup> Schwsp. (Lahr) 153, vgl. auch 158 = L. 137 c. bzw. 283.

<sup>22)</sup> Schwsp. (Lahr) 163 § 8 = L. 43.

jartale vordeilet wert echt und recht, uth der achte mach he sik den noch theen, so dat eme met der achte neman sin lif nemen ne mach. In sin recht kan he aver nicht wederkomen<sup>23)</sup>.

Indem so Marezoll in der Preisgabe eines einheitlichen Begriffes der Ehrenminderungen seither am weitesten gegangen war, konnte er doch andererseits nicht umhin, das Vorhandensein von mancherlei Verbindungsfäden zwischen den angenommenen verschiedenen Arten von Ehrenminderungen zuzugestehen. Dahin gehört schon der oben berührte Zusammenhang zwischen der Friedlosigkeit und der Rechtlosigkeit. Auf ihn macht er an anderer Stelle (S. 294) noch ausdrücklich aufmerksam. Er erwähnt das Vorkommen der verbundenen bzw. gleichgestellten Ausdrücke: „rechtlos und friedlos“ (S. 298) sowie „rechtlos und echtlos“. Ebenso träten verbunden auf „rechtlos und treulos“ sowie namentlich „rechtlos und ehrlos“ (S. 299). Freilich „nur zufällig, nicht aber immer und notwendig, geht mit dem Rechte auch die Ehre verloren“ (S. 299), nämlich, wie schon erwähnt, nur im Falle von Verbrechen und Strafen (S. 305). Dann soll also Verlust der allgemeinen Freiheitsrechte und der besonderen Standesrechte zusammentreffen. Von diesen Folgen der Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit ausgehend, gelangt E. aber mit logischer Notwendigkeit sogar zu einer gewissen Wiederverschmelzung der beiden Institute. Auf S. 314 sagt er: „Wer rechtlos oder ehrlos war, blieb es in der Regel ewig, und, da es mit den Standesrechten zusammenhängt, so konnte man wohl nur etwa durch kaiserliche Begnadigung aus diesem Zustande gezogen werden“. Also nicht bloss die Ehrlosigkeit, sondern auch die Rechtlosigkeit soll sich auf Standesrechte beziehen. In der Tat eine unabweisbare Folgerung, wenn man einmal die Rechtlosigkeit als Verlust gewisser allgemeiner Freiheitsrechte auffasst. Ja, Marezoll hat sogar Bedenken, ob die Rechtlosigkeit nicht auch auf den Stand der Unfreien sich erstrecke. S. 295 Anm. 2 bemerkt er, dass Sachsensp. II 19 Schwierigkeiten mache, die Rechtlosigkeit als Verlust von Freiheitsrechten aufzufassen. Es heisst hier in § 2: „Die herre mut wol ut nemen enes sinen

<sup>23)</sup> Vgl. Homeyer, Ssp. I (1861) S. 194.



man, svenne he verdelt is, of he dat geweren darn uppe den hilgen, dat he sin inboren egen si, unde dat he der dat unscüldich si, dar he mede beklaget is. So blift jene erenlos unde rechtlos.“ Hier werde auch von einem eigenen Manne gesagt, er werde ehrlos und rechtlos. Marezoll glaubt die Schwierigkeit entweder dadurch lösen zu können, dass hier unter dem „eigenen Manne“ wohl nicht ein Unfreier, sondern wie oft, ein Ministeriale zu verstehen sei, oder dadurch, dass nachherige Freilassung, d. h. Freilassung vor Eintritt der Ehrlosigkeit bzw. Rechtlosigkeit vorauszusetzen sei. Keiner dieser Lösungen kann man zustimmen<sup>24)</sup>. Marezoll hat vielmehr durch den Hinweis auf jene Stelle die Krankheit seiner Theorie selbst vor Augen gerückt. Jedenfalls ist er, nachdem er von der Einheitlichkeit der Ehrenminderungen abgegangen ist, in einer ähnlichen Verlegenheit, wie wir sie früher bei Danz kennen gelernt haben (oben S. 251). Er weiss eben nicht die Verschiedenartigkeit von Friedlosigkeit, Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit und namentlich der letzteren beiden durchzuführen. Vielmehr gelangt er, im Kreise sich bewegend, bedenklich nahe wieder an jene Einheitlichkeit heran. Und zwar nähert er sich wieder der Ansicht Günderrödes, nach welcher alle Ehrenminderung Verlust der Standesvorrechte sein sollte (oben S. 252)<sup>25)</sup>.

## § 9.

### Mittermaiers ältere Ansicht.

Einerseits durch Eichhorn und Marezoll, andererseits durch die ältere Theorie ist beeinflusst Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, Landshut 1830 (4. Ausg.) S. 243 ff. §§ 93 ff. (1. Ausg. Heidelberg 1824; 2. Ausg. Landshut 1826). Auch er trennt, wie Marezoll, Friedlosigkeit, Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit, um doch wiederum einen Zusammenhang wenigstens zwischen den letzteren beiden zuzugestehen.

Die Friedlosigkeit nimmt sich bei ihm höchst unbestimmt aus: „Da der Ausdruck: ‚Friede‘ im deutschen Rechte selbst

<sup>24)</sup> So auch Budde a. a. O. (unten IV. Abschnitt).

<sup>25)</sup> Annahme der Meinung Eichhorns über Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit ist auch deutlich erkennbar in der Auswahl und Anordnung der Quellenstellen bei C. F. Dieck, Gesch. des deutschen Privatr., Halle 1826, S. 46 f. § 96 f.

verschiedene Bedeutungen hatte, und es verschiedene Arten des Friedens gab, so kommt auch das Wort: ‚friedlos‘ in sehr verschiedenem Sinne vor“ (S. 245 a. a. O.).

Die Rechtlosigkeit finde sich in zweifacher Bedeutung, nämlich „1. gleichbedeutend mit unserem Worte Anrühigkeit in so ferne jemand wegen gewisser Lebensweise oder gewisser Gewerbe oder wegen eines Makels der Geburt die einem angeessenen Vollfreien zustehenden Rechte in der Gemeinde, insbesondere auch das Recht, für andere bei Gericht aufzutreten, verlor, oder 2. als strengere Rechtlosigkeit, welche, als Folge gewisser Strafen oder auch bloss gewisser Verbrechen eintretend, Vorrechte, die der Vollfreie in seinen eigenen Angelegenheiten bei Gericht hatte, entzog, und insbesondere auf das Wehrgeld und den Verlust des Rechtes zum Reinigungseide wirkte“ (S. 243 a. a. O.). Wer wollte es verkennen, dass hier der Eichhornsche Begriff der Rechtlosigkeit mit der *infamia minor* und *maior* Huths in Verbindung gebracht ist!, worin ja aber Eichhorn selbst bereits in etwa vorangegangen war (oben S. 253 f.). Auch der unten § 12 zu erörternde Phillipssche Begriff der Rechtlosigkeit = Gerichtslosigkeit, der später die Meinung Mittermaiers in erster Linie bestimmt (vgl. unten § 13), steht bereits im Hintergrunde<sup>1)</sup>.

Die Ehrlosigkeit soll ebenfalls zweifache Bedeutung gehabt haben: „1. als der Zustand, wodurch jemand die Standesehre und die daran geknüpften Standesrechte verlor, . . . wo vorzüglich der Bruch eines unter Verpfändung der Ehre eingegangenen Vertrages Ehrlosigkeit begründete, 2. in so ferne sie aus gewissen, und zwar vorzüglich solchen Verbrechen entstand, welche eine Treulosigkeit enthielten, und dann ausser den Wirkungen der Rechtlosigkeit auch noch die Standesehre mit allen ihren Vorrechten aufhob“ (S. 244 f.). Mittermaier hat hier also die von Marezoll fortentwickelte Eichhornsche Meinung (vgl. oben S. 262) zerlegt in den ursprünglichen Eichhornschen Bestand (Nr. 2) und die Marezollsche Zutat (Nr. 1) und diese beiden Teile zu seiner eigenen Theorie veramalgamiert.

<sup>1)</sup> Die erste Auflage der Phillipsschen „Grundsätze des . . . deutschen Privatrechts“ ist v. J. 1828.

Mit Nr. 2 berührt M. schon einen Zusammenhang zwischen Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit. S. 243 und S. 244 gibt er ausserdem zu, dass beide Ausdrücke oft gleichbedeutend gebraucht werden. Eine Verbindung zwischen ihnen klingt auch an in dem freilich sehr mysteriösen Einleitungssatze § 93: „Die Ausdrücke: Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit stehen im Zusammenhang mit den Verhältnissen von Freiheit, höchster Rechtsfähigkeit, Ehre, Recht“.

### § 10.

#### Weiske.

Wir sahen, dass Marezoll, die Verschiedenartigkeit der Ehrenminderungen vertretend, doch wiederum der Ansicht Günderrodes nahe gekommen war, nach welcher alle Ehrenminderung Verlust von Standesrechten sein sollte. Ganz dieselbe Erscheinung lässt sich in verstärktem Masse beobachten bei Julius Weiske. In „Grundsätze des teutschen Privatrechts nach dem Sachsenspiegel“, Leipzig 1826, behandelt er in §§ 1 und 2 (S. 1—8) die Rechtlosigkeit, d. i. den Zustand derjenigen Personen, die nicht im Besitze aller Rechte sind, die einem an seinem Rechte Vollkommenen zustehen. Die Ehrherabsetzung hat er hier nicht in den Vordergrund gestellt. Jene Rechtlosen teilt er in drei Gruppen, die Echtlosen, die Rechtlosen im engeren Sinne und die Ehrlosen.

„Echtlose sind diejenigen, welche Jahr und Tag in der Reichsacht sich befinden“. Über die Vorstadien der Reichsacht im Falle der Verfestung bringt Weiske Neues nur insofern, als er die Auffassung äussert, dass der Verfestete durch seine Widerspenstigkeit in einen verdächtigen Zustand versetzt sei, und als er mitteilt, dass derselbe gemäss Ssp. II 63 auch schon zeugnisunfähig gewesen sei (vgl. oben S. 254 und 263). Die Gründe der Rechtlosigkeit (i. e. S.) bestimmt W. nach Eichhorn mit dem Unterschiede, dass er zufolge der Verselbständigung der Echtlosigkeit die Reichsacht natürlich von den Gründen der Rechtlosigkeit i. e. S. ausscheiden musste. Als Gründe der Ehrlosigkeit nennt W. S. 4 ebenfalls wie Eichhorn: Treubruch, Heeresflucht und Keuschheitsverletzung der Frau.

Von den Wirkungen der Rechtlosigkeit spricht er im § 1 zunächst nicht. Dagegen bestimmt er hier die Folgen der Rechtlosigkeit i. e. S. und der Ehrlosigkeit nach Eichhorn. Die erstere bezieht er „auf den Verlust von Rechten im allgemeinen als Mensch und Bürger“, die letztere „auf den Verlust der Rechte eines besonderen Standes“.

Als bald zeigt sich aber auch die Verlegenheit, die Verschiedenartigkeit der Wirkungen von Rechtlosigkeit i. e. S. und Ehrlosigkeit durchzuführen. Sie äussert sich in dem Satze: „Es kann nun zwar die Rechtlosigkeit ebenfalls die Rechte und Ehre eines besonderen Standes antasten, doch ist dies nicht ihre nächste Folge, indem sie allgemeiner wirkt, und umgekehrt kann die Ehrlosigkeit auch sich weiter erstrecken, doch muss man dann diese ausgedehnteren Wirkungen als erst zu dem Begriffe der Ehrlosigkeit hinzutretend annehmen“. Noch viel deutlicher aber tritt jene Verlegenheit hervor im § 2 a. a. O., der betitelt ist „Folgen der Rechtlosigkeit“, d. h. der R. im weiteren Sinne. Hier werden die Folgen der R. i. e. S. und der Ehrlosigkeit überhaupt nicht mehr unterschieden. Als zusammengeflossene Wirkungen beider nennt W. die bekannten „Zeugenunfähigkeit, Unzulässigkeit zur Führung öffentlicher Ämter (Schöffen, Vorsprecher), Nichtgestattung eines Vormundes“ im Gericht oder Kampf, Verbot der Vormundschaft für andere, das Recht Freier und Edler zur Zweikampfsverweigerung, Verlust des Wergeldes etc. Eine besondere Folge der Rechtlosigkeit (i. e. S.) der unehelichen Kinder, ihre Erblosigkeit, führt er darauf zurück, dass bei ihnen der Grund der Erbfähigkeit, „nämlich das gesetzliche Familienband, wegfällt, die Rechtlosigkeit im allgemeinen aber Familienverhältnisse unangetastet lässt“ (S. 6). Es ist dieses eine zutreffende Ausführung des Marezollischen Gedankens, dass mit der (eine Ehrherabsetzung darstellenden) Rechtlosigkeit der unehelichen Kinder die Erblosigkeit nur verbunden gewesen sei (vgl. oben S. 259). Zu Marezolls Fcststellungen über die Erblosigkeit der unehelichen Kinder fügt W. weiter hinzu, dass Ehegatten, von denen der eine unehelich geboren sei, untereinander keine Erbrechte ausübten; Verm. Ssp. I c. 15 d. 6 bei Ortloff, Rechtsbuch nach Distinktionen I c. 21 d. V: „Eyn elich man,

ab her had eyn wip, daz unelich geborn ist, der erbe en mag her nicht genemen. Dazselbe mag eyn elich wip, ab sy eynen unelichen man genommen had, des erbe en mag sy ouch nicht genemen“ (Weiske a. a. O. S. 6f.)<sup>1)</sup>.

„Ausser den angegebenen Wirkungen der Rechtlosigkeit (d. h. natürlich abgesehen von der Erblosigkeit der unehelichen Kinder) treffen den Echtlosen noch folgende: treten sie als Kläger vor Gericht auf, so antwortet man auf ihre Klage nicht<sup>2)</sup>, sie selbst können auch durch den Eid nichts erweisen, und sie kann man dagegen als Beklagte selbst an aussergerichtlichen Tagen belangen<sup>3)</sup>, doch nicht verurteilen lassen. Ihre bürgerliche Freiheit ist beschränkt, indem ihnen eine gesetzmässige Ehe einzugehen verboten ist<sup>4)</sup>, ja sie sogar gefangen gesetzt werden können<sup>5)</sup>. Ihr Eigentum verlieren sie so wie ihr Lehen<sup>6)</sup>. „Eigentümlich ist hier namentlich, dass der Verlust des Reinigungseides lediglich die Geächteten getroffen haben soll, was ja aber bekanntermassen irrig ist. Interessant ist auch die Hervorhebung, dass die Rechtlosen in der „bürgerlichen Freiheit“ beschränkt seien. Denn von dem Punkte aus, der in der Bestimmung der Rechtlosigkeit i. e. S. als des Verlustes von Rechten im allgemeinen als Mensch und Bürger, also in der Bestimmung der Rechtlosigkeit als des nur anders gefassten Eichhornschen „Verlustes gewisser wesentlicher allgemeiner Freiheitsrechte“ besteht, und weiter über die Gedankenetappe hinweg, die sich aus der schliesslichen Ununterscheidbarkeit der Wirkungen von Rechtlosigkeit i. e. S. und Ehrlosigkeit ergeben musste, und endlich über den Punkt, der mit der Auffassung der Echtlosigkeit auch als Beschränkung der bürgerlichen Freiheit erreicht wurde, musste der Weg eigentlich mit Notwendigkeit hinführen zu dem dann allerdings vor die Einteilung in die drei Kategorien gestellten Satze: „Alle im Staate lebenden Menschen sind entweder im vollen Besitze aller Rechte oder nicht. Unter den letzteren hat man nun solche zu verstehen, denen vermöge der Geburt, un-

<sup>1)</sup> Vgl. aber unten § 26.

<sup>2)</sup> Ssp. III 16 § 3.

<sup>3)</sup> Ssp. III 17.

<sup>4)</sup> Ssp. I 51.

<sup>5)</sup> Ssp. III 63 § 3.

<sup>6)</sup> Ssp. I 38.

edler Beschäftigung oder gesetzlicher Bestimmung ein Teil der Rechte des freien Teutschen entzogen worden ist, und diese heissen Rechtlose im allgemeinen; sie kann man wieder dreifach abstufen“. (Es folgen dann jene 3 Kategorien: Echtlose, Rechtlose i. e. S. und Ehrlose.) Hiermit ist W. aber wieder mitten in die Einheitlichkeit der Ehrenminderungen hineingeraten. Wie mit Zaubermacht ist er dahin zurückgezogen, ohne es selbst zu merken, während er dem Ziele der Verschiedenartigkeit zustrebte.

Erscheint hier jene Einheitlichkeit, zu deren Verkünder Weiske trotz anderen Willens hat werden müssen, vornehmlich im Gewande des Eichhornschen Begriffes der Rechtlosigkeit, so hat W. später mit vollem Bewusstsein dieselbe Einheitlichkeit gelehrt, indem er sie zunächst in den Ehrlosigkeitsbegriff Eichhorns einkleidete, und zwar in seinem Rechtslexikon Bd. 3, Leipzig 1841 (S. 623 a. v. Ehrlosigkeit). Er führt hier aus, dass die Ehrlosigkeit im Sinne des Verlustes der äusseren Würde und Rechte des Standes eintrat als Folge der gemeinen und schweren Verbrechen, welche zu Hals und Hand oder zu Haut und Haar bestraft wurden, sofern nur die Begehung des Verbrechens unzweifelhaft feststand. „Daher wurde schon derjenige ehrlos, der seinen Leib, Haut oder Haar löste, weil darin füglich ein Eingeständnis der Verbrechen gefunden werden konnte. . . . Auch wurde der Räuber oder Dieb ehrlos, der zwar nicht bestraft, aber doch gerichtlich überführt war, das Entwendete unfreiwillig ersetzt oder wiedergegeben zu haben<sup>7)</sup>. Im allgemeinen wurde jeder ehrlos, der Jahr und Tag in des Reiches Acht blieb, ohne sich herauszuziehen. . . . Es lag aber gegen denjenigen, der sich nicht aus der Acht herauszog, die begründete Vermutung vor, dass er wirklich das Verbrechen begangen habe, wegen dessen die Acht über ihn verhängt worden war. In gleicher Weise musste aber das wirkliche Erleiden der Strafe die Ehrlosigkeit nach sich ziehen, da eben auch darin ein Beweis lag, dass der Bestrafte das Verbrechen wirklich begangen(?)“ Ohne weiteres ist klar, dass Fälle, die Eichhorn und Marezoll der Kategorie

<sup>7)</sup> Ssp. I 38.

der Rechtlosigkeit zugewiesen hatten bzw. auch der von Marezoll verselbständigte Fall der Friedlosigkeit hier als Fälle der Ehrlosigkeit hingestellt sind. Der hiermit vollzogenen Verschmelzung der von jenen Beiden getrennten Ehrenminderungen leiht Weiske weiter folgende Worte: „Die regelmässige Wirkung der Ehrlosigkeit war, dass der Ehrlose rechtlos wurde, weshalb auch in den Quellen die Ausdrücke ehrlos und rechtlos häufig nebeneinander stehen. Rechtlosigkeit aber bedeutete nicht die Entziehung sämtlicher Rechte, welche überhaupt einem Menschen zustehen können, so dass der Rechtlose gänzlich ausser dem Schutze der Gesetze gestanden hätte, sondern nur den Verlust gewisser, mit der Würde des freien Mannes in Verbindung stehender Rechte, deren aus nahe liegenden Gründen derjenige, der seiner Ehre verlustig geworden war, nicht mehr würdig erachtet werden konnte“. Ich will nicht verhehlen, dass ich diese Auffassung des Verhältnisses von Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit für die einzig richtige halte, worauf ich allerdings hier nicht näher eingehen kann. Die Rechtlosigkeit ist nur die Kehrseite der Ehrlosigkeit. Ehrherabsetzung ist auch im mittelalterlichen Rechte Wertsherabsetzung, die ihren Ausdruck findet in Rechtsherabsetzung. So hat die Rechtsminderung gegenüber der Ehrenminderung nur sekundäre Bedeutung. Doch zurück zu Weiske. Seine ebengenannte zutreffende Ansicht ist unverkennbar beeinflusst durch Marezoll (vgl. oben S. 258), den er übrigens auch vornehmlich zitiert. Im Grunde hat Weiske dem Zusammenhang zwischen den verschiedenen Ehrenminderungen, der sich schon an Marezoll so wirksam herangedrängt hatte (vgl. oben S. 264), nunmehr nur gerade ins Gesicht gesehen, was Marezoll und auch Weiske selbst früher unter dem faszinierenden Einflusse Eichhorns noch nicht gewagt hatte. So ist Weiske eigentlich vollständig zur Meinung Günderrodes zurückgekehrt.

Übrigens hat er im Rechtslexikon nicht bloss die beiden Eichhornschen Begriffe der Ehrlosigkeit und Rechtlosigkeit ineinander übergehen lassen, sondern auch gleichzeitig damit vereinigt den inzwischen von Phillips aufgestellten Begriff der Rechtlosigkeit, der in der Gerichtslosigkeit bestehen sollte<sup>8)</sup>.

<sup>8)</sup> Vgl. oben S. 266.

Weiske sagt im Anschluss an den oben S. 271 mitgeteilten Satz mit Bezug auf die Rechte, die der Ehrlose verliert: „Diese Rechte bestanden namentlich in der Fähigkeit, im Gericht als Richter oder Schöffe zu sitzen, vor Gericht gegen unbescholtene Leute zu zeugen, als gerichtlicher Vorsprecher für einen anderen aufzutreten und für sich selbst bei gerichtlichen Prozessen oder bei Zweikämpfen einen Stellvertreter zu stellen“. Fast als nebensächlich setzt er hinzu: „Auch hatte der Rechtlose kein Wehrgeld, sowie er auch unfähig war, Lehen zu erwerben“.

Nochmals spricht er dann die Einheitlichkeit der von jenen anderen bestimmten verschiedenen Begriffe aus, indem er dem zuletzt mitgeteilten Satze die Worte folgen lässt: „Dieser Rechte, deren Inbegriff das Recht des freien Mannes ausmachte, wurde der Ehrlose regelmässig verlustig, und nur auf sie ist die Rechtlosigkeit zu beziehen, welche die Ehrlosigkeit immer in ihrem Gefolge hatte“. Der letzte und höchste Ausdruck des Bekenntnisses der Einheitlichkeit der Ehrenminderungen ist aber der Satz Weiskes: „Dass das einheimische Recht ausser der Ehrlosigkeit in dem angegebenen Sinne noch andere Arten von Ehrenschränkungen gekannt habe, lässt sich nicht nachweisen“.

Freilich hat Weiske seine Einheitlichkeit der Ehrenminderungen nur damit erkaufen zu können geglaubt, dass er die Rechtlosigkeit der unehelichen Kinder, Kämpfer und Spielleute etc., sowie den Eichhorn-Marezollischen Leumundsbegriff aus dem Bereiche der rechtswirksamen Ehrenschränkungen hinauswies. — Mit Bezug auf die erstere sagt er: Es war „noch nicht jeder Rechtlose ohne weiteres ehrlos. Denn die Fähigkeit zu denjenigen Rechten, deren Inbegriff das Recht des freien Mannes bildete, konnte jemandem auch aus anderen Gründen, als wegen eines von ihm begangenen Verbrechens abgehen, und ehrlos war nur derjenige, der wegen begangener Verbrechen rechtlos geworden war. Namentlich waren uneheliche Kinder aller Art rechtlos, sowie auch Kämpfer und ihre Kinder und Spielleute und Gaukler, ohne dass sie deswegen zu den ehrlosen Personen hätten gerechnet werden können“. — Auf den genannten Leumunds-



begriff bezieht es sich aber, wenn W. im Anschluss an den Satz, dass das einheimische Recht ausser der Ehrlosigkeit in dem angegebenen Sinne andere Arten von Ehrenschränkungen erweislich nicht gekannt habe, die Bemerkung folgen lässt: „Damit ist zwar nicht ausgeschlossen, dass es im Leben und in der Gesellschaft Ehrenschränkungen in den mannigfachsten Unterabstufungen insofern gegeben haben müsse, als ein Mensch durch seine Handlungsweise in der Achtung seiner Nebenmenschen in grösserem oder geringerem Grade sinken kann; aber wie sich diese Ehrenschränkungen niemals auf bestimmte juristische Grenzen zurückführen lassen, so konnten sie auch keine bestimmten rechtlichen Wirkungen haben“. Hier tritt also der Gedanke, der die Bezeichnung *infamia facti* im Gegensatz zur *infamia iuris* hervorgerufen hat, besonders stark hervor. — In beiden Punkten hat Weiske das Gebiet der juristischen Ehrenschränkungen zu Unrecht beschnitten.

### § 11.

#### Albrecht.

Während so Marezoll und Weiske, indem dieser das Werk des ersteren nur logisch fortsetzt, über die Eichhornschen verschiedenen Begriffe der Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit hinweg den Weg gehen, auf dem Weiske schliesslich bewusst zum Ziele einer Einheitlichkeit der Ehrenminderungen gelangt, hatte sich inzwischen wenigstens auch die Verlegenheit, eine angenommene Verschiedenartigkeit durchzuführen, bei dem durch seine Schrift über die Gewere demnächst zu so grosser Berühmtheit gelangten W. E. Albrecht gezeigt, und zwar, ohne dass er von den Eichhornschen Begriffen der Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit ausgegangen war, nachdem er vielmehr, Eichhorns Meinung über die Ehrlosigkeit bekämpfend, jene Verschiedenartigkeit selbständig aufgefasst hatte. In seiner Doktordissertation ‚*Doctrinae de probationibus secundum ius Germanicum medii aevi adumbratio*‘ Pars I, Königsberg 1825, p. 68 ff. sagt er zunächst: ‚*Interesse aliquid inter ea, quae vulgo dicuntur Ehrlosigkeit et Rechtlosigkeit, manifestum est*‘. Ausser auf Richtsteig Landr. 28 (vgl. oben S. 252 f.)

beruft er sich hierfür auf eine, wenn auch nicht ursprüngliche Verschiedenartigkeit des Beweises von Delikten, welche Ehrlosigkeit im Gefolge haben, einerseits und solchen, die Rechtlosigkeit hervorrufen, anderseits. Nämlich im Falle der ersteren habe sich auch im späteren Recht die einst allgemeinere Regel erhalten, wonach der Angeklagte durch Unschuldseid sich habe freischwören können, ohne dass er habe „überzeugt“ werden, d. h. ohne dass der Reinigungseid ihm durch Zeugen des Klägers habe verlegt werden können (p. 65 f.). Albrecht hat hierzu mehrere Stellen, namentlich aus dem bayerischen, Hamburger und Stader Recht mitgeteilt, in denen jenes „Überzeugen“ für unzulässig erklärt wird bei Sachen, welche dem Angeklagten „an den leib oder an seine ere“ gehen (p. 66 f., p. 71—74). Dagegen sagt er (p. 66 A. 34): „. . . delicta quae manus truncatione luuntur, per testes probari possunt: haec enim iis, quae formula „die an den leib gehen“ significantur, accensenda non sunt (j. prov. Alem. 163). Vid. Heumann l. c. (i. e. ius Bavaricum in den Opuscula.) p. 67: „Klagt einer hintz den anderen, er hab in beschedigt an leib und gut und iach, das wäre in einem frieden geschehen, den fried sol er bestäten mit zwaiien . . . iach aber der antwortet, des friedes habe er nicht gebrochen, des laugnen soll man nemen mit seinem eide, er erzeug es dann mit zweien . . . und ist das er also überzeugt wirt, so ist er dem gericht verfallen mit der hant“. Idem „si a maiori liceat minus colligere, etiam in iis delictis, quae formula zu haut und haar comprehenduntur, valere, vix dubitandum videtur“. Die Delikte aber, die somit nach bayerischem Recht „formula zu Hand continentur“ und Gegenstand einer „Überzeugung“ des Angeklagten sein sollen, „sunt ex iis, quorum reus fit rechtlos (j. pr. Sax. I 37)“ (38 § 1, vgl. oben S. 234). Diese Beweisführung ist durchaus verkehrt. Es verschlägt zwar nicht viel, dass in Ssp. I 38 § 1 Delikte, welche an die Hand gehen, als solche nicht ausdrücklich genannt sind. Denn im Sinn sind sie sicher ebenso, wie die an Haut oder Haar gehenden, die erwähnt sind. Aber ausserdem sind doch auch als Rechtlosigkeitsgründe aufgeführt diejenigen, welche den Leib kosten. Namentlich ist die Rede vom Diebstahl. Und bezüglich des grösseren Diebstahls heisst es doch in

Ssp. II 13 § 1: ‚Den dieb sal man henggn‘<sup>1)</sup>. Es ist also durchaus unerfindlich, wie hiernach Albrecht, sei es allgemein (so p. 71 § 29 a. E.), sei es namentlich für das Bayernrecht (arg. p. 65 ff.) die Regel aufstellen konnte, dass die Delikte, welche Rechtlosigkeit hervorriefen, im Gegensatz zu den an den Leib oder die Ehre gehenden, also was hier vorzüglich in Betracht kommt, namentlich im Gegensatze zu den Gründen der Ehrlosigkeit, dem Angeklagten unter Verlegung des Unschuldseides durch „Überzeugen“ hätten bewiesen werden können.

Ist Albrecht so mit Eichhorn und Marezoll darin einig, dass Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit zwei verschiedene Begriffe seien, so tritt er doch bezüglich der Bestimmung derselben jenen entgegen. Von der Ehrlosigkeit sagt er p. 71: ‚Illud pro certo habuerim, eam non solum dignationem, altiori cuique civium ordini propriam, afficere‘. Hiergegen führt er an, dass nach Ssp. III 45 der Ehrlose ‚mulctae (Busse) et werigeldi non partem solam, certo cuidam ordini propriam, sed omnino totum perdit‘. Dieses ist durchaus zutreffend, denn §§ 9—11 a. a. O., in welchen von der Beeinträchtigung bzw. dem Verluste der Busse und des Wergeldes der „unehelichen“ = unehrlichen Leute die Rede ist, beziehen sich auf die sämtlichen vorangegangenen §§ 1—8, die Wergeld und Busse aller Stände festgestellt haben.

Albrecht geht überhaupt nicht, wie Eichhorn und Marezoll, von den Wirkungen der Ehrlosigkeit aus, sondern von ihren Gründen. Von diesen sagt er (p. 68): ‚. . . si delicta, ex quibus oritur id, quod dicitur Ehrlosigkeit, videamus, omnibus illud commune esse videtur, quod committuntur in leges, peculiari quadam sanctitate insignes‘. Als Vergehen gegen derartige geheiligte Vorschriften nennt er namentlich Treulosigkeit im Lehnverhältnis, gegen Verwandte und gegen den Gastfreund, Heerflüchtigkeit, die auch nur eine Art der Treulosigkeit sei, Meineid als Verletzung der sanctissima hominis erga deum pietas, Vergehungen gegen die fides christiana: ‚. . . das man spricht, er sey nicht gelaubig . . . oder das man in sagt von

<sup>1)</sup> Vgl. auch Ssp. II 39 § 1.

der christenheit' (vgl. oben S. 255), und schliesslich Verletzung der weiblichen Keuschheit (p. 68—71). So stellt Albrecht, mehr als bisher geschehen, unter den Gründen der Ehrlosigkeit die Treulosigkeit in den Vordergrund. Ja schliesslich stellt er geradezu beide Begriffe einander gleich, indem er die Fälle in Ssp. III 45 §§ 9—11 zusammenfasst mit den Worten: ‚cum reus criminis, quod dicitur Treulosigkeit, nonnisi ehrlos, nec etiam rechtlos fieri dicatur‘ (p. 71).

Aus der Art der Gründe der Ehrlosigkeit entnimmt er ein weiteres Argument gegen die Eichhorn - Marezoll'sche Beschränkung des Begriffes auf den Verlust der Standesrechte. Dass diese unzutreffend sei, ‚hoc . . . concludi videtur . . . ex ipsis delictorum, unde nascitur, exemplis supra recensitis‘ (p. 71). Albrecht führt dieses nicht näher aus. Er denkt aber offenbar daran, dass jene Gründe in jedem Stande der gleichen gerechten Missbilligung unterliegen müssen.

In Ansehung der Folgen der Ehrlosigkeit gesteht A. ehrlich: ‚Iam quales sint eius effectus, mihi quidem multo minus constare, sincere confiteor‘. Jedenfalls will er sagen, dass er nicht wisse, wie sich in den Folgen die Ehrlosigkeit von der Rechtlosigkeit unterscheide. Denn dass er einigermassen über die Folgen der Rechtlosigkeit unterrichtet sei, wird man voraussetzen dürfen. Also auch hier wiederum die Verlegenheit, eine Verschiedenartigkeit von Ehrlosigkeit und Rechtlosigkeit auch an den Wirkungen zu erweisen. Nur insofern berührt A. diese letzteren als er p. 71 sagt: ‚Deinde, quod dicitur Ehrlosigkeit, pro maiori poena, quam, quod vocabulo Rechtlosigkeit designatur, habendum esse, vel inde apparet, quod in hac quidem probanda faciliores sunt veteres‘. Dass er zu dieser Auffassung durch einen Trugschluss gekommen ist, wurde oben S. 274 f. gezeigt<sup>2)</sup>.

<sup>2)</sup> Ganz „Marezoll“ mit einer Nuance „Albrecht-Eichhorn“ ist die Darstellung des alten „deutschen“ Ehrenrechts von Buddeus bei Ersch u. Gruber, Enzyklopädie der Wissenschaften und Künste 1. Sekt. Teil 31 (Leipzig 1838) a. v. Ehre S. 420 f. Diese Nuance besteht in dem Satze: „Ehrlosigkeit . . . erfolgte vorzüglich durch den Bruch eines unter Verpfändung der Ehre eingegangenen Vertrags und durch ein aus Treulosigkeit begangenes Verbrechen, dies letztere jedoch wahrscheinlich nur auf richterliches Erkenntnis“ (vgl. oben S. 276, 256).

## III. Abschnitt.

## Die Literatur von Phillips bis Budde.

## § 12.

## Phillips.

Wie Marezoll hält auch Phillips in „Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts“ Bd. I, 3. Aufl., 1846, S. 289 § 35 (1. Aufl. 1829) die Echt- oder Friedlosigkeit, die Rechtlosigkeit und die Ehrlosigkeit für verschiedene Arten von Ehrenminderungen. Den bösen Leumund erwähnt er nicht mehr. Die Verschiedenartigkeit jener drei Begriffe begründet er nur durch Hinweis auf Ssp. I 51 § 1 und I 5 § 2. Aus der ersteren Stelle leitet ihn der Satz: ‚It is menich man rechtlos de nicht n'is echtlos‘. Damit verbindet er die zweite Stelle, insoweit sie sagt: ‚Wif mach mit unkuschheit ires lives ire wifliken ere krenken; ire recht ne verlüst se dar mede nicht‘. In der Tat ein einfaches Exempel! Wenn nur die Faktoren, mit denen gerechnet ist, richtig gebildet wären!

Phillips setzte aber auch eine Reihe von Bestrebungen in Bewegung, die, wohl dem zu jener Zeit auch in der Germanistik sich geltend machenden romanistischen Konstruktionsbedürfnis entsprungen, namentlich darauf hinzielten, den von Eichhorn für die Rechtlosigkeit aufgestellten vagen Begriff des Verlustes gewisser wesentlicher Freiheitsrechte durch einen fassbareren zu ersetzen, der aber immerhin doch ein allgemeines Prinzip enthalten sollte. Man ging dabei namentlich von der Wortbedeutung aus. Wir haben bereits Eichhorn bei Bestimmung der Ehrlosigkeit und Marezoll bei Bestimmung der Ehrlosigkeit und Rechtlosigkeit hier vorarbeiten sehen (oben S. 253, 258 f.). Phillips geht weiter vor. Mit einer gewissen schablonenhaften Konsequenz sucht er Echtlosigkeit, Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit auf gleiche Weise zu bestimmen<sup>1)</sup>. Die Rechtlosigkeit wird ihm so, wenn auch

<sup>1)</sup> Er sagt S. 289 f. mit Bezug auf die drei Begriffe: „Die eigentliche Bedeutung eines jeden dieser Verhältnisse wird klar, sobald man den ur-

nicht, wie die Echtlosigkeit zu dem Verluste aller Rechte schlechthin, so doch aller prozessualischen Rechte, da Recht ursprünglich soviel als Prozess oder Gericht bedeutet habe (S. 294 f.). Von der Echtlosigkeit aber sagt er: „Da Ehe oder Frieden . . . soviel als Recht . . . objektiv genommen, sagen will, so ist Echtlosigkeit derjenige Zustand, in welchem man sich ausserhalb alles geltenden Rechtes befindet; durch sie büsst der Mensch alle seine Rechte ohne Unterschied ein“. Höchst eigentümlich ist es, wie er schliesslich die Ehrlosigkeit durch hauptsächlich rationalistische Wortinterpretation auf die vorher zum Ziel genommene Eichhornsche Definition hinausbringt. S. 297 a. a. O. führt er aus: „Das Wort „Ehre“ bedeutet ursprünglich „Glanz“ und im abstrakten Sinne: Vorzug, Auszeichnung; es drückt also einen komparativen Begriff aus. Ehre braucht daher auf dem Vergleiche mit etwas, was selbst schon achtbar und rechtsfähig ist, und drückt eine höhere Stufe der Achtbarkeit und zugleich vorzüglicher Rechtsfähigkeit aus. Der Begriff Ehre hängt demnach wesentlich mit den Standesverhältnissen zusammen . . . und hat sich daher auch mit diesen verändert. In älterer Zeit umfasste zwar der Stand der Freien alle an ihrem Rechte vollkommenen Männer . . ., aber . . . Ehre im eigentlichen Sinne . . . genoss nur der Adel. Späterhin, als den Freien gegenüber ein ebenfalls berechtigter Stand der Dienstmänner und Hörigen vorhanden war, konnte allerdings von einer besonderen Ehre der ersteren die Rede sein und in betreff dieses Punktes kein Dienstmann über einen Freien Recht finden<sup>2)</sup>. Indem aber eine grosse Zahl von Dienstmännern der Ritterschaft angehörte, nahmen sie auch Teil an den ritterlichen, adeligen Ehren<sup>3)</sup> und sind selbst zum Adel geworden. Somit erscheint der Begriff der Ehre regelmässig in der Bedeutung einer besonderen Standesehre, überhaupt aber als eine Zierde, die einer vor dem anderen voraus hat“.

---

sprünglichen Sinn der Worte „Ehe, Recht und Ehre“ . . . festhält; dann ergibt es sich von selbst, was der Mensch, der sich in einem jener Zustände befindet, los geworden ist, d. i. verloren hat‘.

<sup>2)</sup> Schwsp., v. d. Lahr, 80 = Lassberg 278.

<sup>3)</sup> Kaiserrecht (Endemann) B. III c. 5 und 7.

Als Grund der Echtlosigkeit nennt Ph. die Oberacht, über deren Entstehung er sich verbreitet. Dazu bemerkt er, dass unter dem Ausdrucke Acht im weiteren Sinne auch die erste Verfestung mit inbegriffen sei, öfters aber beide Bezeichnungen im Gegensatze zueinander gebraucht seien, indem erst die Verfestung des höheren Richters Acht genannt sei (S. 293 A. 12). — Gründe der Rechtlosigkeit seien uneheliche Geburt, Verbrechen, die „zu Haut und Haar“ gingen, namentlich Diebstahl und Raub, und verächtliche Lebensweise. — Schliesslich folgt er Albrecht darin, dass die Ehrlosigkeit aus Treubruch entstehe. „Eine weitere Ausdehnung des Begriffes ist dann noch die, dass man ihn auf das weibliche Geschlecht insofern überträgt, als der Sachsenspiegel von der Kränkung der weiblichen Ehre durch Unkeuschheit spricht“<sup>4)</sup>.

Phillips hat seither wohl am konsequentesten die Verschiedenartigkeit der drei Ehrenminderungen durchgeführt. Aber gewissenhafte und quellenwahre Behandlung des Problems (vgl. oben S. 251) kann man ihm auch nicht nachrühmen. Mit dem nach den Quellen auch die Ehrlosen treffenden Verluste der prozessualischen Rechte hat er sich z. B. nicht abgefunden. So hat er sich über die Schwierigkeiten hinweggetäuscht, nur dogmatisch klare Kategorien, wohlgebaute „Terminologiepagoden“ erstrebend, womit er ja allerdings in der Folgezeit nicht ohne Wirkung gewesen ist.

Gleichwohl findet sich bei Phillips insofern wenigstens ein Zusammenhang der drei Kategorien, als er S. 295 betont, dass der Echtlose gleichzeitig immer auch rechtlos war, und als er S. 288 f. mit Bezug auf die drei Ehrenminderungen sagt: „Nach den Grundsätzen des älteren deutschen Rechtes hatte jede Entziehung von Freiheitsrechten einen gleich grossen Verlust derjenigen äusseren Achtung zur Folge, welche man nach dem heutigen Sprachgebrauche mit dem Ausdrucke Ehre bezeichnet“. Hier macht sich bemerkbar ein Anklang an die von Weiske (in seinen Grundsätzen des t. Privatr. a. d. Ssp.) aus dem Eichhornschen Begriffe der Rechtlosigkeit geschöpfte Vereinheitlichung der drei Ehrenminderungen (vgl. oben S. 269).

<sup>4)</sup> Ssp. I 5 § 2.

Übrigens ist in dem eben mitgeteilten Satze Phillips' auch ein Irrtum ausgesprochen, der noch oft wieder hervortritt, nämlich der, dass das Primäre die Rechtsentziehung und das Sekundäre der Ehrverlust gewesen sei. Ich habe schon angedeutet, dass demnächst Weiske im Rechtslexikon in diesem Punkte die Wahrheit erkannt hat, die in der Umkehrung jener Meinung beruht (vgl. oben S. 271).

### § 13.

#### Mittermaiers jüngere Ansicht.

Wie schon erwähnt wurde, ist Phillips mit seiner Lehre nicht ohne Einfluss auf die Entwicklung der Meinungen der Folgezeit gewesen. Wir sahen bereits, wie Weiske seine Ansicht über die Rechtlosigkeit rezipierte (oben S. 271 f.). Namentlich aber wirkte Ph. auf Mittermaier ein (vgl. schon oben S. 266). In den späteren Auflagen der Grundsätze des gem. d. Pr. R. — ich benutzte die 6. Ausg. Regensburg, 1842 — hat Mittermaier seine Lehre unter Abstossung der früher aus der Doktrin Huths übernommenen, wenn auch etwas verschleierten infamia minor und maior und unter Verschmelzung der Meinungen Günderrodes, Eichhorns, Marzolls, Weiskes, Albrechts und Phillips' umgearbeitet (§ 100 a. a. O.). Zunächst bringt er den Inhalt des oben S. 267 mitgeteilten mysteriösen Satzes der früheren Auflagen in etwas verständlicherer Form vor: „Nach dem Zusammenhange von Freiheit, voller Rechtsfähigkeit und Ehre stand die vollste Rechtsfähigkeit nur dem völlig Freien und damit zugleich ihm die höchste Ehre zu“. Klingt dieses schon ein wenig an Eichhorn an, so erkennt man Eichhorn, Weiske und Phillips wieder in dem unmittelbar hierauf folgenden Satze: „Wer durch sein Benehmen sich dieser Ehre nach damaligen Ansichten unwürdig machte, war rechtlos, insofern er die Rechte verlor, welche dem Freien im Gesetze oder Gebrauche zustanden, insbesondere Rechte, die sich auf Rechtsverfolgung beziehen“. Wo Eichhorn und Phillips hier stecken, liegt auf der Hand. Bezüglich Weiskes sei daran erinnert, dass er schon im Rechtslexikon 1841 den auch hier ausgesprochenen Gedanken der sekundären Bedeutung des Rechtsverlustes im Verhältnis zum



Verluste der Ehre vertreten hat (oben S. 271). Wie wenig übrigens Mittermaier ihn sich assimiliert hat, geht daraus hervor, dass er in dem eben zuerst erwähnten Satze das Verhältnis zwischen Recht und Ehre wieder umkehrt, indem er sagt, dass die vollste Rechtsfähigkeit nur dem völlig Freien und damit zugleich ihm die höchste Ehre zustand.

Dem genannten zweiten Satze, der, wie gesagt, ein Gebräu nach Eichhorn, Weiske und Phillips darstellt, hat M. insofern eine eigene Couleur hinzugesetzt, als er ihn folgendermassen ausführt: „Darnach konnte der Rechtlose nicht Richter oder Schöffe über Freie seyn, nicht für andere bei Gericht auftreten und nicht Zeugnis gegen Freie ablegen. Diese Rechtlosigkeit war nicht bloss die Folge der Verurteilung wegen gewisser Verbrechen, sondern auch Folge eines gewissen, eines freien Mannes unwürdigen Gewerbes, nämlich der Kämpfer“ etc. S. 284. Wenn es gestattet ist, schon ein anderes Bild zu gebrauchen, so kann man auch sagen, dass der Eichhornsche Begriff der Rechtlosigkeit hier bei Mittermaier weiterwuchert.

Durchaus nach Eichhorn bestimmt M. auch die Ehrlosigkeit. Eine Zutat nach Marezoll-Albrecht ist der Satz S. 284: „Diese Ehrlosigkeit war teils die Folge der Verletzung eines auf gewisse Weise bekräftigten Versprechens, teils gewisser besonders schändliche Treulosigkeit enthaltender Verbrechen“ (vgl. oben S. 262 und S. 276).

Die Friedlosigkeit empfängt eine neue Schattierung durch den Einfluss von Phillips' Meinung über die Rechtlosigkeit. Nachdem M. nämlich gesagt hat, dass der Echtlose, Verfestete wegen der gegen ihn erkannten Acht aus der Friedensgenossenschaft (Rechtsgemeinschaft) ausgeschlossen sei, fügt er hinzu: „Hier stand die Friedlosigkeit im Zusammenhang mit der damaligen Gerichts- und Prozessverfassung, insofern eine Person, welche der Ladung, vor Gericht zu erscheinen, beharrlich nicht gehorchte, mit der Acht belegt wurde und dann nach Verschiedenheit derselben von allen oder einigen Rechten, solange er in der Acht war, ausgeschlossen wurde“.

Liegt hierin ein Moment, welches, consequent durchgedacht, trotz der von Mittermaier im einzelnen angenommenen Verschiedenartigkeit der Ehrenminderungen, doch nach der Seite

der Einheitlichkeit hin gravitiert, so ist vollends im Sinne dieser Einheitlichkeit, und zwar der Günderrodeschen Auffassung entsprechend der über dem Ganzen stehende Einleitungssatz: „Nach dem Charakter des öffentlichen Lebens und der damaligen Macht der Meinung, insbesondere der Standesgenossen, nach der Art der Absonderung der Stände im deutschen Rechte mussten die Ansichten von Ehre eigentümlich sich ausbilden“.

Man sieht, dass Mittermaiers Selbständigkeit hier im umgekehrten Verhältnis zu seiner Belesenheit und Gelehrsamkeit steht.

#### § 14.

#### Maurenbrecher.

Ebenfalls von Phillips beeinflusst, aber im allgemeinen doch viel selbständiger, ist Maurenbrecher in seinem Lehrbuch des deutschen Privatrechts Bd. I, 2. Ausg. Bonn 1840 S. 319 ff. §§ 146 f. (1. Ausg. 1832 bis 1834). Eichhorns und Phillips' Meinung ist hier verschmolzen in der Definition: „Die Rechtlosigkeit war derjenige Zustand, wo einem freien Manne, der seine Ehre gekränkt hatte, mehrere dem Freien zustehende Rechte . . . entzogen wurden, namentlich die auf die Gerichtsfähigkeit sich beziehenden“ (S. 320).

Die Ehrlosigkeit ist nach Eichhorn als Verlust der Standesehre bestimmt. Zum Ausbau dieser Theorie trägt Maurenbrecher dadurch etwas bei, dass er als Beispiele hierher stellt Verlust der Lehnsfähigkeit, oft der Lehne selbst, der Turnierfähigkeit, der Teilnahme an geistlichen und weltlichen Korporationen. Quellen hat er hierfür freilich nicht mitgeteilt<sup>1)</sup> (S. 322).

Die Friedlosigkeit hat den Verlust aller Rechte zur Folge, z. B. auch des Grundeigentumes (S. 320 A. 1).

Unter den Gründen der Rechtlosigkeit nennt er neben den übrigen bekannten auch das verächtliche Gewerbe der

---

<sup>1)</sup> S. 322 A. 17 a. a. O. verweist Maurenbrecher betreffs einer „besonderen Ehre“ der Dienstmannen und der Bürger auf Kaiserr. (Endemann) III 5 und IV 1, bez. der Ehre des Weibes auf Ssp. I 5 § 3.

„hübschen Frauen“<sup>2)</sup> (S. 321). Bei Verbrechen, die an Haut und Haar gehen, sieht er als das Entscheidende den Richterspruch an<sup>2)</sup>.

Gründe der Ehrlosigkeit sollen wie nach Marezoll — Albrecht — (Mittermaier) Wortbruch und gewisse Verbrechen sein, in denen eine besondere Treulosigkeit lag. Hierfür beruft sich Maurenbrecher m. W. als Erster auf die Glosse zu Ssp. III 78: „Nu set he van der werden ere, wente alle ere van truwe kumpt“ (S. 322 A. 19).

Über die Gründe der Friedlosigkeit lässt er sich nicht aus. Maurenbrecher trennt die drei Arten der Ehrenminderung scharf von einander, insbesondere aber die Friedlosigkeit von der Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit, indem er unter Berufung auf Ssp. I 51 (oben S. 277) auf S. 322 A. 16 sagt: „Echtlos darf nicht mit rechtlos oder ehrlos verwechselt werden, da es mit friedlos gleichbedeutend ist“.

Gleichwohl musste M. auf einen Zusammenhang zwischen Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit schon dadurch kommen, dass er als gleichbedeutende Ausdrücke der Quellen für die Rechtlosigkeit aufführt: „unecht, unehrlich, verzelt, übersait, rechtlos, anrüchtig, nit vollkommen an seynem recht, sein Recht verloren haben“ (S. 322). Von jenem Zusammenhange spricht er insofern, als er sagt, dass die Rechtlosigkeit als das Mehrere immer die Ehrlosigkeit enthalten habe, aber nicht umgekehrt diese auch jene. Ssp. II 13 erkläre z. B. den Dieb für erenlos und rechtlos, während andere Stellen bloss „rechtlos“ sagten. „Den Rechtlosen trafen daher alle Folgen der Ehrlosigkeit; aber den Ehrlosen nur die Folgen der letzteren. Der Rechtlose war im Sinne des Mittelalters ehrlos und rechtlos“.

Diese Verbindung zwischen Rechtlosig- und Ehrlosigkeit setzt sich bei Maurenbrecher aber auch nach der Friedlosigkeit hin fort. Denn im Sinne seiner Meinung liegt es doch sicher, — wenn er es auch nicht ausdrücklich sagt, — dass, wie die Ehrlosigkeit in der Rechtlosigkeit enthalten ist, so auch diese bzw. beide in der Friedlosigkeit, die ja den Verlust aller Rechte

<sup>2)</sup> Lüh. R. IV 5 § 6, Kopp, Hess. Gerichtsverf. I 462.

<sup>2)</sup> Vgl. auch oben S. 255 f.

darstellen soll, weil sie auf dem gänzlichen Verluste der Ehre beruhe, wie der partielle Rechtsverlust bei Rechtslosigkeit und Ehrlosigkeit auf einer blossen Schmälerung der Ehre (vgl. S. 319 ff.). M. steht nämlich auch, wie Weiske (oben S. 271), auf dem Standpunkte der sekundären Bedeutung der Rechtsminderung im Verhältnis zur Ehrenminderung. Vielleicht ist dieser Gedanke von Weiske her durch die Vermittelung von Mittermaier<sup>4)</sup> zu ihm gedrungen. Jedenfalls aber hat er ihn anders als dieser ganz sich zu eigen gemacht und konsequent durchgeführt. Er sagt S. 319 f.: „Der gewöhnliche Begriff der Ehre wird zum Rechtsbegriff, wenn der Staat von dem guten Rufe eines Menschen, d. h. von seiner persönlichen Achtung, die er bei andern seiner Denk- und Handlungsweise wegen genießt, seine Rechtsfähigkeit abhängig macht. Die höchste bürgerliche Ehre besteht in dem Vollgenusse sämtlicher bürgerlicher und politischer Rechte. . . . Auch im Mittelalter hiess ein unbescholtener Mann: vollkommen an seinem Rechte“. Kurz darauf spricht er nochmals von einer Schmälerung der Ehre und der an sie sich knüpfenden Rechtsfähigkeit. Somit bringt Maurenbrecher alle Ehrenminderungen unter den einheitlichen Gesichtspunkt der primären Ehrenminderung und der sekundären Rechtsminderung. Diese doppelseitige Minderung stuft er ab als gänzlichen Verlust und blosser Schmälerung, und die letztere wieder, wie wir sahen, als Rechtlosigkeit, welche die Ehrlosigkeit in sich begreift, und blosser Ehrlosigkeit, von der das Umgekehrte nicht gilt. Was ist dieses aber anderes, als die alte Huthsche Theorie von der *infamia maxima, maior* und *minor* in einem anderen Gewande?

Beachtenswert ist auch, dass in dem eben mitgeteilten Satze: „Der gewöhnliche Begriff der Ehre etc. . . .“ der Eichhorn-Marezollsche Leumundsbegriff, welcher<sup>5)</sup> von Weiske ausdrücklich (oben S. 273) und von den übrigen stillschweigend fallen gelassen war, abgesehen von der auch bei Maurenbrecher nicht erwähnten Seite des Marezollschen Leu-

<sup>4)</sup> Vgl. oben S. 280 f. Mittermaier ist von Maurenbrecher zitiert, Weiske dagegen nicht.

<sup>5)</sup> nachdem er noch einmal bei Buddeus erschienen war (oben S. 276 A. 2).

mundsbegriffes, die im Tatverdacht beruht, mit den anderen in Frage stehenden Ehrenminderungen zusammenfließt, und zwar m. E. durchaus mit Recht.

### § 15.

#### Zöpfl.

Unter denjenigen, welche seit Phillips für den Begriff der Rechtlosigkeit eine fassbarere Prinzipformel zu finden suchten, ist namentlich Zöpfl zu nennen. In seiner deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Heidelberg 1836, Abt. II S. 136, folgt er zwar im allgemeinen der älteren Weiskeschen Lehre (oben S. 267 ff.) sowohl darin, dass er eine Theorie nicht so sehr der Ehrenminderungen, als vielmehr der Rechtsminderungen entwickelt, wie auch darin, dass er diese Rechtsminderungen, die er als Echtlosigkeit, Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit abstuft, unter die einheitliche Kategorie: „Rechtlosigkeit im weiteren Sinne“ bringt. Auch sind seine Unterbegriffe Echtlosigkeit und Ehrlosigkeit dieselben, wie bei Weiske, und darum entspricht sein Ehrlosigkeitsbegriff nach Wirkung und Gründen mittelbar dem Eichhornschen<sup>1)</sup>. Eine neue, indes vielleicht immer noch in etwa durch Weiske angeregte Formulierung des Rechtlosigkeitsbegriffes bietet Zöpfl aber damit, dass er als Wirkung der Rechtlosigkeit die Aufhebung der politischen Rechte des Bürgers bezeichnet.

Mit Beziehung auf die Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit betont er a. a. O. S. 137 A. 9 den Unterschied zwischen „ächten“ und „rechtlos machen“, sich berufend auf Ssp. I 38 § 2 und I 51. Ächten erklärt er als herrührend von ehtan = aus der Ehe, d. h. dem Bunde — der Friedensgenossenschaft des Staates tun, während es vielmehr dasselbe ist, wie mhd. æhten ahd. ähten = asächs. ähtjan, angl. éhtan, verfolgen<sup>2)</sup>. Zöpfl stellt das Verhältnis zwischen „Ächten“ und „Rechtlosmachen“ folgendermassen dar: „Die Acht (Verfestung, Bann) . . . bewirkt, dass der Verfestete . . . schon jetzt als ausser der Schutzgenossenschaft der Gemeinde, zu welcher er gehört, stehend

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 267 f. und bei Zöpfl a. a. O. S. 136 und 139 A. 11.

<sup>2)</sup> Vgl. Kluge, Etymologisches Wörterbuch, auch Grimm RA. S. 733.

betrachtet wird, so dass er nun . . . mit Gewalt ergriffen werden kann. Sächs. Ld. R. I 68: ‚Umb welcherlei Uebelthat ein Mann verfestet, und hernach wehrend der Verfestung gefangen und vor Gericht gebracht wird, so gehet es ihm an den Leib, wofern er der That und der Verfestung überzeugt wird‘ . . . Der Zustand dieser Verfestung ist demnach nur ein provisorischer, er entzieht dem Geächteten noch kein Recht, sondern suspendiert nur die Ausübung seiner politischen Rechte. (Sächs. Ld. R. . . III 63): ‚Verfestung nimmt dem Manne seinen Leib, wenn er darin ergriffen wird, aber nicht sein Recht‘ — In diesem Sinne kann ein Mann echtelos (friedlos) sein, ohne rechtlos zu sein. Bleibt er aber Jahr und Tag in diesem Zustande, ohne sich aus der Verfestung zu ziehen‘ . . . so wird er nebst der Friedlosigkeit rechtlos erkannt und verliert nun alle politischen und bürgerlichen (Privat) Rechte“.

Die doppelte Verwendung des Ausdruckes: „friedlos“ bzw. „Friedlosigkeit“ ist nicht geeignet, diese Ausführungen Zöpfls als sehr klar erscheinen zu lassen. Im Grunde ist sein Gedanke der, dass die Verfestung eine provisorische Rechtlosigkeit schaffe und dass diese nach einer Dauer von Jahr und Tag zu einer definitiven erklärt werde, aber als solche nicht mehr partielle, sondern totale Rechtlosigkeit, d. h. in seinem Sinne Echtlosigkeit sei. Insofern sagt er nicht einmal etwas Neues (vgl. oben S. 262f.). Was nun aber diesem Gedanken die Klarheit genommen hat, ist wiederum nichts anderes als die Unmöglichkeit, die angenommene Verschiedenartigkeit der (Ehren- bzw.) Rechtsminderungen mit der Terminologie der Quellen ganz in Einklang zu bringen. Von der Verschiedenartigkeitstheorie ausgegangen, ist Zöpfl a. a. O. zwar nicht wie Weiske schliesslich ganz auf das Gebiet der Einheitlichkeitstheorie hinübergelangen, hat er aber dieses doch ein wenig gestreift, was eben auch in jenem unklaren, wenn nicht gar unlogischen doppelten Gebrauchen von „friedlos“ zu Tage tritt.

In den späteren Auflagen seiner deutschen Staats- und Rechtsgeschichte (in Bd. II der 2. Aufl. von 1846 und der nur einen Band umfassenden 3. Aufl. von 1858) hat Zöpfl an

der Verschiedenartigkeitstheorie festgehalten<sup>3)</sup>. Dabei sieht man ihn hier vollends in der namentlich durch Phillips eingeschlagenen Richtung der wortauslegenden Prinzip-suche weiterstreben.

In der 2. Aufl. S. 414 sagt er von der Echtlosigkeit, sie bezeichne „buchstäblich soviel als Gesetzlosigkeit“. Er folgt hierin, wie wir noch sehen werden, Budde, der seinerseits Phillips zum Vorgänger hatte<sup>4)</sup>. Wenn er früher als Wirkung der Echtlosigkeit den Verlust der politischen und bürgerlichen (oder privaten) Rechte angegeben hatte, so fügt er nunmehr auch hinzu den Verlust der allgemeinen Menschenrechte<sup>5)</sup>.

Für die Rechtlosigkeit, deren Folge er nach wie vor lediglich in einem Verluste der politischen, nicht aber der „reinen Privatrechte“ sieht, findet er jetzt im Wege der Worterklärung die prinzipale Bedeutung als Eideslosigkeit. Als Belege führt er namentlich an Ssp. II 8 in Verbindung mit I 62 § 4 und Schwsp. (L.) 42<sup>6)</sup>. Im Ssp. II 8 heisst es: *Vulvorderet aver he sine klage, al untgat he ime mit rechte, he ne lidet dar nene not umme, he ne hebbe ine kempliken vorge-laden*“. Eine Handschrift hat statt „mit rechte“ „mit sinem rechte“<sup>7)</sup>. Ssp. I 62 § 4 ist eine Parallelstelle und lautet: *„Vulvorderet aver he sine klage na rechte ane kamp, unde untgat ime jene mit siner unscult, he blift is ane scaden, he ne hebbe ine kempliken angesprochen*“. In Schwsp. (L.) c. 42 ist von der Rechtlosigkeit der zur Rückgabe des Raubes verurteilten Strassenräuber die Rede. Von ihnen wird gesagt: sie *„mugen nimer mer deheinem man sins rehtes gehelfen, und sint och verworfen von aller geziucnusse . . .“* Man muss wohl Zöpfl darin beitreten, dass hier „sins rehtes gehelfen“ „Eideshelfer sein“ bedeutet. In weiteren Stellen<sup>8)</sup>, die er anführt, ist Recht nicht so zweifelsfrei der Ausdruck für Eid.

<sup>3)</sup> Vgl. 2. Aufl. Bd. II S. 414 und 3. Aufl. S. 969.

<sup>4)</sup> Vgl. unten § 17.

<sup>5)</sup> In der 3. Aufl. S. 969 bestimmt Zöpfl die Folge der Echtlosigkeit wiederum nur als Verlust der politischen und bürgerlichen Rechte.

<sup>6)</sup> Vgl. Zöpfl a. a. O. 3. Aufl. S. 969 A. 12.

<sup>7)</sup> Vgl. Homeyer S. 234 A. 2 zu A. 8.

<sup>8)</sup> Vgl. Zöpfl a. a. O. 2. Aufl. S. 414 A. 2 und 3. Aufl. S. 969 A. 12.

Es würde aber in der Tat ein Leichtes sein, noch eine ganze Reihe von Stellen beizubringen, in denen „Recht“ diese Bedeutung hat. Als besonders durchschlagende Belege will ich nur hervorheben Ssp. III 5 § 3: „darn he dar sin recht to dun, dat it ane sine scult geschin si“ und § 5 daselbst: „bewiset he dat unde darn he dar sin recht to dun“ Daraus nun aber zu schliessen, dass die Rechtlosigkeit gleich Eideslosigkeit sei, war ebenso einseitig wie der auf dem Vorkommen von Recht = Gericht beruhende Schluss Phillips', dass die Rechtlosigkeit = Gerichtslosigkeit sei, bzw. wie die noch zu erörternde Annahme Buddes, dass sie Standeslosigkeit bedeuete. Diese Einseitigkeit war aber überhaupt die unvermeidliche Folge der in erster Linie auf der Worterklärung fussenden prinzipisuchenden (konstruktiven) Tendenz seit Phillips. Zöpfl scheint dem Vorwurfe der Einseitigkeit entgehen zu wollen, indem er auf die prinzipiale Eideslosigkeit auch sonstige Wirkungen der Rechtlosigkeit zurückführt. Er stellt darum zunächst die Eideslosigkeit dem Zustande der Entbehrung des öffentlichen Glaubens gleich (2. Aufl. S. 414) und sagt dann mit Bezug auf das Verhältnis des Rechtlosen zu unbescholtenen Personen: „er konnte daher nicht mehr gegen sie Zeuge, noch weniger Richter oder Schöffe oder Fürsprech sein, noch einen unbescholtenen Mann zum Kampfordale fordern“<sup>9)</sup>. Natürlich konnte er aber nicht daran denken, auch die Wehrgelds- und Busslosigkeit auf die Grundlage der Eideslosigkeit zu stellen. Hier führt er deshalb, und zwar damit die Einseitigkeit seiner grundsätzlichen Erklärung ganz offen deckend, ergänzungsweise das Buddesche Prinzip der Standeslosigkeit ein. Denn im Hinblick auf die Regelung des Wergeldes und der Busse, die in Ssp. III 45 zunächst für die verschiedenen Stände und dann für die Rechtlosen erfolgt, sagt Zöpfl (2. Aufl. S. 415) unter Anführung von Buddes Schrift: „In diesem Sinne kann man auch die Rechtlosigkeit für Standeslosigkeit (Verlust der Rechte eines ehrlichen Standes) erklären“. In der 3. Aufl. S. 970 lautet der Satz, nunmehr schon nach Fortlassung des auf Budde verweisenden Zitates: „In diesem Sinne kann man auch die Recht-

<sup>9)</sup> Ebenso 3. Aufl. S. 970.



losigkeit für Standeslosigkeit, d. h. als Verlust der Rechte eines gemeinen ehrlichen Standes (*status communis civilis*) erklären<sup>10)</sup>.

Was die Gründe der Rechtlosigkeit anlangt, so hat Zöpfl bereits in der 2. Aufl. S. 415 und ebenso in der 3. Aufl. S. 970 wie Maurenbrecher (vgl. oben S. 283, auch S. 256), wahrscheinlich aber wohl direkt beeinflusst durch Hillebrand<sup>11)</sup>, die Ansicht vertreten, dass die Rechtlosigkeit im Falle von Verbrechen nicht schon aus der Tat an sich, sondern erst aus der Verurteilung entspringe. Wie Hillebrand führt er dafür an Ssp. I 65 § 2: „Sve lief oder hant ledeget, dat ime mit rechte verdelt is, die is rechtlos“. Ausserdem bemerkt er unter Hinweis auf Ssp. II 19 § 2: „Ebenso blieb ein verurteilter eigener Mann, den sein Herr dadurch von der Strafe befreite, dass er seinen Glauben an dessen Unschuld beschwor, doch ehrenlos und rechtlos“. — Unter Einwirkung gemeinrechtlicher Anschauungen ist Zöpfl dann sachlich, wenn auch in der Beschränkung auf die Rechtlosigkeit, zu der alten *infamia maior* und *minor* Huths zurückgelangt in dem Satze: „Jedoch wurden diejenigen, welche nur ihrer unehelichen Geburt oder verachteten Beschäftigung wegen rechtlos waren, wohl von denen unterschieden, welche wegen schimpflicher Verbrechen dafür erklärt worden waren, so dass hiernach schon in den Spiegeln deutlich eine Unterscheidung der Rechtlosen gemacht wird, welche sich mit der römischen Unterscheidung von *infamia* und *levis notae macula* vergleicht“. „So z. B. Ssp. I 50 § 2: „Al si ok en man speleman oder unecht geboren, he n'is doch dieves noch roveres genot nicht“. Wenn wir von dem Vergleiche mit der römischen *infamia* und *levis notae macula* absehen, steckt hierin ein Kern von Wahrheit, der aber in seiner ganzen Güte sich Zöpfl nicht enthüllt hat. Sonst würde Z. nicht weiter gesagt

<sup>10)</sup> Zöpfl a. a. O. 2. Aufl. S. 415, 3. Aufl. S. 970, spricht übrigens von einer Busse der Rechtlosen, „welche entweder nur in geringfügigen Dingen besteht oder überhaupt nur eine Scheinbusse ist“. Die „nur in geringfügigen Dingen“ bestehende Busse hat er somit als eine reale Busse im Sinn. Wir werden unten § 19 sehen, dass hierin ein Irrtum liegt.

<sup>11)</sup> Vgl. den demnächst erscheinenden zweiten Teil dieser Dogmengeschichte.

haben: „Die Spiegel selbst haben aber keine entsprechende Terminologie, um die von ihnen zwischen den ihrer Geburt oder Beschäftigung wegen und den eines begangenen Verbrechens wegen für rechtlos erklärten Personen gemachte Unterscheidung auszudrücken“. Unten im § 22 wird gezeigt werden, dass dieses irrig ist und dass z. B. Ssp. I 48 § 1 eine solche Unterscheidung ausdrückt mit der Nebeneinanderstellung der beiden Gruppen: ‚Alle die unecht geboren sin oder de sik rechtlos gemaket hebben‘. Eine tiefgehende Quellenkunde verrät Zöpfl hier also nicht.

Wie sich der schliessliche Rechtlosigkeitsbegriff Zöpfls nicht ohne die Einwirkung Buddes gestaltet hat, so erscheint auch auf S. 415 der 2. Aufl. des Werkes von Zöpfl dessen früherer Ehrlosigkeitsbegriff durch Buddes Einfluss abgewandelt. Zöpfl hatte ihn, wie gesagt, durch die Vermittelung Weiskes von Eichhorn übernommen. An Eichhorn erinnert noch, dass die Ehrlosigkeit nur bestanden habe „in der Missachtung der Standesgenossen“. Einigermassen anregend für die spätere Lehre mag gewesen sein die hinzugefügte Bemerkung: „wie z. B. heutzutage die akademische Verrufserklärung“<sup>12)</sup>. Ganz auf Budde zurückzuführen ist, wie unten § 23 gezeigt werden soll, der Satz: „Die Ehrlosigkeit war ursprünglich kein eigentlich juristischer Begriff“<sup>13)</sup>. Damit steht im Einklang die nunmehrige Ansicht Zöpfls, dass die Ehrlosigkeit nicht, wie er früher mit Eichhorn annahm, einen Verlust der Standesrechte bewirkt, sondern lediglich in einer Missachtung der Standesgenossen beruht und dass sie „an sich weder Verlust der politischen noch der Privatrechte zur Folge“ gehabt habe.

In der 3. Aufl. S. 971 f. hat Zöpfl aber den Ehrlosigkeitsbegriff Buddes in der Hauptsache wieder fallen lassen. Er bietet hier scheinbar eine eigene Erklärung, mit der er jedoch zuletzt auf seine frühere Meinung, d. h. auf den Eichhornschen Begriff zurückkommt. Er geht auch aus von dem schon von Eichhorn hervorgehobenen Ehrlosigkeitsgrunde der Treulosigkeit bzw. der Heerflüchtigkeit. Zunächst spricht er von „der Treu-

<sup>12)</sup> Vgl. den zweiten Teil dieser Dogmengeschichte.

<sup>13)</sup> Buddes Ehrlosigkeitsbegriff entspricht nämlich der gemeinrechtlichen *infamia facti*.

losigkeit, insbesondere der Heerflüchtigkeit“, zwei Zeilen weiter schon von „der Treulosigkeit, d. h. Heerflüchtigkeit“. Der gleiche Mangel an Logik, zum mindesten aber eine ausserordentliche Einseitigkeit macht sich auch im weiteren bei seinen von jenem Ausgangspunkte sich fortbewegenden begriffsherleitenden Ausführungen bemerkbar. Mit Rücksicht darauf, dass nach Ssp. I 40<sup>14)</sup> und Schwsp. (L.) c. 49<sup>15)</sup> dem Treulosen, Heerflüchtigen „sin ere und sin lenrecht“ „verdelt“ werde, sagt Zöpfl: „Die eigentümliche Rechtswirkung der infolge der Treulosigkeit, d. h. Heerflüchtigkeit, eintretenden Ehrlosigkeit wird aber in den Spiegeln als das Lehnrecht betreffend dargestellt“. Obschon er erkennt, dass dieses „den gleichzeitigen Eintritt anderer Nachteile oder Strafen, welche andere strengere Gesetze oder Stellen der Rechtsbücher<sup>16)</sup> erwähnen, nicht absolut ausschliesst“, wagt er doch zu sagen: „Es ist daher (!) nicht unwahrscheinlich (!), dass die Lehre von der Ehrlosigkeit, als eines von der Rechtlosigkeit unterschiedenen (!) Rechtsnachteils, mit dem schon in der karolingischen Zeit vielfach den Vasallen bei gewissen rechtswidrigen Handlungen gedroht ‚honorem perdere‘, worunter das Verlieren des Amtes oder des beneficium zu verstehen ist, im Zusammenhange steht, so dass also eigentlich die Ehrlosigkeit als eine Rechtlosigkeit nach Lehnrecht im Gegensatz der Rechtlosigkeit nach Landrecht aufzufassen ist“. Als Beispiel für das schon in der karolingischen Zeit mit jener Bedeutung vorkommende ‚honorem perdere‘ erwähnt Zöpfl Karls des Grossen Cap. de partib. Saxon. c. 28, wo es von dem Comes, qui munera super innocentem accipit („d. h. sich zur Verurteilung eines Unschuldigen bestechen lässt“) heisst: ‚honorem suum perdat‘<sup>17)</sup>. Dieses ‚honorem perdere‘, dieses Verlieren des Amtes, des beneficium hat Zöpfl somit als ein Verlieren desjenigen Rechtes im Sinn, welches im Bereiche des Lehnrechtes die Grundlage alles Rechtes darstellt. Indem er demgemäss die Ehrlosigkeit als eine Recht-

<sup>14)</sup> Vgl. oben S. 255.

<sup>15)</sup> Wo anstatt „dem ... verteilt man sin erbe“ richtig zu lesen sei: „... sin ere“; vgl. Zöpfl 3. Aufl. S. 969 A. 9.

<sup>16)</sup> Z. B. Schwsp. (L.) c. 367 (Todesstrafe).

<sup>17)</sup> Vgl. Mon. Germ. fol. Leg. V p. 45.

losigkeit nach Lehnrecht bestimmt, hat er im Grunde auch auf die Ehrlosigkeit lediglich die wordterklärende Methode angewandt. Den so gefundenen Ehrlosigkeitsbegriff sucht er dann nachträglich auch anderweitig quellenmässig zu stützen. Zu diesem Zwecke beruft er sich auf drei Erscheinungen in den Quellen. Erstens komme der Gegensatz „Rechtlosigkeit nach Landrecht“ und „Rechtlosigkeit nach Lehnrecht“ in den Spiegeln auch unter anderen Ausdrücken vor, so in Ssp. Lehnr. art. 2 § 1: „Papen, wif, dorpere, koplüde, unde alle die rechtes darvet oder unrecht geboren sin, unde alle die nicht ne sin von ridders art von vader und von eldervader, die solen lenrechtes darven“. Zweitens werde regelmässig da, wo von Verlust der Ehre die Rede ist, ausdrücklich auch der Verlust der Lehen erwähnt. So z. B. füge schon die const. Friedrichs I. de incend. (1186) der Aufzählung der Wirkungen der Rechtlosigkeit<sup>18)</sup> noch bei: ‚(proscriptus) omni quoque feodali iure perpetuo carebit‘<sup>19)</sup>. Drittens sei eben überhaupt der Vasallenstand im Mittelalter als ein besonderer Ehrenstand erschienen. (Ssp. Lehnr. art. 2 § 1). Von diesem Punkte aus nähert sich Zöpfl nun wiederum seinem ursprünglichen Ehrlosigkeitsbegriff, d. h. dem Eichhornschen. Denn er fährt, freilich höchst unklar, fort: „So wie aber einerseits durch den Lehenbesitz die besondere Standeseigenschaft oder Standesehre als Vasall bedingt war, so musste auch anderseits mit dem Verluste des Lehens zur Strafe auch die besondere Standesehre verloren werden, und somit mussten die Begriffe von Verlust des Lehenrechtes und Ehrlosigkeit sich um so leichter verschmelzen, als der alt-herkömmliche Ausdruck der ‚honoris privatio‘ von beiden gleichmässig verstanden werden konnte und musste“. Daher sei die Ehrlosigkeit ein Verlust der besonderen Standesehre nach Lehnrecht gewesen. Einige Zeilen weiter identifiziert er hiermit wieder den Verlust des besonderen oder höheren Standesrechtes, womit er im wesentlichen zum Eichhornschen Ehrlosigkeitsbegriff zurückgelangt ist. Überhaupt aber dürfte für Zöpfl bei dieser Entwicklung seines Ehrlosigkeitsbegriffes

<sup>18)</sup> Man beachte, wie hier Rechtlosigkeit und Verlust der Ehre wieder zusammengefloßen sind.

<sup>19)</sup> Vgl. Mon. Germ. 4<sup>o</sup>, Leg. IV Tom. I (1893) p. 450 N. 10.

leitend gewesen sein der Eichhornsche Satz: „Sofern die Rechtlosigkeit auf die Standesrechte bezogen wird, heisst sie Ehrlosigkeit . . .“ (oben S. 253). Die eigentümliche Färbung seines Ehrlosigkeitsbegriffes in der 3. Aufl. hat sich nur daraus ergeben, dass er in diese Formel Eichhorns für Standesrechte schlechthin die Rechte eines bestimmten Standes, nämlich des Vasallen- (Ritter-, Lehns-) standes eingesetzt hat.

Zöpfl hat jedoch den Ehrlosigkeitsbegriff Buddes, dieses Analogon der gemeinrechtlichen *infamia facti*, nicht vollständig wieder über Bord geworfen, vielmehr ihn neben der Ehrlosigkeit im technischen Sinne anerkannt, und zwar ihn dem Eichhornschen Leumundsbegriffe nahestellend, jedoch einerseits nicht als bloss partielle, sondern als totale Ehrentbehrung und andererseits unter Beschränkung auf den Fall von Ssp. I 5 § 2, also auf den Fall der Keuschheitsverletzung von Frauenspersonen. Zöpfl sagt nämlich (3. Aufl. S. 973 V): „Ausser dem Falle, wo die Ehrlosigkeit infolge einer Ächtung oder Verurteilung wegen Treulosigkeit, Heerflüchtigkeit oder eines gemeinen schimpflichen Verbrechens eintritt, wird die Verwirkung der Ehre noch als Folge der Unkeuschheit von Frauenspersonen, aber nur mit dem Charakter einer dadurch begründeten Missachtung in moralischer Beziehung erwähnt, welcher aber ausdrücklich aller Einfluss auf die eigentlichen Rechtsverhältnisse der Person abgesprochen wird“ (Ssp. I 5 § 2).

Ausserdem hat Zöpfl aber auch seinen Leumundsbegriff. Er versteht unter bösem Leumund lediglich dasjenige, was Marezoll zu dem Eichhornschen Leumundsbegriff als zweite Bedeutung noch hinzugefügt hatte (oben S. 261), nämlich ein übles, jemanden „als der Tat verdächtig bezüchtigendes Gerücht (*mala fama*)“ (3. Aufl. S. 966).

Wenn Zöpfl nun schon in der 1. Aufl. seines Werkes bei Vertretung der Verschiedenartigkeitstheorie gleichwohl das Gebiet der Einheitlichkeitstheorie ein wenig berührt hatte (oben S. 286), so hat er dieses vollends nicht zu meiden vermocht in den späteren Auflagen und namentlich in der 3. Aufl. Auf S. 969 sieht man hier die allerdings wieder verwischte Konzession, dass eigentlich nur der Sachsenspiegel und der Schwabenspiegel die dreifache Unterscheidung von Echtlosigkeit, Rechtlosigkeit

und Ehrlosigkeit kennen. Vorher hat er mehrere aus Buddes Schrift entnommene, aber als hierher stammend nicht gekennzeichnete Quellenstellen nach zeitlicher Ordnung<sup>20)</sup> aufgeführt, in welchen ‚infamia‘ und ‚loimunt‘, ‚infamis esse‘, ‚erlos und rehtlos sein‘, ‚elos und rehtlos sein‘ gleichbedeutend gebraucht werden. Es klingt dann eben wie ein Gegensatz hierzu, wenn er S. 969 fortfährt: „Der Sachsenpiegel unterscheidet Echtlosigkeit, Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit, ebenso der Schwabenspiegel“. Nachträglich hat er nun aber, wie gesagt, die hierin liegende Konzession an die Einheitlichkeitstheorie wieder verwischt, und zwar durch Hinzufügung des auf die vorerwähnten Quellenstellen Bezug habenden Satzes: „Diese dreifache Unterscheidung ist auch in den angeführten Reichsgesetzen, der verschiedenen Ausdrucksweise ungeachtet, deutlich erkennbar, namentlich in der Konstitution König Friedrichs I. de incendiariis . . ., worin ‚privatio legalitatis, iuris und honoris‘ nebeneinander als drei verschiedene, aber in dem vorliegenden Fall sämtlich den Verbrecher treffende Rechtsnachteile aufgezählt werden“<sup>21)</sup>. Von jener Konstitution hatte Zöpfl vorher (S. 968) mitgeteilt, dass in ihr der incendiarius proscriptus, der sich nicht in Jahr und Tag aus der Acht gezogen habe und also in die Oberacht gekommen sei, als ‚universo iure et honore et legalitate sua privatus‘ bezeichnet sei<sup>21)</sup>. Die Stelle gehört nicht zu der Serie derjenigen, in welchen er eine gleiche Bedeutung von ‚infamia‘, ‚loimunt‘, ‚infamis esse‘, ‚erlos und rehtlos‘ sein, sowie ‚elos und rehtlos‘ sein fand. Nur hierdurch erscheint der Mut Zöpfls erklärlich, in ihr nebeneinander drei verschiedene, den Verbrecher treffende Rechtsnachteile aufgezählt zu erblicken. Es gehört aber schon eine Akrobatenkunst unlogischen Hin- und Herspringens dazu, um, wie Zöpfl, nunmehr auch dieselbe Verschiedenartigkeit aus jener Serie von Stellen zu entnehmen, die vorher Belege für die Gleichartigkeit haben abgeben müssen. Immer wiederholt sich dieselbe Geschichte. Wer von der Verschieden-

<sup>20)</sup> In dieser Anordnung nach der Zeit beruht das ganze Geschichtliche, was Zöpfl hier bietet. In der Tat eine Aftergeschichte!

<sup>21)</sup> Vgl. oben A. 19.

artigkeitstheorie ausgeht, der wird angesichts der Quellen in den Zwiespalt hineingetrieben.

Von Vorigem abgesehen, findet sich bei Zöpfl in der 2. u. 3. Aufl. die Annahme derselben Zusammenhänge zwischen Echtlosigkeit, Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit wieder, wie bei Maurenbrecher. Gerade wie dieser das Verhältnis zwischen Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit darstellt (oben S. 283), sagt Zöpfl in der 2. Aufl. S. 414 A. 1 von der Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit: „Die Echtlosigkeit hat . . . stets die Rechtlosigkeit in sich, aber nicht umgekehrt“. Da er in der 2. Aufl. die Ehrlosigkeit als einen unjuristischen Begriff behandelte (oben S. 290), konnte er sie hier nicht als in der Echtlosigkeit bzw. Rechtlosigkeit eingeschlossen betrachten. Anders in der 3. Auflage, in welcher die Ehrlosigkeit ihm wieder ein Rechtsbegriff geworden war (oben S. 292). Darum ist er hier bezüglich jener Zusammenhänge ganz und gar Maurenbrecher nachgegangen. S. 969 sagt er: „Die Echtlosigkeit schloss . . . immer die Rechtlosigkeit und die Ehrlosigkeit in sich“<sup>22)</sup>. Und S. 972 f. folgert er die Verbindung der Ehrlosigkeit mit der Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit aus seinem Begriffe der Ehrlosigkeit und dem quellenmässigen Zusammenhänge zwischen Lehnunfähigkeit und Echtlosigkeit bzw. Rechtlosigkeit. Er sagt: es „musste die Ehrlosigkeit als Verlust der besonderen Standesehre nach Lehnrecht auch alsbald in Verbindung mit der Echtlosigkeit und der Rechtlosigkeit, d. h. infolge der Ächtung oder der Verurteilung in die Rechtlosigkeit wegen gemeiner Verbrechen ausgesprochen werden, weil es widersinnig gewesen wäre, das besondere oder höhere Standesrecht da fortbestehen zu lassen, wo die gemeine Rechtsfähigkeit aufgehoben war. Wirklich findet man auch stets den Verlust des Lehens und der Lehenfähigkeit (das: ‚des len-

<sup>22)</sup> Inwiefern dieses freilich die Stellen belegen soll, die er dazu mitteilt, ist unerfindlich. Wie so oft in diesem Teile seines Werkes, haben sich auch hier die Quellen von ihm gewaltsamste Pressung gefallen lassen müssen. Es ist jedenfalls eine sehr gelinde Kritik, wenn man gegen die Darstellung des mittelalterlichen Ehrenrechtes bei Zöpfl lediglich den Vorwurf erhebt, den Brunner dem ganzen Werke Zöpfls macht, nämlich, dass es in den Details unzuverlässig sei (vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgesch. Bd. I S. 23).

rechts darben') überall da zugleich ausgesprochen, wo die Echtlosigkeit oder Rechtlosigkeit (das: „des rechtes darben“) vorlag, und somit trat die Ehrlosigkeit in dem gedachten Sinne mit jeder dieser beiden anderen Rechtsschmälerungen notwendig ein, selbst wenn die Erklärung als ehrlos nicht mit ausdrücklichen Worten beigefügt worden war“. — Dass an einer Stelle Zöpfl sogar eine völlige Gleichstellung von Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit unterlaufen ist, wurde schon oben S. 292 A. 18 hervorgehoben.

Da Zöpfl die Rechtlosigkeit als Eideslosigkeit gefasst hat, so tritt seiner Verschiedenartigkeitstheorie auch entgegen Schwsp. (L.) c. 278: ‚Daz wir sprechen an ir ere, daz meinen wir also: ob man einen man an sinen eid spricht usw.‘ (vgl. oben S. 255). Er vereinigt die Stelle mit dem angenommenen Unterschiede zwischen Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit, indem er in der 2. Aufl. S. 415 A. 8 sagt: „Schon im Schwabensp. c. 278 wird die Ehrlosigkeit auf eine solche Weise behandelt, dass sie an die Rechtlosigkeit streift“. Also die ursprüngliche Verschiedenartigkeit soll im späteren Mittelalter in Einheitlichkeit überzugehen begonnen haben. Dieser Gedanke ist um deswillen sehr bemerkenswert, als er einen Ansatz zu einer entwicklungsgeschichtlichen Theorie darstellt. Solche Theorien treten demnächst mehrfach auf, wenn auch als richtige nur in der Art, dass ursprüngliche strengste Einheitlichkeit der Ehrenminderung und spätere lediglich graduell sich abstufoende, nicht verschiedene Arten bildende Abspaltungen von derselben gelehrt werden.

Überblickt man die gesamte Entwicklung, welche Zöpfls Meinung über die mittelalterlichen Ehren- bzw. Rechtsminderungen genommen hat, so muss man in der Tat sagen, dass sie da, wo es sich um den Verschiedenartigkeitsgedanken handelt, ein Bild ratlosesten, haltlosesten, unselbständigsten Hin- und Herschwankens darbietet, was eben nicht zum wenigsten in der Unhaltbarkeit der Verschiedenartigkeitstheorie selbst beruht. Dagegen hat der Einheitlichkeitsgedanke ganz konstant und konsequent von Auflage zu Auflage an Boden gewonnen.



## IV. Abschnitt.

## Budde.

## § 16.

**Vorbemerkung.**

Auf der von Phillips weiter verfolgten Bahn, die Begriffe **Echtlosigkeit**, **Rechtlosigkeit** und **Ehrlosigkeit** aus der Wortbedeutung zu bestimmen und namentlich den Begriff der **Rechtlosigkeit** bei Aufsuchung eines allgemeinen Prinzipes doch mehr zu konkretisieren, holte besonders Budde zu einem selbständigen Vorstoss weit aus, und zwar in seiner Monographie „Über **Rechtlosigkeit**, **Ehrlosigkeit** und **Echtlosigkeit**“, Bonn 1842. Wie schon der Titel anzeigt, stellt er die **Rechtlosigkeit**, auf welche es ihm hauptsächlich ankommt, voran. Mir scheint es angebracht, zuerst von dem, was er über die **Echtlosigkeit** berichtet, zu sprechen, da durch diesen Begriff gewisse Ausführungen Buddes über die **Rechtlosigkeit** bedingt sind<sup>1)</sup>.

## § 17.

**Buddes Begriff der **Echtlosigkeit** höchsten Grades.**

Bezüglich der Bestimmung der **Echtlosigkeit** folgt Budde nun ganz Phillips. Ähnlich wie dieser gewinnt er schon aus der Wortbedeutung den Satz: „Der **Echtlose** büsst seine gesamte **Rechtsfähigkeit** ein“ (S. 106). Die Entstehung der **Echtlosigkeit** aus der **Reichsoberacht** und ebenso deren Vorstufen behandelt er ausführlicher als Phillips (S. 73 ff.). Er weiss aber neu auch von anderen Entstehungsgründen der **Echtlosigkeit** zu berichten. Eben mit Bezug auf die **Echtlosigkeit** teilt er S. 107 f. mit: „Ausserdem entsteht dieselbe zuweilen auch als unmittelbare Wirkung begangener Verbrechen, welche einen besonders strafbaren Bruch des gemeinen Friedens

<sup>1)</sup> Es mag hier die Bemerkung Platz finden, dass ich mich überhaupt nicht an die Anordnung gebunden habe, wie ich sie in der besprochenen Literatur vorfand. Massgebend ist mir immer gewesen der Zweck dieser Dogmengeschichte, die ein einheitliches Ganze bilden soll.

enthalten. Die vollständigste **Aufzählung** der Entstehungsgründe **findet sich in dem Landfriedensgesetze** Friedrichs des Zweiten vom Jahre 1235; dort wird die **Echtlosigkeit** als Strafe für folgende Verbrecher bezeichnet:

1. Für den, welcher einen beschworenen Frieden durch Tötung seines Gegners bricht. Jeder geringere Friedensbruch wird mit der gewöhnlichen Acht bestraft<sup>1)</sup>.
2. Für den, welcher eine Fehde beginnt, ohne seinem Gegner drei volle Tage vorher abzusagen<sup>2)</sup>.
3. Für den, welcher seinem Vater nach dem Leben trachtet oder ihn gefangen hält<sup>3)</sup>.
4. Für die Ministerialen und Knechte des Vaters, welche dem Sohne dabei behilflich sind<sup>4)</sup>; alle übrigen Helfer werden nur geächtet.
5. Für den Jahr und Tag in der Reichsacht verharrenden<sup>5)</sup>.
6. Für den, welcher, eines Majestätsverbrechens, Treubruches oder Mordes wegen zum gerichtlichen Zweikampfe geladen, nicht erscheint<sup>6)</sup>.

Von den unter Nr. 1—4 genannten Personen wird ausdrücklich gesagt, dass sie ihre Rechtsfähigkeit für immer verloren haben: sie unterscheiden sich dadurch von den in der Oberacht Befindlichen, welche zwar nicht ihr einmal eingezogenes Vermögen, wohl aber die verlorene Rechtsfähigkeit wiedererlangen können“. Bei Nr. 1 heisse es „perpetuo sit erenlos et rechtlos“; bei Nr. 2 „perpetuo pene subiaceat, quod dicitur e. et r.“; bei Nr. 3 „supradicto modo omni iure omnique actu legitimo perpetuo sit ipso iure privatus, quod vulgo dicitur e. et r., nulla circa ipsum restitutione locum habente“; bei Nr. 4: „supra dicte pene, que vulgo dicitur e. et r. perpetuo infamie nota subiaceant ipso iure“ (S. 109 A. 9). In der Formel „erlos et rechtlos“ findet Budde bei diesen vier und den beiden anderen Nummern die **Echtlosigkeit** ausgedrückt (vgl. S. 107 A. 6). Im Anhang S. 139 begründet er es namentlich damit, dass die dem 13. Jahrhundert angehörenden deutschen

<sup>1)</sup> Mon. Germ. 4<sup>o</sup> Leg. Sect. IV Tom. II 1896 p. 242 c. 3.

<sup>2)</sup> Eod. p. 243 c. 6.    <sup>3)</sup> Eod. p. 245 c. 16.    <sup>4)</sup> Eod. p. 245 c. 18.

<sup>5)</sup> Eod. p. 246 c. 23.    <sup>6)</sup> Eod. p. 246 c. 24.

Texte jenes Landfriedensgesetzes die Münchener **Handschrift**<sup>7)</sup> und die Wiederholungen des Gesetzes durch Kaiser Rudolf<sup>8)</sup> in den in anderer Reihenfolge aufgeführten Fällen Nr. 1—4 überall die Lesart „elos (eilos) und rechtlos“ hätten. Von seinem Standpunkte aus hätte Budde mit noch mehr Überzeugungskraft geltend machen können, dass ja die in Rede stehende Formel auch bei Nr. 5, d. h. mit Bezug auf den Jahr und Tag in der Reichsacht Verharrenden, angewandt sei und hier doch zweifellos die Echtlosigkeit bezeichnen solle.

Die im vorigen erörterte Echtlosigkeit nennt Budde S. 138 die Echtlosigkeit höchsten Grades. Er kennt nämlich noch eine Echtlosigkeit in einem anderen Sinne, die aber erst demnächst besprochen werden kann (unten § 25).

### § 18.

#### **Buddes wörterklärende prinzipisuchende Tendenz bei Bestimmung der Rechtlosigkeit.**

Wie sich Budde bezüglich der Rechtlosigkeit mit Bewusstsein und Überlegung in die Richtung hineinbegeben hat, deren in Wortinterpretation beruhender Ausgangspunkt bereits bei **Marezoll** ansetzt (vgl. oben S. 258) und deren auf konstruktive Prinzipfindung und doch gegenüber **Eichhorn** auf Begriffskonkretisierung hinauslaufendes Ziel schon **Phillips** erstrebt hatte (vgl. oben S. 277), das hat Budde selbst im § 1 („Kritik der bisherigen Ansichten“) so charakteristisch ausgeführt, dass ich nicht anders kann, als diesen Paragraphen in der Hauptsache wörtlich<sup>1)</sup> mitzuteilen:

<sup>7)</sup> Mon. Germ. fol. (Pertz) IV., Leg. Tom. II 1837 p. 571.

<sup>8)</sup> *ibid.* p. 432, 436 und 448.

<sup>1)</sup> Bei dieser Gelegenheit möge überhaupt ein Wort zur Salvierung gestattet sein. Für diese Arbeit war die Literatur Quelle. Schon hierdurch war die häufige wörtliche Wiedergabe von Äusserungen der Schriftsteller notwendig. Hinzu kommt ein anderes Moment, das **Grimm** in der Vorrede zu seinen Rechtsaltertümern S. XII folgendermassen ausdrückt: ‚Eiteln citaten gram, die nicht aufgeschlagen werden, und durch erfahrung belehrt, wie viel es selbst den verfasser bei der anlage seines werks und bei fortgesetztem studium fördert, noch mehr, wie nothwendig theilnehmenden lesern ist, jede stelle worauf es ankommt, leibhaft vor augen zu haben; bin ich bemüht gewesen, alle belege aus gesetzen, rechtsbüchern und urkunden treu und vollständig in die abhandlung einzurücken . . .; leblose anführungen nach blossen zahlen gehören in chrestomathien oder compendien‘.

„Die Rechtlosigkeit erscheint nach der Auffassung der neueren Germanisten als ein höchst rätselhaftes Ergebnis germanischer Rechtsbildung. Mit dem Worte rechtlos erwartet man zunächst ein der römischen Sklaverei analoges Verhältnis bezeichnet zu finden, einen Mangel aller Rechtsfähigkeit und Persönlichkeit; allein in der mittelalterlichen Rechtssprache hat jenes Wort eine ganz andere Bedeutung. Es sind nur einzelne namentlich aufgeführte Rechte, welche dem Rechtlosen fehlen, im übrigen wird er als eine rechtsfähige Person anerkannt. Bei weitem die Mehrzahl aller Schriftsteller über diesen Gegenstand hat sich nun damit begnügt, jene in der Rechtlosigkeit negierten Rechte nach Angabe der Quellen zusammenzustellen und demnächst die Rechtlosigkeit selbst zu definieren als den Zustand eines Menschen, dem gewisse wesentliche Freiheitsrechte fehlen. So hat unter anderen Eichhorn <sup>3)</sup> die Sache dargestellt, und Marezoll ist ihm beigetreten.

Das Unbefriedigende dieser Auffassung leuchtet auf den ersten Blick ein. Es bleibt zuvörderst unerklärt und auch in der Tat unerklärbar, wie eine blosse Verminderung der Rechtsfähigkeit mit dem Namen der Rechtlosigkeit bezeichnet werden mag. Dieser Umstand ist denn auch von den Anhängern der herrschenden Meinung keineswegs übersehen worden. Eichhorn hat insbesondere seine Darstellung mit einer ausdrücklichen Warnung vor möglichen Missverständnissen begleitet; er macht wiederholt darauf aufmerksam, dass die Rechtlosigkeit durchaus nicht, wie man leicht aus dem Worte schliessen könnte, eine ganze Klasse von Rechten entziehe <sup>3)</sup>. Marezoll hat das Anstössige des Ausdrucks aus dem Wege zu räumen versucht: er nimmt an, das Wort Recht bezeichne während des Mittelalters in seinen Zusammensetzungen und Beziehungen auf die Ehre nicht den ganzen Inbegriff aller bürgerlichen Rechte und Ehren, sondern nur den Inbegriff gewisser allgemeiner Freiheitsrechte <sup>4)</sup>. Das würden nun eben diejenigen sein, welche der Rechtlose zu erwerben und auszuüben ausserstande ist. Hiermit wäre freilich dieser letztere Ausdruck

<sup>3)</sup> Dass Eichhorn der Urheber dieser Theorie ist, scheint Budde also nicht zu wissen.

<sup>4)</sup> Vgl. oben S. 254.    <sup>5)</sup> Vgl. oben S. 258 f.

unserer mittelalterlichen Rechtsquellen erklärt; allein es entsteht nun sofort die weitere Frage, welche Marezoll unbeantwortet lässt, wie das Wort Recht zu einer solchen beschränkten Bedeutung komme. Der moderne Sprachgebrauch kann gegen jene Behauptung allerdings nicht entscheiden; ein Blick in die Glossarien lehrt, dass Recht im Mittelalter manche Bedeutungen hatte, die uns, grösstenteils mit den zu bezeichnenden Begriffen selbst, verloren gegangen sind. Ebenso unzweifelhaft ist es, dass jede neue Untersuchung von der Marezollischen Annahme auszugehen hat; dieselbe wird aber auf Geltung keinen Anspruch haben, solange es nicht gelingt, alle jene Befugnisse, welche dem Rechtlosen abgesprochen werden, unter eine Kategorie zu bringen; und das ist von den bisher genannten Schriftstellern nicht einmal versucht worden. Nach ihrer Darstellung erscheint es als etwas durchaus Willkürliches oder, wenn man will, Zufälliges, dass die Rechtlosigkeit gerade den Umfang erhielt, welchen sie wirklich hat: dem Rechtlosen hätten, so scheint es, allenfalls auch mehr oder weniger Rechte entzogen werden können, und danach hätte sich dann die besondere Bedeutung des Wortes Recht modifiziert.

Eine so schwankende Grundlage kann man indessen unmöglich als die eines Rechtsinstitutes gelten lassen, welches weder der Willkür eines Gesetzgebers, noch dem Zufalle seine Entstehung verdankt, sondern das Ergebnis volkstümlicher Rechtsbildung ist.

Phillips hat das Verdienst, zuerst ein festes Prinzip für die Rechtlosigkeit aufgestellt zu haben. . . . Rechtlosigkeit ist ihm . . . die Negation aller prozessualischen Rechte. . . . Überblickt man die Wirkungen der Rechtlosigkeit, so zeigt es sich, dass die meisten wirklich mit der Gerichtsverfassung und dem prozessualischen Verfahren zusammenhängen; bei einigen ist dieser Zusammenhang aber doch ein sehr loser und gesuchter. Überdies kann man nicht einmal sagen, dass der Rechtlose aller prozessualischen Rechte unteilhaftig sei. Zwar ist er allerdings nicht fähig, als Richter, Schöffe oder Zeuge vor Gericht aufzutreten. Darum aber entbehrt er in seinen eigenen Angelegenheiten des gerichtlichen Schutzes nicht. Ist er selbst Partei, so stehen ihm alle wesent-

lichen Mittel zur Durchführung und zum Schutze seiner Rechte zu Gebote, und damit ist ihm doch wohl die erste und wichtigste aller prozessualischen Befugnisse zugesichert. . . . Allein gesetzt auch der . . . Ausdruck rechtlos fände durch Phillips Annahme eine genügende Erklärung, so ist damit doch das Rechtsinstitut selbst noch keineswegs erklärt. Es kommt nämlich, was bisher von allen Schriftstellern über diesen Gegenstand übersehen worden ist, darauf an, die ganze Lehre in das System des germanischen Volksrechts einzureihen. Dabei entstehen sofort die erheblichsten Schwierigkeiten. Man begreift nicht, wie die germanische Volksansicht dazu komme, solchen Personen, welche nicht die volle bürgerliche Rechtsfähigkeit besitzen, gerade vorzugsweise die prozessualischen Rechte zu entziehen.

Alle diese Bedenken fordern dazu auf, nach einer neuen Begründung des Institutes der Rechtlosigkeit zu suchen“.

### § 19.

#### Buddes Rechtlosigkeitsbegriff.

Zu dem mit dem letzten Satze angekündigten Zwecke setzt Budde, wie er bereits in seinem Programm, wenn auch nicht sehr klar, andeutete<sup>1)</sup>, bei der Bedeutung des Wortes Recht an. Er findet, dass es im Sachsenspiegel und den von ihm abhängigen Rechtsquellen „zur technischen Bezeichnung der Standesrechte oder auch des Geburtsstandes überhaupt“ diene (S. 5). Als Belege erwähnt er Ssp. III 56, 1 „na vrien mannes rechte“, III 19, 1: „Vrie lüde unde des rikes dienstmann . . . ir jedweder na sime rechte“. I 16, 2: „Swar't kind is vri unde echt, dar behalt it sines vader recht“<sup>2)</sup>; I 45, 1: „Al ne si en man sime wibe nicht evenburdich, he is doch ire voremünde, unde se is sin genotinne unde trit in sin recht, svenne se in sin bedde gat“<sup>3)</sup>; I 16, 1: „nieman ne mach irwerven ander recht, wan als im an geboren is“ (S. 5 f.).

<sup>1)</sup> Die Andeutung liegt in den Worten: „ . . . unzweifelhaft ist es, dass jede neue Untersuchung von der Marezollischen Annahme auszugehen hat“; vgl. oben S. 301.

<sup>2)</sup> Ebenso wird das Wort gebraucht in Ssp. I 73, 1.

<sup>3)</sup> Dieselbe Wortanwendung in Ssp. III 45, 3.

Budde führt dann aus: „Es wäre nun denkbar, dass der Ausdruck rechtlos das Recht in der soeben dargelegten Bedeutung negierte; wir würden denselben alsdann mit standeslos übersetzen können“. Dieses hält sich noch durchaus im Rahmen einer Vermutung. B. fühlt dann zu, wie sich die Rechtlosen als Standeslose in das System des germanischen Rechts einfügen lassen.

Bevor hierauf eingegangen wird, mag gezeigt werden, dass die Vermutung an sich durchaus unberechtigt ist. Wenn es in den obengenannten Stellen heisst: „na sime rechte“, „in sin recht“, „recht, wan als im angeboren is“, so ist hier allerdings von einem Stande die Rede. Aber der Begriff „Stand“ steckt nicht in „recht“, sondern in „sime“, „sin“, „wan als im angeboren is“. Erst durch die Beifügung dieser Worte wird die Bedeutung von „recht“, die allein für sich hier keine andere ist, als diejenige unseres heutigen Wortes Recht im subjektiven Sinne, mit dem Begriffe Stand in Berührung gebracht und empfängt hierdurch die besondere Färbung als Recht eines Standes, d. h. Rechtsstellung eines Standes, ohne dass es aber nunmehr statthaft wäre, dieses Recht des Standes mit dem Stande selbst gleichzustellen. Letzteres hiesse in der Tat soviel wie Ursache und Wirkung miteinander verwechseln<sup>4)</sup>.

<sup>4)</sup> Nachträglich finde ich, dass einen ähnlichen Gedanken gegen die Vermutung Buddes weitläufig geäußert hat Gerber in den „Kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft“ Bd. 17, Leipzig 1845, S. 700 f.: „Rez. kann sich durchaus nicht überzeugen, dass diese Bedeutung von Recht aus jenen Stellen hervorgeht, sondern glaubt vielmehr, dass dies Wort in jenen Stellen keine von seiner jetzigen Bedeutung verschiedene habe. Das Wort Recht ist ein allgemeiner Begriff und bedeutet (subjektiv aufgefasst) die Zuständigkeit von unbestimmten Befugnissen; welcher Art jedoch diese letzteren seien, das wird erst durch die Zusammensetzung klar, in welcher jenes Wort erscheint. Es kann nun vorkommen, dass das Wort Recht mit einem Substantivum in der Art verbunden wird, dass es dessen ganze Rechtssphäre bezeichnet, z. B. das Recht des Adels, das Recht des freien Mannes (im Gegensatze zu dem Rechte des Unfreien als solchen); in diesem Falle laufen die Worte Stand und Recht allerdings ineinander (?), weil man einen Zustand auf eine doppelte Art charakterisieren kann: 1. dadurch, dass man zur Bezeichnung desselben sich des Wortes bedient, mit welchem der Sprachgebrauch eine ganze Klasse von Verhältnissen zu benennen pflegt, z. B. Stand des Adels, der Freiheit oder 2. dadurch, dass man die

Wie sich die Rechtlosen als Standeslose in das System des germanischen Rechts einfügen lassen, sondiert Budde auf folgende Weise. Er sagt, dass man mit Bezug auf die Verschiedenheit der Stände drei Hauptklassen unterschieden habe, Adel, gemeine Freiheit und Unfreiheit. Hierzu würden die standeslosen Personen als vierte und unterste Stufe treten. Budde merkt hierbei nicht, dass dieses eine *contradictio in adiecto* ist, dass er die standeslosen Personen doch eben nur in den untersten Stand weist<sup>5)</sup>. Er täuscht sich hierüber hinweg durch die

äusseren Grenzen der praktischen Wirkung eines Verhältnisses angibt, z. B. das Recht des Adels, das Recht des freien Mannes als solchen. Wenn nun auch das Wort Recht in der letzteren Zusammensetzung praktisch mit dem Worte Stand identisch ist (indem es zu einem Resultate führt, ob man den abstrakten Begriff „Stand“ selbst gebraucht, oder dessen äussere Erscheinungen angibt und so zu einem notwendigen Schlusse auf das Vorhandensein derjenigen Merkmale nötigt, durch welche die Existenz des abstrakten Begriffes bedingt ist), so würde man doch irren, wenn man, wie der Verf. tut, in dieser Anwendung des Wortes Recht eine eigentümliche, der ursprünglichen Bedeutung des Wortes fremde erkennen wollte; denn Stand und Recht jemandes bleiben stets verschiedene Begriffe, aber dadurch, dass man von den Rechten einer Klasse von Personen redet, kann man die Merkmale angeben, welche einen Stand charakterisieren, und so ist es möglich, dass beide Begriffe endlich zusammentreffen. Nur so erklärt es sich, warum in den angeführten Beispielen das Wort Recht mit dem Worte Stand vertauscht werden kann; es geht aus dieser Betrachtung aber auch hervor, dass hier von einem technischen und abusiven Gebrauche des Wortes Recht keine Rede sein könne, indem dasselbe ja in seiner eigentlichen Bedeutung angewandt wird als kollektive Bezeichnung des Inbegriffs von gewissen Befugnissen, aus deren Dasein auf die Existenz des abstrakten Begriffes, Stand, geschlossen werden muss. Dieser Gebrauch, der auch uns nicht fremd ist, muss für die Zeit des Sachsenspiegels um so erklärlicher erscheinen, je weniger man in einer Zeit, wie die der Abfassung jenes Rechtsbuches ist, die Anwendung abstrakter Begriffe erwarten darf, und je natürlicher es ist, dass der Mensch auf der Stufe der Kindheit statt dieser eine Bezeichnung wählt, welche von der äusserlich erkennbaren Erscheinung der Verhältnisse entnommen ist. Ist dies richtig, so folgt daraus, dass man die Rechtlosigkeit nicht als eine Negation eines Standes, wie es der Verf. tut, auffassen kann, und zum Beweise dieser Negative ist es nicht einmal notwendig, den Umstand zu Hilfe zu nehmen, dass das Wort Recht in den Rechtsbüchern des Mittelalters ebenso häufig auch zur Bezeichnung noch anderer Verhältnisse gebraucht werde. Vgl. das Register zu Homeyers Ausgabe des Sachsenspiegels S. 364“.

<sup>5)</sup> Diesen Gedanken drückt Gerber a. a. O. S. 702 nicht ganz scharf



übrigens rein rationalistische Erwägung, dass man sich das Verhältnis der Standeslosen so zu denken habe: „es gibt gewisse Rechte, welche nur den Mitgliedern eines bestimmten Standes zustehen, andere, welche zwar von jedermann geübt werden können, aber doch nur im Verkehr mit Standesgenossen, also innerhalb des Standes, welchem der einzelne von Geburt angehört. Die Standeslosen würden sich nun dadurch kenntlich machen, dass ihnen nicht bloss die Rechte der ersten, sondern auch die der zweiten Art gänzlich unzugänglich blieben. Die letzteren haben ja keine weitere Voraussetzung als Standesgleichheit und Ebenburt; und so würde sich denn mit Notwendigkeit der Schluss ergeben, dass derjenige, welcher solche Rechte niemandem gegenüber geltend machen könne, ganz ausserhalb alles ständischen Verbandes stehen müsse“<sup>6)</sup>. Vielleicht noch klarer spricht B. diesen Gedanken S. 35 dahin aus, dass der Rechtlose „überhaupt niemandem ebenbürtig ist, selbst denen nicht, die sein Los teilen. Ebenburt setzt Einheit des Standes voraus und kann also den Standeslosen, denen dieses einigende Band gänzlich fehlt, auch untereinander nicht zugeschrieben werden“. Auf S. 7 fährt er in diesem Gedankengange, immer noch in rationalistischer Erwägung zufühlend, weiter fort: „Im übrigen könnten die Standeslosen persönlich frei oder unfrei sein. Es ist möglich, dass jemand vollkommen unabhängig sei, und dennoch die Rechte der freien Stände entbehre. Aber auch die Unfreien bilden einen Stand und haben in demselben gegenseitige Rechte; hier kann also ein ganz gleiches Verhältnis eintreten. Es kann jemand persönlich unfrei sein, ohne an den Standesrechten der Unfreien teilzunehmen. Jener Freie und dieser Unfreie sind alsdann standeslos“.

Zur Würdigung der Theorie Buddes ist es nun von

---

folgendermassen aus: „Zunächst erscheint es als unlogisch, den drei Klassen von Personen, welche als Stände erscheinen, einen vierten Stand anzureihen, dessen Mitglieder diejenigen sind, welche eben gar keinen Stand haben; denn wenn diese unterste Klasse von Personen, welche der Rechte der Stände beraubt sind, abermals als ein Stand aufzufassen ist, so kann man sie doch unmöglich als standeslos bezeichnen“.

<sup>6)</sup> Das überhaupt bei Budde häufiger hervortretende Fehlen einer strengen Denkdisziplin verrät sich auch hier.

Wichtigkeit, wie er nach solcher Sondierung des Terrains zum Eindringen in dasselbe sich hinreichend sicher glaubt. Wir sehen es an dem weiter auf S. 7 unmittelbar folgenden Satze: „Indem wir nun diese (d. h. die auf Grund der Wortinterpretation vermutete und rationalistisch für möglich befundene!) Stellung der völligen Standeslosigkeit und Unebenbürtigkeit den Rechtlosen anweisen, liegt uns zunächst der Beweis ob, dass die Rechtlosigkeit in ihren Wirkungen dem soeben geschilderten Zustande genau entspreche“. In der Tat eine drastische unbewusste Selbstdenuntiation vor dem Forum der Wissenschaft! Budde zeigt an, dass seine Meinung im voraus gefasst sei und dass er nunmehr beabsichtige, nach ihr die Quellen auszulegen. Dem entspricht denn auch sein Vorgehen.

Zunächst weiss er nun allerdings mit einigem Scheine von Berechtigung von den Wirkungen der Rechtlosigkeit den Mangel des Wergeldes aus der vorausgesetzten Standeslosigkeit der Rechtlosen zu erklären. Es klingt an sich ansprechend, wenn er im Hinblick auf die von alters her der Verschiedenheit der Stände angepasste Verschiedenheit des Wergeldes S. 9 sagt: „. . . ist das höhere oder geringere Wergeld wirklich Kriterium des höheren oder geringeren Standes, hängt also die Taxe der Persönlichkeit lediglich vom Stande ab, so werden die Personen, welche überall kein Wergeld haben, als standeslos zu betrachten sein“.

Mit Recht hat aber schon Gerber a. a. O. (vgl. oben S. 303 A. 4) S. 704 f. hiergegen allgemein bemerkt, dass Budde irrt, „wenn er glaubt, das Dasein eines Wergeldes liesse auf die Existenz, und umgekehrt der Mangel eines solchen auf die Nichtexistenz eines Standes schliessen; denn das Wergeld ist . . . nicht ein Recht besonderer Stände, sondern ein Recht jeder rechtsfähigen Persönlichkeit; die Verschiedenheit des Wergelds gibt . . . höchstens eine Bezeichnung der verschiedenen Grade der Rechtsfähigkeit mehrerer Persönlichkeiten, so dass aus dem Umstande, dass gewissen Personen das Wergeld ganz versagt ist, keineswegs mit dem Verf. zu schliessen ist, es sei kein Stand vorhanden, sondern nur, dass diesen Individuen gewisse Teile der sonst allen Personen zustehenden Rechts-

fähigkeit abgeschnitten sind“. Jedenfalls ist Budde hier dem Truge eines argumentum a contrario verfallen.

Der Annahme Buddes, dass die Wergeldslosigkeit der Rechtlosen ein Zeichen ihrer Standeslosigkeit sei, und überhaupt der Buddeschen Theorie stellte sich aber auch entgegen Ssp. III 45 § 8: „Twene wüllene hantschu unde en mesgrepe is der dagewerchten bute; ire weregelt is en barch vul weites von tvelf ruden, also jewelk rude von der anderen sta enes vedemes lang; jewelk rude sal hebben tvelf negele upwart; jewelk nagel sal von dem anderen stan als en man lang is bit an die sculderen, durch dat man den barch geboren moge von nagele to nagele; jewelk nagel sal hebben tvelf büdele; jewelk budel tvelf schillinge“. Bereits Jacob Grimm hatte in seinen Rechtsaltertümern (1. Ausg. 1828) S. 675 f. berechnet, dass bloss diese Schillinge in 1728 Beuteln an 144 Nägeln die Summe von 20736 M. ausmachten und dass schon dieser Betrag als Wergeld das des freien Mannes beinahe 60mal übersteige. Da ausserdem noch ein gewaltiger Getreideberg hinzukommen soll, hatte Grimm gefolgert, dass ein derartig ungeheures Wergeld dem auf der untersten Stufe der Unfreiheit stehenden Tagewerken nur „spottweise geboten wird: er empfängt es, dass heisst, er empfängt gar keins“. Ganz offenbar hat Grimm hiermit Recht gehabt. Das aber war es eben, was für Budde unbequem sein musste. Nach seiner Theorie durften die Tagewerken nicht ohne Wergeld sein, weil die Wergeldslosigkeit ja ein Ausdruck der Standeslosigkeit = Rechtlosigkeit sein sollte und weil die Tagewerken einem Stande, wenn auch nur dem untersten, angehörten. Darum holt er eine andere Erklärung der Stelle her. Er meint, in dieser sei unter dem Wergeld der Tagewerken deren Sachwert verstanden, wie ja auch derselbe Ausdruck vom Verfasser des Sachsenspiegels in gleicher Art ungenau auf die festen Preise der Tiere angewandt sei, so III 51: Nu vernemet umme vogele unde diere weregelt (vgl. S. 14). Budde hält diese Auffassung für einfacher und natürlicher als die Grimmsche (S. 14 A. 9). Solcher Meinung konnte er aber wohl nur deshalb sein, weil sein Blick getrübt war durch seine *petitio principii*. Man braucht nur die jener Stelle folgenden §§ 9 ff. anzuschauen, um sofort zu sehen, dass der Spiegler hier mit ähnlichem Humor,

mit welchem er in § 8 den Tagewerken das Wergeld abgesprochen hat, den Rechtlosen die Busse aberkennt. Die unehelichen Kinder sollen als Busse erhalten ein Fuder Heu, das zwei jährige Ochsen ziehen können. Ein Fuder Heu war jedenfalls damals, wie heute noch, auf dem Lande ein feststehendes Mass, das nicht als variabel gedacht war. Zwei jährige Ochsen aber sind zwei Kälber. Ein Fuder Heu, das zwei Kälber ziehen können, gibt es nicht. Hierauf ist bisher m. W. nicht aufmerksam gemacht worden, vielmehr hat man angenommen, dass die unehelichen Kinder in § 9 a. a. O. bezüglich der Busse besser gestellt seien als die übrigen Rechtlosen, indem man eben dem Fuder Heu Realität beilegte<sup>7)</sup>. Diese dürfte ihm ebensowenig zukommen, wie der unmittelbar darauf genannten Busse der Spielleute etc., die in dem Schatten eines Mannes bestehen, und wie der Busse der Kämpfer, welche ein Blick von einem Kampfschilde gegen die Sonne sein soll. Wie diese Bussen nicht empfangbar sind, so ist nicht annehmbar die dem Dieb oder Räuber zur Verhöhnung zuge dachte auf Strafe zu Haut und Haar anspielende Busse von zwei Besen und einer Schere.

Steht es also mit alledem im Einklang, dass man in § 8 eine den Tagewerken gegenüber erfolgende humorvolle Abkennung des Wergeldes zu sehen hat, so lässt sich andererseits gegen die Buddesche Interpretation der Stelle sagen, dass die Bemessung des Sachwertes des Tagewerken auf einen so immensen Betrag vollends unverständlich wäre.

Aber das alles sieht ja Budde nicht, weil er voreingenommen ist. Er muss schon für die Tagewerken ein Wergeld finden, mag es auch nur, wie er es nennt (S. 14), ein uneigentliches, ein im Sachwerte bestehendes sein; er muss es finden, wenn seine a priori aufgestellte Theorie haltbar sein soll.

Unter diese zwingt B. dann ebenso die den Rechtlosen anhaftende Unfähigkeit zu gerichtlichen Handlungen, zunächst ihre Unfähigkeit zum Urteilsfinden und Urteilschelten. Er erörtert namentlich die Stellen Ssp. III 70 § 1 und II 12 §§ 2 f. Die erstere lautet: Svar man nicht ne dinget under koninges banne, dar mut jewelk man wol ordel vinden

<sup>7)</sup> Vgl. z. B. Zöpfl oben S. 289 A. 9; Gierke, D. Pr.-R. I S. 420.

over den anderen, den man nicht rechtlos besceden ne mach . . .“ In Ssp. II 12 heisst es:

„§ 2. Scepenbare lüde muten wol ordel vinden over jewelken man. It ne mut aver uppe se neman ordel vinden, dat an ir lief, oder an ire ere, oder an ir erve ga, noch ordel scelden, he ne si in evenburdich.

§ 3. Buten koninges banne mut jewelk man over den anderen ordel wol vinden unde ordel scelden, die vulkomen is an sime rechte, um also gedan sake, die man ane koniges ban richten mach“.

Budde erklärt die Stellen aus der Verfassung der freien Landgerichte. Höchste Richter seien gewesen der Graf und der Vogt, dieser als Verwalter der gräflichen Jurisdiktion in den Immunitätsbezirken. Unter dem Grafen habe gestanden als erster Unterbeamter der Schultheiss, als zweiter Gehilfe der Gogreve.

Graf und Vogt seien für die wichtigsten Sachen kompetent gewesen, nämlich für diejenigen, in welchen über Leben, Ehre oder echtes Eigen eines vollfreien wehrhaften Mannes zu entscheiden war. In diesen hätten jene höchsten Richter unter Königsbann gerichtet. Dass sie auch für geringere Sachen zuständig gewesen seien, sagt Budde indirekt. Doch habe der Graf solche „auch unter dem Vorsitze seiner ohne Königsbann richtenden Unterbeamten abtun lassen“ können (S. 16 f.).

Mit der so auf die drei Grade des Richteramtes verteilten sachlichen Zuständigkeit habe sich eine nach den Ständen abgestufte persönliche Kompetenz verbunden. Der Graf habe gerichtet über die Schöffenbarfreien und mit ihnen als Dingversammlung und Urteilsfindern. Ebenso seien dem Schultheissen die Pflegehaften zugeteilt, dem Gogreven die Landsassen<sup>6)</sup>.

Der Sinn von Ssp. II 12 § 2 sei nun dieser: Die Schöffenbaren hätten im höchsten Gerichte in jeder Sache und über jedermann Urteil finden können; sie seien ausschliesslich dazu befähigt gewesen, sobald unter Königsbann der Prozess habe geführt werden müssen (S. 18). Nach den vorangegangenen

<sup>6)</sup> Zu vorigem zitiert B. Ssp. III 64 § 4, I 59 § 1, I 2 §§ 2—4, II 22 § 1.

Ausführungen Buddes schien es fast, dass er dem Grafen- und Vogtgericht in persönlicher Beziehung nur die Kompetenz über Schöffenbarfreie und nicht über jedermann zuweisen wollte.

Den § 3 jener Stelle erläutert B. dahin, dass ausserhalb des Königsbanns jeder Urteil finden und schelten konnte, „nicht bloss der Schöffenbarfreie, sondern auch der Pflughafte und Landsasse; oder mit anderen Worten, Sachen, welche keinen Königsbann erfordern, können auch in den Gerichten des Schultheissen und Gogreven verhandelt werden“.

B. fährt fort: „Der Ausdruck jeweil man muss demnach auf die Mitglieder der freien Stände beschränkt werden: ausgeschlossen bleiben mithin zunächst alle Unfreien. Der Verfasser hält es nicht für nötig, darauf besonders aufmerksam zu machen, da die Unfreien ihre besonderen Hof- und Dienstgerichte hatten“.

Hier fügt B. nun seine Theorie ein: „Es müssen aber nach der dargestellten Verfassung der freien Landgerichte auch alle Personen ausgeschlossen bleiben, welche zwar frei sind, aber doch zu keinem freien Stande gehören, weil eben, wie gezeigt worden, das Geschäft des Urteilsfindens, womit auch die Berechtigung zum Urteilschelten zusammenhängt, in den einzelnen Gerichten nach den Ständen und deren Unterabteilungen verteilt ist. Hält man nun die Rechtlosen für standeslos, so erklärt sich hiernach ihre Ausschliessung“ ... (S. 18 f.). Wer sähe nicht, dass hier wiederum eine vorgefasste Meinung in die Quellen hineingetragen wird?

Weiter soll nach Budde mit der Unfähigkeit der Rechtlosen zur Urteilsfindung, also zum Schöffenamt, ihre Unfähigkeit zum Zeugnis zusammengehangen haben (S. 19). Altgermanischer Rechtsgrundsatz sei es: „eines Ungenossen Urteil oder Zeugnis braucht niemand wider sich gelten lassen“ (S. 20). In Ansehung des Zeugnisses sei er noch ausgesprochen im Schwsp. Landr. (W.) 54 Z. 36: „(1) Ist daz kint semper vrie, man sol ez mit sinen genozen überziugen. (2) über swen man anders geziuge leiten sol, die mac man überziugen mit allen liuten, die ir reht niht verloren hant; ane die mit den mezen geltent. die en mugen an den dingen niht geziugen; unde die eigen

sint“<sup>9)</sup>. Hier werde jener alte Grundsatz in seiner ganzen Strenge noch für den Adel, die Semperfreien ausgesprochen (Satz 1 der Stelle). Für die Gemeinfreien, solange sie noch einen einzigen Stand ausmachten, habe der Grundsatz gelautes: „Über einen gemeinfreien Mann kann jeder andere Freie urteilen und Zeugnis ablegen, ausgenommen ist bloss derjenige, welcher die Standesrechte entbehrt“. In dieser Fassung trete indes die Regel noch in Satz 2 der Stelle entgegen: „sie ist unverändert geblieben, obschon es doch nunmehr zwei gemeinfreie Stände gab“.

„Unter den Gemeinfreien standen nur noch Unfreie; diese waren gegen einen freien Mann aufzutreten natürlich ganz unfähig“.

## § 20.

### Exkurs

(über Schwsp. (W.) 54 Z. 36, Ssp. III 45 § 9 und I 5 § 2).

Budde wirft die Frage auf: Wer sind „die mit den mezen geltent“? Er meint, der Zusammenhang der Stelle führe darauf, sie den eigenen Leuten gegenüber für Unfreie der höheren Ordnung zu halten und mit den Lassen des Sachsenspiegels in Parallele zu stellen. M. E. sind sie nicht so sehr den in der Stelle nach ihnen genannten Unfreien, als vielmehr den vor ihnen erwähnten Rechtlosen anzugliedern. Die mezen sind doch wohl die Dirnen, die „fahrenden Frauen“ des Mittelalters. Die mit ihnen gelten, dürften das Gesindel sein, das wie sie „fährt“ oder in denselben Herbergen niedersten Grades, später auch wohl bei dem verachteten Henker als Gastvater seinen Unterschlupf findet, so die männlichen Sittellosen, die „Buben“<sup>1)</sup>, die Gaukler, Gladiatoren, Spielleute usw.<sup>2)</sup>. Auch der Sachsenspiegel

<sup>9)</sup> Vgl. Schwsp. (L.) 64.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Kluge, Etymologisches Wörterbuch. Auch für die Dirnen begegnet die Bezeichnung: „apentliche Bofynnen“, öffentliche Bübinnen, vgl. v. Maurer, Gesch. d. Städteverf. Bd. III 1870 S. 104.

<sup>2)</sup> Nach dem sächs. Weichb. Ausg. v. Daniels (oben S. 236 A. 30) art. 111 haben als unehrliche, rechtlose Leute im Vergleich zu den un-

nennt die Prostituierten in Verbindung mit den Spielleuten. Man hat das bisher zwar nicht gesehen. Für mich ist aber kein Zweifel daran, dass der Spiegler, wenn er in III 45 § 9 von der Busse der unehelichen Kinder, der Spielleute, aller derer, die sich zu eigen geben, der Kämpfer sowie der Diebe und Räuber spricht, bei denen die sich zu eigen geben, nur an die sich hingebenden, sich wegwerfenden, an die Prostituierten gedacht hat. Wie sollen diejenigen, die ihre Freiheit aufgegeben haben, in die Gesellschaft der Spielleute, Kämpfer, Diebe und Räuber kommen? Dass auch das Diebsgesindel in jenen Lasterhöhlen verkehrte, ist bekannt. Doch weitere Beweise für meine Auffassung über die Sachsenpiegelstelle. In der *lex. Visig.* III 4, 17 heisst es von einer *ingenua meretrix*, die einmal bestraft ist und rückfällig wird: ‚*iteratim a comite CCC flagella suscipiat et donetur a nobis alicui pauperi, ubi in gravi servitio permaneat et numquam in civitatem ambulare permittatur*‘<sup>3)</sup>. Häufig begegnet eine Verknechtung von Frauen wegen Geschlechtsvergehen im nordischen Recht<sup>4)</sup>. Weiter teilt Grimm in den RA. S. 329 eine Stelle mit, die (v. J. 113Q und aus dem Kloster Garze stammend), den *Monumenta Boica* (München 1763 ff. Bd. I p. 12) entnommen, folgendermassen lautet: ‚*Richilda, quae libertatem suam fornicando polluit, amisit . . . filiae illorum liberae permaneant . . . nisi forte adulterio vel fornicatione polluantur*‘. Also das fornicare der Frau erscheint hier als eine Selbstverknechtung. Dass die Prostituierten sich zu eigen geben, ist ein echt deutscher Gedanke, der heute noch in der

---

bescholtenen Freien (*Ssp.* III 45 § 4, 6) nur halbe Busse (bei Schlägen ohne Wunden) zu fordern „*spelman, hempen, varnde vrowen und varnde lüde*“<sup>4)</sup>. Vgl. die Weichbilddausg. v. Daniels, 1858, Art. 126 § 1. Vgl. ferner Osenbrüggen, Studien zur deutschen und schweizerischen Rechtsgeschichte, Schaffhausen 1868, S. 135, 391 ff.; O. Beneke, Von unehrlichen Leuten, 2. Aufl., Berlin 1889, S. 227; auch Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. I S. 446, v. Maurer a. a. O. S. 111.

<sup>3)</sup> Vgl. die Stelle auch bei Grimm, RA. S. 738. Statt *civitatem* liest er *civitate*.

<sup>4)</sup> Vgl. v. Amira, Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren, München 1874, S. 264.



Bezeichnung Dirne nachklingt. Dirne bedeutet ursprünglich Dienerin. Kluge meint im Etymologischen Wörterbuch (1905) „die got. Lautform wäre wahrscheinlich Diwaîrnô . . . Knechtstochter, die Tochter eines Unfreien, die daher selber unfrei d. h. Dienerin ist“. Versteht man in Ssp. III 45 § 9 unter denen, die sich zu eigen geben, die Prostituierten, so erklärt sich auch, weshalb der Spiegler ihnen und denen, „die mit ihnen gelten“, den Spielleuten, zur Busse den Schatten eines Mannes gibt. Die Busse der Kämpfer, der Blick von einem Kampfschilder gegen die Sonne, stellt eine Verhöhnung ihres Gewerbes dar. Und die Busse der Diebe und Räuber, zwei Besen und eine Schere, brandmarkt ihre Tat durch den Hinweis auf die Straffolgen, die sie nach sich zu ziehen pflegt. Sollte nicht auch in der Busse derer, die sich zu eigen geben, eine Andeutung ihres verächtlichen Verhaltens liegen? Der Schatten eines Mannes! Mit Männern haben ja die Prostituierten zu tun! Anders in etwa bei der vorher erwähnten Busse der unehelichen Kinder. Auch hier bringt ja zwar der Spiegler, wie wir sahen, humorvoll den Mangel der Busse zum Ausdruck, aber er hat insoweit doch noch nicht Veranlassung zu dem beissenden Humor, mit dem er die Busselosigkeit des fahrenden Gesindels ausspricht. Im übrigen ist aber auch, abgesehen von dem Humor, zwischen der Darstellung der Busse- und Wergeldslosigkeit der Tagewerken und Busselosigkeit der unehelichen Kinder ebenso ein verbindender Faden wahrzunehmen, wie zwischen der Darstellung der Busselosigkeit der verschiedenen Klassen des Gesindels. Wird letzteres mit Bezug auf sein Verhalten verhöhnt, so lässt bei den beiden ersteren Gruppen die Phantasie des Spieglers zwar nach dem einen Bild vom Weizenberg ein neues auftauchen, aber die Ideenassoziation spielt hier doch nur vom Weizen zum Heu über, wie bei der vorangegangenen Darstellung der Busselosigkeit der Tagewerken auf deren das Werden von Weizen und Heu vorbereitende Frohnarbeit mit der Scheinbusse von zwei wollenen Handschuhen und einer Mistgräpe angespielt war. Die beiden Handschuhe sind das Zeichen der Unterwerfung unter die Herrengewalt<sup>5)</sup>. Die Ideenverbindung

<sup>5)</sup> Vgl. die Stellen bei Grimm, RA. S. 153.

„Kinder der Unzucht und zuchtloses Gesindel“ erklärt dann die Erwähnung der Spielleute, der Prostituierten usw. im Anschluss an die unehelichen Kinder. Auch hierin liegt ein gewisses Argument für die Richtigkeit meiner Interpretation.

Auf solche intimen Zusammenhänge müsste m. E. überhaupt mehr, als bisher geschehen ist, bei der Interpretation des Sachsen spiegels Wert gelegt werden<sup>6)</sup>. Ich glaube, dass man dadurch dem Gedankengange und Vorstellungskreise seines Verfassers gerechter würde. Um nur eines zu erwähnen, was mit den bisherigen Erörterungen in Beziehung steht, so ist m. E. bisher<sup>7)</sup> infolge Zerreißung des Zusammenhanges durchweg ganz falsch gedeutet worden die berühmte Stelle Ssp. I 5 § 2: „Wif mach mit unkuschheit irs lives ire wifiken ere krenken; ire recht ne verlüst se dar mede nicht noch ir erve“. Wir haben bereits gesehen, wie Eichhorn und Marezoll in der Stelle einen Beleg fanden für eine blosse Kränkung der Ehre durch bösen Leumund im Gegensatz zum Ehrverlust bei der Ehrlosigkeit bzw. Rechtlosigkeit (oben S. 256, 260). Demnächst ist sie dann wieder und wieder für den Beweis der Auffassung verwertet worden, dass die Ehrlosigkeit verschieden von der Rechtlosigkeit sei. Schon bei Albrecht (vgl. oben S. 276) findet sich ein Ansatz hierzu. Phillips spricht die Lehre mit aller Bestimmtheit aus (oben S. 279). Und bis heute ist sie herrschend geblieben (vgl. z. B. noch Gierke, D. Pr.-R. I S. 420 A. 40). Nun betrachte man aber den Zusammenhang, in welchem die Stelle steht. Ihr vorher geht der Satz: „De dochter, de in me huse is unbestadet, de ne delet san nicht irer muder rade mit der dochter, de utgeradet is. Svat sie aver erve an irstirft, dat mut se mit der süster delen“. Also es ist die Rede von dem Rechte der unausgestatteten Tochter an der Gerade im Gegensatze zum Erbe. Dem Spiegler schiesst nun etwa der Gedanke durch den Kopf, dass die unausgestattete, die unverheiratete Tochter versucht

<sup>6)</sup> Schon Homeyer, Des Sachsen spiegels I. Teil, 3. Aufl. 1861 S. XIV, hat hierzu anzuregen versucht.

<sup>7)</sup> Ich meine bis heute, nicht etwa bloss bis auf Budde, von dessen Besprechung aus ich zu diesem Exkurs gelangte.

sein könnte, das, was die Ehe ihr bieten würde, auf illegitimem Wege zu kosten. Vielleicht denkt er auch daran, dass die Ehelose dieses ihr Geschick durch geschlechtliche Verirrung verschuldet habe. Wir sahen ja schon, dass bereits bei den alten Germanen einem gefallenem Mädchen die Ehe abgeschnitten war (oben S. 232). Aber wie dem auch sei, jedenfalls besteht ein Zusammenhang mit dem vorangegangenen Satze, wenn der Spiegler nunmehr sagt: „Wif mach etc. ir recht ne verlüst se dar mede nicht noch ir erbe“. Offenbar kehrt hier lediglich der vorher erwähnte Gegensatz wieder: Recht an der Gerade und Erbe. Der Gedanke an die mit der Ehrlosigkeit in Beziehung stehende Rechtlosigkeit ist ganz fortzubannen. Die Stelle enthält am allerwenigsten einen Anhaltspunkt dafür, dass feile Dirnen nach dem Sachsenspiegel nicht rechtlos gewesen seien<sup>8)</sup>. Behaupten zu wollen, dass das Gewerbe der Prostituierten nicht allgemein zu den rechtlosmachenden Gewerben des Mittelalters gehört habe, hiesse übrigens dem entwickelten Christentume der Deutschen eine vollständige sittliche Degeneration gegenüber dem Heidentum ihrer Vorfahren vorwerfen. Bereits Huth hat ja gezeigt, wie streng die alten Germanen der weiblichen Unkeuschheit entgegentraten. Quellen der späteren Zeit, die ausdrücklich von der Rechtlosigkeit der Dirnen Kunde geben, wurden schon erwähnt<sup>9)</sup>. Die Reichspolizeiordnung von 1530 nennt diese Frauenspersonen in Art. 20 „unehrliche Weiber“, was bei Annahme der Einheitlichkeitstheorie rechtlich als dasselbe wie „rechtlose Weiber“ zu betrachten ist. Es wäre seltsam, wenn nicht auch der Verfasser des Sachsenspiegels die Prostituierten als rechtlos angesehen hätte. Dass er dieses auch ausdrücklich in III 45 § 9 ausgesprochen hat, habe ich nachzuweisen gesucht.

<sup>8)</sup> Dieser Ansicht ist z. B. Hillebrand, Über die gänzliche und teilweise Entziehung der bürgerlichen Ehre nach den deutschen Rechtsbüchern des Mittelalters, Giessen 1884 (Diss.) S. 29.

<sup>9)</sup> Oben S. 283 A. 2; S. 310, 311 A. 2; vgl. auch Stobbe-Lehmann I S. 403; Gierke, Deutsch. Privatr. I S. 419 b.

## § 21.

**Buddes Rechtlosigkeitsbegriff.**

(Fortsetzung.)

Kehren wir nach diesem Exkurs zur Besprechung Buddes zurück! Knüpfen wir wieder an den Satz an, in welchem B. sich dahin äussert, dass die unter den Gemeinfreien stehenden Unfreien natürlich ganz unfähig waren, gegen einen freien Mann aufzutreten (oben § 19 a. E.). Ebenso unfähig hierzu, meint B., seien auch die Standeslosen gewesen. Er sagt: „Beide werden in unserer Stelle namentlich genannt, wenn es anders richtig ist, dass die Rechtlosigkeit in der Entbehrung aller Standesrechte besteht“ (S. 22 bei Budde, vgl. oben S. 310 Satz 2 der Stelle). Man sieht hier wiederum, wie sich die *petitio principii* bemerkbar macht<sup>1)</sup>.

B. fährt fort: „Sollte indessen noch irgendwie unsicher scheinen, ob es wirklich der Mangel an Standschaft sei, welcher den Rechtlosen von den Schöffenstühlen verbannt und ihn folglich auch als einen verwerflichen Zeugen erscheinen lässt, so muss jeder Zweifel verschwinden vor einem in die Zeit der Rechtsbücher fallenden Reichsgesetze. In der *Const. pacis*, an. 1235 kommt folgende Stelle vor: *Monum. Germ. hist. (fol.) IV (Leg. II) S. 316 Z. 27: In omnibus tamen causis memoratis sit omnis testis liber, integri status, et bone fame, in causis parium principum et aliorum, sive inferiores ipso sint, etiam ministerialiter. Ministeriales vero in causis ministerialium et inferiorum, sed non in causis liberorum. Rustici vero et servilis conditionis homines in causis non superiorum set suorum parium admittantur. . . .* Die Zeugen werden hier wieder nach dem Stande klassifiziert unter Anwendung des Grundsatzes, dass jeder nur gegen eine Partei von gleicher oder geringerer Herkunft aufzutreten könne“ (S. 22 f.). In dem deutschen Texte der Wiederholung des Gesetzes unter König Rudolf vom 13. Dezember

---

<sup>1)</sup> Die weiteren Sätze der Stelle, die Budde ebenfalls bespricht und in denen er Ausnahmen sieht, interessieren für unseren Zweck weniger.

1281 (Mon. Germ. (fol.) IV Leg. II S. 436) lauteten die Anfangsworte bei missverständlicher Zugrundelegung der Lesart *patrum* statt *parium*, also: „An allen disen sachen, die hie vür gescriven sint, mach en ielich sentbere vriman, der sin recht hat behalten, den vater, er si vurste, oder anders en hoh man, helfen bezugen, swaz er weis“. Hier sei ‚*integri status*‘, also Unverletztheit der Standesrechte, welche die Zeugnisfähigkeit bedinge, übersetzt mit „der sin reht hat behalten“. Dass die Hindeutung auf die Rechtlosigkeit wirklich in den Worten *integri status*, nicht in *bonae famae* liege, gehe aus einer anderen Stelle desselben Gesetzes deutlich hervor. Der lateinische Passus (Mon. IV Leg. II p. 314 Z. 14) „*duobus aliis synodabilibus viris integri status*“ laute deutsch (p. 575 Z. 14): „mit zwein andern sentbaren mannen, die ir reht behalten hant“ (S. 26—29). Schon Gerber a. a. O. S. 706 hat dagegen zutreffend geltend gemacht: „Offenbar begeht der Verfasser hier eine . . . *petitio principii*; denn schon der römische Ausdruck ‚*status permutatio*‘ hätte ihm sagen sollen, dass *status* nicht ‚Geburtsstand‘, sondern ‚Rechtszustand‘ heisse“.

Ohne jede Überzeugungskraft ist weiter der Beweis, dass auch die Ausschliessung der Rechtlosen vom Richteramt aus ihrer Standeslosigkeit sich erkläre. B. folgert dieses daraus, dass alle Richter einem bestimmten Stande angehören, der Graf dem Herrenstande, der Schultheiss mindesten dem Stande der Schöffenbarfreien, weil er im Grafengericht erster Schöffe des Grafen war. Die Verhältnisse des Gogreven seien nicht ganz klar. Da er aber gewählt sei, „so muss es als unmöglich erscheinen, dass die Wahl der Dingpflichtigen auf jemanden hätte fallen können, der seinen persönlichen Eigenschaften nach nicht auch fähig gewesen wäre, die Funktionen eines Schöffen zu versehen“ (S. 30). Der Gedankengang Buddes ist also folgender: Sämtliche Richter gehören einem Stande an. Die Rechtlosen können nicht Richter sein. Also sind sie standeslos. In der Tat ein völlig verkehrter Schluss, der wiederum nur eine Ausgeburt der vorgefassten Meinung Buddes ist.

Den Rechtlosen fehlt ferner die Befugnis, als Fürsprecher einer Partei im Prozess aufzutreten. Bei der

Erklärung dieses Mangels aus der Standeslosigkeit ist für Budde unbequem Ssp. I 61, § 4: „Jewelk man mut wol vorspreke sin binnen dem lande to sassen to landrechte, sunder papen, den man an sime rechte nicht besceden ne mach“ (S. 30 f.). Gleichwohl weiss B. auch die Fürsprecherfunktion als bedingt durch die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Stande hinzustellen. Die Worte „Jewelk man“ bezögen sich zunächst selbstverständlich nicht auf die Unfreien; „vor den Landgerichten können sie überall nicht erscheinen, folglich auch nicht in der Eigenschaft eines Fürsprechers“. Andererseits habe der Adel zwar die Befugnis zu dieser Funktion gehabt, er werde davon aber in den gewöhnlichen Landgerichten wohl (!) nicht leicht (!) Gebrauch gemacht haben. Demgemäss habe die Stelle lediglich (!) die beiden Stände der Gemeinfreien im Auge, nämlich erstens die Schöffenbaren und zweitens die Pflughaften und Landsassen. Diese hätten sich nun freilich wechselseitig ohne Rücksicht auf die obwaltende Standesverschiedenheit jenen Dienst leisten können. Doch liege der Grund hierfür darin, dass die genannten Stände ehemals einen einzigen Stand gebildet hätten. Die Spaltung desselben sei bezüglich des in jener Stelle ausgesprochenen Grundsatzes, dass in den Landgerichten aus den freien Ständen jeder als Fürsprecher fungieren könne, unbeachtet geblieben. Somit (!) sei auch bei der Auswahl der Fürsprecher das Prinzip der Ebenbürtigkeit beobachtet worden. Deshalb habe der Standeslose nicht als Fürsprecher auftreten können. Der Rechtlose sei hierzu unfähig gewesen. Also sei die Rechtlosigkeit = Standeslosigkeit (S. 31 f.). Diese Gedankenreihe Buddes musste, wie die Besprechung seines Buches ähnliches auch sonst mehrfach erfordert, erst aus einer Fülle von Unklarheit herausgeschält werden. Was an ihr im Verhältnis zu derjenigen, welche die Ausschliessung der Rechtlosen vom Richteramt betraf, neues ist, richtet sich von selbst. Im übrigen führt sie lediglich zu demselben Trugschlusse, der bereits auf S. 317 gekennzeichnet ist.

Unbequem für die Buddesche Theorie ist schliesslich die angebliche Unfähigkeit der Rechtlosen, einen anderen vor Gericht für sich sprechen zu lassen. B. stellt dieses als den Rechtsbüchern unbekannt hin und als eine erst in

den Glossen und Richtsteigen sich findende Behauptung, die auf einer Verwechslung des Fürsprecheramtes mit der Vormundschaft beruhe. Nach dem Verm. Ssp. IV 26, 12 schein es vielmehr, dass die Rechtlosen einen Fürsprecher hätten haben müssen. Hier heisst es: „Eyn iczlich unbeschuldener man mag sin wort selber sprechen, dywile he sich des schaden getrosten wel, der om selber dovon ensten magk, wenne wandel unde holunge mag he nicht gehabe“. Unbescholten bezeichne das Gegenteil der Rechtlosigkeit. Also ein nicht rechtloser Mann möge sein Wort selber sprechen. Der Rechtlose müsse somit einen Fürsprech haben. Auch dieser Schluss ist keineswegs zwingend!

Budde geht dann dazu über, auch die Ausschliessung der Rechtlosen von der Vormundschaft auf ihre Standeslosigkeit zurückzuführen. Er beruft sich darauf, dass der tutor legitimus des deutschen Rechts, der rechte Vormund der nächste ebenbürtige Schwertmage des Mündels gewesen sei<sup>2)</sup>. Ebenburt aber setze Einheit des Standes voraus, die den Rechtlosen als Standeslosen auch untereinander nicht zukomme (Budde a. a. O. S. 35, vgl. oben S. 305). Der Rechtlose entbehre aber nicht bloss des rechten, sondern auch des richterlich gesetzten Vormundes. Denn Ssp. III 16 § 2 sage ganz allgemein: „Rechtlose lüde ne solen nenen vormünden hebbē“. In Ansehung der gesetzten Vormünder habe nun zwar das Prinzip der Ebenbürtigkeit nicht gegolten. Gleichwohl lasse sich auch jene Versagung gesetzter Vormünder aus der Standeslosigkeit der Rechtlosen erklären. Denn die Dativtutel habe mit der rechten Vormundschaft innerlich zusammengehungen. „Der Richter hat nämlich nur dann einen Vormund zu setzen, wenn ein rechter Vormund zwar vorhanden ist, aber für einen einzelnen Fall sich ausserstande befindet, seine Pflichten wahrzunehmen, z. B. eine Frau will eine handhafte Tat mit Geräfte klagen, hat aber augenblicklich ihren rechten Vormund nicht zur Hand, oder sie will gegen den letzteren selbst vor Gericht Beschwerde führen<sup>3)</sup>. Daher dauert denn auch diese interimistische Tutel niemals

<sup>2)</sup> Ssp. I 23 § 1.

<sup>3)</sup> Ssp. I 43, 44; Schwsp. (W.) 59 = L. 74.

länger als das Rechtsgeschäft, wegen dessen sie angeordnet wurde<sup>4)</sup>“ (S. 36).

Nicht immer habe so die gesetzte Vormundschaft die ihrerseits durch Zugehörigkeit des Mündels zu einem bestimmten Stande bedingte rechte Vormundschaft vorausgesetzt. „In einem Falle wird . . . für einen einzelnen vorübergehenden Zweck ausnahmsweise ein Vormund bestellt, obschon es an einer dauernden Vormundschaft gänzlich gebricht. Dies geschieht nämlich, so oft ein Rechtsstreit durch Zweikampf entschieden werden soll, den eine Partei wegen Lähmung nicht zu bestehen vermag. Ein solches körperliches Gebrechen erkennt der Sachsen Spiegel nicht als Grund einer beständigen Bevormundung an, ein Vertreter im Kampfe ist aber natürlich unerlässlich“. Aber für solche gesetzte Kampfesvormundschaft habe das Ebenbürtigkeitsprinzip selbständige Bedeutung gehabt. Zur Übernahme sei nur ein ebenbürtiger Schwertmage der zu vertretenen Partei geeignet gewesen<sup>5)</sup>. Der Rechtlose habe also wegen seiner Standeslosigkeit des Kampfesvormundes entbehren müssen. (S. 37—39.)

Der Rechtlose war aber nicht bloss passiv, sondern auch aktiv vormundschaftsunfähig. Charakteristisch ist die Buddesche Erklärung: „Aus dem Wesen der germanischen Vormundschaft folgt von selbst, dass unter Voraussetzung der Standeslosigkeit der Rechtlose nicht Vormund eines anderen sein könne. Zur Führung einer rechten Vormundschaft fehlte ihm die Ebenburt; zur Übernahme einer Dativtutel eignete er sich nicht, weil er gerichtliche Akte für andere vorzunehmen unfähig war. . . . Ohnehin wurde auch bei der Dativtutel ohne Not gewiss nicht ein unebenbürtiger Vormund genommen“ (S. 39).

Demnach hält Budde es für dargetan, „dass der aufgestellte Begriff der Rechtlosigkeit vollkommen genüge, alle bekannten Wirkungen derselben zu erklären“ (S. 40). Hier macht sich wieder das apriorische Feststehen der Meinung Buddes bemerkbar.

<sup>4)</sup> Ssp. I 47 § 2.

<sup>5)</sup> Ssp. I 63 § 3.



Während nun in der Rechtlosigkeit nur Rechte negiert würden, „welche auf der Voraussetzung einer Standschaft beruhen“ (S. 40), könnten alle Rechte, welche hiermit nicht in Verbindung stehen, „von dem Rechtlosen so gut wie von jedem anderen erworben und ausgeübt werden“: „er ist rechtsfähig, sowohl im Gebiete des Vermögens, als in dem der Familie. . . . Vollends bleiben die Rechte, welche lediglich Anerkennung der Persönlichkeit zur Voraussetzung haben, ungekränkt: Daher kann namentlich an dem Rechtlosen ein Verbrechen begangen werden: Niemand tötet oder verletzt ihn ungestraft“<sup>6)</sup> (S. 41).

Endlich passt B. noch die Rechtlosigkeit der Unfreien und der Juden seiner Theorie ein. Die Rechtlosigkeit der Unfreien war bereits Marezoll nahe getreten (oben S. 264 f.). Er hatte sie mit offenbar nicht stichhaltigen Gründen zurückgewiesen, weil er im Banne der Eichhornschen Theorie stand, die in der Rechtlosigkeit einen Mangel der Freiheitsrechte sah. Budde hebt zunächst die Verkehrtheit jener Gründe hervor. Mit Bezug auf die Marezollsche Annahme, dass in Ssp. II 19 § 2 entweder unter dem eigenen man ein (ritterbürtiger) Ministeriale zu verstehen sei oder aber vorgängige Freilassung vorausgesetzt werden müsse, sagt er mit Recht: „Jener Sprachgebrauch wäre . . . unerhört, und von einer Freilassung ist auch nicht im Entferntesten die Rede“ (S. 42). Ausserdem teilt er eine weitere Stelle mit, in welcher unzweifelhaft von der Rechtlosigkeit eines Unfreien die Rede ist, nämlich c. 32 aus dem Hofrecht Burchards von Worms (nach Walter *Corpus iur. Germ.* III p. 779)<sup>7)</sup>: „*Si quis ex familia furtum fecerit, et hoc non pro necessitate famis, sed propter avaritiam et cupiditatem et propter consuetudinem fecit, et quod furatus est, si V solidis appreciari potest et superari potest, quod aut in marcello publico, aut in conventu concivium debitori vadiatus sit supradictum furtum, ad correptionem malorum constituimus, ut legem sibi innatam propter furtum perditam habeat*“. Offenbar soll mit den letzten

<sup>6)</sup> Ssp. III 45 § 11.

<sup>7)</sup> Auch bei Grimm, *Weist.* I S. 807 f., und in *Mon. Germ.* 4<sup>o</sup> Leg. IV, 1 (1893) p. 644.

Worten die Strafe der Rechtlosigkeit bezeichnet sein. Budde legt sie nun gleich im Sinne der Standeslosigkeit aus. Der Dieb „solle seine Geburtsrechte, also die angeborenen Rechte eines Mitgliedes der unfreien Genossenschaft einbüßen“. Budde unterstützt dieses durch die Ausführung einer rationalistischen Erwägung, wie er sie schon a priori ganz im Beginn seiner Untersuchung (oben S. 305) über die Rechtlosigkeit angestellt hatte. Er sagt: „ . . . Der Unfreie gehört einem Stande an, welcher in der Sphäre des Hofrechts selbständig berechtigt ist; der Lasse hat sogar ein eigentliches Wergeld; diese Standesrechte können dem Unfreien entzogen sein, der dadurch dann rechtlos wird“ (S. 42).

Die Rechtlosigkeit der Juden ist erwähnt im vermehrten Sachsenspiegel III 17 dist. 3 und 4<sup>7)</sup>, und zwar soll sie eintreten für den Fall des Verstosses gegen die Bedingungen, unter welchen den Juden das Privilegium erteilt ist, Pfandsachen, die vom Eigentümer als gestohlene vindiziert werden, nur gegen Ersatz des Pfandschillings herauszugeben. Jene Bedingungen sind drei, nämlich: 1. Der Pfandvertrag muss bei Tage abgeschlossen sein, 2. die Verpfänder müssen unverdächtige Leute sein, 3. der Beklagte darf den Besitz nicht ablenken. Der sich gegen die ersten beiden vergehende Jude wird nach Dist. 3, abgesehen von dem Verluste des Privilegiums, mit Rechtlosigkeit bestraft, er wird „rechtlos unter den Juden und Christen“. Nun tritt aber der Buddeschen Theorie entgegen, dass die Juden während des Mittelalters durchaus als Fremdlinge angesehen werden, in keiner Rechtsgemeinschaft mit den Christen leben, vielmehr vollkommen isoliert dastehen, ausgeschlossen sind von jedem corporativen Verbandsverbande und namentlich keinen Teil haben an den Rechten irgendeines Geburtsstandes (S. 43 f.). „Aus diesem Grunde müssen sie ohne weiteres sämtlich unter die Rechtlosen verwiesen werden“. Demgemäss würden die Juden von der Strafe der Rechtlosigkeit „gar nicht betroffen werden, wenn man dabei an die Rechtlosigkeit im eigentlichen Sinne des Wortes denken wollte“ (S. 44).

<sup>7)</sup> Vgl. Ortloff, Rechtsb. nach Dist. S. 168 f.

Damit deutet Budde schon an, wie er sich aus der Verlegenheit hilft, in welche ihn seine Theorie hier geführt hat. Er geht darauf aus, „für den Ausdruck rechtlos in diesem Zusammenhange eine andere Bedeutung aufzufinden“, und glaubt, dass Dist. 4 ihm „Gelegenheit“ dazu biete. Hier wird die Strafe für den Verstoss gegen die obengenannte Bedingung Nr. 3 so ausgedrückt: „Loukent er aber des dubigen gutes, so vorlust er siner pfenninge daran; man mac in auch czu einem mitheler czelen, unde vorluset judisch recht und alle recht, dy von keysern und fursten in geben sint“ (S. 45). „Man sieht auf den ersten Blick, dass hier nur dieselbe Strafe wiederholt wird, welche (in) Dist. 3 auf die Nichtbeobachtung der beiden anderen Vorschriften gesetzt worden ist. . . . Die eintretende Rechtlosigkeit, von welcher in der vorhergehenden Dist. die Rede war, wird hier erläuternd umschrieben; sie besteht in dem gänzlichen Verluste aller jüdischen Rechte und Privilegien. Bezieht sich der Ausdruck rechtlos in seiner technischen Bedeutung wirklich auf den Mangel an allen Standesrechten<sup>8)</sup>, so lag es in der Tat nahe, ihn analogerweise auf die ihrer eigentümlichen, angeborenen Rechte beraubten Juden anzuwenden: Diese scheiden gewissermassen in rechtlicher Beziehung aus der Gemeinschaft mit ihren Stammesgenossen heraus, indem sie gerade die Vorrechte verlieren, welche den Juden im Staate auszeichnen, ebenso wie der Rechtlose die Rechte verliert, welche dem einzelnen seine Stellung zur Gesamtheit anweisen“ (S. 46). Wer hätte nicht auch hier den Eindruck, dass Budde seine Theorie zu einem Prokrustesbett machte!

Ich will die Besprechung der Art und Weise, wie Budde die Wirkungen der Rechtlosigkeit seiner Theorie anpasst, nicht schliessen, ohne einen auf alle jene Wirkungen zutreffenden Satz Gerbers mitzuteilen. Er sagt a. a. O. S. 703: „Betrachtet man . . . den Inhalt der Rechte, welche durch die Rechtlosigkeit verloren werden, z. B. Mangel des Wergeldes, Unfähigkeit zu gerichtlichen Handlungen usw., so findet man, dass diese Rechte keineswegs einen besonderen Stand voraussetzen, sondern

<sup>8)</sup> Hier macht sich wieder die Voraussetzung Buddes bemerkbar.

die einer jeden rechtsfähigen Person als solcher, nicht als Mitglied eines Standes, zustehenden Befugnisse sind. Der, welcher dieser Rechte bar wird, erscheint mir nicht als aus einem Stande ausgestossen, sondern nur als einzelner allgemeiner Berechtigungen beraubt“.

### § 22.

#### Die Gründe der Rechtlosigkeit bei Budde.

Wenn B. somit die Wirkungen der Rechtlosigkeit einem ihr Wesen ertötenden Zwange unterwirft, so hat er sich in Ansehung der Rechtlosigkeitsgründe ein unbestreitbares Verdienst durch die Feststellung erworben, dass die Quellen geborene und gewordene Rechtlose unterscheiden. In Ssp. I 48 § 1 heisst es: „Alle die unecht geboren sin oder de sik rechtlos gemaket hebben“<sup>1)</sup>. Umgekehrt sagt der vermehrte Sachsenpiegel IV, 26, 1<sup>1)</sup>: „Wer von rechte elich geborn ist unde sin recht nicht verworcht had“<sup>2)</sup>. Diese beiden Kategorien der Rechtlosen scheidet B. dann auch bei Erörterung von Ssp. I 38 § 1 (vgl. oben S. 234). Den geborenen Rechtlosen weist er nur zu „Ausser der Ehe Erzeugte ohne Ausnahme“ und die ehelichen Kinder der Kämpfer (S. 48—50). Dagegen stellt er in die Kategorie der gewordenen Rechtlosen einmal die Kämpfer<sup>3)</sup> und Spielleute als diejenigen, welche eine verächtliche Lebensweise ergreifen und ferner die Diebe und Räuber, sowie die zu Strafen an Hals und Hand oder an Haut und Haar Verurteilten (S. 53—66). M. E. ist er hiermit der Einteilung, welche der Verf. des Sachsenpiegels im Sinn hat, nicht gerecht geworden. In der eben zitierten Stelle dürfte der Spiegler die ihm geläufigen Kategorien angeborne und infolge Verwirkung des Rechts entstandene Rechtlosigkeit in viel bestimmterer Gegenüberstellung zur Anwendung gebracht haben, als er es im Falle der Richtigkeit der Buddeschen Gruppierung getan hätte. Ich glaube, dass der Spiegler zunächst die geborenen Rechtlosen aufzählen will mit den Worten: „Kempen unde ire kindere, spelude, unde alle die unecht geborn sin“.

<sup>1)</sup> Vgl. Ortloff a. a. O. S. 238.

<sup>2)</sup> Weitere Stellen bei Budde S. 47.

<sup>3)</sup> Den Begriff der Kämpfer erörtert er eingehend S. 53—56.

Es folgen dann die gewordenen Rechtlosen „unde die diüve oder rof sünnet oder wede gevet, unde de des vor gerichte verwunnen werdet oder die ir lif oder hut unde har ledeget“.

In der Tat musste zu einer Zeit, in welcher der Sohn durchweg den Beruf des Vaters zu ergreifen pflegte und meist nicht anders konnte, in welcher also der Beruf gewissermassen angeboren wurde, auch die Rechtlosigkeit der gewerbmässigen Kämpfer und Spielleute schon dieserhalb als eine angeborene erscheinen, ganz abgesehen von dem in Ssp. I 51 § 3 ausgesprochenen Grundsätze, dass sich überhaupt jede Rechtlosigkeit bis ins dritte Glied vererbt (vgl. unten § 26 a. E.). Fasst man so den ersten Teil der Stelle auf, dann dürfte auch die Buddesche Übersetzung der Worte: „unde alle die unecht geborn sin“ mit „Ausser der Ehe Erzeugte ohne Ausnahme“ unrichtig sein. Vielmehr will der Spiegler damit, nochmals zusammenfassend und generalisierend, sagen: „und überhaupt alle, die unecht geboren sind“. Unecht aber bezieht sich hier nicht lediglich auf die uneheliche Geburt, sondern ebenso auch auf die „unehrliche“, „unechte“, d. i. rechtlos machende Geburt der Kinder von Kämpfern und Spielleuten und sonstigen fahrenden Lenten (vgl. oben S. 311). Auf diese Weise entfällt denn auch eine Singularität, die bisher zwar allgemein angenommen, aber noch von niemandem verständlich gemacht wurde. Aus der in Rede stehenden Stelle entnahm man nämlich, dass die Rechtlosigkeit kraft Berufsmakels nur beim Gewerbe der Kämpfer von den Eltern auf die Kinder sich vererbe. Hier, wie so oft, ging man dabei von der durchaus verkehrten Voraussetzung aus, dass der Verf. des Sachsenspiegels einer in jeder Beziehung korrekten Redeweise sich bedient habe. Man hat zu wenig versucht, das, was er sagen wollte, aus seinen Eigentümlichkeiten und seinem Milieu zu begreifen. Speziell unsere Stelle hat man, losgelöst von Verfasser, Zeit und Ort, lediglich vom allgemein logischen Standpunkte aus interpretiert.

Meine Ansicht, dass der Spiegler in I 38 § 1 die Kämpfer und Spielleute sowie das sonstige fahrende Volk als geborene Rechtlose mit im Sinn hat, kann durch Ssp. III 28 eher bestätigt als widerlegt werden. Es heisst daselbst: „§ 1. Svene man unecht seget von bort oder von ammechte, dat mut up ine

getügen die't dar seget selve sevede mit vulkommenen lüden an irme rechte. Doch mut en man sin echt unde sin recht bat behalden mit getüge, dan man ine mit getüge dar af wisen moge. § 2. Sprict man aver, dat he sin recht verloren hebbe vor gerichte mit düve oder mit rove, dat mut die richtere getugen selve sevede“. Hier wird ja zwar eine Unechtheit „von ammechte“, d. h. kraft Berufsmakels neben der Unechtheit von Geburt erwähnt. Aber sie wird in Ansehung des Beweises in gleicher Weise behandelt, wie diese (§ 1) und mit ihr der Rechtlosigkeit, Unechtheit zufolge Verbrechensbegehung (§ 2) gegenübergestellt. Also bezüglich der rechtlichen Behandlung werden nur zwei Kategorien unterschieden, die sich offenbar decken mit den beiden Gruppen in I 48 § 1: Alle die unecht geboren sin, oder de sik rechtlos gemaket hebbet<sup>4)</sup>, die ja auch in I 38 § 1 aufgewiesen sind. Die erste dieser Gruppen wird in III 28 § 1 durch die Teilung unecht von bort oder von ammechte nur noch genauer spezialisiert.

Bezüglich der durch Verbrechen „gewordenen“ Rechtlosen meint B., dass bei Diebstahl und Raub die Rechtlosigkeit sich unmittelbar an die Tat, im übrigen aber erst an die Verurteilung zur Strafe an Hals und Hand oder an Haut und Har geknüpft habe. Ersteres sei im Prinzip nicht bloss im Sachsenspiegel, sondern auch im Schwabenspiegel bestimmt. Aus Ssp. I 38 § 1 kommt in Betracht der Passus: „die düve oder rof sünēt und wede gevet, unde de des vor gerichte verwunnen werdet“. Diese Worte dürften nicht strikt interpretiert werden. Denn nicht die aussergerichtliche Sühne, nicht das Wiedergeben des gestohlenen oder geraubten Gutes mache rechtlos. In solchem aussergerichtlichen Vergleiche liege vielmehr ein Geständnis der Tat. Nur diese sei der Grund der Rechtlosigkeit. Die Parallelstelle des Schwabenspiegels sei Kap. 39 (W.) (= 42, L.): „Ist daz si daz geriuwet, daz si den strazroup genomen hant, unde gebent si in wider ane twancsal, so hant si dannoch ir reht nit verloren. werdent si aber dar zuo mit gerihte getwungen, so enmugen si vür baz nimmer mere niemande keines rehtes gehelfen, unde sint ouch verworfen von aller geziucnüsse alle

<sup>4)</sup> A. M. Budde, der S. 81 mit Bezug auf Ssp. III 28 sagt: „Die Unterscheidung geborener und gewordener Rechtlosen bleibt ausser acht“.

die dirre getat schuldic sint, diu hie vor genennet ist“. Hier sei die Rechtlosigkeit des Strassenräubers ebenso wenig wie in jener Sachsenspiegelstelle „von seiner Verurteilung in eine bestimmte Kriminalstrafe abhängig gemacht; es soll vielmehr genügen, wenn er nur zur Entschädigung des Beraubten durch richterlichen Zwang angehalten wird, was ohne Zweifel im Wege des Zivilprozesses geschehen kann“. Die aussergerichtliche, vertragsmässige Abfindung des Gegners werde dagegen im direkten Widerspruche mit dem Sachsenspiegel als ein Mittel bezeichnet, die Gefahr der Rechtlosigkeit völlig abzuwenden. Diese seine vom Sachsenspiegel abweichende Meinung habe der Verf. des Schwabenspiegels bei Anwendung auf den Strassenraub besonders umständlich und bestimmt ausgesprochen, vorher aber schon im Kap. 38 als Regel hingestellt, indem er die Worte des Ssp. „die diüve . . . verwunnen werdet“ so wiedergegeben habe: „die diupheit oder den rehten strazroup vergolten hant, die des mit gerichte betwungen sint“. Die Abweichung erkläre sich einfach und leicht, wenn man die „Annahme“ festhalte, „von welcher oben ausgegangen wurde, dass der Dieb und Räuber ipso facto rechtlos seien“. „Beide Schriftsteller waren darüber einig, dass die Begehung des Verbrechens rechtlos mache; natürlich kann aber diese Wirkung erst eintreten, wenn die Tat selbst bewiesen ist; es kam also darauf an, die Art der Beweisführung genauer anzugeben. Der Sachsenspiegel enthielt darüber eine vereinzelt Bestimmung: er begnügte sich mit einem aussergerichtlichen Geständnisse, welches noch dazu erst aus konkludenten Handlungen geschlossen werden musste. Der Verfasser des jüngeren Rechtsbuches glaubte in diesem Punkte strenger sein zu müssen, er forderte einen förmlichen Beweis. Sollte die Entschädigung des Verletzten dafür gelten, so musste sie auf richterlichen Befehl, also auf den Grund eines siegreich durchgeführten Prozesses erfolgt sein . . . Nach der Lehre beider Rechtsbücher werden also Diebe und Räuber schon durch die verübte Tat rechtlos“ (!) (S. 56—60).

Schwerlich wird man dieser Beweisführung zustimmen können. M. E. hat man sich dahin zu entscheiden, dass nach Ssp. I 38 bei Diebstahl und Raub allerdings schon die Tat an sich, aber nur die gerichtlich festgestellte Tat, rechtlos macht,

dagegen nach Schwsp. W. 38, 39 = L. 41, 42 erst die gerichtliche Verurteilung wegen der Tat. In Ssp. I 38 kommt alles an auf die Worte: „die diüve oder rof sünet oder weder gevet, unde se des vor gerichte verwunnen werdet“. Es fragt sich, ob hier die Rede ist von einer gerichtlichen Verurteilung zur Sühne oder von einer gerichtlichen Feststellung aussergerichtlich erfolgter Sühne als eines Beweisindiziums der Tat im Buddeschen Sinne. M. E. von letzterer. Mit der ersteren ist dann natürlich vollends Rechtlosigkeit gegeben. Schwsp. (W.) 38 hat ja nun zwar jene Sachsenspiegelworte zum Vorbilde, wenn er sagt: „die diupheit oder den rehten strazroup vergolten hant, die des mit gerichte betwungen sint“. Gleichwohl kann er hierbei nur eine gerichtliche Verurteilung zur Sühne im Sinn haben, da nach Schwsp. (W.) 39 bis zum Eintritt gerichtlichen Zwanges die Rechtlosigkeit noch durch tätige Reue abgewendet werden kann (vgl. oben S. 326), also auch die Rechtlosigkeit noch nicht an die Tat selbst geknüpft sein soll. Die Abweichung vom Sachsenspiegel dürfte sich daraus erklären, dass hier, wie so oft, der Verf. des Schwabenspiegels die kirchliche Auffassung zur Geltung gebracht hat.

Bezüglich der sonstigen Verbrechen, die Rechtlosigkeitsgründe sind, hat Budde richtig erkannt, dass eine richterliche Tätigkeit die Auslösung der Rechtlosigkeit vermittelt. „Die Strafe der Rechtlosigkeit wird zwar niemals direkt vom Richter ausgesprochen, sie ist aber von selbst mit allen Kapitalstrafen, verstümmelnden Strafen und körperlichen Züchtigungen verbunden“ (S. 60 f.).

Das Verzeichnis der rechtlosen Personen in Ssp. I 38 § 1 werde namentlich vom vermehrten Sachsenspiegel IV 24<sup>5)</sup> um eine Reihe von rechtlos machenden Verbrechen erweitert. „Als solche werden genannt: 1. Notzucht und Ehebruch, 2. Verwandtenmord<sup>6)</sup>, 3. Verrat oder Tötung des eigenen Herrn, 4. Ketzerei, 5. Zauberei, 6. Verlassen des Herrn ohne Urteil und Recht und Befehlen desselben, 7. Meineid<sup>7)</sup>. In diese

<sup>5)</sup> Vgl. Ortloff a. a. O. S. 232.

<sup>6)</sup> Const. pac. Fr. d. II. v. J. 1235 (Mon. Germ. IV Leg. II fol. 316, 5; 4<sup>o</sup> Leg. IV tom. II. p. 245 Nr. 16).

<sup>7)</sup> Vgl. Verm. Ssp. IV 43, 12, Ortloff, a. a. O. S. 264. Eine ganz ähnl-



Kategorie ist auch der bestochene Zeuge zu stellen<sup>8)</sup>. An einem anderen Orte desselben Rechtsbuches (V 5 ff.) werden hinzugefügt 8. gewisse Betrügereien der Handwerker“. Das Rechtsbuch wiederhole für jeden einzelnen Fall besonders, dass der Täter vorwunden d. h. gerichtlich überführt sein müsse. Es werde hier also erst der verurteilte Täter rechtlos (S. 64 bis 66). Letzteres geht zu weit. Das „verwunden“, d. i. die gerichtliche Feststellung der Tat, und die Verurteilung wegen der Tat ist zweierlei (vgl. oben S. 328). Gewöhnlich wird ja beides zusammengefallen sein. Notwendig war dieses nicht. Sehr wohl denkbar ist, dass behufs Feststellung der Unfähigkeit zum Richter- oder Schöffenamte eine frühere rechtlos machende Tat des Anwärters gerichtlich festgestellt wurde, ohne dass es sich jetzt um seine Verurteilung handelte. Oder man denke an den Fall, wo für einen Erschlagenen das Wergeld verlangt, aber von der anderen Seite eingewandt wird, dass er sich früher rechtlos gemacht habe. Auch hier kann wohl eine „Verwundung“, eine gerichtliche Feststellung des Rechtlosigkeitsgrundes, nicht aber eine Verurteilung wegen desselben erfolgen. (Vgl. auch Ssp. I 64.)

Schliesslich erörtert B. noch als Rechtlosigkeitsgrund die Reichsoberacht (vgl. oben S. 297). Er folgt in diesem Punkte ganz Marezoll (oben S. 263). Er ist nämlich der Meinung, dass hier die Rechtlosigkeit zunächst in der weitergreifenden Wirkung der Reichsoberacht, in der Echtlosigkeit aufgeht. Dem Geächteten steht es aber „immer noch frei, sich aus der Oberacht zu ziehen; er gewinnt dadurch seine Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit wieder, rechtlos bleibt er dennoch. Die Rechtlosigkeit kann also die übrigen Wirkungen der Oberacht überdauern und tritt alsdann selbständig hervor“ (S. 73—78)<sup>9)</sup>.

---

liche Zusammenstellung sei schon in der 1. Wisig. II 4, 1 enthalten. Es heisst hier: „Homicide, malefici, fures, criminosi sive venefici, et qui raptum fecerint vel falsum testimonium dixerint, seu qui ad sortilegos divinosque concurrerint nullatenus erunt ad testimonium admittendi“.

<sup>8)</sup> Verm. Ssp. IV 47, 13, Ortloff a. a. O. S. 277; Gosl. Stat. (Göschel) S. 96 Z. 37.

<sup>9)</sup> S. 78—80 handelt Budde von der Restitution der Rechtlosen, S. 80—90 vom Beweise der Rechtlosigkeit.

## § 23.

**Die Ehrlosigkeit bei Budde.**

Indem B. die Rechtlosigkeit als Standeslosigkeit auf- fasste, gab er ihr einen ähnlichen Inhalt, wie Eichhorn und seine Anhänger ihn der Ehrlosigkeit unterlegt hatten. Nur einen ähnlichen Inhalt! Die Abweichung kennzeichnet Budde S. 91 selbst. Jenen früheren Ehrlosigkeitsbegriff hatte man als Verlust der Standesrechte bestimmt, „ohne gerade an eine Aufhebung jeder Standschaft überhaupt zu denken; nur die besonderen Vorrechte des höheren Standes, meint(e) man, sollen dem Ehrlosen verloren gehen“. Budde sah in der Recht- losigkeit einen Verlust jeden Standes.

Gegen den früheren Ehrlosigkeitsbegriff zieht Budde (S. 91 ff.) zu Felde. Vornehmlich aus der Anwendung des Wortes Ehre im kleinen Kaiserrecht war er gewonnen (vgl. oben S. 253). B. bemerkt, daraus, dass hier die eigentümlichen Vor- rechte gewisser Personenklassen einige Male als deren Ehre hervorgehoben seien, lasse sich nicht der Schluss ziehen, dass der Ausdruck „Ehre“, abweichend vom jetzigen Sprachgebrauch, ausschliesslich oder auch nur vorzugsweise für jene Vorrechte gebraucht sei. „Wäre die Ehrlosigkeit wirklich eine Erniedri- gung des Standes, so liesse sich schwer einsehen, wie der Ver- fasser des Sachsenspiegels dieselbe über die unterste Klasse der Unfreien, deren Standesrechte gar nicht weiter herab- zudrücken sind, ohne ganz zu verschwinden, als Strafe verhängen könnte“. Hierfür beruft sich B. auf Ssp. II 19 § 2<sup>1)</sup>. Auch zitiert er: Wst. zu Schafheim (Grimm I S. 826): „sol der arme (der Hofhörge) siner druwe und globde und eren nit beraubt sin“.

B. unternimmt nunmehr eine andere Wortinterpretation. Er geht von der modernen Bedeutung des Wortes Ehre aus. „Bleiben wir . . . einstweilen bei dem neueren Begriffe der Ehre stehen und versuchen von da aus den Ausdruck im Sprachgebrauche des Mittelalters zu erklären. Heutzutage be- deutet Ehre die aus der Übereinstimmung des seinen Willen äussernden Menschen mit der Idee dieses Willens hervorgehende

<sup>1)</sup> Oben S. 264 f.

Würde der Person überhaupt; die Ehre als ‚guter Name‘ ist die äussere Achtung, auf welche zufolge jener Würde der einzelne Anspruch hat. Die Grösse dieses Anspruches hängt zunächst von dem sittlichen Verhalten des Individuums ab: einen gewissen Grad von äusserer Achtung und Anerkennung hat jeder Mensch zu fordern; er vermindert aber seine allgemein menschliche Ehre durch jede unsittliche Tat, welche ihn notwendig in den Augen seiner Mitmenschen herabsetzt. Die Übertretung des Sittengesetzes kommt dabei allein in Anschlag; die Tat kann vor dem Rechtsgesetze straflos sein. Es ist unzweifelhaft, dass unsere Quellen von demselben Grundbegriffe ausgehen, was deutlich aus den bekannten Worten des Sachsenspiegels erhellt I 5 § 2: ‚Wif mach mit unkuscheit irs lives ire wifliken ere krenken‘ etc. . . . Umfassender, aber ebenfalls mit deutlicher Beziehung auf das Sittengesetz, redet der Schwabenspiegel von der Ehre. Landr. (W.) 229 ‚Daz wir sprechen an ir ere, daz meine wir also: . . .‘ (usw. wie oben S. 255, Budde S. 91—94).

Mit diesem allgemeinen Begriffe der Ehre setzt B. dann den im kleinen Kaiserrecht auftretenden als besonderen Ehrbegriff in Beziehung. Er sagt S. 94: „Im Staatsleben gewinnt nun dieser abstrakte Begriff eine etwas konkretere Gestalt: zu jenem allgemeinen Massstabe der Ehrhaftigkeit kommt hier ein zweiter durch die höhere oder niedrigere Stellung, welche der einzelne in der bürgerlichen Gesellschaft einnimmt. Der Geburtsstand kommt dabei nicht allein, ja nicht einmal vorzugsweise in Betracht; sehr oft ist von der ‚pfäfflichen Ehre‘, von der besonderen Ehrfurcht und Achtung, worauf die Geistlichen Anspruch haben, die Rede<sup>2)</sup>; ebenso wird der fürstlichen<sup>3)</sup> und richterlichen<sup>4)</sup> Ehre gedacht; ganz in demselben Sinne spricht auch das kleine Kaiserrecht von den besonderen Ehren, welche Mitglieder der ritterschaftlichen Korporation und der städtischen Gemeinden neben der allgemeinen bürgerlichen Ehre im Staate geniessen. Auf diese Weise kann also

<sup>2)</sup> Schwsp. (W.) 110 Z. 40 = L. 130 b, c; alte Kulm. V 68.

<sup>3)</sup> Schwsp. (W.) 258 Z. 13 = L. 313 a.

<sup>4)</sup> Grimm W. I 490, II 330.

die Ehre eines Menschen durch Umstände, welche mit seinem sittlichen Verhalten nicht zusammenhängen, ja vielleicht ganz ausserhalb seiner Willensbestimmung liegen, einen Zuwachs erhalten, niemals aber kann sie darauf allein sich gründen, vielmehr ist eine besondere Ehre ohne die allgemeine undenkbar. Der Begriff der Ehre bleibt seinem Wesen nach unverändert; der Anspruch auf Achtung, welchen die allgemeine Ehre gewährt, wird durch die besondere erhöht; aber auch die letztere hat nur darin ihre Geltung, dass sie in der öffentlichen Meinung Anerkennung findet. Dies zeigt sich unter anderem darin recht deutlich, dass, wenn Entziehung oder Schmälerung der Ehre als Strafmittel angewendet werden soll, diese Absicht niemals durch einen einfachen richterlichen Ausspruch zu erreichen ist, weil dadurch allein die öffentliche Achtung niemandem entzogen werden kann: auf indirekte Weise kann dagegen allerdings das richterliche Urteil die Ehre treffen: einesteils genügt schon die blosser Aufdeckung von Handlungen, welche einen Mangel an ehrliebender Gesinnung verraten . . . noch sicherer wird aber jener Erfolg eintreten, wenn auf eine rechtswidrige Tat eine Strafe folgt, welche dem Bestraften nach der im Volke herrschenden Ansicht einen dauernden Schimpf zuzieht“ (S. 94—96).

In diesen wieder mehr rationalistischen, als auf den Quellen fassenden Ausführungen Buddes ist zunächst ein — vom rechtsphilosophischen Standpunkte aus gesehen — richtiger Gedanke ausgesprochen, wenn auch nicht mit hinreichender Konsequenz festgehalten. Mit grösserer Bestimmtheit formuliert, besagt er, dass sowohl in Ansehung der allgemeinen, als auch der besonderen Ehre, wie sie von Budde dargestellt sind, zwischen Ehre im subjektiven und objektiven Sinne zu unterscheiden sei. Jene ist der auf dem Verhalten des Individuums beruhende sittliche Wert desselben, die Würde seiner Persönlichkeit; diese ist die Achtung, die Anerkennung des Wertes, die Wertung der Würde seitens der Mitmenschen, seitens der öffentlichen Meinung. Die erstere gibt einen Anspruch auf die letztere.

An diesen Gedanken über die Ehre, und zwar speziell über die Ehre im subjektiven Sinne, knüpft Budde an, um mittels

weiterer Handhabung der Wortinterpretation den Begriff der Ehrlosigkeit zu erhalten. Wenn man diesen quellenmässigen Ausdruck nicht für einen willkürlich gewählten halten wolle, erscheine „es als unmöglich, die Ehrlosigkeit als den Verlust einzelner ausgezeichneten Ehrenrechte zu fassen: man kann darunter nur den gänzlichen Mangel jedes Anspruchs auf Anerkennung der persönlichen Würde verstehen“ (S. 96). B. meint natürlich die Anerkennung seitens der Mitmenschen. Schon hiermit, mehr aber noch durch die weitere Ausführung, dass man es bei der Ehrlosigkeit „nicht mit einem im positiven Rechte gegründeten Institute zu tun“ habe<sup>6)</sup>, zeigt Budde, dass sein Begriff der mittelalterlichen Ehrlosigkeit nichts anderes ist, als der gemeinrechtliche Begriff der *infamia facti* in einem anderen Gewande. Der Ehrlosigkeitsbegriff Buddes ist also lediglich der durch eine vorzugsweise rationalistische Begründung etwas aufgeputzte Leumundsbegriff Eichhorns (vgl. oben S. 275). Unten im § 28 werden wir sehen, dass Budde die Marezollsche Erweiterung dieses Leumundsbegriffes ebenfalls mit hinzugenommen hat.

Während die Wortinterpretation von Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit Budde zu einer Feststellung dieser Begriffe nach ihren rechtlichen Wirkungen geführt hat, sieht er sich nach Anwendung desselben Verfahrens auf die Ehrlosigkeit vor die Notwendigkeit gestellt, dieselbe in erster Linie nach ihren Entstehungsgründen zu charakterisieren. Hierin begegnet er sich mit Albrecht (vgl. oben S. 275). Wir sahen, wie nach Budde die Ehrlosigkeit wurzelt in einem Verhalten, welches in den Augen der Mitmenschen die sittliche Würde der Persönlichkeit vernichtet und darum auch den Anspruch auf Achtung der Würde durch die Mitmenschen entzieht. B. fasst jenes Verhalten noch in eine andere allgemeine Formel, indem er S. 97 sagt: „Ganz besonderer Nachdruck wird auf solche verbrecherische Handlungen gelegt, welche eine vorzüglich heilig zu haltende moralische Pflicht oder ein inniges Pietätsverhältnis

<sup>6)</sup> und dass sich die einzelnen Fälle der Ehrlosigkeit und deren Entstehungsgründe nicht erschöpfend angeben liessen, dass man vielmehr, anders als bezüglich der Rechtlosigkeit, in den Quellen vergebens nach einer vollständigen Darstellung derselben suche (S. 96).

verletzen“. Die Beeinflussung durch Albrecht ist unverkennbar (vgl. oben S. 275 f.). Im einzelnen nennt B. als Pflichtwidrigkeiten jener Art ausser der Unkeuschheit der Weiber Treulosigkeit und Mangel an Wahrheitsliebe und noch spezieller den Bruch eines gelobten Friedens, ungetreue und fahrlässige Führung einer Vormundschaft, Felonie, Treubruch gegen Kaiser und Reich, Betrug, Entheiligung des Eides und des gegebenen Wortes. Budde folgt hier seinen Vorgängern Marezoll, Albrecht, (Phillips, Mittermaier), Maurenbrecher<sup>7)</sup>. Er bringt im Grunde lediglich die von ihnen bereits gefundenen Ehrlosigkeitsgründe in speziellerer Ausgestaltung und mit umfassender Sammlung von Quellenbelegen. Von diesen verdienen hervorgehoben zu werden die Stellen betreffend den Ehrverlust der Weiber durch Keuschheitsverletzung (a. a. O. S. 97 A. 1) und über die „Zusammenstellung“ der Ehre mit der Treue (ebenda A. 2). S. 101 A. 17 macht Budde darauf aufmerksam, dass es Ssp. III 78 am Schlusse der einzelnen §§ heisst: „unde ne dut weder sine trüwe nicht“ und dass dieses im Verm. Ssp. III 11, 8 wiedergegeben wird durch: „unde tun weder ore ere nicht“<sup>8)</sup>. Beachtenswert sind auch Stellen, in denen Ehre und Eid identifiziert werden (S. 98 A. 5). Schliesslich hat Budde darauf hingewiesen, dass auch die Balmundung des Vormundes wegen Pflichtwidrigkeiten nach Ssp. I 41 unter die Ehrlosigkeitsgründe zu rechnen sei (S. 100 A. 14).

Es wäre wünschenswert gewesen, dass Budde den Namen Huths, dem seine Quellensammlung betreffend die Ehrlosigkeitsgründe viel verdankt, wenigstens erwähnt hätte. Überhaupt hätte Budde, der, abgesehen von seiner originellen Ansicht über die Rechtlosigkeit, in der Hauptsache doch nur kompilatorisch vorgegangen ist, Veranlassung gehabt, seine Gewährsleute öfter als geschehen zu benennen, wenn auch zuzugestehen ist, dass er sich das bei ihnen Gefundene assimiliert hat.

Wie Budde die Gründe der Ehrlosigkeit auf das ausserhalb der Rechtssphäre liegende Gebiet der Sitte verlegt, indem

<sup>7)</sup> Vgl. oben S. 262, 275 f., (279, 281), 283.

<sup>8)</sup> Vgl. Ortloff, a. a. O. S. 158.

er eben nur ein von der öffentlichen Meinung tatsächlich missachtetes Verhalten als Ehrlosigkeitsgrund ansieht, so spricht er andererseits auch den Wirkungen der Ehrlosigkeit rechtliche Bedeutung ab. S. 102 sagt er: „Die Wirkungen der Ehrlosigkeit haben durchaus nichts eigentlich juristisches, und stehen namentlich nicht auf dem Boden des Privatrechts“. Wiederum äussert sich hier die Auffassung der Ehrlosigkeit als einer Art *infamia facti*. Rein tatsächlicher Natur sei es, dass ein Ehrloser öffentliche Ämter und städtische Magistraturen nicht bekleiden könne<sup>9)</sup>. Er sei zurückzuweisen, „weil er keinen Anspruch auf die Achtung und das Vertrauen seiner Untergebenen haben würde. Die Entscheidung darüber bleibt dem Ermessen derer überlassen, denen das Ernennungsrecht zusteht“. Ebenso sei es eine rein tatsächliche Zurücksetzung, dass die mit politischen und autonomen Rechten begabten Korporationen ehrlose Personen in ihrer Gemeinschaft nicht dulden<sup>10)</sup>. Jene Körperschaften hätten übrigens nicht bloss die Ehrlosen, sondern auch diejenigen, deren Ehre nur eine partielle Verminderung erlitten habe, ausgeschlossen. Darum hätten die städtischen Gemeinden und die Ritterschaft auch die Rechtlosen von sich gewiesen „offenbar aus keinem anderen Grunde als deshalb, weil der Standeslose nicht zu den vollkommen ehrenhaften Personen zu rechnen ist: es fehlt ihm neben der allgemeinen Ehre die besondere, welche der Stand gewährt“. Damit müsste Budde, wenn sein Gedankengang hier logisch sein soll, doch offenbar sagen wollen: Die Rechtlosen haben zwar die allgemeine Ehre; aber neben dieser ihnen verbliebenen allgemeinen Ehre

<sup>9)</sup> „Kl. Ksr. IV 23: „Me sal nymande in den rat keysen he en habe den sin ere wol vorwart“. Vgl. die Ausg. v. Endemann IV 17. Hier heisst es unter der Rubrik „Von denen die man in den rat sal kysen“: „Der keiser hat allen den bevolen, die da macht han lude czu kysen in eynen rat, daz se sich vorsehin, und alsulche lude kysen in der gemeinde rat, damit dez keyzers und der stede ere bewart sy . . . und ob er (nämlich der gekorene) wol were ein man sonder wisen rat, dorum sol me en doch nicht verstopfen und siner eren beruben, er vorwirke ez dan mit rechter missetat; so sol me en abetun, und der ere von der stat verstopfen, do he ratman ist gewesin . . . Sint in dez riches recht stet geschrebin, me en sal nymandes keischin in des keyzers kamern, he en sy es den wert“.

<sup>10)</sup> Vgl. schon oben S. 241 A. 6, S. 261 A. 12, S. 282 A. 1.

ist fortgefallen die besondere, welche der Stand gewährt. Dass nun aber die Rechtlosigkeitsgründe sämtlich zwar die besondere Ehre des Standes vernichten, dagegen die allgemeine Ehre bestehen lassen sollen, wird sofort als ein Unsinn erscheinen, wenn man nur die Rechtlosigkeitsgründe ins Auge fasst, und widerspricht auch der Glosse zu Ssp. III 16, welche Budde zu seinen eben wiedergegebenen Worten anführt. Es heisst hier: „rechtlose leute das sind, die an ihren ehren unde stande beflecket sind“<sup>11)</sup>. Wegen der Mitteilung dieser Stelle mag B. vielleicht doch nicht jene seine Worte in dem von mir interpretierten Sinne gemeint haben. Aber dann sind seine Ausführungen über die Wirkungen der Ehrlosigkeit, wie schon gesagt, unlogisch. Also Widerspruch so oder so. Budde macht es nach Art des Vogel Strauss. Er will das arge Dilemma, in welches ihn seine Theorie geführt hat, nicht sehen und hüllt darum hier, wie so oft, seine Darstellung in Unklarheit.

#### § 24.

#### **Ausschliessung des Unschuldseidsverlustes und der Lehnsunfähigkeit von den Wirkungen der Rechtslosigkeit.**

Es ist wohl schon aufgefallen, dass Budde unter den Wirkungen der Rechtslosigkeit zwei nicht mit aufgeführt hat, die von allen früheren stets ihr zugewiesen waren, nämlich Verlust des Unschuldseides und Entbehrung der Lehnsfähigkeit.

1. Bezüglich des ersteren erkennt B., dass „das Recht auf den Unschuldseid mit dem Ständewesen gar nicht im Zusammenhange steht“. Es hätte darum seinem Begriffe der Rechtslosigkeit als der Standeslosigkeit widersprochen, wenn er den Verlust des Unschuldseides als Folge der Rechtslosigkeit angesehen hätte. Indem er sich darauf beruft, dass nicht alle

<sup>11)</sup> Vgl. übrigens bei Budde im Anhang S. 158 eine Stelle aus einer Urkunde Karls IV. v. J. 1356. Sie lautet: „Posset tamen ab aliquibus, qui sue conversationis non habent noticiam, ex huiusmodi infortunio lapsus a suis iuribus iudicari et honoris ac status sui recipere detrimentum“. B. übersetzt sie: „es könnte indes derselbe . . . von Leuten, welche sein Betragen nicht kennen, aus Veranlassung eines solchen Unglückes für rechtlos gehalten werden und dadurch an Ehre und Stand Schaden leiden“ (S. 159). Vgl. dazu die Äusserung Gerbers oben S. 317.



Rechtlosen, sondern nur die „gewordenen“ des Unschuldseides darben, sagt er: „Die Entziehung des Unschuldseides darf überhaupt nicht unter die Folgen der Rechtlosigkeit gezählt werden, sie muss für eine davon unabhängige, eigentümliche Wirkung des Verbrechens gelten, die sich eigentlich von selbst versteht“ (S. 69). Jeder Verbrecher zeigt überhaupt, „dass es ihm an dem Rechtsgeföhle fehle, welches die Begehung einer unerlaubten Tat unmöglich macht, und er verdient wenigstens dann keinen vollen Glauben mehr, wenn er einer neuen Anklage durch Leugnen entgegen will“ (S. 70); „aber das Recht auf den Eid, welches ein völlig unerschüttertes Vertrauen voraussetzt, kann seiner Natur nach schon vor dem blossen Verdachte eines Verbrechens nicht mehr bestehen; und so ist es dann möglich, dass jemand dasselbe verliert, der wegen mangelnden Beweises nicht rechtlos wird“ (S. 71). In Kap. 131 des rigischen Ritterrechts (Oelrichs S. 115), welchem Ssp. II 13 zugrunde liege, werde unter anderen ein Fall erörtert, in welchem jemand nach vorangegangener zweimaliger Freisprechung zum dritten Male eines Diebstahls wegen in Anspruch genommen werde. Die ihn treffende Versagung des Unschuldseides kommentiert Budde folgendermassen: „so ist nun der Verdacht gegründet genug, ihm den Eid . . . zu entziehen, und ihn zum Gottesurteile zu verdammen, obschon er die beiden ersten Male freigesprochen wurde und also keineswegs rechtlos ist“ (S. 71 u. 72). „Der Inhalt dieser Stelle führt hiernach genau zu demselben Ergebnisse. . . . Des Unschuldseides entbehrt zwar jeder rechtlose Verbrecher, die Entziehung desselben hat aber andere, und zwar weniger Bedingungen und Voraussetzungen, als seine Rechtlosigkeit, kann also nicht Wirkung der letzteren sein“ (S. 73). In diesen Ausführungen steckt viel Wahres.

2. Dass der Mangel der Lehnsfähigkeit nicht Wirkung der Rechtlosigkeit sei, begründet B. aus Ssp. Lehn. Art. 2: „Pffaffen, wib, dorfere, koufute und alle die rechtes darben oder unecht geboren sin und alle die nicht en sin von ritters art von vater und von eldervater, die suln lenrecht darben“. Weil die ritterliche Ehre und Auszeichnung auf dem Waffenrecht beruhe, so seien zunächst ausgeschlossen die Werlosen, die Pffaffen, Weiber, Bauern und Kaufleute. Das Waffenrecht solle im übrigen nur

der haben, dessen Vorfahren dasselbe bereits zwei Generationen hindurch besessen hätten. Ausgeschlossen seien mithin alle, welche nicht vier ritterliche Ahnen aufzuweisen vermöchten. Hieraus erkläre sich wieder die Zurückweisung eines Teiles der Rechtlosen, nämlich der unecht geborenen und der Kinder der Kämpfer. Die Lehnsunfähigkeit der übrigen Rechtlosen habe ihren Grund in ihrer verminderten Ehrenstellung oder gar in ihrer völligen Ehrlosigkeit. Kämpfer und Spielleute führten nämlich eine unritterliche Lebensweise; Verbrecher seien völlig ehrlos: „also nicht die Rechtlosigkeit ist die eigentliche Ursache der Ausschliessung von Ritterschaft und Lehnrecht, vielmehr sind die Ursachen verschieden nach den verschiedenen Entstehungsgründen der Rechtlosigkeit“ (S. 104 u. 105).

Im Widerspruche mit seinem sonstigen Begriffe der Ehrlosigkeit hat Budde dieser hier übrigens eine Wirkung zugewiesen, die man als eine durchaus juristische betrachten muss. — Offenbar ganz verfehlt ist die Auffassung, dass die Lehnsunfähigkeit der unehelich Geborenen und der Kinder der Kämpfer auf den Mangel der vier ritterlichen Ahnen zurückzuführen sei. Es unterliegt m. E. gar keinem Zweifel, dass sie ebenso wie die anderen Rechtlosen von Ritterberuf und Lehnrecht nur wegen eines Ehrenmakels ausgeschlossen waren, der ihnen als Kindern der Sünde bzw. als zu dem unehrlichen Gewerbe der Kämpfer Geborenen anhaftete. Vom Standpunkte der Einheitlichkeit von Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit erklärt sich also jene Stelle ganz ungezwungen, während die Buddesche Interpretation doch eine höchst gewaltsame ist.

## § 25.

### **Buddes Begriff einer mildereren Echtlosigkeit.**

Schon oben (S. 299 § 17 a. E.) erwähnte ich, dass Budde noch eine zweite Art der Echtlosigkeit kennt. Er stellt sie der erörterten Echtlosigkeit höchsten Grades, der strengeren Echtlosigkeit als mildere gegenüber (S. 115). Um diesen Gegensatz klarzustellen, muss man zunächst wieder Ordnung in das Gewirr der Buddeschen Darstellung bringen. Auf Grund

von Ssp. I 51 § 1 unterscheidet B. drei Klassen: 1. die bloss Echtlosen, 2. die bloss Rechtlosen, 3. die Echt- und Rechtlosen. In jener Stelle heisst es: „It is menich man rechtlos de nicht n'is echtlos; wende en rechtlos man mut wol elik wif nemen unde kindere bi ire gewinnen, die ime evenburdich sin; die muten ok wol sin erve nemen, unde irer muder also, wende sie en evenburdich sin: se ne tveien von in mit egenscap“. Hierzu bemerkt Budde: „In den Anfangsworten wird gesagt, Rechtlosigkeit und Echtlosigkeit bestehen nicht immer nebeneinander; daraus folgt, dass es . . . auch Menschen gibt, welche rechtlos und echtlos zugleich sind“. Demgemäss bildet er seine drei Kategorien. Als Kennzeichen der Echtlosen, also auch der ersten Klasse, ergebe sich aus der Stelle, dass jene keine Ehe schliessen oder wenigstens in ihrer Ehe niemals ebenbürtige Kinder erzeugen könnten, denen sie ein Erbrecht zu verschaffen vermöchten. Daher erhielten in der ersten Klasse ihren Platz Geistliche und überhaupt alle durch ein bindendes Gelübde der Keuschheit zum ehelosen Leben Verpflichteten. Die Stelle nehme unmittelbar nur auf die beiden anderen Klassen Rücksicht. Diese begriffen sämtliche Rechtlosen, von denen einige bloss rechtlos seien, die anderen zugleich echtlos: „den Unterschied findet der Verfasser darin, dass die Rechtlosigkeit allein niemanden hindert, ein eheliches Weib zu nehmen und Kinder mit ihr zu zeugen, welche ihm ebenbürtig sind und seine Erben werden, welche auch ebenso ihre Mutter unter Voraussetzung der Ebenburt beerben“.

Es scheine nun aber, als fehle allen Rechtlosen vielleicht mit alleiniger Ausnahme der Kämpfer die Ebenbürtigkeit mit ihren Kindern. Denn wenn sie wirklich ohne Stand seien und dieser Mangel, abgesehen von der Rechtlosigkeit der Kämpfer, nicht vererblich sei, so würden doch offenbar insoweit die ehelichen Deszendenten der Rechtlosen, sollten sie auch nur in den untersten Stand kommen, stets höher stehen, als ihr Prens: von einer Standesgleichheit könne niemals die Rede sein. „An dieser Konsequenz muss nun aber, so scheint es, die ganze Theorie von der Standeslosigkeit scheitern; sie gerät in direkten Widerspruch mit den Anfangsworten unserer Stelle. Aber es ist wohl zu beachten, dass der höhere Stand des Erben ihm

sein Erbrecht nicht entzieht<sup>1)</sup>; fordert der Verfasser Ebenburt, so will er damit nur diejenigen ausschliessen, welche von geringerem Herkommen sind als der Erblasser. Sodann aber darf ebensowenig übersehen werden, dass hier nicht von dem gleichen Stande überhaupt, sondern vielmehr nur von der gleichen Geburt gesprochen wird. Diese Unterscheidung beruht keineswegs auf einer leeren Spitzfindigkeit: ihre Notwendigkeit geht aus folgender einfachen Betrachtung hervor. Soll die Rechtlosigkeit der Eltern den Kindern regelmässig nicht schaden, so muss man, um den Geburtsstand der letzteren zu bestimmen, eine Fiktion gelten lassen: man muss zu diesem Behufe die Tatsache übersehen, welche die Rechtlosigkeit herbeiführte, und die Eltern in den Zustand zurückversetzen, in welchem sie sich vorher befanden, um dann die Regel anzuwenden, dass die Kinder aus einer gleichen Ehe des Vaters Stande angehören, die aus einer ungleichen Ehe der ärgeren Hand folgen; dem Rechtlosen wird es auf diese Weise möglich, ebenbürtige Nachkommen zu erzeugen, d. h. Nachkommen, welche in seinen von ihm verlorenen Geburtsstand eintreten. Jene Fiktion hat aber nur für diejenigen Rechtlosen Bedeutung, welche bei ihrer Geburt einen Stand hatten und diesen später durch eigenes Verschulden einbüssten: die rechtlos Geborenen bleiben ausgeschlossen; deren eheliche Kinder sind allemal besser geboren als sie selbst, ihnen also niemals ebenbürtig“. Überdies würden sie gegen die Regel, dass die bessere Geburt dem Erben nicht schade, von ihren ehelichen Kindern nicht beerbt. Ein späterer Bearbeiter des Sachsenspiegels habe deswegen unserer Stelle die Worte beigelegt: „Echt man noch echt wif ne nimit ok unechtes mannes erve nicht“. Bei den rechtlos Geborenen träfen darum alle Merkmale der Echtlosigkeit zu, welche in jener Stelle angegeben würden. Als rechtlos und zugleich echtlos seien darum in die dritte Klasse zu stellen die rechtlos Geborenen und die Kämpfer. Die Echtlosigkeit dieser Rechtlosen beruhe darin, dass sie keine ebenbürtigen und erbfähigen Deszendenten haben könnten. Die rechtlos Geborenen könnten in ihrer Ehe nur besser geborene, die

<sup>1)</sup> Ssp. III 72 (73).

Kämpfer nur schlechter geborene Kinder haben. Somit blieben für die zweite Klasse als bloss Rechtlose übrig alle Personen, welche durch Verbrechen oder verächtliche Lebensweise ihr Recht verloren haben, mit Ausnahme der Kämpfer. In der dritten Klasse gesellten sich zu den rechtlos Geborenen und den Kämpfern noch die Friedlosen, „welche in der alten Bedeutung des Wortes echtlos sind: da diese ausserhalb alles Rechtes stehen, so können sie gar keine rechtlich anzuerkennende Ehe weiter führen; alle in diesem Zustande von ihnen erzeugten Kinder sind mithin unehelich und deshalb rechtlos. Hätte der Verfasser unserer Stelle nur jene alte Echtlosigkeit der Rechtlosigkeit gegenüber stellen wollen, so würden sich ihm andere und bedeutendere Unterschiede dargeboten haben; allein es kam ihm darauf an, Kennzeichen aufzustellen, welche beiden Arten der Echtlosigkeit, der milderen und der strengeren, gemein sind und dennoch beide Arten in ihrem Gegensatze zur einfachen Rechtlosigkeit auszeichnen“. Man sieht also: der Friedlosigkeit als der strengeren Echtlosigkeit hat Budde als mildere gegenübergestellt lediglich die Unfähigkeit zur Ehe oder doch zur Erzeugung ebenbürtiger und erbfähiger Kinder.

Die vermeintliche Entdeckung der drei Personenklassen in Ssp. I 51, 1 bedarf kaum der Widerlegung. Offen genug zur Schau trägt sie ihre Eigenschaft als Produkt einer rein abstrakten und dem Inhalt der Quellen mit den Fäden der Dialektik das Leben abschnürenden Spintisirerei.

Immerhin dürfte sie einigermaßen angeregt sein durch die freilich in diesem Punkte von einem ähnlichen Vorwurfe nicht ganz frei zu sprechende und namentlich kanonische Gelehrsamkeit zur Geltung bringende Glosse zu Ssp. I 51. Es heisst hier (im Augsburger Druck von 1516): „Echte loss is ok drierley. Etlike is echteloss geboren dat is unechte . . . Dy anderen sin eelick geboren unnn sint doch echteloss, als dat sy nen eelick wyff nemen muten. Desser hebbent etlike vorlovet als geistlike lüde (ut 27. q. 2. c. virgine). Etlike hebbent verwracht, als dy twe susteren oder muder unnn dochter beschlappen hebben (ut 32. q. 7 c. quedam et c. si quis et c. qui dormierit). Dy drüdden sint echteloss geboren unde mogen

echte wyff nemen. Aver dy nut des echtes hebben sy nicht, dat is an ereme gude tu ervene, unn dat sy nen erve nemen . . .“

Ein weiteres Element, welches im Verein mit dem vorgeannten hauptsächlich die Bildung der Buddeschen Ansicht über die strengere und mildere Echtlosigkeit bewirkt hat, stellt höchstwahrscheinlich dar Homeyers Anzeige von Weiskes Grundsätzen des deutschen Privatrechts nach dem Sachsenspiegel etc. in den „Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik“ 1827 S. 1315 f. Homeyer führt hier aus: „. . . Das Substantiv Echt ist wie das ihm verwandte bekanntere E, Ee in allgemeinerer Bedeutung gleich lex, legitimum; in besonderer hat es eine Beziehung auf das Familienverhältnis. Im Ssp., wo es III 28 § 1 und in einigen Handschriften auch I 38 § 3 in der Verbindung Echt und Recht vorkommt, bezeichnet es nach unserer Ansicht die Rechtsfähigkeit in bezug auf Familienrecht und das damit zusammenhängende Erbrecht, und ergänzt somit den Begriff Recht, d. i. diejenige Rechtsfähigkeit, die durch das Zutrauen der Genossen, durch die bürgerliche Ehre bedingt wird, deren Wirkungen sich mehr auf das öffentliche Leben beziehen<sup>2)</sup>. Dies findet seine Bestätigung durch I 51 § 1, wo es heisst, der Rechtlose sei deshalb noch nicht echtlos, denn er könne ja ein Eheweib nehmen und Kinder zeugen, die ihm ebenbürtig wären und ihn beerben könnten. Der Echtlose ist also hierzu nicht imstande.

Fragen wir nun, wer ohne Echt sei, so müssen wir zunächst einen gewissen, wenn auch nicht völligen, Mangel daran bei den ausser der Ehe erzeugten annehmen, denn es ist bekannt, . . . wie diese nicht nur rechtlos im alten Sinne, sondern auch in Familiengerechsamem und Erbfähigkeit beschränkt sind. Daher werden sie freilich nicht echtlos genannt, aber doch vorzugsweise mit dem analogen unecht, und dem hiemit ganz promiscue vorkommenden unehlich bezeichnet; . . .

---

<sup>2)</sup> Möglichenfalls ist Homeyer hier auch der geistige Vater von Zöpfls Ansicht über die Rechtlosigkeit gewesen (vgl. oben S. 285), zumal Zöpfl sich sonst zunächst namentlich an Weiske angelehnt hat, den Homeyer hier rezensiert, was Zöpfl bekannt geworden sein mag.

Diejenigen ferner, die durch jahrelanges Verharren in der Reichsacht in die Oberacht gekommen, büßen alle Rechtsfähigkeit überhaupt ein. Sie sind daher nicht nur rechtlos im Sinne des Mittelalters, verlieren ferner nicht nur ihre Güter, sondern werden auch echtlos. Darum heisst es I 38 § 3 in einer Verbindung, die keinen Zweifel lässt, dass der Geächtete gemeint sei: seitdem (d. i. seit er in die Oberacht gekommen) mag der unechte Mann keine echten Kinder mehr gewinnen. — Das Resultat ist: Echtlosigkeit bezeichnet nicht den Zustand des in der Oberacht befindlichen, sondern des der Familienrechte darbenenden; der letztere Zustand ist jedoch eine der Folgen des ersteren“.

Budde hatte also wohl nach Kompilatorenart einerseits den Homeyerschen Echtlosigkeitsbegriff als mildere Echtlosigkeit übernommen, anderseits aber auch den hergebrachten Echtlosigkeitsbegriff der herrschenden Meinung als strengere Echtlosigkeit beibehalten. So verfehlt nun aber auch seine so zusammengesetzte Ansicht ist, des dogmengeschichtlichen Interesses entbehrt sie nicht<sup>3)</sup>.

## § 26.

### Exkurs über Ssp. I 38—51

(insbes. über I 51, die Glosse hierzu und den Einfluss der Glosse auf die Magdeburger Praxis).

Die Buddesche Auffassung, dass in Ssp. I 51 § 1 der Rechtlosigkeit nicht lediglich die Echtlosigkeit = Friedlosigkeit entgegengestellt sei, muss sofort als irrig erkannt werden, wenn man den Zusammenhang ins Auge fasst, in welchem die Stelle steht. In art. 36 und 37 hat der Spiegler von den unehelichen

---

<sup>3)</sup> Solches kommt überhaupt einer jeden Mühe zu, welche der Lösung eines Problems zugewandt worden ist, ob sie Erfolg hatte oder nicht. Auch auf die Dogmengeschichte ist es anzuwenden, was Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I S. 4, von der Rechtsgeschichte sagt: „Sie hat . . . die Berechtigung ihrer Existenz in sich selbst und braucht sie nicht erst durch den Nutzen zu begründen“. . . . Aber die Überlieferung von als solchen erkannten Irrgängen kann auch für die Erkenntnis des Weges zur Wahrheit Nutzen tragen.

Kindern gesprochen. Sie geben ihm Veranlassung, überhaupt der Rechtlosen zu gedenken (art. 38), und zwar zunächst der geborenen und sodann der gewordenen (38 § 1) (vgl. oben S. 324 ff.). Zu letzteren gehören auch diejenigen, die Jahr und Tag in der Reichsacht gewesen sind, die der Oberacht verfallenen: „die delt man rechtlos, unde verdelt in egen unde len“ (38 § 2). Zwischen 38 § 1 und 38 § 2 besteht aber auch ein innerer Zusammenhang. Die Gedankenreihe ist: 1. Geborene Rechtlose; 2. gewordene Rechtlose: a) unmittelbar durch die Tat rechtlos Gewordene, § 1: die diüve oder rof sünet oder weder gevet, unde se des vor gerichte verwunnen werdet (vgl. oben S. 328); b) die jedenfalls durch Verurteilung im kontradiktorischen Kriminalverfahren rechtlos Gewordenen, § 1: die ir lif oder hut unde har ledeget; c) die im Kontumazialverfahren der Verfestung schliesslich rechtlos Gewordenen, § 2: Die ok jar unde dach in des rikes achte sin, die delt man rechtlos usw. Offenbar mit Bezug auf diese letzteren heisst es in 38 § 3: „Echte kindere ne mach de unechte man seder mer nicht gewinnen“. In art. 39 ist dann von einer Begleiterscheinung der infolge von Raub oder Diebstahl „gewordenen“ Rechtlosigkeit die Rede, nämlich vom Verluste des Unschuldseides. art. 40 handelt von der Absprechung von Ehre und Lehnrecht wegen Treulosigkeit oder Heerflüchtigkeit, art. 41 von der Balemundung des Vormundes eines Mädchens oder einer Witwe wegen Veruntreuung. Warum die beiden Artikel in diesem Zusammenhang? Demjenigen, welcher Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit als ein einheitliches Institut erkannt hat, muss es alsbald klar sein, dass hier nur weitere besondere Fälle einer durch Verwirkung entstandenen Recht- bzw. Ehrlosigkeit aufgeführt werden. Im Anschluss an die Erwähnung des Vormundes verbreitet sich der Spiegler dann eingehender über die Vormundschaft (art. 42—49). Dabei zeigt er in art. 48, dass seine bisherigen Erörterungen, also auch die Erwähnung der Fälle der Treulosigkeit, Heerflüchtigkeit und Balemundung des Vormundes noch in einer um den Begriff der Rechtlosigkeit liegenden Gedankensphäre sich gehalten haben. Denn in art. 48 § 1 greift er wieder zurück auf die beiden Kategorien der geborenen und gewordenen Rechtlosen „Alle die unecht geboren sin oder de



sik rechtlos gemaket hebbet“. Freilich stellt er hierbei die Verbindung her mit dem Gesichtsfelde, welches sich durch die Behandlung der Vormundschaft inzwischen eröffnet hat. Er sagt ja von diesen Rechtlosen: „die ne mogen nenen vormünden hebben an ir klage noch an irme kampe“. Von hier kommt er auf den Kampfvormund des Lahmen (48 § 2). Dieser kann sich aber auch eines Kämpfers bedienen. „weret aver he sik mit kempen, jene mach ine wol bereden mit kempen . . . unde ne scadet ime to sime rechte nicht“. Also wenn sich der Lahme mit Kämpfern verteidigt, dann muss er sich auch gefallen lassen, dass der Gegner ebenfalls Kämpfer für sich streiten lässt. Dadurch soll aber der Lahme nicht rechtlos werden. Im allgemeinen gilt zwar der Satz: „mit kempen ne mach aver he (der Gegner) enen unbesculdenen man an sime rechte nicht bereden“; im allgemeinen sind nur gewisse Rechtlose dem ausgesetzt, dass man Kämpfer gegen sie auftreten lässt. Wie der Lahme sich hiernach verteidigen kann: „Alsüs mut man enen doden ok wol weren, of man ine bereden wel“. Der spätere Verf. von art. 49 und 50 § 1 geht von dem Gedanken an den Lahmen und Toten weiter. Zunächst kommt er von dem Lahmen auf den Fall: „Sprikt en gewundet man den to kampe an, de ine gewundet hevet, unde ne mach he vor unkraft sines lives denne dat kamp nicht vulbringen“ (art. 49). Nahe lag es, nunmehr auch des umgekehrten Falles zu gedenken, dass der Verwundete oder gar Getötete vom Täter zu seiner Entschuldigung des Friedebruches bezichtigt wurde, der den Täter in Notwehr versetzt habe. Mit Bezug hierauf heisst es in art. 50 § 1: „ne vulkumt he's nicht, he is selve verwunnen des ungerichtetes, des he an ime gedan hevet“. Mit Rücksicht darauf, dass vorher vom Beweisen, vom Vollkommenen durch Zweikampf die Rede gewesen ist, folgt in durchaus natürlichem Gedankengange der § 2 des art. 50. Und zwar findet er seinen Anschluss nicht bloss an den (nebst art. 49 dem ursprünglichen Bestande des Sachsenspiegels fremden) § 1 des art. 50, sondern erst recht an den letzten Satz in art. 48 § 3: „Mit kempen ne mach aver he enen unbesculdenen man an sime rechte nicht bereden“. art. 50 § 2 lautet ja: „Al si ok en man speleman oder unecht geboren, he n'is doch dieves noch roveres genot nicht, also man kempen up ine

leden moge“. Der Spiegler greift hier wiederum auf die Rechtlosen zurück, von denen er ausgegangen ist, und zwar denkt er wieder an ihre beiden Klassen, die geborenen und gewordenen Rechtlosen (art. 38). Von den letzteren, und zwar speziell von den Räubern und Dieben, hatte er schon art. 39 gesagt, dass sie den Unschuldseid nicht haben, sondern zu ihrer Verteidigung im Prozess nur des Ordals sich bedienen können, insbesondere auch des Kampfordals, wobei sie sich gegen Kämpfer zu wehren haben. Vom Beweis des Klägers vermittelt Überwindung des Beklagten durch Kämpfer ist auch jetzt die Rede. Das gibt dem Spiegler Veranlassung in Ergänzung von art. 39 zu betonen, dass die „geborenen“ Rechtlosen zu ihrer Verteidigung nicht auf das Ordal und speziell auf das Kampfordal angewiesen sind. Nur die gewordenen Rechtlosen, insbesondere die sich durch Raub und Diebstahl „rechtelos gemaket hebbet“, sollen, wie schon art. 39 gesagt sei, den Unschuldseid entbehren. Das ist der Sinn von art. 50 § 2. Warum aber nennt der Spiegler hier von den geborenen Rechtlosen nicht die in art. 38 § 1 auch erwähnten Kämpfer und ihre Kinder? Sehr einfach! Bei dem Kampfordal, von dem die Rede ist, stellt er sich die Kämpfer eben nur in ihrer Eigenschaft als Kämpfer und nicht in der Situation als Angeklagte vor. Eine vom abstrakt-logischen Standpunkte aus zu bestimmende Genauigkeit darf man ja beim Verfasser des Sachsenspiegels überhaupt niemals suchen (vgl. oben S. 325). Da er nun in art. 50 § 2 zu den in art. 38 § 1 genannten beiden Klassen der Rechtlosen zurückgekehrt war, so ergab sich auch von selbst der Gedanke an die der Reichsoberacht Verfallenen, die in art. 38 §§ 2 und 3 behandelt und in dem letzteren Paragraphen „unecht“ genannt waren. Der Spiegler sieht sich veranlasst, ihre Stellung gegenüber den sonstigen Rechtlosen klarer zu stellen. Er tut dieses in dem nun folgenden art. 51 § 1: „It is menich man rechtlos, de nicht n'is echtlos“ (vgl. oben S. 339). Die Begründung hierfür: „wende en rechtlos man mut wol elik wif nemen unde kindere bi ire gewinnen“ ist deutlich eine Negation des Kennzeichens der Unechten des art. 38 § 3: „Echte kindere ne mach de unechte man seder mer nicht gewinnen“. Es kann daher m. E. gar kein Zweifel daran sein, dass in art. 51 § 1 unter den Echtlosen die Unechten des art. 38 § 3,

die Ächter verstanden sind<sup>1)</sup>). Budde hat also Unrecht, wenn er meint, dass in art. 51 § 1 der Rechtlosigkeit nicht lediglich die Echtlosigkeit = Friedlosigkeit entgegengestellt sei. Man sieht wiederum, wie man durch Aufdeckung der intimen Gedankenzusammenhänge des Spieglers zur richtigen Lösung kommt.

Es mag gestattet sein, auf dieselbe Weise den viel umstrittenen art. 51 noch weiter zu erklären, zumal dieses auch noch zur Besprechung Buddes gehört. Der Spiegler sagt: Ein rechtloser Mann darf wohl ein eheliches Weib nehmen und Kinder bei ihr gewinnen, die ihm ebenbürtig sind; die dürfen auch wohl sein Erbe nehmen und ebenso das Erbe ihrer Mutter. Soweit ist alles klar. Aber jetzt kommt die streitige Bedingung: „wende sie en evenburdich sin: se ne tveien von in mit egenscap“. Budde (S. 112 A. 1) bemerkt hierzu, Kraut, Vormundschaft S. 181, habe die Schlussworte „se ne tveien etc.“ missverstanden, indem er sie auf die Ehe zwischen einer freien und einer unfreien Person bezogen habe. „Nach Krauts Auffassung würde der Sinn dieser sein: Kinder aus ungleichen Ehen folgen der ärgeren Hand, sie werden also in dem hier vorausgesetzten Falle unfrei und können daher ihren freien Parens aus Mangel an Ebenburt nicht beerben. Das wäre zwar an sich ganz richtig; allein das Erfordernis der Ebenbürtigkeit hat der Verf. unserer Stelle ja erst unmittelbar vorher angegeben. Die Schlussbemerkung würde nur das eben Gesagte für den allerunzweifelhaftesten Fall der Unebenbürtigkeit wiederholen und folglich sehr müßig dastehen . . . Der Satzverbindung angemessener wird es sein, an die Ehe zwischen zwei Unfreien zu denken, welche verschiedenen Herrn dienen. Der Verfasser will sagen: Kinder aus einer solchen Ehe beerben nur den Parens, dessen Herrn sie anheimfallen. Innerhalb des unfreien Standes bewirkt die blosse Ebenburt noch keine Erbberechtigung, es gehört dazu ausserdem, dass Erbe und Erblasser denselben Herrn haben“. Budde hat hier Kraut ganz gut widerlegt. Aber seine eigene Interpretation ist noch unmöglicher. Die von ihm dazu zitierten Stellen III 81 § 2 und

---

<sup>1)</sup> So auch Stobbe-Lehmann, Handb. d. deutschen Pr.-R. Bd. I § 47 A. 5, aber ohne nähere Begründung.

III 32, 8 beweisen nichts. Die Worte „se ne tveien von in mit egenscap“ sagen nicht, dass die Eltern sich nicht mit „Eigenschaft“ zweien dürfen, was man eventuell auf die Ehe zweier Unfreien beziehen könnte, die verschiedenen Herren gehören. Vielmehr sagen sie, dass die Kinder sich von den Eltern mit Eigenschaft nicht zweien dürfen. Was aber soll dieses heissen? Dass die Kinder dem betreffenden Parens, dessen Beerbung in Frage kommt, nicht unebenbürtig sein dürfen, kann schwerlich gemeint sein. Dieses ist, wie Budde richtig gegen Kraut geltend macht, gerade vorher schon betont. M. E. bietet einen Anhaltspunkt für die Lösung Ssp. art. 3, wo es im § 3 heisst: „Nu merke wie ok, war de sibbe beginne unde war se (l) ende. In deme hove de is bescheiden man unde wif to stande, die elike unde echtlike to samene komen sin. In des hales lede die kindere, die ane tveinge (von)<sup>2)</sup> vader unde muder geboren sin. Is dar tveinge an, die ne mogen an eime lede nicht bestan unde scricket an ein ander let“. Hier haben wir den Begriff der Zweigung von Vater und Mutter, und zwar auch, wie in 51 § 1 in Verbindung mit dem „erve nemen“ und der Ebenbürtigkeit. Denn art. 3 § 3 fährt fort: „Nemet ok tvene brüdere tvo süstere, unde de dridde bruder en vremede wif, ire kindere sint doch gelike na, ire iewelk des anderen erve to nemene, of se evenburdich sint“. Es ist nun aber klar, dass in 3 § 3 die Zweigung sich bezieht auf das Verhältnis der Kinder einer Vorehe zu den jetzigen Ehegatten und demgemäss auch auf das Verhältnis zwischen den halbbürtigen und den vollbürtigen Geschwistern. An das Verhältnis zwischen dem zu beerbenden Ehemann und seinen Stiefkindern kann der Spiegler in art. 51 § 1 freilich nicht gut denken, wenn er hier für die Beerbung voraussetzt, dass die Kinder von den Ehegatten sich nicht mit Eigenschaft zweien dürfen. Denn er redet von Kindern, die der rechtlose Ehemann bei der Ehefrau gewinnen soll. Aber dem Verhältnis des Ehemannes zu Stiefkindern steht in natürlicher

<sup>2)</sup> Dieses „von“ fehlt in der Handschrift, die der Homeyerschen Ausgabe zugrunde liegt. Fast alle übrigen Handschriften fügen es aber hinzu. Vgl. Homeyer 3. Aufl. A. 33 zu I 3.

Hinsicht parallel sein Verhältnis zu Kindern, welche die Ehefrau während der Ehe als uneheliche geboren hat. Auch von diesen konnte der Spiegler wie von Stiefkindern sagen, dass sie sich von den Eltern mit Eigenschaft zweien, dass sie bloss dem einen Ehegatten, und zwar der Frau, gehören, geeigenschaftet sind. In diesem Sinne hat auch der spätere Bearbeiter die Stelle aufgefasst. Darum fügt er erläuternd hinzu: „Echt man noch echt wif ne nimit ok unechtes mannes erve nicht“. Er vergleicht also das Verhältnis, in welchem die unehelichen Kinder der Ehefrau zu dem Ehemanne stehen, mit dem Verhältnis der ehelichen Kinder (beiderlei Geschlechts) zu dem ausserehelichen Beischläfer der Ehefrau. Ein Argument dafür, dass er die Worte: „se ne tveien von in mit egenscap“ wirklich in dem genannten Sinne verstanden und dass er deshalb den erläuternden Vergleich eingeschoben hat, bildet auch der weitere Zusatz: „Man seget dat nen kint siner muder keves kint ne si usw.“. Das „muder“ entspricht dem „mannes“ im vorangegangenen Satze. Diese Korrespondenz, zurückbezogen auf die Worte „se ne tveien . . . etc.“, ergibt, dass hierbei der Urheber der Hinzufügungen an uneheliche Kinder der Ehefrau gedacht hat, wie es ja auch, wenn man bei der Zweieung von den Eltern mit Eigenschaft überhaupt eine Unehelichkeit der Kinder im Auge hatte, sogar notwendig war mit Rücksicht auf die noch vorher stehenden Worte: „en rechtlos man mut wol elik wif nemen unde kindere bi ire gewinnen“. Die Worte „Man seget, dat nen kint siner muder keves kint ne si“ sind also angeregt durch einen konkreten Fall, in welchem uneheliche Kinder vorausgesetzt werden, die von der Ehefrau während der Ehe geboren sind. Gleichwohl sind diese Worte auf der anderen Seite bereits von konkreter Beziehung losgelöst und stehen hier, wie das „man seget“ andeutet, schon im Bereich des Abstrakten. Hier reden sie nicht mehr von der Mutter, von welcher vorher gesprochen war, von der Ehefrau, die uneheliche Kinder gebiert, sondern von einer unehelichen Mutter, darum insbesondere auch einer unverheirateten. Deshalb konnte ganz allgemein fortgefahren werden: „Ein wif mach winnen echt kint, adel kint, egen kint unde keves kint. Is se egen, man mach se vri laten; is se keves se mach

echten man nemen unde mach kindere immer dar binnen gewinnen“. Auch in dieser abstrakten Erörterung erkennt man immer noch die Ausstrahlungen der beiden Voraussetzungen des den Ausgangspunkt bildenden konkreten Falles, der beiden Voraussetzungen, die darin bestehen, dass die Beerbung des rechtlosen Ehemannes bzw. (wenigstens nach der Annahme des späteren Bearbeiters) auch seiner Ehefrau durch die Kinder der Ehefrau voraussetzt erstens Ebenbürtigkeit der Kinder und zweitens Ehelichkeit derselben. Die Ausstrahlungen machen sich bemerkbar einmal in den Gegensätzen adelkint — egenkint, und „is se egen, man mag se vri laten“ und sodann in den Gegensätzen echt kint — keves kint und „is se keves, se mach echten man nemen unde mach kindere immerdar binnen gewinnen“. So ist hierdurch ein weiterer Rückschluss auf jene beiden Voraussetzungen ermöglicht. Was nun aber die zweite derselben anlangt, dass nämlich die Kinder der Ehefrau von ihr nicht als uneheliche geboren sein dürfen, so mag vielleicht der Verf. des Sachsenspiegels in seiner ursprünglichen Gestalt sie nur auf die Beerbung des Ehemannes bezogen haben. Im natürlichen Sinne gehörten der Ehefrau ja auch ihre unehelichen Kinder, zweiten sich also von ihr nicht mit Eigenschaft. Für jene vom Spiegler gewollte Beziehung der Ehelichkeitsvoraussetzung würde auch die Parallele der Ebenbürtigkeitsvoraussetzung sprechen. Denn der Mangel der Ebenbürtigkeit kann auch immer nur die Beerbung eines Ehegatten hindern. Dem anderen Ehegatten ist ja das Kind stets ebenbürtig. Freilich kann man nicht sagen, dass der Spiegler die Ebenbürtigkeitsvoraussetzung nur auf die Beerbung des Ehemannes bezogen habe. Eine solche Beschränkung müsste sich aber, wenn er bei der Nichtzweigung der Kinder von den Eltern mit Eigenschaft nur an ein Gehören, ein Geeigenschaftetsein im Verhältnis zu dem zu beerbenden Gatten dachte, in Ansehung dieser Voraussetzung ohne weiteres daraus ergeben, dass eben der Spiegler von einem Falle ausgegangen ist, in welchem es sich um Kinder handelt, die von der Ehefrau geboren werden. Ist es also nicht unwahrscheinlich, dass der Verf. des ursprünglichen Sachsenspiegels die Ehelichkeitsvoraussetzung nur auf die Beerbung des Ehemannes bezogen hat, so würde er sich

damit wohl in Übereinstimmung mit der Volksmeinung befunden haben, wenn man diese letztere erkennen darf in dem späteren Zusatze: „Man seget dat nen kint siner muder keves kint ne si“. Der Urheber desselben, der in diesem Punkte wohl nicht ganz den Geist seiner Vorlage in sich aufgenommen hat, scheint deren Wortlaut in einem anderen Sinne verstanden zu haben. In der Tat brauchte der Wortlaut bezüglich des Erbwerdens der Kinder der Ehefrau nicht unbedingt eine Beschränkung der Ehelichkeitsvoraussetzung auf den Fall der Beerbung des Ehemannes zu bedeuten, vielmehr konnte er auch als Ausdruck des Gegenteils aufgefasst werden: „die muten ok wol sin erve nemen, unde irer muder also, wende sie en evenburdich sin; se ne tveien von in mit egenscap“. Jedenfalls letzterwähnten Sinn aus den Worten entnehmend, kommt der spätere Bearbeiter dazu, die gemeine Ansicht, „dat nen kint siner muder keves kint ne si“ und dass darum auch das uneheliche Kind seiner Mutter Erbe nehme, zu verneinen mit den Worten: des n'is doch nicht“.

Budde hat den späteren Zusatz: „Echt man noch echt wif ne nimt ok unechtes mannes erve nicht“ durchaus missverstanden. Er deutet ihn, wie schon gesagt, dahin, dass ein unehelich geborener Mann auch von seinen ehelichen Kindern nicht beerbt werde. Budde hat sich dafür berufen auf die Magdeburger Schöffengerichte I 14, 4 und 8, d. i. auf die sog. Magdeburger Fragen B. I Kap. 14 Dist. 4 und 8.

Bei Dist. 4 lautet die Frage: „Were das eyn unelich man geborn eyne eliche frouwe zcu der e neme unde kinder hetten unde dy kinder vort kinder hetten, ab dy kinder das gut adir erbe von rechte nemen sullen adir nicht, unde wy sich das irfolgen sal uff eyn ende“. „Hiruff sprechen wir scheppin zcu Magdeburg recht: Dy kinder mogen ires vater gut nicht entphaen von rechtis weyn, unde das sal nicht volgen von kinde zcu kinde, die wile man dy uneliche gebort bewissen unde beschelden mag“<sup>3)</sup>.

Eine Ergänzung hierzu bildet Dist. 8: „Uff wen kebis kinder gut irstirbet, Uff wen unelicher kinder gut, das sy dirarbeit haben, vallen sall noch irem tode unde erben.

<sup>3)</sup> Behrend, Die Magdeburger Fragen, Berlin 1865, S. 133.

Hiruff sprechen wir scheppin zcu Magdeburg recht: Welchir kebiszkinder gut, is sey erbe ader varnde habe, das sy dirarbeit haben adir vorkoufft vor gehegetem dinge nicht vorreicht noch vorgeben were noch habin, unde nicht elicher kinder recht haben, das stirbet unde fellet an dy konigliche gewalt noch irem tode, das ist in das gerichte, dorynne is bestirbet unde ist gelegin, dorumb das sy den nucz der ee nicht enhaben an erem gute zcu erben, das ist das sy nicht erben mögen<sup>4)</sup>.

Ich nehme auch, wie Budde, einen Zusammenhang an zwischen Dist. 4 und dem Sachsenspiegelzusatz: „Echt man noch echt wif ne nimt ok unechtes mannes erbe nicht“, aber nicht einen solchen Zusammenhang, der den von Budde behaupteten Sinn des Zusatzes beweisen könnte.

Dist. 4 ist jünger als dieser. Letzterer mag schon aus dem 13. Jahrhundert stammen. Überliefert ist er erst in den Handschriften der von Homeyer zusammengestellten B.-Ordnung (Klasse I Ordnung 2)<sup>5)</sup>, von denen als die beiden ältesten die Breslauer Handschrift II F. 8, Nr. 85, Bv., mit dem Entstehungsjahr 1306 und die Krakauer Handschrift, Nr. 131, Bw., mit dem Jahre 1308, wenn auch nicht mit völliger Sicherheit dieser Jahreszahlen, angesetzt sind.

Andererseits ist Dist. 4 von dem Kompilator der Magdeburger Fragen mit den meisten anderen in Buch I Kap. 14 vereinigten Distinktionen entnommen aus einer umfassenderen Sammlung Magdeburger Urteilsprüche, die jedenfalls in Thorn kompiliert ist, und zwar vermutlich nicht viel vor 1400, da die ältesten der darin aufgenommenen datierten Urteile aus den Jahren 1363 und 1379 stammen<sup>6)</sup>. Die Thorner Kompilation hat die Dist. 4 höchstwahrscheinlich übernommen mit und innerhalb einer kleineren Sammlung, in welcher eine Reihe zunächst wohl für Schlesien ergangener Urteile über die rechtliche Stellung der Unehelichen zusammengestellt war und welche eben im wesentlichen in Buch I Kap. 14 der Magdeburger Fragen sich

<sup>4)</sup> Behrend a. a. O. S. 135.

<sup>5)</sup> Homeyer, Ssp. I 3. Aufl. 1861 S. 202 Anm. 8, S. 26—29.

<sup>6)</sup> Behrend a. a. O. S. XXIII f., XXXIV.



wiederfindet<sup>7)</sup>. Dieser Sammlung entstammen freilich jene Urteile der Thorner Kompilation von 1363 und 1379 nicht. Selbst wenn dieses der Fall wäre, würde es für das Alter von Dist. 4 nichts beweisen.

Trotzdem darf man behaupten, dass das ihr zugrunde liegende Magdeburger Urteil jünger ist als der Sachsenspiegel-zusatz. Artikel 136 des Magdeburg-Görlitzer Rechts von 1304 sagt: „Ob eines pfaffen sun wib nimet. Nimet eines pfaffen sun ein elich wib unde gewinnet her gut oder erarbeitet gut mit ir unde gewinnet her kinder mit ir, daz sint echte kindere; stirbet her sidere, sine kindere nement sin gut unde swaz her sime wibe hat gegifet in gehegetem dinge, daz beheldet sie; stirbet aber her ane kindere, so getritet sin gut an die konicliche gewalt“. Hier sehen wir ein auf einer Rechtsmitteilung der Magdeburger Schöffen beruhendes Tochterrecht des Magdeburger Rechts<sup>8)</sup> auf einem Standpunkte, der in schroffem Gegensatze steht zu demjenigen, den das Magdeburger Urteil einnimmt, aus welchem Dist. 4 erwachsen ist. Daraus ist zu schliessen, dass diese Divergenz auch besteht zwischen dem im Jahre 1304 geltenden Magdeburger Recht selbst und dem Schöffenspruch der Dist. 4. Dass nun aber der hiernach für das Jahr 1304 anzunehmende Magdeburger Rechtssatz, nach welchem die ehelichen Kinder der unehelich Geborenen der letzteren Erbe nehmen, früherer Zeit angehört, als die gegenteilige Rechtsmeinung der Dist. 4, kann nicht zweifelhaft sein. Denn einmal war jener Rechtssatz ja mit voller Klarheit in der ursprünglichen Fassung von Ssp. I 51 § 1 ausgesprochen. Bei dem jedenfalls vorhandenen Zusammenhange mit dieser Sachsenpiegelnorm reicht also der Ursprung des Rechtssatzes von 1304 soweit zurück, dass es ausgeschlossen ist, es könne der Schöffenspruch in Dist. 4 noch vorhergegangen sein. Wenn letzterer vielmehr aus späterer Zeit stammen muss, so würde dieses auch der allgemeinen Tendenz entsprechen, welche die mittel-

<sup>7)</sup> Behrend a. a. O. S. XXIV, insbes. Anm. 44 a und S. XXXIV.

<sup>8)</sup> Vgl. Laband, Magdeburger Rechtsquellen, Königsberg 1869, S. 104 f., Schröder, Deutsche Rechtsgesch. 4. Aufl. S. 679.

alterliche Entwicklung der Rechtsstellung der unehelichen Kinder beherrscht. Deren Zurücksetzung hat sich im Laufe des Mittelalters eher gesteigert als gemildert, nicht ohne Einfluss der Kirche und des kanonischen Rechts<sup>9)</sup>, dessen Rezeption man im Verlaufe des 14. Jahrhunderts schon mehr entgegengailte. Wenn aber der Schöffenspruch der Dist. 4 jünger ist als der Rechtssatz von 1304, so ist jener eher nach der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts hin oder in diese hinein zu verlegen als noch in den Anfang des Jahrhunderts. Denn der Rechtssatz des Jahres 1304 drückt noch mit solcher Bestimmtheit die ältere Meinung aus, und der Gegensatz des jüngeren Schöffenspruches hierzu ist ein so schroffer, dass eine geraume Zeit verflossen sein muss, ehe in einer das Volksleben des Mittelalters so tief berührenden Frage bei den Schöffen derselben Stadt sich eine so diametral entgegengesetzte Ansicht ausbilden, ehe der Standpunkt gerechter Billigkeit in einen Standpunkt krassester Unbilligkeit sich wandeln konnte.

Wird nach den Gründen des Umschwunges gefragt, so darf man wohl sofort sagen, dass den Schöffen des Spruches der Dist. 4 das Rechtsempfinden des Volkes schon fremder geworden ist.

Ein Argument dafür, dass die volkstümliche Meinung mit dem Urteile der Dist. 4 nicht im Einklang gestanden haben wird, bildet schon in etwa jene milde, dem natürlichen Abstammungsverhältnis Rechnung tragende Volksanschauung, welche sich verrät in dem Sachsenspiegelzusatz: „man seget dat nen kint siner muder keves kind ne si“<sup>10)</sup>. Dieselbe, jedenfalls althergebrachte Volksmeinung hat im schwedischen Westgöotalag (13. Jahrh.)<sup>11)</sup>, in Addit. IV 2 zu der Bestimmung geführt: „Wird ein Mann des Landes verschworen und friedlos gelegt, stiehlt er sich wieder ins Land zu seiner Hausfrau und zeugt ein Kind mit ihr, so heisst dieses ris hoffdpe; nach

<sup>9)</sup> Vgl. Gierke, D. Pr.-R. I S. 419 f.

<sup>10)</sup> Über die Zeit des Zusatzes gilt dasselbe, was oben S. 352 gesagt ist über den vorhergehenden Satz: „Echt man noch echt wif etc.“

<sup>11)</sup> Vgl. v. Amira, Grundriss des Germ. Rechts, S. A. Strassburg 1897, S. 57 f.

unserem Rechte nimmt ein solches Kind die mütterliche, aber nicht die väterliche Erbschaft<sup>13)</sup>.

Zwar nicht mit Bezug auf das Erbewerden, wohl aber hinsichtlich der Beerbung der unehelichen Kinder ist jene milde Auffassung in noch weiterem Umfange zu entnehmen aus dem Schwabenspiegel, dem alten lübischen Recht (13. Jahrh.) und aus den jedenfalls nicht später als i. J. 1359 abgefassten<sup>13)</sup> Goslarer Statuten. Der Schwabenspiegel sagt: „Die unelich geboren sint, die mugen ir reht wider gewinnen, ob si elichiu hygeräte tuon. si erbert aber kein guot von ir vorderen, aber iriu kint erbert wol von iren vorderen ir erbguot“<sup>14)</sup>. Hiermit soll gesagt sein, dass die ehelichen Kinder der unehelich Geborenen diese beerben. Nicht etwa ist von einer Beerbung der Eltern der Unehelichen durch deren Kinder die Rede. Das „iren“ vor dem zweiten „vorderen“ bezieht sich also auf kint und nicht auf das erste „vorderen“. Im alten lübischen Recht (bei Hach, S. 249) heisst es: „De van ener amyen is gheboren, dene nimt neghen erve, mer sin erve nemet de negesten maghe, de dar to horen“. Nach einer anderen Rezension lautet die Stelle: „Echte ervet nen unechte, men unechte ervet echte, dat is also, dede echte is, ervet sin gudt nenem unechtem, men de unechte ervet sin gudt wol einem echtgebaren“. Die Goslarer Statuten bestimmen: „Onecht kint ne nimt nen erve, sin erve aver nimt sin neyste. Heft et ene moder, de nimt dat to voren. Is se dot, so nimt it sin neyste van vader oder van moder halven“<sup>15)</sup>. Der ganz allgemeine Satz: „sin erve . . . nimt sin neyste“ wird im folgenden nur teilweise ausgeführt. Er besagt nämlich nicht bloss, dass Erbe des unehelichen Kindes die Mutter und der nächste Verwandte von der Mutter- oder Vaterseite sein könne, sondern verstattet zweifellos auch die Beerbung des unehelich Geborenen durch seine eheliche Deszendenz und den Vater. Mit Recht bemerkt Göschen a. a. O. S. 129 hierzu:

<sup>13)</sup> Entnommen aus Wilda, Strafrecht der Germ., Halle 1842, S. 292.

<sup>13)</sup> Göschen, Die Goslarischen Statuten, Berlin 1840, S. VI.

<sup>14)</sup> Schwsp. (W.) 38. Bei Lassberg c. 41 heisst es in der Stelle: „. . . si erbert aber dehein gut von ir magen, aber iriu kint diu erbert wol von ir vriunden ir erbe gut“. <sup>15)</sup> Göschen a. a. O. S. 8 Z. 28—30.

„Von der Deszendenz des Verstorbenen und vom Vater desselben wird nichts gesagt; und doch kann man nicht wohl eine Ausschliessung dieser Personen annehmen, zumal da, was den Vater angeht, die Personen, welche nur durch ihn ein Recht haben, genannt sind“.

Weiter lässt sich aus Rechtsbestimmungen der späteren Zeit folgern, dass sich im Volke immer eine Auffassung erhalten hat, die gegensätzlich zu Dist. 4 dem Rechtssatz des Magdeburg-Görlitzer Rechts von 1304 entspricht. So heisst es in der Lüneburger Ref. (1577—83) Teil 5 Tit. 2: „nach unserem Stadtrecht erbet kein unecht Kind die Mutter so wenig, als den Vater, wie denn auch eines unechten Menschen Güter dem gemeinen Gut allhie ansterben und heimfallen, wo keine eheliche Leibeserben von ihm vorhanden“. Nach dem Vorbilde des alten lübischen Rechts bestimmt noch das i. J. 1586 zuerst gedruckte revidierte Lübecker Stadtrecht II 2 art. 9: „Uneheliche Kinder nehmen kein Erbe, aber derselben verlassen Gut erben ihre nehesten Blutfreunde, die darzu gehören“. Die Kgl. schwedische Verordnung für Bremen und Verden von 1710 sagt: „alle sothane Verlassenschaften unehlich geborner Kinder, so weit keine Erben in linea descendenti vorhanden, dero königlichem Fisko jederzeit anheim fallen und zu gute kommen sollen“<sup>16)</sup>.

Hiernach hat man guten Grund anzunehmen, dass die Magdeburger Schöffen mit ihrem Urteil der Dist. 4 sich dem Rechtsempfinden des Volkes entgegengestellt haben. Sie arbeiteten bereits in einer Zeit des Verfalles volkstümlicher Rechtskunde<sup>17)</sup>, neigten auch wohl schon als gelehrte Rechtsprecher den fremden Rechten und speziell in diesem Punkte der allgemeinen Tendenz des kanonischen Rechtes zu<sup>18)</sup>.

Indes hat der Umschwung, den das Urteil der Dist. 4 gegenüber dem Rechtssatze von 1304 darstellt, neben diesen allgemeinen Gründen auch noch eine konkretere Veranlassung,

<sup>16)</sup> Die Stellen sind zum Teil entnommen aus Kraut-Frensdorff S. 131.

<sup>17)</sup> Vgl. auch Behrend a. a. O. S. XXX.

<sup>18)</sup> D. h. überhaupt einer ungünstigen Behandlung der unehelichen Kinder, womit aber keineswegs gesagt sein soll, dass das kanonische Recht einen jenes Urteil gutheissenden Satz gekannt hätte.

die freilich auch an sich mit der allgemeinen Tatsache des Emporkommens einer volksentfremdeten Rechtsgelehrsamkeit in besonderer Beziehung steht. Ich bin davon ausgegangen, dass ein Zusammenhang besteht zwischen Dist. 4 und dem Sachsenspiegelzusatz „Echt man noch echt wif ne nimit ok unechtes mannes erve nicht“. Dieser Zusatz findet sich, wie ich schon zeigte, zuerst in Handschriften, als deren Anferti-gungsjahre von Homeyer nicht ohne allen Zweifel die Jahre 1306 und 1308 angegeben sind. Ich will nun nicht behaupten, dass deshalb ein Entstehen des Zusatzes erst nach dem Jahre 1304 anzunehmen und dass darum hierin das spezielle Moment zu erblicken sei, welches jene völlige Wandlung in der Rechts-auffassung der Magdeburger Schöffen hervorgerufen habe. Vielmehr habe ich oben bereits gesagt, dass der Zusatz vielleicht schon dem 13. Jahrhundert angehört. Immerhin mag er weitere Verbreitung erst im 14. Jahrhundert gefunden haben. Andererseits darf man, wenn die Jahre 1306 und 1308 als Entstehungszeit der Breslauer und Krakauer Handschrift richtig angesetzt sind, daraus schliessen, dass um diese Zeit in Magdeburg, woher ja Breslau und Krakau vornehmlich ihr Recht bezogen<sup>19)</sup>, der Zusatz bereits festen Boden gewonnen hatte.

In sich trug er die Gefahr, leicht missverstanden zu werden. Dieses zeigt die Tatsache, dass man ihn so häufig missverstanden hat, ohne dass die Missverständnisse durcheinander beeinflusst waren. Sie begegnen schon in den Handschriften. In einer Handschrift der Homeyerschen B.-Ordnung fehlt der ganze Zusatz<sup>20)</sup>. Es ist möglich, dass die Fortlassung bewusst geschehen ist, und zwar deshalb, weil der Schreiber den Zusatz dahin verstand, dass eheliche Kinder ihren unehelich geborenen Vater nicht beerben sollten, und weil er den Widerspruch fühlte, in dem dieses zu dem vorangegangenen Satze stand. Jedenfalls bei gleicher Auffassung des Zusatzes hat sich der Verfertiger der Görlitzer Handschrift Co. der Homeyerschen C.-Abteilung (Nr. 260) dadurch zu helfen gesucht, dass er am Schlusse des-selben das „nicht“ fallen liess, wodurch seine Bedeutung

<sup>19)</sup> Vgl. Schröder, D. RG. 4 S. 681, Behrend a. a. O. S. XVI f.

<sup>20)</sup> Vgl. Homeyer a. a. O. S. 202 Anm. 8.

allerdings auf eine Wiederholung der im vorhergegangenen Satze enthaltenen Hauptbestimmung beschränkt wurde. Schliesslich enthält die Zobel'sche Ausgabe des Sachsenspiegels von 1535 den Zusatz in der abgewandelten Form: „Kein ehelich mann noch ehelich weib nimpt eines mannes erbe, der unechte ehe hat“. Auch Zobel bzw. sein Autor will offenbar, weil er den Zusatz missversteht, einem daraus für ihn sich ergebenden Widerspruch ausweichen. Und es scheint, dass er durch seine Korrektur einen Sinn ausdrücken will, in dem tatsächlich schon der ursprüngliche Zusatz gemeint war. Jedenfalls sagt doch die Stelle bei Zobel, dass es sich handelt um das Erbe eines ausserehelichen Beischläfers und nicht um dasjenige eines unehelich geborenen Mannes. Auch das Missverständnis Buddes, das uns der Anlass zu dieser Untersuchung wurde, ist ein neuer Beleg für die jenem Zusatz eingeborene Gefahr, falsch aufgefasst zu werden.

Je weiter man nun in das 14. Jahrhundert hinein und damit dem Verfall volkstümlicher Rechtskunde entgegenschritt, um so mehr musste diese Gefahr potenziert werden. Leicht konnte ihr daher der i. J. 1305 in Bologna romanistisch geschulte brandenburgische Hofrichter Johann von Buch erliegen, als er um 1325 seine Glosse zum Landrecht des Sachsenspiegels schrieb. In der niederdeutschen Glosse des Augsburger Primärdruckes des Sachsenspiegels von 1516 heisst es mit Bezug auf den Zusatz: „Echte man noch echte wyff etc.“: „dat is des schult, dat dy uneelike man des eeliken erve nicht nemen mach“. . . . Hiermit soll gesagt sein: Weil der unehelich Geborene das Erbe seiner ehelich geborenen Eltern nicht nehmen könne, so ergebe sich hieraus auch der umgekehrte Satz, dass die ehelichen Kinder nicht das Erbe ihrer unehelich geborenen Eltern nehmen. In Ssp. I art. 28 ist nun davon die Rede, dass das erblose Gut an den Richter bzw. den Fronboten als die Funktionäre der öffentlichen Gewalt fällt. Hierzu bemerkt die niederdeutsche Glosse des Augsburger Druckes: „Vierley wyss kumpt dat thu dat gudt erveloss wert. Thom ersten oft he dy dar sterf nenen erven hadde dy syn erve nemen muchten als unechte lüde, ut infra Echte man nympt unechtis mannes erve nicht art. 51 § 2“. Dass der Glossator hier „unecht“ als unehelich und

nicht etwa als echtlos = friedlos versteht, beweist die Fortsetzung der vorigen Stelle: „Tom anderen oft he sy het und ofte sy is nicht nemen muten dorch des doden broke supra art. 6 in prin. et infra art. 38 § 2. Als oft he an dat ryke geraden hedde“. Diese sämtlichen Stellen gehören zur Glosse Johannis von Buch<sup>21)</sup>. Es liegt auf der Hand, dass sie denselben Gedankenkomplex enthalten, wie er in Dist. 4 und Dist. 8 der Magdeburger Fragen wiederkehrt. Dafür, dass er hier durch die Buchsche Glosse vermittelt ist, sprechen zunächst in Dist. 8 die Worte „dorumb das sy den nucz der ee nicht en haben an erem gute zcu erben, das ist das sy nicht erben mögen“. Denn in der Buchschen Glosse zu I 51 heisst es (im Augsburger Druck von 1516): „Echteloss is ok drierley. . . . Dy drüdden sint echteloss geboren unde mogen echte wyff nemen. Aver dy nut des echtes hebben sy nicht dat is an ereme gude tu ervene unn dat sy nen erve nemen, supra Art. 38 § 4“<sup>22)</sup>.

<sup>21)</sup> Über den Platz der Buchschen Glosse in dem Augsburger Druck von 1516 im allgemeinen vgl. Steffenhagen, Die Entwicklung der Landrechtsglosse des Sachsenspiegels i. d. Sitzungsberichten der Wiener Akad. d. Wiss. (philos.-hist. Klasse) Bd. 100 (1882) S. 890. Ich habe mich übrigens auch überzeugt, dass die Stellen im wesentlichen übereinstimmend in Glossenhandschriften sich finden, welche die Gewähr für die Autorschaft Johannis von Buch bieten. Ich meine zwei niederdeutsche Handschriften der Königl. Universitätsbibliothek zu Münster (Paulina). Die eine (Nr. 494 des Verzeichnisses in Homeyers Werke „Die deutschen Rechtsbücher des Mittelalters und ihre Handschriften“ S. 131) ist vom Jahre 1449 und gehört zu Klasse II Ordnung 1 Familie 1 der von Homeyer im Hinblick auf den Landrechtstext des Sachsenspiegels klassifizierten Handschriften (vgl. Homeyer, Sachsensp. I 1861 S. 34). Die andere (Nr. 496 des Homeyerschen Verzeichnisses) stammt aus dem Jahre 1405 und ist von Homeyer der Familie 2 derselben Klasse und Ordnung zugeteilt (a. a. O. S. 35). Ebenhier hat seinen Platz der Kölner Druck von 1480 (niederdeutsch), in welchem ich gleichfalls die Stellen vergleichen habe. Den Handschriften und Drucken beider Familien darf man auch heute noch nach Homeyer als gemeinsam ansehen, dass sie noch keine der Buchschen Glosse im wesentlichen fremde Zutaten enthalten (vgl. Homeyer a. a. O. S. 33, 36, 38, 40). Auch die eingehenden Untersuchungen Steffenhagens a. a. O. seit 1881 haben in diesem Punkte nichts Abweichendes ergeben, insbesondere nicht, soweit es sich um unsere Stellen handeln könnte; vgl. namentlich Bd. 114 a. a. O. (1887) S. 700, 703, 709.

<sup>22)</sup> Vgl. oben S. 351 f.

Der Grundstock von Dist. 8 findet sich wieder, wie im alten Kulm IV 96, so auch im Magdeburg-Breslauer systematischen Schöffenrecht IV 54: „Unelichir kebis kindir gut, ys sy erbe adir varnde habe, daz ze direrbeit habin adir gekouft adir gegeben ist und nicht vorreicht ist in gehegtim dinge und nicht eliche kinder habin, daz stirbit und vellit noch irme tode in daz gerichte, dorynne is bestirbit und gelegin ist“<sup>23)</sup>. Es ist anzunehmen, dass hier ein Magdeburger Schöffenspruch zugrunde liegt<sup>24)</sup>. Dieser nahm dann noch ganz den Standpunkt der Magdeburger Rechtsmitteilung an Görlitz v. J. 1304 ein. Nach Labands Untersuchungen<sup>25)</sup> ist die Mitte des 14. Jahrhunderts als die Entstehungszeit des Magdeburg-Breslauer systematischen Schöffensrechts anzusehen. Darf man davon ausgehen, dass der Verf. des Rechtsbuches den Umschwung in der Magdeburger Rechtsprechung berücksichtigt haben würde, wenn dieser bereits erfolgt wäre, so gelangt man dahin, dass um die Mitte des 14. Jahrhunderts die Magdeburger Schöffen noch wie im Jahre 1304 judizierten. Erst in der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts sind sie dann durch das Missverständnis Johann v. Buchs beeinflusst worden. Demgemäss haben sie selbst oder hat der Kompilator der oben S. 352 erwähnten kleineren Sammlung, welche der wahrscheinlichen Thorner Kompilation voranging, den bei IV 54 des Magd.-Bresl. Schöffensrechts zugrunde liegenden Spruch nach der neueren Rechtsprechung im Sinne der Buchschen Glosse korrigiert. Dieses geschah, indem an die Stelle der Worte „unde nicht eliche kinder habin“ (Magd.-Bresl. Sch.-R.) gesetzt wurden die Worte „unde nicht elicher kinder recht haben“ (Dist. 8), und indem hinzugefügt wurde der aus der Buchschen Glosse stammende Zusatz: „dorumb das sy den nucz der ee nicht en haben an erem gute zcu erben, das ist das sy nicht erben mögen“.

Einen weiteren Beleg für die von der Buchschen Glosse ausgegangene Beeinflussung der Magdeburger Schöffen in den Urteilen der Dist. 4 und 8 stellt noch dar der Zusammenhang

<sup>23)</sup> Vgl. Laband, Das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffensrecht, Berlin 1863, S. 167.

<sup>24)</sup> Vgl. Laband a. a. O. Einleitung. <sup>25)</sup> a. a. O. S. XXXIII.



zwischen dem gleichfalls als Dist. 1 dem 14. Kapitel 1. Buches der Magdeburger Fragen angehörenden Schöffenspruch<sup>26)</sup> und einem anderen Teile der Buchschen Glosse zu I 51 § 1. Dieser lautet in dem Augsburger Druck von 1516: „Rechtelosen lüde sint drierley. Dy ersten sint rechteloss also dat sy in dem rechte nicht tügen mogen . . . Unn dat sy keins mans wort vor gerichte spreken mogen . . . Dy anderen dy rechteloss sin dy sint rechteloss an ereme gude, also dat sy nich vorgeven noch vorkopen . . . mogen . . . Dy drüdden sin rechtloss an me lyve unde an me gude. An me lyve als dat men sy wol erschlan moth . . . He is ock rechtloss an me gude so dat he is nicht erven moge . . . Dy irsten sint spellude unn erlose lüde . . . Dy anderen sint ok, den or gut in koniglicher achte verdeylet is . . . Dy drüdden sint dy vredeloss geleget sint . . . Dit geschit ock twierley wyss. Ethlike werden van deme richtere vredeloss geleet, als vervestede unn verachte lüde . . . Dy andere dun dat dat sy sick selven vredeloss maken, als dy des nachtes in der lüde huss breken . . . Edder dy met echte lüde wyff thu heymeliken sint . . .“<sup>27)</sup>. Ich stelle die genannte Dist. 1 gegenüber. Es heisst hier: „Ab eyn unelich man unde syne kinder adir eyn rechteloz man syn erbe adir gut vorkouffen mag ane wedirsprache syner herschafft. Hiruff spreken wir scheppin zcu Magdeburg recht: Eyn unelich man unde syne kinder mögen ir gut wol gebin adir vorkouffen. Adir rechteloz das ist manchirley. Eczliche lute dy heissen rechteloz, das ist anrechtig, also das ir recht nicht also volkomen ist als ander lute unde sy mogen keynem manne behulffen syn zcu syme rechte, also spellute und lotterer adir dy unelich geborn syn adir dy dube adir roup vor gerichte vorsunet haben adir derglich vorwunden werden, desse mogen ir gut wol vorgeben. Andere lute heissen ouch rechtelos, das ist fredeloz, als der yn eyne gerichte vorvestend ist, der ist do rechteloz, der mochte doch syn gut in eyne andern gerichte wol vorgebin eym andern ader in demselbin ge-

<sup>26)</sup> der übrigens auch der oben S. 352 erwähnten wahrscheinlichen Thorner Kompilation sowie der wahrscheinlichen vorangegangenen kleineren Sammlung angehört haben wird; vgl. Behrend a. a. O. S. 130, S. XXXIV u. XXIII f.

<sup>27)</sup> Vgl. oben S. 359 Anm. 21.

richte ab der cleger und richter ym frylicheit gebin dorczu zcu komende. Etczliche lute sint rechtelos, das ist fredeloz unde erloz unde gutlosz, also das man sy alwege angriffen mag, also dy dy mit rechte yn des riches ban komen syn ader echte werden brocht, dessze mogen keyn gut vorgebin“.

Der Zusammenhang zwischen beiden Stellen kann nicht bezweifelt werden. Ein selbständiger Beweis, dass Dist. 1 die jüngere, durch die Buchsche Glosse beeinflusste Stelle ist, möge Platz finden. Bei oberflächlichem Hinschauen könnte man ja fast versucht sein, die Glossenstelle als jüngere anzusehen. Gründe hierfür könnte man finden wollen in einer durch bestimmte Hervorhebung der Kategorien mittels Zuhilfenahme der Zahl vollkommeneren Systematik sowie in einer grösseren Ausführlichkeit, insbesondere bei Behandlung sowohl der einfachen Rechtlosigkeit als der Friedlosigkeit. Aber einem aufmerksameren Blicke kann es nicht entgehen, dass die zweite Stelle unverkennbare Spuren jüngeren Entstehens an sich trägt. Das Fehlen der Zahl der Kategorien ist hier nur die Folge einer viel mehr ausgebildeten und viel freier sich bewegenden Abstraktionskraft. Der Glossator setzt zweimal an, um die drei Kategorien zu erörtern. Der Redaktor des Schöffenspruches behandelt sie in einem Zuge, wobei die Gedankenfolge auch bis ins einzelne streng logisch-systematisch ist. In letzterer Beziehung ist jeder Satz ein Beleg. Beispielsweise sei hervorgehoben der Schlusssatz. Hier werden zunächst hingestellt die drei Begriffe: fredeloz, erloz und gutlosz. Sie erfahren dann weitere Ausführung, nämlich fredeloz: „also das man sy alwege angriffen mag“, erloz: „also dy dy mit rechte yn des riches ban komen syn oder echte werden brocht“ und schliesslich gutlosz: „dessze mogen keyn gut vorgebin“. Die Ausführlichkeit des Schöffenspruches ist nur scheinbar eine geringere. Die äusserliche Verkürzung erklärt sich durch die intensivere Zusammenfassung. Inhaltlich besteht im wesentlichen eine Parallele. Wenn es in der Glossenstelle von den Rechtlosen der ersten Kategorie heisst: „dat sy in deme rechte nicht tügen mogen“, so sagt hierfür das Urteil: „das ir recht nicht also volkomen ist als ander lute“. Recht ist hier, wie so oft, gleich Eid. Der in der Glosse weiter ausgedrückte Nachteil

dieser Rechtlosen, „dat sie keins mans wort vor gerichte spreken mogen“, kehrt im Schöffenspruche wieder mit den Worten: „sy mogen keynem manne behulffen syn zcu syme rechte“. In einer Beziehung wird hier die erste Kategorie der Rechtlosen sogar eingehender behandelt. Die Glosse erwähnt als solche „spellude unn erlose lüde“. Das Schöffensurteil zählt auf „spelluthe und lotterer adir dy unelich geborn syn adir dy dube adir roub vor gerichte vorsunet haben etc.“. Diese grössere Ausführlichkeit hat ihren Grund darin, dass sie herausgefordert ist durch die zur Entscheidung stehende konkrete Frage, ob ein unehelich Geborener und seine Kinder ihr Gut vergeben oder verkaufen können. Übrigens ist auf diese Frage naturgemäss die ganze Erörterung des Schöffenspruches abgestellt, wodurch sich ebenfalls Abwandlungen desselben von der rein theoretischen Darstellung des Glossators ergeben mussten. Vielleicht erklärt sich hierdurch auch die in der Tat nicht wegzuleugnende geringere Ausgestaltung der dritten Kategorie, die sich auf die Friedlosen bezieht. Möglich ist aber auch, dass manches, was die Glosse hierüber sagt, den, wie in der Abstraktionsfähigkeit, so auch in der Aufklärung mit der Zeit vorgeschrittenen Schöffen nicht mehr passt, so die Friedlosigkeit, die sich nach der Glosse noch unmittelbar an die Tat knüpfen soll. Sie mag darum von den Schöffen einfach fallen gelassen sein. Eine humanere und darum wohl zeitlich jüngere Auffassung offenbaren die Schöffen auch sonst in mehrfacher Beziehung. Noch hinsichtlich der Friedlosigkeit gehört hierher, dass sie als Wirkung derselben nur angeben, „man möge sie alwege angriffen“, während die Glosse insoweit noch im Banne der alten brutalen Strenge steht, indem sie sagt: „dat men sy wol erschlan moth“. Weitere Belege dieser Art: Die Glosse spricht den Rechtlosen die Zeugnisfähigkeit vollständig ab. Die Schöffen wollen nur „das ir recht (Eid) nicht also volkomen ist als ander luthe. Die Glosse hat über die Rechtlosen der zweiten Klasse, unter welchen sie, obwohl nicht ganz klar über den Begriff der Verfestung<sup>29)</sup>, ebenso wie die Schöffen, die noch nicht in die Reichsoberacht gekommenen Verfesteten versteht, den Ausspruch getan, dass sie

<sup>29)</sup> Vgl. die dritte Kategorie der Glosse.

ihr Gut überhaupt nicht verkaufen noch vergeben können. Die Schöffen wollen es zulassen, dass der Verfestete sogar in dem Gerichtsbezirke, in welchem er verfestet ist, sein Gut vergibt, falls der Kläger und der Richter es ihm verstaten.

Alles weist mithin auf jüngeren Ursprung von Dist. 1 hin und demgemäss auf Beeinflussung der Stelle durch die Buchsche Glosse. Darin aber liegt ein selbständiges Argument auch für den Kausalzusammenhang zwischen dieser Glosse und der in den Urteilen der Dist. 4 und 8 sich darstellenden Rechtsprechung, und zwar um so mehr, als die Urteilsfrage und der Spruch der Schöffen in Dist. 1 mit dem Urteil der Dist. 4 in der engsten Beziehung steht, ja dieses bereits voraussetzt, wie aus den Worten der Dist. 1: „eyn unelich man unde syne kindere“ hervorgeht (vgl. oben S. 361).

So haben wir die Erklärung, wie die Magdeburger Schöffen zu ihrer von der früheren so sehr abweichenden Ansicht gelangt sind. Johann von Buch ist romanistisch und kanonistisch geschult. Seine Anschauungsweise ist dadurch nach einer Richtung hin orientiert, welche, auf die Erzwingung der Regelung des Geschlechtsverkehrs durch die Ehe bzw. auch auf die Unterdrückung des Geschlechtsverkehrs der Geistlichen hinauslaufend, den unehelichen Kindern ungünstiger war, als die heimische Volksansicht. Diese wird freilich von Johann von Buch als „natürliches Recht“ auch noch gefühlt. Charakteristisch ist aus seiner Glosse zu I 51 folgende Stelle: „Ock schal tu weten dat etlike kindere eelick sin unde etlike uneelick, dat is nicht van naturen, wen dy keyserre hebbent gesat, dorch dat sy dy lüde thu eeliken wyven dwingen dar mede, dat sy anders neyne erffnamen krigen kunden unn sint dat id naturlike recht gemeine is des hebben de keisere in allen stucken war sie kunden met den satten rechte gedruket dat unn gedwungen. Des besehe alle leges unn Canones so vindestu war dat gesatte recht is yegen deme naturliken rechte. Dar hebben dy keyserre alle dy list gefunden dy sy muchten unn hebben yo dy settinge entlike dar in gedruket“. So der Augsburger Druck von 1516. In der Handschrift der Münsterischen Universitätsbibliothek von 1405 (oben S. 359 A. 21) lautet die Stelle: „Nu wette dat itlike kinder echte syn und ytlike unechte. Dat en is nicht

van nature. Wen de keyser hebt ed gesat dor dat sey de lude to echten wyven dwinget. Dar mede dat sey anders neyne erffman krygen konden. Doch bezue alle leges und Canones. So vindestu war dat gesatte recht steit tegen dat naturlike recht. Dar hebt de keysere alle lyst to vunden dat sey dat endeden und hebt to settinge io entliken na vordrukt<sup>a</sup>. Zu dieser Schlussversion passt besser die Fortsetzung der Buchschen Glosse, die sich über die Legitimation der unehelichen Kinder verhält; doch interessiert das hier nicht. Für uns kommt die Glossenstelle nur in Betracht als Beleg für die Beeinflussung Johanns von Buch durch seine romanistische bzw. kanonistische Bildung zuungunsten seiner Erkenntnis über die nationale Rechtsauffassung in dem fraglichen Punkte. So ist er freilich zu einer solchen missverständlichen Auffassung des Sachsen-Spiegelzusatzes gelangt, welche über die Zurücksetzung der unehelichen Kinder im römischen und kanonischen Rechte weit hinausgeht. Immerhin haben die Magdeburger Schöffen, indem sie sein Werk als Kommentar heranzogen, seine Meinung um so leichter angenommen, je mehr sie selbst schon in den fremden Rechten gebildet waren, je mehr sie selbst schon einer tiefer gehenden Kunde des volkstümlichen Rechtes entbehrten. Schon sehr früh haben sie die Buchsche Glosse benutzt. Steffenhagen<sup>80)</sup> hat nachgewiesen, dass ein Magdeburger Schöffe die Buchsche Glosse bald nach 1329, also kurz nach ihrer Entstehungszeit, interpoliert hat. Auf die vorgeschrittene fremdrechtliche Schulung der Magdeburger Schöffen, die eine Vernachlässigung des heimischen Rechtes im Gefolge gehabt haben wird, lässt die systematische Fertigkeit und die ausgebildete Abstraktionsfähigkeit schliessen, von denen Dist. 1 Kunde gibt (oben S. 362 f.).

Dass übrigens ihre Rechtsprechung in der Art, wie sie sich aus Dist. 4 und 8 der Magdeburger Fragen ergibt, keineswegs eine singuläre blieb, geht hervor aus den Randbemerkungen des Stendaler Glossators zur Petrinischen Glosse<sup>81)</sup>. Letztere ist jünger als die Stendaler Glosse<sup>82)</sup> und bestimmt sich dem-

<sup>80)</sup> a. a. O. Bd. 98 (1881) S. 78 f.

<sup>81)</sup> Steffenhagen a. a. O. Bd. 101 (1882) S. 753 ff., S. 761.

<sup>82)</sup> Ebd. Bd. 100 (1882) S. 887 ff.

gemäss durch deren Zeitgrenzen 1374—1410<sup>33)</sup>. In der Petrinischen Glosse zu I 51 § 2 „men seget, dat nen kint“ heisst es nun: „echte und naturlike kindere sin, dy echte geboren sin“. Dazu fügt der Stendaler Glossator den Zusatz: *et a parentibus legitimis, secundum m(agdeburgenses)*<sup>34)</sup>.

Es ist nun aber hochinteressant, wie, angeregt durch die Stendaler Glosse, die spätere Vulgata, die Glosse der Zobelischen Drucke sich in etwa wenigstens von den Folgen des Buchschen Missverständnisses wieder befreit. In dem Augsburger Druck von 1516 sagt die lateinische Glosse zum deutschen Texte von I 51: „Echte man noch echt wyff etc.“: *„Nec econverso et fiscus ei succedit ut supra eo. lib. arti. 28 et qui illegittimus non succedit vide in auten. de incest. nupti. § damus“*. Nach den Mitteilungen von Steffenhagen a. a. O. Bd. 100 S. 887 ff. ist in jenem Augsburger Druck die lateinische Glosse zum deutschen Text ebenso wie die lateinische Glosse zum lateinischen Text des Sachsenspiegels identisch mit der Stendaler Glosse der Breslauer Handschrift II F. 6 der Königlichen und Universitätsbibliothek (Homeyer, Rechtsbücher Nr. 83). Demgemäss ergibt sich, dass die ebengenannte Glossenstelle der Stendaler Glosse angehört. Steffenhagen a. a. O. Bd. 100 S. 891 A. 1 behauptet nun unter Berufung auf Grupen bei Spangenberg, *Beyträge zu den Teutschen Rechten*, Halle 1822: „Die späteren Ausgaben (d. h. die dem Augsburger Druck von 1516 nachfolgenden) haben aus dem Augsburger Druck die Breslauer Glossen (d. s. die Glossen der genannten Breslauer Handschrift) zu dem lateinischen Text des Landrechts abgedruckt, lassen aber die übrigen unberücksichtigt“. In diesem Punkte irrt Steffenhagen, was festzustellen mit Rücksicht auf den abschliessenden Zweck seines Werkes von Wichtigkeit ist. Zobel bringt in seiner Sachsenspiegelausgabe von 1535 nach dem lateinischen Texte zunächst die hierzu gehörige lateinische Glosse des Augsburger Drucks, darauf den deutschen Text und hiernach eine deutsche Glosse. Letztere ist der Hauptsache nach die Buchsche. Aber in derselben findet sich zu I 51

<sup>33)</sup> Ebd. Bd. 100 S. 899—909, Bd. 101 S. 760 f.

<sup>34)</sup> Ebd. Bd. 101 S. 763.

eine hier in Betracht kommende Stelle, welche sowohl in der deutschen Glosse des Augsburger Drucks als in derjenigen des Kölner Drucks von 1480 wie auch in der Glosse der von mir verglichenen Handschriften der Münsterischen Universitätsbibliothek von 1449 und 1405 fehlt und schon hiernach als eine Interpolation erscheint. Es ist der Passus: „Also nun der unehelich Man von Man unn von weybes halben kein erb nimpt. Darumb so nimpt auch widerumb der echte Man ader echte weyb des unechten Mannes erbe nicht, sunder es stirbt erblos und wirt dem Gericht ut sup. eo. lib. articu. 28“. Dieselbe Interpolation findet sich bereits in dem Bocksdorfschen Primärdruck, Basel 1474, woher Zobel sie mit übernommen hat. Unschwer erkennt man darin eine Verarbeitung des ersten Teiles der zuvor mitgeteilten Stelle aus der lateinischen Glosse des Augsburger Druckes bzw. der Stendaler Glosse zum deutschen Texte von I 51. Die ziemlich freie Überarbeitung liegt durchaus in der Bocksdorfschen Art<sup>35)</sup>. Die Beeinflussung der Bocksdorfschen Additionen durch die Stendaler Glosse hat Steffenhagen nachgewiesen (vgl. a. a. O. Bd. 110 S. 246). Jeder Zweifel daran, dass es sich hier um eine aus der Stendaler Glosse hergeholte Interpolation handelt, wird aber dadurch beseitigt, dass in der späteren Zobelschen Ausgabe von 1569 der fragliche Sachsenspiegelzusatz in der Glosse folgendermassen erläutert wird: „Kein ehelich Man etc.: Hie soltu wissen, daz gleicherweis als der unehelich des ehelichen erbe nicht nemen mag, also mag hinwider auch nicht der eheliche des unehelichen erb nemen, er were dann geehlicht. Und das ist des schult, das der uneheliche man des ehelichen mannes (vornim der aus unrechter und verbottener ehe geboren ist) erbe nicht nemen mag ut supra eo. art. 28 . . .“ Hierneben steht die Randbemerkung: ‚Hoc intelligitur de eo, qui contrahit incoestas nuptias, is enim non transmittit haereditatem, eo quod omnia bona eius confiscantur ut in auth. incoestas C. de incoestis nupt. et in c. I quae sunt regaliae‘. Das Zitat „auth. incoestas“ etc. ist dasselbe, wie im zweiten Teile der oben S. 366 mitgeteilten Stelle der Stendaler Glosse. Wird

<sup>35)</sup> Vgl. Steffenhagen a. a. O. Bd. 110 S. 246.

hierdurch die genannte Interpolation und ihre Herkunft aus der Stendaler Glosse — was beides Steffenhagen entgangen ist<sup>86)</sup> — zweifelsfrei bewiesen, so ergibt sich weiter aus den letztgenannten Stellen, dass ebenfalls aus der Stendaler Glosse die Anregung stammt, den Ehelichen, der des Unehelichen Erbe nicht nehmen soll, als einen aus inzestuöser Ehe Geborenen anzusehen. Indem die Ausgabe von 1569 dieser Anregung folgt, gelangt sie, wenn auch auf eine höchst künstliche und disharmonische Weise, zur Wiederbeseitigung wenigstens der Wirkungen des Buchschen Missverständnisses. Demgemäss fährt sie im Anschluss an die zuletzt mitgeteilte Stelle fort: ‚secus autem de liberis legitimis, qui ex parentibus illegitime natis aut procreatis sunt generati, nam tales sibi invicem succedunt, ut supra eo. in addi. circa gloss § fi.‘. Diese hier zum Schluss in bezug genommene additio steht nach der modernisierten Buchschen Glossenstelle: „Die dritten sein echtloss geboren und mögen wol eheliche weiber nemen, aber den nutz der ehe haben sie nicht, indem sie ir gut nicht auff ire kinder können vorerben, auch sie hinwider ir erb nemen“. Die additio hierzu lautet: ‚Ista est reprobata glos. quia contra vim matrimonii et sanctiones legum est, quae volunt, quod ex legitimo matrimonio nati filii parentibus succedant, et ipsis parentes, ut patet in auth. de success. quae ab intest. § 1 cum similibus. Esset quoque contra ius naturale, quod suadet filium patri debere esse haeredem . . . Sed ius naturale per statutum et civilem rationem tolli non potest . . . Tu dic, quod tex. et gloss. hic loquantur de ex illicito coitu procreatis‘. Man sieht hier also gleichzeitig schon die Spur einer Richtung, die vermitteltst des Naturrechts dem volkstümlichen Rechte zu Hilfe kommt, in diesem Falle freilich nicht gegen eine Vergewaltigung durch das fremde Recht, vielmehr gegen die Unterdrückung durch ein auf fremdrechtliche Schulung zurückzuführendes Missverständnis eines sonst mit Liebe für das heimische Recht erfüllten Glossators<sup>87)</sup>.

<sup>86)</sup> Vgl. Steffenhagen a. a. O. Bd. 110 S. 239 ff., 248, 249 ff., 296 ff.; Bd. 100 S. 291. Es wäre hiernach auch eine dankenswerte Aufgabe, nach sonstigen Interpolationen dieser Art Umschau zu halten.

<sup>87)</sup> Vgl. Steffenhagen a. a. O. Bd. 100 S. 910.



Wir haben es somit als ganz irrig erkannt, wenn Budde den Satz: ‚Echt man noch echt wif ne nimt ok unechtes mannes erve nicht‘ dahin aufgefasst hat, dass ein unehelich geborener Mann auch von seinen ehelichen Kindern nicht beerbt werde, und wenn er hierfür die Magdeburger Schöffengerichte angeführt hat. Ebensowenig liesse sich die Buddesche Meinung stützen durch Ssp. I 51 § 3: ‚Swelk man von sinen vier anen, dat is von tven eldervaderen unde von tven eldermuderen unde von vader unde muder umbesculden is an sime rechte, den ne kan neman bescelden an siner bord, he ne hebbe sin recht vorwarcht‘. Hieraus ist allerdings zu schliessen die Vererbung der Rechtlosigkeit bis ins dritte Glied — eine Vererbung, die übrigens wohl auch schon in § 1 daselbst neben der Standesgleichheit der Rechtlosen mit ihren ehelichen Kindern angedeutet ist in den Worten: ‚en rechtlos man mut wol elik wif nemen unde kindere bi ire gewinnen di ime evenburdich sin‘. Hiermit würde sich auch ergeben, dass die Wiederkehr des Ausdrucks „evenburdich sin“ in § 1 keineswegs eine Tautologie ist. Vielmehr würde das erste „evenburdich sin“ etwas mehr bedeuten als das zweite.

Wenn nun in § 3 zwar von einer Vererbung der Rechtlosigkeit die Rede ist, so doch keineswegs von einer Vererbung der Erbunfähigkeit der infolge unehelicher Geburt Rechtlosen. Eine solche Vererbung ist vielmehr vorher in § 1 ausdrücklich verneint. Im übrigen ist der § 3 wiederum ein Beleg für die dem Spiegler stets gegenwärtigen beiden Kategorien: geborene und gewordene Rechtlose. Bezüglich derselben wird unsere Kenntnis hier sogar dahin bereichert, dass nicht bloss die Rechtlosigkeit kraft Berufsmakels, sondern auch die Rechtlosigkeit kraft Geburtsmakels sowie infolge von Verbrechen bzw. beschimpfenden Strafen sich bis in die dritte Generation vererbt. Denn ‚umbesculden . . . an sime rechte‘ in § 3 ist ebenso der Gegensatz zu ‚en rechtlos man‘ in § 1, wie ‚ne kan neman bescelden an siner bord‘ in § 3 zu ‚die ime evenburdich sin‘ in § 1. Dieses ist vollends offensichtlich, wenn man in Betracht zieht, dass §§ 1 und 3 erst später durch den Zusatz zu § 1: „Echt man noch echt wif“ etc. und durch § 2 als Einschiesel getrennt sind. Daher

muss auch ‚unbesculden an sime rechte‘ in § 3 ebenso allgemein gedacht sein, wie ‚en rechtlos man‘ in § 1 d. h. Bezug haben auf alle Rechtlosen, sowohl die geborenen als die gewordenen. Die Vererbung ihrer Rechtlosigkeit bis ins dritte Glied ist ja auch keineswegs eine Singularität dieser Sachsenspiegelstelle<sup>88)</sup>.

Doch ich will hiermit die vielleicht schon allzu weit ausgedehnte Interpretation des hier interessierenden Teiles von Ssp. I 51 beschliessen. Nur das mag noch betont werden, dass diese Stelle und speziell die zweite Ebenbürtigkeitsvoraussetzung „wende si en evenburdich sin“ in § 1 allein für sich einen völlig durchschlagenden Beweis für die Unrichtigkeit des Buddeschen Begriffes der Rechtlosigkeit = Standeslosigkeit bildet<sup>89)</sup>.

### § 27.

#### Die Verschiedenartigkeitstheorie Buddes in ihrer Schwäche.

Indem Budde die Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit aus ihren Wirkungen erklärte, dagegen bei der Deutung der Ehrlosigkeit zunächst zu ihren Gründen geführt wurde, gelangte er eigentlich zu einem Resultate, nach welchem man Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit einerseits und Ehrlosigkeit andererseits als durchaus disparate Begriffe ansehen müsste. Da, wie wir sahen, B. auch Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit als artverschieden behandelt, ja sogar zwei ganz verschiedene Arten von Echtlosigkeit annimmt, so scheint er mehr als irgend ein anderer zuvor von der Theorie der Einheitlichkeit der altdeutschen Ehrenminderungen sich entfernt zu haben. Und doch liegt in dem Unterschiede, der zwischen seiner Definition von Echt-

<sup>88)</sup> Vgl. Osenbrüggen, a. a. O. (oben § 20 A. 2) S. 129, ferner die Stelle aus Beowulf bei Grimm RA. S. 731. Vgl. auch ein ähnliches Prinzip in Ssp. Lehn. art. 2 oben S. 337 Nr. 2. Bei Stobbe-Lehmann I S. 403 A. 20 ist zitiert eine Stelle aus Cod. dipl. Siles. XI p. 41, nach welcher i. J. 1507 ein Bürger, welcher in Breslau in den Rat gewählt war, trotz der Verwendung des Königs von Böhmen pro honore istius keine Aufnahme fand, weil einmal sein Vater in Russland einen Dieb ergriffen und gehängt hatte. Hier erscheint sogar vererbt eine (Ehr-) Rechtlosigkeit, die man als entsprungen aus bloss gelegentlicher Wahrnehmung der Henkerfunktion betrachtete.

<sup>89)</sup> So auch Renaud, Lehrb. des deutsch. Priv.-Rechts Bd. I 1848, S. 278 A. 1.

losigkeit und Rechtlosigkeit und seiner Bestimmung der Ehrlosigkeit besteht, etwas Wahres, was man sogar als Vertreter der Einheitlichkeit jener Ehrenminderungen anerkennen darf, ja sogar anerkennen muss, wenn man diese Einheitlichkeit ganz verstehen will. Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit ist der durch eine Rechtsherabsetzung herbeigeführte Zustand. Die Rechtsherabsetzung aber ist Ausdruck einer gesetzlichen Achtungs- d. h. Wertungsherabsetzung auf Grund einer angenommenen Wertsminde- rung<sup>1)</sup>. Die Annahme der letzteren beruht wieder auf der Annahme eines von der Allgemeinheit verurteilten Verhaltens. Kann man den in der gesetzlichen Wertungsherabsetzung an sich beruhenden Zustand Ehrlosigkeit im objektiven Sinne nennen, so ist der mit dem verurteilten Verhalten gegebene Zustand verminderten Wertes eine Ehrlosigkeit im subjektiven Sinne, ebenso wie die Wertung, die Achtung der Persönlichkeit Ehre im objektiven Sinne und der zu achtende Wert Ehre im subjektiven Sinne ist. Wenn man nun den Gedankenweg von der Echtlosigkeit und Rechtlosigkeit über die Ehrlosigkeit im objektiven Sinne zur Ehrlosigkeit im subjektiven Sinne geht, so gelangt man bei einem und demselben Rechtsinstitut immer mehr von aussen nach innen, von Wirkungen zu Gründen. Doch alles dieses kann hier nur angedeutet werden, da einstweilen meine Aufgabe eine andere ist.

### § 28.

#### **Buddes Gleichstellung von Ehrlosigkeit und bösem Leumund.**

Die Besprechung der Buddeschen Schrift fortsetzend, habe ich zunächst festzustellen, dass B. den Eichhorn-Marezollschen Begriff des bösen Leumunds (oben S. 256, 260 f.), der ja auch nach Art der infamia facti aufgefasst war, ganz in die Ehrlosigkeit hat aufgehen lassen, wobei er dann natürlich wegen seiner Auffassung von der Ehrlosigkeit (oben S. 333) die von Eichhorn und Marezoll jenem Begriffe zugeschriebene Bedeutung einer bloss partiellen Minderung der Ehre fallen lassen musste. Im Anhang S. 151 sagt B. unter Nr. 4: „Beliumet, in üblem

<sup>1)</sup> Vgl. die Stelle aus dem Kl. Kaiserrecht oben S. 335 A. 9 a. E.

Rufe stehend, insbesondere begangener Verbrechen wegen. Schw. Ldr. (W.) 186, 187 . . . CCC. 162 (Bamb. 188). Daher missetetig und vorlumd. (V. Ssp. IV 9, 9)<sup>1)</sup> oder auch geradezu für ehrlos, wie in CCC. 107 (Bamb. 128), vgl. Walch Glossar. ad CCC. v. verleumt<sup>4</sup>. Bei Erörterung der in den lateinischen Quellen für die fraglichen Begriffe angewandten Bezeichnungen sagt B. weiter S. 164: „Fama heisst Gerücht, Leumund; infamia ist alsdann der üble Leumund von einer unsittlichen und mithin entehrenden Tat, welcher, wenn er begründet ist, den Täter ehrlos macht<sup>4</sup>. Dazu teilt er mit: ‚Treuga Henr. reg. (1224?) § 8: Qui alium clam occiderit, quod mord dicitur, in rota punietur. Si aufugit et fama publica, que vulgo loimunt dicitur, exstiterit etc. . . . § 14 Hii autem qui in infamia que loimunt dicitur laborant, ad expurgationem non nisi in publico iudicio admittentur<sup>2)</sup>. Infamia sei besonders häufig auf die Ehrlosigkeit bezogen (S. 163). „Zuweilen lässt sich infamia geradezu mit schändliche Tat, Verbrechen übersetzen und deutet dann also unmittelbar auf den Anlass und Inhalt des bösen Leumundes. Auch hierfür liefert das vorliegende Gesetz (Treuga Henr.) wieder das schlagendste Beispiel: § 10. ‚Quicunque cultello alium occiderit (vel vulneraverit), infamie que mord dicitur, reus erit<sup>3)</sup>.“

„Eine Parallelstelle hierzu enthält die Instruktion, welche Friedrich der Zweite in seinem Landfriedensgesetze v. J. 1235 dem Hofgerichtsschreiber erteilt: er soll neben dem Verzeichnisse der Geächteten noch ein besonderes Buch führen und dabei so verfahren: ‚Item scribet nomina eorum, qui accusantur vel denunciantur tanquam nocivi terrae et infamiam et eorum nomina, quando a suspitione absolvuntur, delebit<sup>4)</sup>. Einzeichnen soll er also die Namen aller, welche als gemeinschädliche Leute bezeichnet werden, und dabei den Grund des üblen Rufes bemerken; wird der Verdacht später gehoben, so sollen die Namen wieder gelöscht werden“ (S. 164 f.).

<sup>1)</sup> Ortloff a. a. O. S. 199.

<sup>2)</sup> Vgl. jetzt Mon. Germ. 4<sup>o</sup> Leg. IV tom. II, 1896, p. 400 §§ 9 und 16.

<sup>3)</sup> Vgl. Mon. Germ. cit. § 11.

<sup>4)</sup> Vgl. die Stelle jetzt in Mon. Germ. cit. p. 247 § 29 und hier die Lesart infamium statt infamiam.

Man sieht also bei Budde dieselben beiden Bedeutungen des übelen Leumundes wiederkehren, die bereits Marezoll (oben S. 260f.) ihm zugesprochen hatte, nämlich einmal der in feststehendem verbrecherischen Handeln oder schlechtem Lebenswandel beruhende übele Leumund und anderseits der übele Leumund als blosser Verdacht solchen Tuns. Den letzteren Begriff will Budde sogar schon in der Zeit der Kapitularien vorfinden. „Den Beweis liefert das Cap. Caris. an. 873 c. 3 (Walter III 182)<sup>5)</sup>: ‚De illis liberis hominibus qui infames vel clamodici sunt de testeis vel latrociniiis et rapacitatibus et assalturis vel de infidelitate nostra, et cum furto non comprehenduntur, si eis iam vita perdonata est propter aliquod malefactum, fiat de illis, sicut in Cap. avi et patris nostri continetur in libro III cap. XLVII; et si iam de latrocinio revicti sunt, fiat de illis sicut de revictis. Si autem illis adhuc vita perdonata non fuit et revicti non sunt, et res et mancipia vel mobile habent, fiat de illis sicut in quarto libro Cap. c. XXIX dicitur, cum ad mallum comitis venerint‘. Es werden hier unter Bezugnahme auf ältere Gesetze Regeln gegeben über das gerichtliche Verfahren gegen Personen, welche gewisser Verbrechen angeklagt worden sind. Die abgedruckte Stelle bezieht sich auf den Fall, dass die Angeklagten persönlich vor Gericht erscheinen: man soll dann unterscheiden, ob sie bereits früher eines Verbrechens wegen verurteilt worden sind oder nicht, und zwar deshalb, weil die zitierten Gesetze nur im letzteren Falle den Unschuldseid zulassen. Die hier erwähnten infames sind also keineswegs bloss solche, welche wegen früher begangener Verbrechen bereits rechtlos (!) und ehrlos sind, sondern vielmehr alle Angeklagten, auch diejenigen, denen nichts bewiesen worden ist: wir können also wiederum nur an den bösen Leumund denken, welchen der Ankläger zur Kunde des Richters bringt: Das erläuternde Beiwort clamodici bestätigt diese Annahme“ (S. 165 f). Schon vorher hatte Budde auf S. 151 bemerkt, dass das Wort beliumet, verleumt nicht bloss für den Überwiesenen, sondern auch schon für den Angeschuldigten gelte, dazu hatte er mitgeteilt Öffnung von Oberwinterthur (Gr. Wst. I 126): „Item were, das ein belümdet mensch hie, das die sach nit offenbar

<sup>5)</sup> Vgl. jetzt Mon. Germ. Leg. II tom. II, 1897, p. 343.

were und dabei rechts begerte, den soll ein vogt zu rechter handt haben und dryg tag vor gen Kyburg verkünden, unnd kompt niemand von Kyburg nach den dryen tagen, der zu im clagen unnd rechtvertigen wellte, so mag im ein vogt lassen gan unnd niemand darumb nichtzit schuldig sin, wirt er aber beclagt unnd überwunden der verlümbdung schuldig sin, so soll ein vogt uff stan unnd den stab von im geben unnd die hohen gericht furohin mit im handlen lassen nach gestallt der sach“.

Wirkungen des übelen Leumundes (also auch der Ehrlosigkeit) sollen nach einer Reihe im Anhang S. 150 mitgeteilter Quellenstellen sein: Verlust des Unschuldseides und Versagung der Aufnahme in Gemeinden. In letzterer Hinsicht kommen z. B. in Betracht Weist. v. Hamme, Grimm Weist. II S. 84: „Vortme so hait unse here eyn recht zu siner frier kamern inne Hamme, dat dye portin solent offin stayn eyne ykelichme unbesprochin manne dar zu kummene und hin zu infayne zu eyne burger“. „Unbesprochen“ bedeute dasselbe wie „eines guten Leumundes“.

## § 29.

### Weiteres Material für die Einheitlichkeitstheorie bei Budde.

Budde hat, wie ich zeigte, Echtlosigkeit, Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit, welche letztere er ja allerdings mit dem übelen Leumund identifiziert hat, als durchaus artverschiedene Begriffe behandelt. Wenn man lediglich seine Absicht in Betracht zieht, so will er sich der Theorie der Einheitlichkeit jener Ehrenminderungen am schroffsten gegenüberstellen. Ich habe aber bereits oben im § 27 ausgeführt, wie ihm dieses tatsächlich, wenschon unbewusst, in das Gegenteil umschlägt. Andererseits ist der Anhang, den er seinem Werke beigibt (S. 131—166) ein Beweis dafür, dass ihm die Verlegenheit, die Verschiedenartigkeit der fraglichen Ehrenminderungen völlig durchzuführen, sogar einigermassen zum Bewusstsein gekommen ist. Jedenfalls bietet derselbe, auch abgesehen von der Gleichstellung von Ehrlosigkeit und bösem Leumund, einen schätzbaren Beitrag zu dem Material, mit welchem sich die Einheitlichkeitstheorie stützen lässt.

Hierher soll noch nicht einmal gerechnet werden, dass Budde, ähnlich wie Phillips (vgl. oben S. 279) und Maurenbrecher (vgl. oben S. 283), zugibt, in der Echtlosigkeit strengsten Grades liege sowohl die Rechtlosigkeit als die Ehrlosigkeit (S. 158, 139, 138), und die Rechtlosigkeit umfasse einigermassen die Ehrlosigkeit (arg. 137; vgl. im übrigen S. 103). Dementsprechend findet sich B. auch noch mit dem Vorkommen einer Verbundenheit aller drei Begriffe oder der beiden Begriffe „echtlos und rechtlos“ bzw. „rechtlos und ehrlos“ ab. „Sämtliche Ausdrücke nebeneinander begegnen zur Bezeichnung des höchsten Grades der Echtlosigkeit und der darin zugleich liegenden Recht- und Ehrlosigkeit“, sei es in lateinischer Übersetzung, so in einer Stelle der Const. Fried. I. contra incend. . . . : ‚universo iure et honore et legalitate sua privatus‘ (vgl. oben S. 294, Budde S. 158), sei es deutsch, z. B. Glosse zu Ssp. III 17, wo es vom Oberächter heisse: „Dadurch verurtheilt man ihm leib und gut, ehre, echt und recht“. Durch die Formel „echtlos und rechtlos“ werde ebenfalls häufig die strenge Echtlosigkeit, die Entziehung aller Rechtsfähigkeit bezeichnet<sup>1)</sup>. Schon unbequemer ist für Budde die Verbindung „ehrlos und rechtlos“. Soweit allerdings seiner Ansicht nach die Rechtlosigkeit die Ehrlosigkeit mit umfasst — B. erörtert S. 137 die Rechtlosigkeit überführter Verbrecher —, ist die Formel sofort erklärt. Anders wenn ein Schuldner „für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht erfülle, sich selbst für ehrlos und rechtlos erklärt“ oder wenn in dem Landfriedensgesetze vom Jahre 1235 „erenlos und rechtlos“ sechsmal „zur Bezeichnung des höchsten Grades der Echtlosigkeit“ begegnet (oben S. 298). Im ersten Falle hält B. neben der vertragsmässigen Ehrlosigkeit eine ebenso begründete Rechtlosigkeit = Standeslosigkeit für sehr bedenklich und erklärt darum das „rechtlos“ hier als gerichtlos. „Der Schuldner . . . verstattet also seinem Gläubiger, ohne Mitwirkung des Richters sich selbst Recht zu verschaffen . . .“, ähnlich wie mit der Pfändungsklausel „ohne Recht“ (S. 138). Im zweiten Falle sucht B. sich dadurch zu helfen, dass er für erenlos, durch die Lesarten einiger Handschriften unterstützt, elos = echtlos setzt (S. 139; vgl. oben S. 299).

<sup>1)</sup> S. 140. Eine Reihe von Stellen vgl. S. 141.

Immerhin zählt dieser letzte Fall bereits zu dem erwähnten Beitrag, den Budde, freilich ohne es zu wollen, zur Begründung der Theorie der Einheitlichkeit der fraglichen Ehrenminderungen beisteuert. Hierhin gehört es eben namentlich, wenn er eine Fülle von Stellen mitteilt, die ergeben, dass die drei Bezeichnungen echtlos, rechtlos, ehrlos und noch eine ganze Reihe sonstiger Ausdrücke wechselseitig für einander gebraucht werden.

Hat der zuletzt erörterte Fall gezeigt, dass für echtlos auch erenlos und rechtlos steht, so bringt B. ferner Stellen, in welchen unecht oder unehelich (= echtlos), das im Ssp. I 38, 3 und I 51 § 1 „den Zustand der Oberächter“ ausdrückt<sup>2)</sup>, alle diejenigen bezeichnet, die sonst rechtlos genannt werden<sup>3)</sup>, oder in denen friedlos, das „ein sehr üblicher Ausdruck für den höchsten Grad der Echtlosigkeit“ im Buddeschen Sinne ist, sich auf die blosse Verfestung oder Acht bezieht<sup>4)</sup>, welche sonst auch durch Rechtlosigkeit wiedergegeben wird. Charakteristisch ist ja die auch von Budde (S. 134) mitgeteilte Stelle aus I 14 § 1 der Magdeburger Fragen: „Andere lute heissen ouch rechtlos, das ist fredeloz, als der yn eyne gerichte vorfestent ist, der ist do rechteloz“<sup>5) 6)</sup>. Im rigischen Ritterrecht c. 37 bezeichnet fredelos sogar zunächst den Zustand der Acht und unmittelbar darauf den der Oberacht: „We fredelos wert gelecht vor dem oversten richter unde darinnen ys jar unde dach, unde sik nicht daruth thüt by synen eden sulf sovende, de blivet fredeloss in allen rechten“ (S. 156). Auf S. 142 nennt Budde Stellen, in denen „mit der Formel echt und recht . . . auf Prozesse über die Rechtlosigkeit hingewiesen werden solle“<sup>7)</sup>. Auch der gewöhnliche lateinische Ausdruck für echtlos, nämlich *exlex*, bezeichne häufig jemanden, der

<sup>2)</sup> Vgl. Budde S. 152. Wenn B. hier meint, dass es I 51 § 1 den Mangel der Familienrechte bezeichne, so ist dies irrig; vgl. oben S. 346.

<sup>3)</sup> Ssp. III 45 § 11; Ssp. Lehn. 61 § 1.

<sup>4)</sup> Vgl. Verm. Ssp. I 46, 6 Ortloff, Rechtsb. n. Dist. S. 82 und viele andere Stellen bei Budde S. 155 f.

<sup>5)</sup> Vgl. oben S. 361.

<sup>6)</sup> Budde erklärt hier rechtlos = gerichtlos. Dass es in dieser Bedeutung sonst vorkommt, belegt er durch einige Stellen S. 135 f.

<sup>7)</sup> Ssp. III 28 § 1; c. 31 § 11 der Freiburger Statute bei Schott III 254.



sonst rechtlos genannt werde, so in der uns schon bekannten Stelle der Goslarer Statuten (Göschel S. 114 Z. 3): ‚Quodsi falsarius manum redemerit etc.‘ (oben S. 242). Ebenso (bei Halthaus v. rechtlos) Dipl. de iur. fam. eccl. Bamberg: ‚Si homo episcopi fur esse publicatus fuerit, XI talentis bis redimi potest et exlex erit‘ (S. 160f.). Hierher gehöre auch die Stelle aus Leg. Burch. Wormat. c. 32: ‚legem sibi innatam propter furtum perditam habere‘ (oben S. 321).

Umgekehrt steht rechtlos auch für echtlos bzw. friedlos. Budde teilt aus den Magdeburger Fragen I 14 Dist. 1 den Passus mit: ‚Etzliche lute sint rechtelos, das ist fredeloz unde erloz unde gutlosz‘ etc. (vgl. oben S. 361f., Budde S. 137). Die lateinische Übersetzung von echt ist *lex*, von recht: *ius*. In einer bei Budde S. 161 zitierten Urkunde König Ruprechts v. J. 1401 heissen die für echtlos erklärten Aufwiegler gegen Kaiser und Reich: ‚extra ius, ut moris est, sententialiter constituti et depositi‘.

Davon, dass Budde auch ein Vorkommen der Formel *erenlos* und *rechtlos* für *echtlos* erwähnt, ist schon die Rede gewesen<sup>8)</sup>.

Mittelbar ergibt sich eine Gleichstellung von Ehrlosigkeit und Rechtlosigkeit daraus, dass *infamia*, welches die gangbarste lateinische Bezeichnung für Ehrlosigkeit ist<sup>9)</sup>, auch die Rechtlosigkeit bedeutet. Budde führt an L. Sal. em. 14, 16<sup>10)</sup>: ‚Si quis sororis aut fratris filiam aut certe alterius gradus consobrinam aut fratris uxorem aut avunculi sceleratis nuptiis sibi iunxerit, huic poenae subiaceat, ut a tali consortio separetur. Atque etiam si filios habuerint, non habeantur legitimi heredes, sed infamia sint notati‘ und Fragm. Kap. IV (Walter III 278)<sup>11)</sup>: ‚Hoc sancimus, ut in palatiis nostris ad accusandum et iudicandum et testimonium faciendum non se exhibeant viles personae et infames, histriones scilicet, nugatores, manzeres, scurrae, concubinariii, neque ex turpium feminarum commixtione progeniti, aut servi aut criminosi.‘

<sup>8)</sup> Oben S. 375, 298f.

<sup>9)</sup> Budde S. 163 ff., oben S. 372.

<sup>10)</sup> Vgl. Geffcken, *Lex Salica* XIII § II.

<sup>11)</sup> Vgl. jetzt *Mon. Germ.* 4<sup>o</sup> Leg. II 1 p. 334 und hier die Erläuterung nach *Ben. Lev.* II 49: ‚manzer hoc est de scorta natus‘.

Frequenter enim homines huiusmodi ex suspicione conversationis pravae et naturae, ut inferiores non videantur, quod placet asserere nituntur contra digniores'. „Unter der Benennung infames werden hier Schauspieler, Gaukler aller Art, nnehelich Geborene und Verbrecher aufgeführt, Personen, die wir bereits als rechtlose kennen“ (S. 162 f.).

In den Handschriften der Rechtsbücher werden, wie Budde S. 132 f. belegt, alle drei Ausdrücke echtlos, rechtlos und ehrlos miteinander vertauscht. Budde stellt dieses als eine Verwirrung hin. Wo aber ist der Beweis hierfür? Sollte sich hier nicht vielmehr eben wiederum die Einheitlichkeit jener Ehrenminderungen kundgeben?

Ist dieses richtig, so hat Budde weiter selbst das Material gesammelt, auf welches man die Behauptung gründen kann, dass für diesen einheitlichen Begriff der Ehrenminderung noch mancherlei andere Ausdrücke gebraucht wurden. Er zeigt, wie auf die Rechtlosigkeit sich bezieht: rechtes darben, besculden an sime rechte, bescelden an sime rechte, rechtlos bescelden an siner bord, beschelten an seiner geburt und an seinem ammecht, von seinen rechten verwerfen, sin recht verliesen<sup>12)</sup>, sin recht verwirken<sup>13)</sup>. Diese Ausdrücke rechnet B. noch zu den „eigentlich technischen Bezeichnungen“ der Rechtlosigkeit (S. 147). Als Ausdrücke hierfür von angeblich „unbestimmterer Geltung“ nennt er namentlich: anrüchtig, berüchtigt und schaltbar. Dass diese Worte termini für rechtlos sind, belegt er durch eine Reihe von Stellen, z. B. Pölmans Distinkt. IV 14, 14: „Anrüchtige leute . . . die sint alle rechtlos“; Gl. zu Ssp. I 39: „Hievor in dem nechsten Artikel (I 38) hat er von anrüchtigen und bescholtenen leuten gesagt . . . kempfer sind solche leut, die geldes halben streiten, dadurch sie denn schaltbar und anrüchtig werden“. Budde teilt auch eine Rezension von Ssp. Lehnr. art. 23 § 3 mit, wo anrüchtig offenbar gleichbedeutend nicht nur mit bescholten, sondern auch mit beleumet steht: „Der herr soll seinen mannen alzeit und in allen steten

<sup>12)</sup> Letztere Verbindung hat freilich häufig eine andere Bedeutung. Namentlich bezeichnet sie auch den Verlust eines Anspruchs, vgl. Budde S. 144 f. Eine weitere von Budde hier erwähnte Bedeutung vgl. in Schwsp. (W.) c. 104.

<sup>13)</sup> Vgl. über diese Ausdrücke Budde S. 142—145.

gut leihen, das man allein mit rechte an in begert. Denn allein in kirchen und kirchhöfen und in allen steten die bescholten, beleumet und anrüchtig sind“ (vgl. Budde 147—149<sup>14</sup>).

Als technische Bezeichnungen für das Gegenteil der Rechtlosigkeit führt B. ausser volkomen an sime rechte, unbesculden oder unbesprochen oder unversprochen an sinem rechte auch unvorleghet sines rechtes und sin recht behalten haben auf (S. 145—147). Budde sagt weiter: „Unversprochen oder unbesprochen ohne den Beisatz an sime rechte ist ein überaus häufig vorkommendes Prädikat für klassische Zeugen . . . (es folgen zahlreiche Zitate . . .). Eine unmittelbare Hindeutung auf die Rechtlosigkeit liegt darin nicht, vielmehr bezieht sich dieser unbestimmtere Ausdruck auf den guten Ruf im allgemeinen: daher die Zusammenstellung unversprochen und eynes guten lumundes“ (S. 149 f.). Ganz offenbar irrt Budde hier; „unversprochen“ ist sicher nichts anderes als „unversprochen an sinem rechte“. Und die Redensart „unversprochen und eynes guten lumundes“ ist nach Buddes eigener Annahme (vgl. S. 150 f.) tautologisch, wie wir vorhin bescholten, beleumet und anrüchtig als tautologisch gebraucht kennen gelernt haben. Alle diese Ausdrücke sind gleich rechtlos, wie alle auch gleich ehrlos sind, bzw. sie bedeuten das Gegenteil von rechtlos (ehrlos). Dass Budde zur Gleichstellung von Ehrlosigkeit und schlechtem Leumund sich gezwungen sah, habe ich ja schon früher gezeigt (oben S. 371 ff.). Überall sieht man also die Einheitlichkeit der mittelalterlichen Ehrenminderungen hervorbrechen<sup>15</sup>).

Alles in allem ist der gesamte „Anhang“ der Budde-schen Schrift, der freilich nur ein rohes Material enthält und erst durch die im vorigen vorgenommene Verarbeitung nutzbar gemacht werden musste, der höchste Ausdruck der Ver-

<sup>14</sup>) Nach Homeyer Ssp. II 1 (1842) S. 184 lautet hier die Lesart einer Handschrift: „und in leythusirn und in housirn der unkuscheit und in allen steten, die sein besprochen und schalbar“.

<sup>15</sup>) Der Vollständigkeit halber ist noch zu sagen, dass Budde als das Gegenteil des angeblich „unbestimmten“ anrüchtig und darum als ebenso „unbestimmt“ erwähnt den Ausdruck unberüchtig (S. 149) und wohl als gleichbedeutend unberopen (S. 151).

legenheit, wie angesichts der Masse von Zeugnissen für die Einheitlichkeit der Ehrenminderungen die Behauptung ihrer Verschiedenartigkeit aufrecht erhalten werden kann. Budde sucht sich dadurch zu helfen, dass er ähnlich wie früher Marezoll (oben S. 257 f.)<sup>16)</sup> in einigermaßen willkürlicher Weise nur den Bezeichnungen echtlos, rechtlos und ehrlos sowie den mit rechtlos durch die Verbindung mit recht verwandten Bezeichnungen (oben S. 378) technische Bedeutung vindiziert, während er den übrigen nur eine „unbestimmtere“ Geltung zuspricht (S. 147 ff.). Aber auch von jenen gesteht er, dass nur der Verfasser des Sachsenspiegels sie im technischen Sinne (d. h. also auch mit Unterscheidung der einzelnen dadurch ausgedrückten verschiedenartigen Begriffe) angewandt habe. „Gleichzeitige Juristen waren minder sorgsam, und in den Gerichten konnte man sich an einen festen Sprachgebrauch überall noch nicht gewöhnen“ (S. 133). Ganz abgesehen davon, dass der Sachsenspiegel allein für sich das deutsche Recht des M. A. noch nicht darstellt, ist es auch nicht richtig, dass er jene drei Ausdrücke technisch für drei verschiedenartige Begriffe gebraucht. Dieses auszuführen ist hier nicht der Ort. Auf eines will ich nur hinweisen, weil es mit schon oben angestellten Untersuchungen in Beziehung steht. Nämlich in Ssp. I 38 § 3 ist die Rede vom unechten Mann. In I 51 wird dieser echtlos genannt<sup>17)</sup> und in III 45 § 11 bezieht sich unechte lude auf sämtliche Rechtlose. Das ist natürlich für die Theorie der Verschiedenartigkeit der Ehrenminderungen unbequem. Darum stellt Budde das Wort unecht unter die Bezeichnungen von „unbestimmterer Geltung“.

Hätte Budde das Material, das in seinem „Anhang“ steckt, unbefangen gewürdigt, so wäre er wohl, wie einst Huth, ein Verkünder der Einheitlichkeitstheorie geworden. Aber contagiös infiziert durch die herrschende Meinung, konnte er sich von der Verschiedenartigkeitstheorie nicht freimachen.

<sup>16)</sup> Budde bringt im Anhang S. 131 ff. nur eine weitere Ausführung der oben S. 257 A. 2 und S. 258 nach A. 3 mitgeteilten Sätze Marezolls. In derselben tauchen sogar mehrfach die eigentümlichen Ausdrücke Marezolls auf. Die Nichterwähnung von Marezolls Namen ist ein gröbliches Unterlassen.

<sup>17)</sup> Vgl. oben S. 346.

Aber wenn Budde auch noch so sehr in einer Selbsttäuschung befangen war, wenn auch das Wenigste von seinen Resultaten haltbar ist, wenn er auch in Ansehung der Rechtlosigkeit nicht objektiv genug geforscht und im übrigen sich nicht hoch genug über das Niveau einer kompilatorischen Tätigkeit hinausgeschwungen hat, wenn er sich auch keineswegs als Beherrscher des Stoffes und Meister der Darstellung gezeigt hat<sup>18)</sup>, vergeblich hat er dennoch nicht geschrieben<sup>19)</sup>. Ganz abgesehen davon, dass die Erkenntnis seiner Irrgänge auch positiv fördert, hat er auch eine Fülle von Material für die Lösung des Problems zusammengetragen und, was nicht minder zu schätzen ist, gibt die Lektüre seines Werkes, welches jedenfalls die umfassendste, mit dem grössten Fleisse und erheblichen Mitteln unternommene Bearbeitung des Problems darstellt, eine Reihe dankenswertester Anregungen, die nicht lediglich auf den Bereich dieser Rechtsfrage beschränkt bleiben. Andererseits trifft man auch heute noch Männer mit Namen von bestem Klang als Gäste in Buddes Lehrgebäude an<sup>20)</sup>. Schon deshalb war es geboten, dieses Stein für Stein kritisch abzutragen<sup>21)</sup>.

<sup>18)</sup> Wie Gerber in der oben S. 303 A. 4 zitierten Rezension S. 699 und Unger in den Göttingischen gelehrten Anzeigen 1843 S. 830 Budde Klarheit der Darstellung nachrühmen konnten, ist mir nicht verständlich. Vgl. oben S. 305 A. 6, 318, 338 f.

<sup>19)</sup> Schon Gerber a. a. O. S. 699 hat zwar den Versuch Buddes, die Rechtlosigkeit neu zu begründen, als misslungen hingestellt, seinem Werke aber doch bleibenden Wert zugesprochen.

<sup>20)</sup> Vgl. den II. Teil d. Dogmengesch.

<sup>21)</sup> Ausser den beiden bedeutsamen Rezensionen, die Gerber und Unger über die Schrift Buddes lieferten und von denen die Ungersche im zweiten Teile dieser Dogmengeschichte Gegenstand einer näheren Erörterung sein wird, mag noch erwähnt werden die Rezension Häberlins in der Allgemeinen Literaturzeitung 1843 Nr. 92, 93 S. 729—733, 739—744, welche bei völliger Versagung der Kritik das Werk weit über die Gebühr lobt, sowie die Rezension von Michelsen in der Neuen Jenaischen Allgemeinen Literaturzeitung 1843 Nr. 39 S. 157—159, die ich nur als töricht bezeichnen kann. Vgl. die Auszüge aus diesen Rezensionen in den Krit. Jahrb. f. deutsch. Rechtswissensch. Bd. 21, Leipzig 1847, S. 179 ff.

## § 30.

**Schluss des I. Teiles der Dogmengeschichte.**

Während bisher die Entwicklung der Meinungen über die mittelalterlichen Ehrenminderungen im wesentlichen eine zeitlich geradlinige, eine einfach in zeitliche Abschnitte zu gliedernde war, beginnt nunmehr ein Neben- und Durcheinander von Ansichten, ein Sichverzweigen nach den verschiedensten Richtungen hin, so dass eine reine Periodeneinteilung nicht mehr zugänglich ist, vielmehr eine Kennzeichnung der verschiedenen über die Zeit hinweg und oft intermittierend sich zusammenfindenden Literaturgruppen nach ihren hauptsächlichsten Merkmalen erforderlich wird. Damit rechtfertigt es sich, die Dogmengeschichte in zwei Teile zu zerlegen und den ersten hier abzuschliessen. Den zweiten werde ich demnächst in selbständiger Form erscheinen lassen. Ohnehin verbot es sich, meine Arbeit an diesem Orte weiter auszudehnen. Für manchen mag sie schon jetzt hier allzuviel Raum einnehmen. Möge es mir nicht als Unbescheidenheit ausgelegt werden. Zunächst als kleiner Aufsatz gedacht, wuchs mir die Abhandlung unter den Händen, je mehr die in der Literatur des Problems herrschende Wirrnis das Bedürfnis erschöpfender kritischer Darstellung aufdrängte und je weniger ich mit der Antwort, welche die Quellen auf Begleitfragen gaben, zurückzuhalten vermochte. Dem Manne, dem diese Festschrift gewidmet ist, hätte ich gern die vollendete Dogmengeschichte als Ehrengabe geboten. Möge er schon den ersten Teil freundlich entgegennehmen als ein Zeichen der Verehrung und Dankbarkeit.



Princeton University Library



32101 068918869



