
Rechtsgeschichte I

Vorlesung an der Universität Bern
Wintersemester 1998/99

Aufgezeichnet und bearbeitet von

Marcel Küchler

Inhaltsverzeichnis

§1	Warum Rechtsgeschichte als Ausbildungsfach für Juristen?	1
1.1	Warum Rechtsgeschichte als Ausbildungsfach für Juristen	1
1.2	Wenn schon Geschichte des Rechts, welche?	2
§2	Allgemeine Koordinaten	4
2.1	Alte und neue Periodisierungen	4
2.2	Zur allgemeinen politischen Entwicklung	5
2.3	Zur allgemeinen wirtsch. Entwicklung: Von der Naturalwirtschaft zur Geldwirtschaft	5
2.4	Zur allgemeinen rechtlichen Entwicklung	6
2.5	Als Zusammenfassung: Vom Feudalismus zum bürgerlichen Zeitalter	7
2.6	Zur inhaltlichen Bewertung dieser Wandlung	8
§3	Staaten und deren Geschichte	12
3.1	Konstanz der Monarchie	12
3.2	Insbesondere die ständischen Monarchie	13
3.3	Zur Entwicklung in der Neuzeit (Überblick)	13
§4	Neuzeitliche Bestätigung des ständestaatlichen Prinzips: Insbesondere die Entwicklung im Deutschen Reich	15
4.1	Zur Feudalisierung der Staatsgewalt	15
4.2	Die spätmittelalterliche Entwicklung	15
4.3	Die neuzeitliche Entwicklung	17
4.4	Der englische Sonderfall	19
§5	Neuzeitliche Überwindung des ständischen Prinzips: Der Absolutismus	20
5.1	Die Zeit des Absolutismus	20
5.2	Die Entwicklung zum aufgeklärten Absolutismus	22
§6	Die Kirche im Zentrum der Gesellschaft	25
6.1	Die christliche Welt des Mittelalters	25
6.2	Zur kulturellen und sozialen Bedeutung der Kirche	25
6.3	Die Beziehung zum Staat: Belege einer gegenseitigen Anziehungskraft	26
6.4	Vom kirchlichen Beitrag zum profanen Rechtsleben	28
§7	Feudalismus von unten: Die Lage der Bauern	30
7.1	Die mittelalterliche Grundherrschaft	30
7.2	Wodurch wurden diese Änderungen hervorgerufen?	33
7.3	Der Bauernkrieg von 1525 und die Folgen	34
7.4	Die spätere Entwicklung im Zeichen der Bauernbefreiung	36
§8	Das Aufkommen der Stadt	39
8.1	Zum rechtlichen Begriff der Stadt	39
8.2	Genossenschaft versus Herrschaft	42
8.3	Die Entstehung von Stadtstaaten	44
§9	Rechtsquellen in der Geschichte oder Rechtsquellen der Vergangenheit und der Gegenwart	46
9.1	Einige methodische Überlegungen	46
9.2	Das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle	47
9.3	Gesetze und Gesetzgebung als Rechtsquelle	50
9.4	Die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle	54

§10 Zum Bundesbrief von 1291	57
10.1 Aus der Vorgeschichte	57
10.2 Inhalt des Bundesbriefes	58
10.3 Historische Würdigung: Bewahrung oder Revolution?	59
§11 Die alte Eidgenossenschaft (1291-1798)	62
11.1 Allmähliche Erweiterung und Bestand	62
11.2 Innere Organisation	63
11.3 Zum staatsrechtlichen Charakter der alten Eidgenossenschaft	67
§12 Allmenden, Genossenschaften und Gemeinden in der Schweizer Geschichte	69
12.1 Einleitung	69
12.2 Naturalwirtschaft und ihre Folgen	69
12.3 Die politische Gemeinde bis zur Helvetik	72
12.4 Weitere Entwicklung der Gemeindeproblematik	75
§13 Die mittelalterliche Renaissance des Rechts	77
13.1 Äusserer Ablauf	77
13.2 Versuch einer Würdigung	79
§14 Die Rezeption der mittelalterlichen Rechtswissenschaft im Reichsgebiet	85
14.1 Einleitung und Problemstellung	85
14.2 Allgemeine Betrachtungen zum Rezeptionsbegriff	86
14.3 Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland	87
§15 Frührezeption und Rezeption in der Schweiz	91
15.1 Die Frührezeption	91
15.2 Die eigentliche Rezeption (15.-17. Jh.)	92
15.3 Folgen der Ablehnung	95
§16 Naturrecht und Aufklärung	97
16.1 Das profane Naturrecht	98
16.2 Die juristische Aufklärung	103
16.3 Naturrecht und Aufklärung in der Schweiz	107
§17 Der Historismus des 19. Jahrhunderts	109
17.1 Vom Naturrecht zum Historismus	109
17.2 Friedrich Karl von Savigny (1779 – 1861) und die Entstehung der Historischen Schule	111
17.3 Die Entwicklung zur Begriffsjurisprudenz	115
17.4 Die Entwicklung im 20. Jahrhundert	118
17.5 Die Historische Schule in der Schweiz	120

Literaturverzeichnis

- CARONI PIO, Quellen und Texte zur rechtshistorischen Vorlesung, 2 Bde., Bern 1998 und 1987 [zit. QUELLEN I bzw. II].
- CARONI PIO, Privatrecht: Eine sozialhistorische Einführung, Basel/Frankfurt a.M. 1988 [zit. CARONI, Privatrecht]
- KASER MAX, Römisches Privatrecht, 16. Auflage, München 1992 [zit. KASER].
- KINDER HERMANN/HILGEMANN WERNER, dtv-Atlas zur Weltgeschichte, 2 Bde., 28. Aufl., München 1994 [zit. DTV-WELTGESCHICHTE].
- KÖLZ ALFRED, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992 [zit. KÖLZ].
- KRÖSCHELL KARL, Deutsche Rechtsgeschichte, 3 Bde., Opladen [zit. KRÖSCHELL I bzw. II bzw. III].
- KUNZMANN PETER/BURKARD FRANZ-PETER/WIEDMANN FRANZ, dtv-Atlas zur Philosophie, 3. Auflage, München 1993 [zit. DTV-PHILOSOPHIE].
- MEYERS GROSSES TASCHENLEXIKON in 24 Bänden, 4. Auflage 1992 [zit. MTL].
- ROUSSEAU JEAN-JACQUES, Gesellschaftsvertrag, Reclam Stuttgart 1986 [zit. ROUSSEAU]
- SCHLOSSER HANS, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, Ein Studienbuch, 8., völlig Neubearb. und erw. Aufl., Heidelberg 1996 [zit. SCHLOSSER]
- SEELMANN KURT, Rechtsphilosophie, München 1994 [zit. SEELMANN]
- SENN MARCEL, Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, mit Bildern, Schemen, Register, Chronologie und Biographien, Zürich 1997 [zit. SENN].
- STÖRIG HANS JOACHIM, Kleine Weltgeschichte der Philosophie, Frankfurt a.M. 1993 [zit. STÖRIG].
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, Bern 1996 [zit. STRATENWERTH].
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich 1995 [zit. TUOR/SCHNYDER/SCHMID].
- WIEACKER FRANZ, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2., neubearbeitete Auflage, Göttingen 1967 [zit. WIEACKER].

Erster Teil: Einleitung

§1 *Warum Rechtsgeschichte als Ausbildungsfach für Juristen?*

CARONI PIO, Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte, in: Arzt/Caroni/Kälin, Juristenausbildung als Denkmalpflege?, Bern/Stuttgart/Wien 1994, S. 27 ff.; ders., Die historische Perspektive, in: Unipress 98, Bern Oktober 1998, S. 34 ff.; WIEACKER, S. 423 ff.

1.1 **Warum Rechtsgeschichte als Ausbildungsfach für Juristen**

1.1.1 **Wie man früher dieses Fach zu legitimieren versuchte**

- Die historische Auslegung von Rechtsregeln erfordert die Kenntnis der Rechtsgeschichte?
- Noch bestehende historische Rechtsinstitute erfordern die Kenntnis der Rechtsgeschichte?
- Rechtsgeschichte ist ein Teil der Kulturbildung?

Diese Argumente vermögen nicht mehr zu überzeugen. Die historische Auslegung ist nur eine unter vielen und die Absichten des historischen Gesetzgebers für den Richter (je weiter zurück die Gesetzgebung liegt) nicht mehr bindend. Auch ist die Anzahl der Fälle, in denen es um historische Rechtsinstitute geht, gering. Und das Betreiben der Rechtsgeschichte als blosses Ornament, als kulturelle Verzierung des Rechtsstudiums reicht wohl auch nicht als Rechtfertigung.

1.1.2 **Wie man dieses Fach heute legitimieren sollte: Rechtsgeschichte als konstitutives Moment zur Erfassung der Positivität des Rechts**

Rechtsgeschichte als Studienfach vermag sich nur zu legitimieren,

- wenn sie zentrale Auskünfte über das geltende Recht geben kann;
- wenn das geltende Recht ohne die Kenntnis der Geschichte des Rechts nur fragmentarische Signale aussendet; und
- wenn die Rechtsgeschichte die Kenntnis und Anwendung des geltenden Rechts erst ermöglicht.

1.1.3 **Das zeitlose Gesicht des Rechts**

Auf den ersten Blick erscheint uns das Recht in zeitloser, steinerner Gestalt. Ein Recht, das unbeweglich in den Zeitläuften steht. Man denke nur an Rechtsdogmen, die heute und offenbar schon vor 2000 Jahren Geltung hatten bzw. haben, oder an unsere Privatrechtskodifikationen. Aber erscheint uns das Recht vielleicht nur so, weil wir nur dieses

zeitlose Gesicht sehen wollen oder können, geblendet vom Wunsch nach Rechtssicherheit und Stabilität?

1.1.4 Was sich hinter der zeitlosen Fassade versteckt

Denn schaut man hinter dieses zeitlose Gesicht des Rechts, erkennt man, dass es nur Fassade, nur eine mögliche Ansicht ist. Denn es gibt nicht nur das schriftlich festgehaltene (und dadurch Sicherheit vermittelnde) Recht, sondern auch vieles, das beim Aufschreiben verloren gegangen ist. Verschriftlichung bedeutet (auch semantisch¹) Verlust. Das geltende Recht tritt meist in der Gestalt abstrakter Normen vor uns hin. Auch der Vorgang der Abstraktion bedeutet Verlust, weil Abstraktion zwingend Selektion verlangt. Alles, was nicht als allgemein gültig erscheint, wird weggelassen. Diese weggelassenen Reste sind aber nicht einfach verschwunden, sie sind weiterhin im Hintergrund vorhanden und treten bei der konkreten Rechtsanwendung wieder hervor.

Die Rechtsgeschichte ermöglicht das Auffinden und den Umgang mit diesen versteckten Teilen des Rechts.

1.1.5 Die Geschichtlichkeit des Rechts als Zeitbehaftheit

Das geltende Recht – und sei es noch so neu – ist immer auch eine Botschaft aus der Vergangenheit: der Zeitpunkt des Erlasses liegt immer schon zeitlich zurück. Je weiter zurück der Erlass eines Gesetzes liegt, desto mehr geht der Kontext der Entstehung verloren und ändert sich der Sinn der Normen. Das Recht ist nur immer an den aktuellen Zeitpunkt gebunden sichtbar. D.h. die Zeit und ihr Verlauf sind dem Recht inhärente Elemente.

Die Aufgabe der Rechtsgeschichte ist der Umgang mit dieser Zeitbehaftheit des Rechts.

1.2 Wenn schon Geschichte des Rechts, welche?

1.2.1 Objektive oder subjektive Geschichte?

Objektive Geschichte gibt es nicht. Jeder Betrachter der Geschichte bringt seine Geschichte, sein eigenes Vorverständnis und seine eigenen Vorurteile mit in die Betrachtung ein: er sieht einerseits nur diejenigen Elemente der Geschichte, die er sehen will bzw. sehen kann; und andererseits hat sein Vorverständnis Einfluss auf die Interpretation der gesehenen Teile. Die Vergangenheit ist also nur durch die Brille der an der Gegenwart Teilnehmenden sichtbar. „Der Interpret erzählt immer (nur) seine Geschichte.“

Um so mehr ist dies der Fall bei Geschichte, die nicht abgeschlossen ist, die heute noch Wirkung zeitigt: z.B. bei der Geschichte der aktuell geltenden Rechtsnormen. Mehr als anderswo besteht hier die Gefahr, nur diejenigen Teile der Geschichte zu sehen, die wir sehen wollen.

¹ Semantik ist die Lehre von der Bedeutung sprachlicher Zeichen.

1.2.2 Geschichte zur Legitimation des geltenden Rechts?

Gerade Juristen laufen oft Gefahr, nur dasjenige in der Geschichte zu sehen, was Ursprung, was Wurzel, was Präfiguration des aktuellen Rechtszustandes ist. Dies zeigt sich u.a. im Umgang mit dem römischen Recht, in welchem gewisse Juristen die Vorbildung unseres heutigen Privatrechts zu erblicken glauben.

Dogmen und Institute, die auf eine schon Jahrtausende alte Geschichte zurückblicken können, vermögen demgemäss mehr Autorität auszustrahlen als rechtliche Lösungen, die neu und noch nicht bewährt sind. Allein schon sein Alter legitimiert derart in der Vergangenheit verwurzeltes Recht.

Der Unterricht im römischen Recht z.B. soll die Studenten der Jurisprudenz glauben machen, die allgemeinen Regeln und Institute des Privatrechts hätten schon immer bzw. seit mindestens 2000 Jahren bestanden. Zusätzlich trägt zur Autorität dieser Rechtsinstitute das hohe Ansehen bei, das die Römer und ihre Geschichte bei uns geniessen. Dies der Grund, weshalb wohl die Römer als Legitimationsträger überhaupt gewählt worden sind; eine Funktion, welche die Germanen, die im Ruche stehen, Barbaren gewesen zu sein, niemals hätten übernehmen können.

Die Konsequenz derart durch geschichtliche Autorität legitimierter rechtlicher Dogmen und Institute ist Unfreiheit im Hinterfragen und in Zweifel ziehen.

1.2.3 Eine andere Geschichte, bzw. die Entdeckung der Welt des Nichtgewordenen

Eine andere Geschichte zeigt sich, wenn man nicht nur die vermeintlichen Wurzeln und Präfigurationen zu sehen versucht, wenn man diejenigen Ereignisse und Elemente sucht, die am Wegrand der Geschichte liegen geblieben sind. Denn auch diese hatten einen Einfluss auf das heute Bestehende. Dadurch, dass etwas nicht geworden ist, hat es das Werden des Bestehenden erst ermöglicht und ist insofern im Bestehenden dennoch enthalten.

Für dieses Nichtgewordene stellt sich die Frage, weshalb es nicht geworden ist (z.B. weil es sich nicht bewährt hat, weil es von keiner Macht genügend vertreten wurde usf.). Die Antworten auf diese Frage führen umgekehrt zu Einsichten gerade über das Gewordene.

1.2.4 Was zeigt diese andere Geschichte?

Es interessiert deshalb nicht mehr nur das Ergebnis, sondern der oft gewundene Weg hin zu diesem Ergebnis. D.h. den Vorgang der Rechtsentstehung verstehen als die Auseinandersetzung einer Gesellschaft um die Regeln ihres Zusammenlebens, als die Auseinandersetzung um die Macht innerhalb dieser Gesellschaft.

Man könnte Recht auch als die Normen derjenigen auffassen, die es geschafft haben in einer bestimmten historischen Situation den übrigen ihre Vorstellungen und Regeln aufzuzwingen. Recht ist nie neutral.

§2 *Allgemeine Koordinaten*

2.1 *Alte und neue Periodisierungen*

Periodisierungen – seien sie umstritten oder nicht – sind nützlich zur groben Orientierung innerhalb langer Zeiträume. Eine Einigung über eine allgemein gültige Periodeneinteilung wird es aber nie geben.

2.1.1 *Antike, bis 476*

Das Zeitalter der Antike umfasst die Zeit der Herrschaft der Griechen und später der Römer über den Mittelmeerraum. Diese Epoche ging mit dem Einzug der Germanen (476 unserer Zeitrechnung [u.Z.]) in Rom zu Ende.² Wirtschaftshistorisch qualifiziert sich diese Epoche als das Zeitalter der Sklavenhaltergesellschaft.

2.1.2 *Mittelalter, bis 1492*

Das Mittelalter als Epoche umfasst eine sehr lange Zeitdauer (1000 Jahre); aus diesem Grund fragt es sich zu Recht, ob es überhaupt angebracht ist, diesen Zeitabschnitt als einheitliche Epoche zu betrachten.

Der Begriff „Mittelalter“ ist der typische Begriff einer Nachwelt, die sich zur Antike (d.h. einer früheren Epoche) hingezogen fühlt und deswegen den dazwischen liegenden Zeitabschnitt als dunkel und unbedeutend ansieht. Das Mittelalter ist das Dunkel zwischen dem Licht der Antike und dem Licht der Renaissance: ein Bild, das heute zunehmend in Frage gestellt wird. Wo wäre andernfalls die Hochblüte einzuordnen, welche die Juristerei im 12. Jahrhundert in Oberitalien erfahren hat? Oder wie könnte die Kontinuität der römisch-rechtlichen Institute erklärt werden, wenn das Mittelalter wirklich nur dunkel gewesen wäre?

Wirtschaftshistorisch war das Mittelalter die Zeit des Feudalismus. Der Feudalismus war nicht nur eine Wirtschaftsordnung, sondern auch eine Weltanschauung. Er beeinflusste Politik und Kultur (vgl. unten 2.5).

Zu Ende geht das Mittelalter mit der Entdeckung Amerikas (1492) bzw. mit der Reformation (1517: LUTHERS 95 Ablassthesen).

2.1.3 *Neuzeit, bis 1800*

Die Neuzeit umfasst den Zeitraum vom Ende des Mittelalters bis zur Französischen Revolution (1789). Wirtschaftshistorisch von Bedeutung ist in dieser Epoche das Aufkommen der Geldwirtschaft, des Handels und der Manufakturen.

² Sehr „anschaulich“ ist der Untergang Roms dargestellt bei DÜRRENMATT FRIEDRICH, Romulus der Grosse, Eine ungeschichtliche historische Komödie in vier Akten, Zürich 1964.

2.1.4 Die Zeit ab 1800: Bürgerliches Zeitalter

Die Zeit ab 1800 wird auch als das bürgerliche Zeitalter bezeichnet. Wirtschaftshistorisch gesehen kam es zu einer vollständigen Umwälzung, zu einem Zusammenbruch des bestehenden Zustands: die industrielle Revolution bzw. die Industrialisierung veränderte das „Gesicht“ Europas (vgl. Rechtsgeschichte II, 9.4.1).

2.2 Zur allgemeinen politischen Entwicklung

Als durchgehendes, kontinuierliches Merkmal bzw. grobe Leitlinie der politischen Entwicklung während der letzten 1000-1500 Jahre kann die dauernde Präsenz der monarchischen Institution – wenn auch in vielen verschiedenen Varianten – angesehen werden (vgl. unten 3.1). Diese monarchische Regel kennt aber schon früh allgemein bekannte republikanische Ausnahmen: Zum einen die Eidgenossenschaft und zum andern die Republik Venedig (Serenissima).

Die Entwicklung von der Monarchie zur Republik bzw. von der Unfreiheit zur Freiheit als geradlinig zu sehen begannen erst die Aufklärer, die sich gerne als Befreier der Gesellschaft und als jeweilige Spitze des Fortschrittes ansahen (vgl. unten 2.6).

2.3 Zur allgemeinen wirtsch. Entwicklung: Von der Naturalwirtschaft zur Geldwirtschaft

Die Naturalwirtschaft zeichnet sich wesentlich aus durch das Prinzip der Selbstversorgung (Autarkie). Die optimale Nutzung der vorhandenen Bodenflächen war überlebenswichtig. In einer völlig immobilen Gesellschaft ist die Frage nach dem Eigentum von zweitrangiger Bedeutung; viel wichtiger ist das Recht zur Nutzung. Der Beginn der Naturalwirtschaft ist umstritten; man kann aber davon ausgehen, dass der Übergang von der antiken Latifundienwirtschaft zur Grundherrschaft zwischen dem 8. und dem 10. Jahrhundert, also in der karolingischen Zeit, vor sich ging (vgl. aber Rechtsgeschichte II, 6.3.4 Fn. 55).

Die Geldwirtschaft auf der andern Seite zeichnet sich aus durch die Möglichkeit, Produkte zu tauschen bzw. zu kaufen oder zu verkaufen. Dies bedingt funktionierende Märkte und Mobilität. Die Arbeit wird anders organisiert, die Tätigkeiten werden verteilt, nicht jeder macht mehr alles, und das Geld entwickelt sich zu einem selbständigen Produktionsfaktor. Innerhalb der Geldwirtschaft entwickelt sich später der Handel zum Industriekapitalismus. Die Folge der Mobilität ist der Wunsch nach Vereinheitlichung: die Zersplitterung soll aufgehoben werden (z.B. einheitliches Recht, einheitliche Masse und Münzen, einheitliche Nationen).

Der Übergang von der Natural- zur Geldwirtschaft vollzog sich fließend während einer Zeitdauer von ca. 500 Jahren (zwischen dem 14. und dem 19. Jahrhundert). Zunächst bildeten die Städte (wegen ihrer Märkte) schon im 14. Jahrhundert Inseln der Geldwirtschaft. Während in wenig vom Verkehr erschlossenen Gegenden weiterhin, bis ins 19. Jahrhundert, die mittelalterliche Mentalität und die Naturalwirtschaft anzutreffen sind.

Beide Lebensmodelle wurden also während sehr langer Zeit nebeneinander gelebt: die Gesellschaft war zersplittert in verschiedene Gruppen, Schichten und Klassen.

2.4 Zur allgemeinen rechtlichen Entwicklung

Die Tragweite der im Folgenden dargestellten Momente wird oft unterschätzt; denn mit der Änderung der Form geht immer auch eine inhaltliche Änderung des Rechts einher.

2.4.1 Änderungen in der Kommunikationsart

Eine wichtige Veränderung in der Rechtsentwicklung war der Übergang von der mündlichen zur schriftlichen Übermittlung des Rechts. PLATON empfand die Verschriftlichung als Verlust des Einflusses des Autors auf seine Erzählung: das von seinem Autor getrennte Buch entfaltet ein Eigenleben insofern als der Leser seine eigenen Interpretationen in den Text einfließen lässt, was zu Missverständnissen und Umdeutungen führen kann.³ Der Text wird zu einer selbständigen Grösse, auf die der Autor nicht mehr – wie beim mündlichen Wort – korrigierend und ergänzend Einfluss nehmen kann. Zugleich eröffnet die Verschriftlichung aber auch neue Möglichkeiten. In Bezug auf das Recht: mehr Stabilität, Rechtssicherheit und Abstraktion.

2.4.2 Änderungen in der Entstehungsart

Die ursprüngliche Entstehungsart des Rechts war diejenige aus der Gewohnheit. Allmählich wurde aber das Gewohnheitsrecht abgelöst durch gesetztes Recht. Man kann auch sagen, das Gewohnheitsrecht kam von unten aus dem Volk und das gesetzte Recht von oben, von den rechtsetzenden Behörden.

Zwar verweist auch das geltende Recht noch immer auf Gewohnheitsrecht (vgl. Art. 1 ZGB), jedoch finden heute die Richter lieber eine Lösung im Gesetz, was die häufige Anwendung der Analogie erklärt. Gewohnheitsrecht ist suspekt geworden.

2.4.3 Vom ungelehrten zum gelehrten Recht

Zu Beginn kam das Recht aus dem Volk: die Deutung, Anwendung und Fortbildung des Rechts war Sache des Volkes und der Volksgerichte. Die Verwaltung des Rechts war also bei denjenigen, die auch alle andern Tätigkeiten verrichteten.

Irgendwann erfolgte – wie in allen übrigen Bereichen – der Schritt zur Spezialisierung, Technik und Systematik: das Leben war komplizierter geworden und es konnten nicht mehr alle Tätigkeiten von allen ausgeführt werden. Eine Gruppe von Menschen, welche Erfahrung und Wissen im Umgang mit dem Recht behaupteten, übernahm die Verwaltung des Rechts: die Juristen. Dies bedeutete eine Ausklammerung grosser Teile des Volkes vom Recht und seine Verwissenschaftlichung. Die Juristerei erschien immer mehr als eine „Geheimwissenschaft“ der „Eingeweihten“.

2.4.4 Vom vielfach zersplitterten zum einheitlichen Recht

Das Recht war in räumlicher und sozialer Hinsicht zersplittert. Mit dem Aufkommen vermehrter Mobilität (und damit einhergehend der Geldwirtschaft) entstand das Be-

³ Vgl. PLATON, Phaidros, 274e.

dürfnis nach einem einheitlichen Recht. Man wollte das gleiche Recht (und damit Rechtssicherheit) überall dort, wo man sich (räumlich und sozial) bewegte.

In groben Zügen kann die gesamte Rechtsgeschichte zusammengefasst werden als zunehmende Vereinheitlichung des Rechts (vgl. Rechtsgeschichte II, §2).

2.4.5 Eine stets wachsende Juridifizierung des Lebens

Die Rolle des Rechts wird zunehmend wichtiger; denn mehr und mehr wird Sozialdisziplinierung Aufgabe des Rechts. Jedoch ist diese Aufgabe nicht nur dem Recht überlassen, auch Ehre, Fehde, Ächtung, Moral, Sitte usf. dienen diesem Zweck – auch heute.

2.5 Als Zusammenfassung: Vom Feudalismus zum bürgerlichen Zeitalter

Im Mittelpunkt des Überganges steht das System des Feudalismus: seine Erosion und sein Untergang. Die oben besprochenen Momente (2.2 ff.) sind Teile dieser Entwicklung.

2.5.1 In wirtschaftshistorischer Hinsicht

Die Verbindung von zwei Momenten macht in wirtschaftlicher Hinsicht das Wesen des Feudalismus aus: zum einen die Nutzungsüberlassung von Boden und als Gegenleistung der (Fron-)Dienst (die mit der Person des Lehensnehmers verbundene Gegenleistung).⁴ Dies bedeutet eine Verknüpfung von vertragsrechtlichen (Nutzungsüberlassung) und verwaltungsrechtlichen (öffentliche Aufgaben als Gegenleistung) Elementen. Die heute selbstverständliche Trennung von öffentlichem und privaten Recht war der feudalen Welt unbekannt. Dieses System durchdringt die ganze Gesellschaft von oben nach unten: Könige und Fürsten überlassen Güter ihren Beamten, lokale Grundherren überlassen Güter ihren meist unfreien Bauern. In der Naturalwirtschaft ist allein die Nutzungsmöglichkeit von Bedeutung, nicht die Verfügungsmöglichkeit über Güter.

2.5.2 In allgemeiner kultureller Hinsicht

Das System des Feudalismus geht über die wirtschaftlichen Aspekte hinaus, es prägt die ganze damalige Gesellschaft. Es entspricht der herrschenden Mentalität, der Anschauung der Gesellschaft. Man fügte sich in das bestehende System der von oben vorgegebenen Ordnung (Ordo-System) ein. Der Mensch nahm sich nur als Teil der Gemeinschaft (Genossenschaft) wahr und nicht als Individuum. Auch dies ist Ausdruck der fehlenden Unterscheidung von Öffentlichkeit und Privatsphäre.

Erst die Entstehung der Geldwirtschaft ermöglicht die Zerstörung des Feudalismus: die Bezahlung von Untergebenen und Beamten in Geld eröffnete mehr Möglichkeiten der Kontrolle derselben (absolutistischer Staat); sie konnten nicht mehr selbst zu „kleinen“ Lehnsherren werden.

⁴ Vgl. dazu: DTV-WELTGESCHICHTE, S. 127.

2.5.3 Die problematische Zerstörung einer Gesamteinrichtung

Die Zerstörung des feudalen Wirtschaftssystems zog unwiderruflich auch die Zerstörung des gesamten feudalen Systems nach sich.⁵

2.5.4 Aspekte des Überganges vom Feudalismus zum bürgerlichen Zeitalter

- Respektierung des Einzelnen als Individuum: der Mensch definiert sich nicht mehr über die Gruppe. Er wird privatautonomes (Rechts-)Subjekt (vgl. Rechtsgeschichte II, §7).
- Trennung von privatem und öffentlichem Recht: die Gesellschaft ist in der Lage, sich privatautonom selber zu regulieren (klassische Nationalökonomie nach ADAM SMITH [vgl. Rechtsgeschichte II, §4]).
- Die Wirtschaft wird gewinnorientiert.
- Es entsteht ein neuer Wissenschaftsbegriff: Geprägt von der Rationalität nehmen in der Wissenschaft Messbarkeit und Berechenbarkeit eine vorrangige Stellung ein (GALILEI, DESCARTES [vgl. unten 16.1.1]).

2.6 Zur inhaltlichen Bewertung dieser Wandlung

Die Begriffe, die zur Etikettierung der verschiedenen Epochen, bzw. den Übergang dazwischen verwendet werden, sind stark wertend. Die Frage nach der Bewertung des Überganges vom Feudalismus zum bürgerlichen Zeitalter ist daher bereits beantwortet: Wer von Aufklärung, von Humanismus (War das Mittelalter unmenschlich?), von Renaissance (Wiedergeburt der Antike nach der toten Zeit des Mittelalters?) usf. spricht, kann die vorhergehende Epoche des Mittelalters nur als dunkle Zeit ansehen, die überwunden werden musste.⁶ Die Begriffe für den Übergang hingegen, für die neue Zeit sind ausnahmslos positiv besetzt; sie stellen die Zerstörung des feudalen Systems als Emanzipation, als Befreiung und Verbesserung der Welt dar. Sie vermitteln einen unbeschränkten Optimismus.

Doch lassen sich immer wieder auch im Mittelalter Vorformen, wenn nicht gar die Wurzeln überhaupt von Entwicklungen finden, welche die Neuzeit und die Aufklärung sich uneingeschränkt zurechnen (vgl. z.B. Rechtsgeschichte II, 9.2.2). Ein besonderes Beispiel hierzu bildet der Individualismus: Noch heute ist man der Meinung, die Entdek-

⁵ TOCQUEVILLE, CHARLES ALEXIS HENRI CLÉREL DE (1805-1859), französischer Schriftsteller und Politiker. Seit 1841 Mitglied der Académie française und seit 1848 der Nationalversammlung; wurde unter Louis Napoleon 1849 Aussenminister, zog sich nach dessen Staatsstreich 1851 aus der Politik zurück. In „Der alte Staat und die Revolution“ (1856) legte er, ausgehend von der Französischen Revolution, die nach seiner Meinung unausweichlichen Folgen der Revolutionen dar und analysierte Wesen und Problematik der Demokratie. [Angabe aus MTL] ALEXIS DE TOCQUEVILLE: *L'ancien régime et la révolution*, 1. Buch, 5. Kapitel: Was die Revolution im Grunde wollte, war „nur“ die Überwindung der feudalen Grundlagen der Gesellschaft.

⁶ KANT beispielsweise spricht in seinem Aufsatz „Was ist Aufklärung?“ (vgl. unten 16.2.2) vom Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit, der Befreiung durch Wissen, vom Abwerfen der Ketten usf.

kung des Menschen als Subjekt sei eine „Erfindung“ des 17./18. Jahrhunderts, d.h. ein Fortschritt gegenüber dem „dunkeln Mittelalter“. Es darf aber nicht übersehen werden, dass gerade die Zuschreibung einer individuellen Seele und die Entdeckung der Würde des einzelnen Menschen ein Resultat des mittelalterlichen, kanonischen Denkens ist (vgl. Rechtsgeschichte II, 8.2.1 Fn. 93).

2.6.1 Die bedenkliche Verwendung des aufklärerischen Fortschrittsbegriffes: Entwicklung als „Überwindung“

Verwendet man für den Übergang vom Mittelalter in die Neuzeit den Begriff Fortschritt, ist dies ein Begriff, der durch die Aufklärung und ihre Werte stark besetzt ist: es ist kaum möglich, den Begriff des Fortschritts anders denn als Bezeichnung für eine lineare Entwicklung von unten nach oben zu verwenden.

Fortschritt in diesem Sinne ist die stetige Aufwärtsbewegung und Verbesserung, wobei die jeweilige Gegenwart die Spitze der Entwicklung darstellt. Dies hat zum einen den bedeutenden Nachteil, dass die Vergangenheit unter diesem Gesichtspunkt schon immer eine überwundene Stufe, etwas Negatives darstellt, auf das herabzublicken es nicht wert ist. Und zum andern verurteilt dieser Fortschrittsbegriff auch uns dazu, zur rückständigen Vergangenheit unserer Zukunft zu werden. Zudem ist es oft nur noch schwer, unsere Zeit als die viel bessere qualifizieren zu können, nach all den Katastrophen, welche nur schon das 20. Jahrhundert gebracht hat.

Das Mittelalter kannte einen andern Begriff, einen zirkulären Begriff des Fortschritts: Fortschritt war die immer erfindungsreichere neue Variation des immer Gleichen. Die Bewegung durch die Zeit wurde als kreisförmig gesehen (vgl. den Ablauf der Jahreszeiten, das Leben im Kirchenjahr von Mariä Empfängnis bis Ostern). Gott hat die Welt erschaffen, so wie sie ist; der Mensch kann neue Erkenntnisse nur aus der Betrachtung des Bestehenden schöpfen.

Auch für das Recht bedeutet dies, dass es – anders als heute – nicht vom Menschen geschaffen werden kann. Das Recht ist immer gleich, es ist Teil der göttlichen Schöpfung. Rechtswissenschaft war Rechtsfindung: Wurde neues Recht gebraucht und gemacht, erklärte man dies als neue Auslegung (*interpretatio iuris*) der bestehenden, göttlichen Regeln.

2.6.2 Entgenossenschaftlichung als Entsicherung

Die mittelalterliche Welt und ihre Gesellschaft waren genossenschaftlich organisiert. Für die Aufklärung bedeutet der Übergang zur Neuzeit deshalb auch die Befreiung von den Ketten der Gemeinschaft und der Sieg des Individualismus: die Entgenossenschaftlichung wird als Fortschritt gefeiert.

Diese Entgenossenschaftlichung stellt sich aber auch als Entsicherung dar: das Individuum verliert Geborgenheit, Sicherheit und Solidarität; es wird aus der Gemeinschaft herausgerissen. Moderner würde man von „sozialer Demontage“ sprechen (vgl. Rechtsgeschichte II, 7.4.2).

2.6.3 Genossenschaftliche und individualistische Sozialmodelle als Funktion wirtschaftlicher Programme

Die Aufwertung die das Mittelalter heute in der Forschung erfährt, ist nur zu oft von den Interessen der Gegenwart bestimmt. Die Exzesse des Individualismus verführen dazu, genossenschaftliche Gesellschaften als ideal und erstrebenswert, als alternatives Modell zum Individualismus zu betrachten.⁷

Die Menschen des Mittelalters waren aber nicht moralisch besser (d.h. solidarischer, mit mehr Gemeinschaftssinn) als wir heute: sie hatten gleich uns keine Möglichkeit ihr Gesellschaftsmodell zu wählen. Die Naturalwirtschaft bzw. die optimale Nutzung des Bodens erforderte zwingend die genossenschaftliche Lebensweise (vgl. Rechtsgeschichte II, 6.2).

⁷ „Im ausgehenden 20. Jahrhundert ist das Mittelalter mehr denn je ein Rezeptionsparadox. Die Wissenschaft vom Mittelalter ist trotz Vorläufern in Spätaufklärung und Romantik im wesentlichen das Produkt der industriellen Revolution und ihrer bürgerlichen Imagination in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Unter dem Eindruck von Industrialisierung, Massenmigration und vermeintlicher sozialer Desintegration erschufen Historiker und Sozialwissenschaftler das Mittelalter als utopische Vergangenheit, die sozial integrierter, lokaler, religiöser, übersichtlicher und «echter» gewesen sei als ihre eigene vermeintlich dekadente, wurzellose und zynisch-entfremdete Gegenwart. Nicht, dass diese melancholischen Gelehrten den Begriff selbst erfunden hätten. Das Epochenkonzept von Altertum, Neuzeit und mittlerem Zeitalter wurde seit dem ausgehenden 15. Jahrhundert verwendet, und Verweise auf dieses «medium aevum» spielten in den eleganten Episteln der Humanisten und den Polemiken der Reformation keine kleine Rolle.

Diese älteren Geschichtsauffassungen waren allerdings an einer Herleitung von Geschehnissen aus ihren Vorstufen oder Vorläufern nicht sonderlich und an der Rekonstruktion teleologischer Entwicklungen gar nicht interessiert. Erst im 19. Jahrhundert wurde das Reden von Vorläufern und «Wurzeln» zu jener machtvollen Erzählung von Geschichte als programmiertem Schicksal, ... Und erst im 19. Jahrhundert wurde das Mittelalter zum massenhaft restaurierten, reproduzierten, neugotisch nachgebauten Ursprung der jeweiligen nationalen (und, bei Bedarf, konfessionellen) Eigentlichkeit. Die Stadtmauern von Carcassonne erhielten ebenso wie die Kathedralen in Ulm, Köln und anderswo ihr heutiges mittelalterliches Erscheinungsbild erst im letzten Drittel des vorigen Jahrhunderts. ...

Dieser Mediävismus hat die Rezeption wie die Erforschung der Epoche in unserem Jahrhundert geprägt. ... Erstens wird das Mittelalter (immer in der Einzahl) als grundsätzlich fremd, fern und scharf geschieden von der Gegenwart präsentiert. Dieser Kernsatz, «Im Mittelalter war es anders», erscheint zweitens stets verbunden mit organischen und biologistischen Sprachformen à la «Schoss», «Ursprung» und «Wurzel», die direkt auf Institutionen der Gegenwart verweisen. Das Mittelalter ist also gleichzeitig immer fern *und* Boden für das Eigene, fremd *und* Ausgangspunkt der Tradition, andersartig *und* eigenes Erbe ... Es funktioniert als Beschwörung besonderer Unmittelbarkeit und Authentizität um so eindringlicher, als die Zeugen dieser Epoche einer vermeintlich wahreren Empfindung ständig vom Verschwinden und von Zerstörung bedroht erschienen (und erscheinen). Die Rettung mittelalterlicher Kultur- und Bildungsgüter wurde seit den 1860er Jahren in Europa zur Grundlage ganzer Kulturindustrien und der akademischen Institutionalisierung der Wissenschaften vom Mittelalter – vorzugsweise als Erbauungsinstitutionen nationaler Größe. Weit stärker als etwa die Geschichte der Spätantike, der Renaissance oder des Barock hat die Mediävistik in Europa in wechselnden Spielarten und Ausrichtungen sehr lange eine herausragende Rolle als profilierte politische Legitimationswissenschaft gespielt.“ VALENTIN GROEBNER, Der Traum vom verlorenen Ganzen, Das «Lexikon des Mittelalters» und der Mediävismus, in: NZZ Nr. 151 vom 03.07.1999, S. 84.

2.6.4 Genossenschaftliche und individualistische Modelle als Einrichtungen antagonistischer Gesellschaften

Das Mittelalter und das bürgerliche Zeitalter – so verschieden sie sein mögen – gleichen sich in einem: beide Gesellschaften sind ihrer Struktur nach antagonistisch⁸. In beiden Gesellschaften gibt und gab es verschiedene Klassen, Schichten und Gruppen. Das feudale wie das bürgerliche Recht ist das Recht derjenigen, die jeweils über die politische und soziale Macht verfügten. Diese Gruppen haben es geschafft, ihre Interessen den andern aufzuzwingen.

⁸ Antagonismus ist der Gegensatz, Widerstreit; gegeneinander gerichtete Wirkungsweise; gegensätzlich.

Zweiter Teil: Grundzüge unserer rechtlichen Vergangenheit

§3 Staaten und deren Geschichte

3.1 Konstanz der Monarchie

Die monarchische Staatsform ist als konstantes Prinzip während nahezu 1500 Jahren in den Staaten der Vergangenheit präsent. Zwischen dem 5. und dem 19. Jahrhundert, also vom Ende der Völkerwanderung bis zu den bürgerlichen Revolutionen, waren auf dem europäischen Kontinent die meisten Staaten nach dem monarchischen Prinzip organisiert.

Vom 4. bis ins 6. Jahrhundert unternahmen germanische Stämme grosse militärische Expeditionen. Sie verliessen ihre angestammten Gebiete, um sich in südlicheren Gegenden im Gebiet des römischen Reiches niederzulassen. Diese Expeditionen sind bekannt unter dem Begriff der „Völkerwanderung“.⁹ Diese germanischen Stämme waren ursprünglich „frei“ organisiert; die grossen Wanderungen erforderten jedoch eine straffe Führung, einen Führer an der Spitze. Nach dem Ende der Wanderungen traten diese Führer nicht von ihren Positionen ab, sondern blieben als „Könige“ die Herrscher der Stämme. Ähnlich erging es denjenigen Stämmen, die sich zwar nicht auf Wanderschaft begaben, sondern „nur“ ihre Gebiet durch Eroberungen erweitert hatten (z.B. die Franken).

Dem Stamm der Franken¹⁰ gelang es, grosse Teile Europas zu erobern; ihr Reich umfasste das heutige Frankreich, Deutschland und Teile Italiens. Dieses, das karolingische Reich kann als Paradebeispiel eines monarchisch strukturierten Staates gelten – dessen Höhepunkt in der Krönung KARLS DES GROSSEN zum Kaiser zu erblicken ist. Wegen seiner Grösse und seines Einflusses erfolgte unter den Karolingern (innerhalb und ausserhalb ihres Reiches) eine Vereinheitlichung des Kontinents auf politischer und gesellschaftlicher Ebene, was ohne monarchische Struktur kaum denkbar gewesen wäre.

Das karolingische Reich fand seine Fortsetzung im französischen Staat und im Deutschen Reich, die beide ebenfalls die monarchische Struktur übernahmen. Sie gingen darin jedoch verschiedene Wege: in Frankreich wurde die monarchische Spitze immer straffer, sammelte sich zunehmend alle Macht in der Person des Königs (monarchischer Absolutismus), während in Deutschland der Kaiser immer schwächer wurde. Dies zeigte sich auch in der territorialen Struktur der Reiche: Frankreich war (und ist) ein einheitlicher Zentralstaat, in dem die Regionen nur wenig Einfluss haben. Das Deutsche Reich hingegen zerfiel in viele uneinheitliche Kleinfürstentümer. Trotzdem wies auch das Deutsche Reich bezüglich seiner monarchischen Struktur eine erstaunliche Kontinuität auf, sie bestand vom 10. Jahrhundert bis 1806 (FRANZ II. verzichtet auf die Kaiserkrone): Ende des „Heiligen römischen Reiches Deutscher Nation“.

⁹ Zum Ganzen vgl.: DTV-WELTGESCHICHTE, S. 115 ff.

¹⁰ Zu den Franken und Karolingern: DTV-WELTGESCHICHTE, S. 121 ff.

3.2 Insbesondere die ständischen Monarchie

In der Zeit zwischen 1300 und 1600 existierte in Europa die Monarchie nahezu überall in der Form der ständischen Monarchie. Im Gegensatz zur später aufkommenden absolutistischen, war die ständische eine geschwächte Monarchie: der Monarch hatte die Macht mit den Ständen¹¹ zu teilen. Denn die Stände waren in der Lage, die Macht des Monarchen zu hemmen oder gar seine Beschlüssen zu sabotieren. Insbesondere im Bereich des Vollzuges von Beschlüssen auf lokaler Ebene hatten die Stände grossen Einfluss, weshalb der Monarch aus Gründen der Vernunft sich mit ihnen zu arrangieren suchte, indem er sie an der Macht beteiligte.

In Europa gab es, je nach Region, verschiedene Stände: Adel, Geistlichkeit, Städte, selten auch die Bauern (z.B. im Tirol). Diese Stände vertraten ausschliesslich ihre eigenen Interessen (Privilegien). Die Stände waren in jenen Fragen zuständig bzw. wurden bei jenen Fragen zugezogen, bei denen sie Einfluss auszuüben in der Lage waren: insbesondere beim Erlass neuer Gesetze oder neuer Steuern, da ihnen oftmals der Vollzug oblag. An der Mitbestimmung beim Erlass neuer Steuern waren die Stände aber auch deshalb interessiert, weil das Erheben neuer Steuern oft einen Wechsel in der Regierungspolitik oder neue grössere Projekte des Monarchen (Eroberungen, Bauten) anzeigten, wo die Stände ebenfalls mitreden wollten.

Der Ständestaat war an die Monarchie gebunden. Wo die Monarchie verschwand, zerfiel auch der ständische Einfluss. (Weshalb die Stände für die schweizerische Verfassungsgeschichte ohne Bedeutung sind. Stände gab es nur in kleinem Rahmen dort, wo sich das republikanische Prinzip nicht schon früh durchzusetzen vermocht hatte: in Graubünden, im Wallis und im Berner Jura, die unter der Herrschaft der Bischöfe von Chur, Sitten bzw. Basel standen.)

3.3 Zur Entwicklung in der Neuzeit (Überblick)

Der Ständestaat war – wie das monarchische Prinzip im Allgemeinen – eine gesamt-europäische Erscheinung. Er konnte als solcher bis ins 15. Jahrhundert beobachtet werden. Zu Beginn der Neuzeit zeichneten sich für den Ständestaat zwei verschiedene Entwicklungslinien ab, die ebenfalls wieder an den je typischen Beispielen Frankreich und Deutschland aufgezeigt werden können.

¹¹ STAND, in Abgrenzung zu den Begriffen Klasse, Schicht, Kaste Bezeichnung für die Gesamtheit der Mitglieder einer abgeschlossenen gesellschaftlichen Grossgruppe in einem hierarchisch gegliederten Gesellschaftssystem (v.a. im Feudalismus), die sich durch ihre Abstammung (Geburt), ihre durch besondere Rechte, Pflichten, Privilegien und gesellschaftliche Funktion (Beruf) gekennzeichnete und gefestigte soziale Position (Rang), ihre Lebensführung und sittlich-moralische Anschauungen (Standesethik) von andern Ständen abgrenzt. [Angaben aus MTL] Stände sind also Gruppen von Menschen, die auf irgendeine Weise über Macht verfügen und, weil sie deshalb in der Lage sind den Monarchen in der Ausübung seiner Macht zu behindern, herangezogen werden möchten bei der Ausübung der monarchischen Gewalt.

3.3.1 Der Übergang zum Absolutismus (vgl. unten §5)

Im Laufe der Zeit verloren die Stände an Einfluss; alle Macht sammelte sich in der Person des Monarchen. Die Macht wird unteilbar und steht nunmehr allein einer Person zu (absoluter Monarch/Absolutismus): L'état, c'est moi! Diese Entwicklung war in Europa die Regel.

3.3.2 Die Bestätigung des ständestaatlichen Prinzips (vgl. unten §4)

Als Ausnahme von der Regel und als Beispiel für die entgegengesetzte Entwicklung ist der Verlauf im Deutschen Reich exemplarisch: der Kaiser verlor zunehmend seine Macht an die Stände. 1806 legte FRANZ II. (auf Druck NAPOLEONS) seine Krone nieder. Damit endete das Deutsche Reich (vgl. unten 4.3.5).

In England waren zwar ebenfalls die Stände immer stärker geworden, was jedoch nicht zum Untergang der Monarchie führte, sondern nur zu deren vollständiger Entmachtung (vgl. unten 4.4).

§4 *Neuzeitliche Bestätigung des ständestaatlichen Prinzips: Insbesondere die Entwicklung im Deutschen Reich*

Während der ganzen Dauer des Bestehens des Deutschen Reiches (ca. 800-1800) war es dem deutschen Kaiser nicht möglich, allein zu regieren: er war auf das Mitwirken der Reichsstände¹² angewiesen.

Die Beziehung zwischen dem Kaiser und den Reichsständen war eine feudale, lehensrechtliche. Der Kaiser überlies den Reichsständen Güter zum Gebrauch; als Gegenleistung erhielt er von ihnen Dienste (Beamten­tätigkeit, persönliche Leistungen, Treue [*fidelitas*]). Die Reichsstände begnügten sich jedoch nicht mit der Nutzung der ihnen überlassenen Güter; es gelang ihnen zunehmend, von der Macht des Kaisers, in dessen Namen sie eigentlich die Güter zu verwalten hatten, Teile an sich zu ziehen und selber auszuüben.

4.1 Zur Feudalisierung der Staatsgewalt

Unter dem Karolingern war das fränkische Reich in Grafschaften eingeteilt und Grafen als Verwalter (d.h. Beamte im Namen des Kaisers) eingesetzt worden. Als Gegenleistung für ihre Verwaltungstätigkeit erhielten die Grafen das Recht zur Nutzung der ihnen überlassenen Güter. Diese Grafen begannen aber bald schon im eigenen Namen aufzutreten, und nutzten ihr Amt, um eine eigene, persönliche Herrschaft aufzubauen. Ihre Untertanen gehorchten ihnen nicht mehr deshalb, weil sie die Vertreter des Kaisers waren, sondern der Graf XY. Die Grafen waren selber zu kleinen Herrschern geworden. Im 9. Jahrhundert war die Vererblichkeit des Amtes des Grafen akzeptiert, obwohl dies die Verschmelzung von einander im Grunde ausschliessenden Prinzipien bedeutete.

Die unmittelbare Beziehung zwischen dem Kaiser und den Untertanen wurde dadurch unterbrochen (Mediatisierung). Die Folge war eine Zersplitterung der Staatsgewalt und des Reiches im 6. bis 9. Jahrhundert. Die Zersplitterung konnte, trotz vieler Versuche zur Reform, nicht mehr rückgängig gemacht werden, sie wurde bei der Errichtung des Deutschen Reiches im 10. Jahrhundert übernommen und blieb dessen tragende Struktur.

4.2 Die spätmittelalterliche Entwicklung

Die Beziehung zwischen den Reichsständen und dem Kaiser ist dadurch charakterisiert, dass der Kaiser immer mehr seiner Hoheitsrechte an die Reichsstände verliert. Die folgenden Episoden sollen diese Entwicklung illustrieren:

¹² REICHSTÄNDE, im hl. Röm. Reich die Reichsfürsten, Reichsgrafen, Reichsprälaten und Reichsstädte, die aus der Reichsunmittelbarkeit erwachsene Rechte besaßen. [Angaben aus MTL]

4.2.1 Das Aufkommen des Lehenszwanges im 12. Jahrhundert

SENN, S. 83 ff.

In der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts hatte Kaiser FRIEDRICH I. BARBAROSSA Schwierigkeiten mit den oberitalienischen, lombardischen Städten, die sich seiner Hoheitsgewalt zu widersetzen begannen. Diese Städte waren insofern von grosser Bedeutung, als in Oberitalien zu dieser Zeit eine Hochblüte der Wirtschaft und der Wissenschaften (insbes. an der Universität von Bologna) zu beobachten war. Oberitalien war wichtigster Handelsplatz für Güter aus dem Orient und zudem Ausgangspunkt der Kreuzzüge.

FRIEDRICH erlitt gegen die aufständischen Städte eine Niederlage (vgl. unten 8.1.7), für welche er vor allem seinen wichtigsten Lehensmann HEINRICH DEN LÖWEN verantwortlich machte, der zu diesem Kriegszug (trotz Aufforderung) nicht angetreten war. Aus diesem Grund sollten HEINRICH seine zum Gebrauch überlassenen Lehensgüter wieder entzogen werden.

Allerdings setzten die übrigen Fürsten es durch, dass diese Güter nicht wieder an den Kaiser zurückfallen sollten, sondern an sie: die kaiserliche Macht sollte nicht wieder erhöht werden. Güter, die der Kaiser einmal an einen Lehensmann übergeben hatte, sollten von da an nie mehr an ihn zurück fallen (Lehenszwang).

4.2.2 Die Zugeständnisse FRIEDRICHS II. (1220, 1231/1232)

FRIEDRICH II. hielt sich die meiste Zeit seiner Regierung in Süditalien (Sizilien) auf, wo er einen straff geführten Beamtenstaat einzurichten suchte. Aufgrund seiner ständigen Abwesenheit im Deutschen Reich brauchte er dort Vertreter, die an seiner Stelle für die Regierungsgeschäfte besorgt waren. Ausserdem brauchte er für seine Unternehmungen Geld und Soldaten, die ihm die Reichsstände zur Verfügung stellen sollten.

Die Reichsstände waren dazu grundsätzlich bereit, wollten aber Gegenleistungen des Kaisers dafür erhalten (welche Bedingung ebenfalls von ihrer mächtiger gewordenen Stellung zeugt). In der Folge machte FRIEDRICH II. vertraglich zunächst den geistlichen Reichsständen (1220) und dann den weltlichen Reichsständen (1231/32) Zugeständnisse, indem er ihnen bisher kaiserliche Hoheitsrechte und Privilegien abtrat (z.B. Zollrechte, Münzrechte, Verzicht auf die Ausübung der Gerichtsbarkeit durch den Kaiser). Durch diese Verträge zugunsten der Reichsstände verlor der Kaiser einen grossen Teil seiner staatlichen Macht, was umgekehrt zu einer eigentlichen Eigenstaatlichkeit der Reichsstände führte. Die Reichsstände wurden im Vertrag als „*domini terre*“ (als Landesherren) bezeichnet, welches erste Anzeichen einer Entwicklung vom feudalen hin zum territorialen Staat waren. Die persönliche Lehensbeziehung wurde durch eine territoriale abgelöst.¹³

¹³ Vgl. DTV-WELTGESCHICHTE, S. 185, rechte Spalte, oben.

4.2.3 Die Entwicklung des kaiserlichen Wahlverfahrens

Vor dem Interregnum (1254-1273) war die Wahl des Kaisers im Deutschen Reich an eine Dynastie gebunden, d.h. es konnten nur Kandidaten aus einer bestimmten Dynastie (z.B. Staufer, Welfen) gewählt werden. Die Wahl selbst erfolgte durch die Hoffürsten.

Nach dem Interregnum wurde der Kaiser in einer neuen Prozedur gewählt: die Wahl war nicht mehr an eine Dynastie gebunden und erfolgte nun ausschliesslich nach dem Einstimmigkeitsprinzip durch die sieben Kurfürsten, welche es auf irgendeine Weise geschafft hatten, diese Zuständigkeit zu erlangen und auf diese Weise ihre Macht weiter auszubauen (vgl. auch 10.1.3).

Gewählt wurde nun nicht der beste oder mächtigste Kandidat, sondern derjenige, der den Kurfürsten die meisten Konzessionen, die meisten Sonderrechte einzuräumen bereit war. Bezeichnenderweise wurde die Wahlvereinbarung zwischen Kandidat und Kurfürsten *capitulatio* genannt.

Das Wahlverfahren ist festgehalten in der „Goldenen Bulle“ von 1356. Darüber hinaus enthält diese Bulle Garantien des Kaisers zugunsten der Kurfürsten, so u.a. eine Garantie ihrer Territorien (!) und die Freiheit von kaiserlichen Gerichten.

4.3 Die neuzeitliche Entwicklung

In der Neuzeit geht die Entwicklung in gleicher Weise weiter: Die Wendung „Kaiser und Reich“ drückt nicht mehr die Einheit des Reiches aus, sondern steht für einen vom Reich der Reichsstände getrennten Kaiser.

4.3.1 Reichsreformbestrebungen (1495)

Im 15. Jahrhundert wurde in mehreren Anläufen eine Reichsreform versucht. Diese Reformen wurden aber niemals Wirklichkeit, weil der Kaiser auf der einen Seite seine Macht wieder stärken wollte, und die Reichsstände auf der andern Seite ihre Macht weiter ausbauen wollten.

Einzig die Einrichtung des Reichskammergerichts konnte 1495 erreicht werden, welches als höchstes Gericht der Reichsstände ein Pendant zum Reichshofrat des Kaisers bildete.¹⁴ Nicht zufällig (und als Zeichen ihrer Macht zu deuten) war diese einzige erfolgreiche Reform eine von dem Reichsständen gewünschte.

4.3.2 Die Entscheidung der Religionsfrage (1555)

Im Zuge der Reformation (welche dem Kaiser nicht gleichgültig sein konnte, war er doch seit karolingischer Zeit zur Verteidigung des Glaubens und der Kirche berufen [*defensor ecclesiae*]) sah sich der Kaiser vor die Tatsache gestellt, dass einige Reichsstände zum neuen Glauben übergetreten waren. Zwar verbot er ihnen dies, doch fügten sie sich nicht: die evangelischen Reichsstände vereinigten sich im Schmalkaldischen Bund (1531) und widersetzten sich erfolgreich dem Kaiser.

¹⁴ Die Einrichtung des Reichskammergerichts ist zudem eine bedeutende Wegmarke auf dem Weg zur Verwissenschaftlichung des Rechts (vgl. unten 14.3.2).

Im Augsburger Religionsfrieden (1555) gestand der Kaiser schliesslich den Reichsständen die Kompetenz zu, über die Konfession in ihrem jeweiligen Untertanenland zu bestimmen. (Die Freiheit, welche die Reichsstände vom Kaiser forderten und erlangten, gestanden sie ihren eigenen Untertanen hingegen nicht zu: *cuius regio, eius religio*. Immerhin durfte auswandern, wer einer andern Religion angehörte.)

4.3.3 Westfälischer Friede von 1648

Der Dreissigjährige Krieg (1618-1648)¹⁵ – der als Religionskrieg begonnen hatte und zum Machtkampf der europäischen Staaten geworden war – endete mit dem Westfälischen Frieden.¹⁶

Im Ergebnis hatte diese Auseinandersetzung eine zusätzliche Verstärkung der Macht der Reichsstände zur Folge: den Reichsständen wurde das *ius territorii ex superioritatis*¹⁷ zuerkannt und die kaiserlichen Rechte wurden an die Zustimmung des Reichstages gebunden. Diese und andere ihnen zugestandenen Rechte (u.a. auch das Recht zum Bündnis untereinander [*ius foederationis*], sofern nicht gegen Kaiser und Reich gerichtet) genügten ihnen, um ihre Eigenstaatlichkeit weiter auszubauen. Das Reich löste sich faktisch in einen Staatenbund auf.

4.3.4 Ab 1663 wird der Reichstag zum Dauerkongress

1663 entscheiden die Stände, den Charakter ihrer Zusammenkünfte (d.h. des Reichstages) zu ändern. Der Reichstag soll nicht mehr eine jährlich vom Kaiser einberufene Zusammenkunft der Reichsstände sein, sondern eine dauernd tagende, konstante Versammlung, die nicht mehr auf die Einberufung durch den Kaiser angewiesen ist. In der Folge tagte der Reichstag ununterbrochen von 1663-1806.

4.3.5 Rheinbundakte 1806

Nach der Französischen Revolution hatte NAPOLEON mit 16 süd- und westdeutschen Reichsständen Verhandlungen aufgenommen. Für ihre Hilfe bei der Annexion des Reiches versprach er ihnen seinen Schutz und Autonomie.

1806 gründeten diese Reichsstände – unter offenem Reichsverrat – den Rheinbund unter dem Protektorat NAPOLEONS. Unter dem Druck NAPOLEONS verzichtete FRANZ II. auf die Kaiserkrone, was das Ende des „Heiligen römischen Reiches Deutscher Nation“ bedeutete.

¹⁵ DTV-WELTGESCHICHTE, S. 252 ff.

¹⁶ Dazu auch NZZ vom 24./25. Oktober 1998, Nr. 247, S. 67 ff.

¹⁷ Diese war zwar nicht die höchste Auszeichnung, aber diese, das *supremum dominium*, stand allein den unabhängigen Monarchen zu, sodass die Reichsstände formal keinen Anspruch auf sie erheben konnten.

4.4 Der englische Sonderfall

In England gab es zwar auch eine Monarchie unter ständischer Mitwirkung. Aber die Umbildung erfolgte nicht von der Monarchie (d.h. einem Reich) in einen Bund eigenständiger Staaten, sondern von der Monarchie zu einem parlamentarischen System.

In diesem System wurden mit der Zeit die Interessen grösserer Teile der Bevölkerung vertreten als z.B. im Reichstag, was es England ermöglichte, ohne bürgerliche Revolution zu einer Demokratie zu werden (und zwar unter Beibehaltung einer konstitutiven Monarchie).

§5 **Neuzeitliche Überwindung des ständischen Prinzips: Der Absolutismus**

5.1 **Die Zeit des Absolutismus**

Der Absolutismus ist nicht nur eine französische Erscheinung¹⁸, sondern eine gesamteuropäische von Portugal bis Russland.

In der Regel geht beim Übergang vom Mittelalter in die Neuzeit das ständestaatliche Prinzip zugunsten des absolutistischen Systems zugrunde. Allein im Deutschen Reich bleibt dieses Prinzip bestehen.

5.1.1 **Inhalt und Breite einer neuen Regierungsform**

Der Absolutismus ist eine Regierungsform, in welcher der Monarch allein die Herrschaftsgewalt besitzt, ohne auf die Mitwirkung oder Zustimmung autonomer politischer Körperschaften (vor allem der Stände) angewiesen zu sein. Zumeist legitimiert er sich durch einen göttlichen Auftrag, erkennt das göttliche und historische Recht an, obwohl er über den gegebenen Gesetzen steht und diese auch brechen kann (*princeps legibus et ordinibus solutus est*). Der Herrscher steht ausserhalb der vorgegebenen Ordnung, der Erwartungen und Privilegien der Stände u.a.

Voraussetzung dieses Prozesses war die weitgehende politische Entmachtung der Stände. Die Entwicklung zum Absolutismus geht so vor sich, dass der Monarch die Stände aus ihrer Regierungsverantwortung entlässt, weil er selber genug Macht besitzt, um seine Absichten durchzusetzen. Die Stände waren natürlich wenig begeistert von diesem absolutistischen Programm; denn sie wurden dadurch richtiggehend deklassiert. Sie glaubten weiterhin an die Bedeutung der Kooperation und Kollaboration von Ständen und König.

Von dieser Haltung der Stände zeugen die Schriften eines entrechteten, französischen Adligen, der den König auf den Traditionsbruch – und den Fehler, den er darin erblickt – aufmerksam machen will: MONTESQUIEU (1689-1755) in seinem 1748 anonym veröffentlichten Hauptwerk „Vom Geist der Gesetze“. MONTEQUIEU ist vor allem unter diesem Gesichtspunkt zu sehen, auch wenn er im Zuge der aufklärerischen Tradition immer nur als der liberale Begründer der Gewaltenteilungslehre angesehen wird.

Als theoretische Begründer des Absolutismus können u.a. folgende Schriftsteller und ihre Werke angesehen werden:

- MACHIAVELLI (1469-1527): „Il principe“ [1513];
- BODIN (1530-1596): „Les six livres de la république [1576];
- HOBBS (1588-1679): „De cive“ [1642], „Leviathan“ [1651].

¹⁸ DTV-WELTGESCHICHTE, S. 259 ff.

5.1.2 Absolutismus im Reichsgebiet

Obwohl im Gebiet des Deutschen Reiches das ständestaatliche Prinzip erhalten geblieben war, fand sich auch hier die absolutistische Staatsform: zwar entrissen die Reichsstände dem Kaiser immer mehr seiner Hoheitsrechte und entleerten seine Position laufend ihrer Bedeutung, jedoch verwendeten die Reichsstände ihrerseits die ihnen zugeflossenen Hoheitsrechte wie die übrigen (absoluten) Herrscher. Sie bauten ihre eigene Machtstellung innerhalb ihres eigenen Territoriums aus und schufen neue, kleinere Staatsgebilde, die nicht nach dem lehensrechtlichen Prinzip, sondern nach dem absolutistischen organisiert waren.

Im Endeffekt lässt sich nur schwer ein Unterschied zwischen den grossen, absolutistisch regierten Staaten wie Frankreich und den kleineren, ebenfalls absolutistisch regierten „Staaten“ des Deutschen Reiches wie z.B. Preussen oder Österreich feststellen. Die Unterschiede sind allenfalls quantitativer Natur.

5.1.3 Gesetzgebung und Merkantilismus

Der absolute Herrscher lässt sich an keine Regeln binden, er beansprucht überall präsent zu sein und eingreifen zu können (Interventionismus): insbesondere in Recht und Wirtschaft. In beiden Bereichen beansprucht der Herrscher die ausschliessliche Initiative.

A) Voluntaristische Grundlage der Rechtsquellenlehre des Absolutismus: Der Übergang zum Statualismus

Das Recht geht im Absolutismus vom Herrscher aus: alles was er entscheidet und sagt ist bindendes Recht (voluntaristische Rechtsquellenlehre). Anders als im Mittelalter ist das bestehende Recht nicht mehr göttliches Recht und deshalb keiner Änderung zugänglich, sondern das bestehende Recht kann vom Herrscher als Gesetzgeber geändert werden. Gesetz ist nur noch, was vom Herrscher (als Vertreter Gottes auf Erden!) erlassen bzw. duldend gebilligt wird (Gleichsetzung von Gesetz und Rechtsordnung; Statualismus: nur erlassene Gesetze sind Recht). Anderes Recht, das sich auf andere Quellen (z.B. die Tradition) beruft, ist nichtig.

Folgende Geschichte mag als charakteristisches Beispiel für diese umfassende Rechtsetzungsbefugnis des absolutistischen Herrschers gelten:

Der Müller Arnold betreibt eine Mühle, wobei er auf die Wasserkraft eines nahen Baches angewiesen ist. Eines Tages versiegt dieser Bach, weil irgendwo oberhalb ein Grundherr, dem aufgrund eines alten Privilegs das Wasser des Baches zusteht, den Bach für einen Springbrunnen hat umleiten lassen.

Der Müller Arnold klagt vergebens über drei Instanzen gegen den Grundherrn; dessen Wasserprivileg ist rechtsgültig.

Als letzte Möglichkeit wendet sich Arnold direkt an den König (FRIEDRICH II. VON PREUSSEN, d.G.), der stets das Wohl seiner Untertanen im Sinn hat und sich selbst als den „ersten Diener“ im Staat bezeichnet. Der König hebt die Urteile auf, entscheidet, dass Arnold das Wasser zustehe. Dann lässt er die Richter des obersten Gerichts antreten und kurzerhand ins Gefängnis werfen.¹⁹

¹⁹ KRÖSCHELL III, Nr. 21; SCHLOSSER, S. 101 f.; QUELLEN I, 47.

Der Gedanke des Vorrangs der Gesetzgebung hat im Übrigen bis heute seine Bedeutung erhalten; allein der geringe Stellenwert, den z.B. das Gewohnheitsrecht noch hat, deutet darauf hin (vgl. unten 16.2.5).

B) Merkantilismus als Wirtschaftslehre des Absolutismus

Rechtsgeschichte II, 5.3.

Ebenso umfassende Befugnisse wie bei der Gesetzgebung beanspruchte der Herrscher bezüglich der Wirtschaft. In der Zeit des Absolutismus wurde unter der Bezeichnung Merkantilismus²⁰ eine vollständig interventionistische Wirtschaftspolitik betrieben.

Da der absolutistische Herrscher durch seine straffe und umfassende Führung auf einen grossen Beamtenstab angewiesen war, der – im Gegensatz zu früher – nicht mehr mit Lehen entlohnt wurde, sondern bezahlt wurde, musste der Staat viel Geld einnehmen.

Das Prinzip des Merkantilismus bestand grundsätzlich darin, möglichst viele (verarbeitete) Güter²¹ auszuführen und wenig einzuführen (und wenn, nur Rohstoffe), um eine positive Handelsbilanz zu erreichen. Dieses System erforderte eine zentrale Lenkung und einheitliche Regeln im Staatsinnern, einen einheitlichen Wirtschaftsraum (Abschaffung von Innenzöllen, von Monopolen und Privilegien, Vereinheitlichung von Massen usf.). Dies bedurfte tausender von Gesetzartikeln.²²

5.1.4 Ein Vorläufer des Sozialismus?

Die Lehre des Merkantilismus war eine Lehre der staatlichen Intervention und der Reglementierung ähnlich der sozialistischen Planwirtschaft. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass sich der Absolutismus durch eine klare Hierarchie innerhalb der Gesellschaft auszeichnet, während der Sozialismus, jedenfalls von seiner Theorie her, von der Gleichheit aller ausgeht und demnach seine Wurzeln im Naturrecht und der Aufklärung hat (vgl. auch unten §16 und Rechtsgeschichte II, §7).

5.2 Die Entwicklung zum aufgeklärten Absolutismus

Aus dem Zusammentreffen von Absolutismus und Aufklärung entsteht eine mildere Form des ersten: der aufgeklärte Absolutismus.²³

²⁰ DTV-WELTGESCHICHTE, S. 260 oben.

²¹ Luxus-, Mode-, Glaswaren, Parfums, Porzellan usf.

²² Das System des Merkantilismus war somit das pure Gegenteil von dem, was der klassischen Wirtschaftslehre des 19. Jahrhunderts (ADAM SMITH [vgl. 16.2.3 und Rechtsgeschichte II, 4.1.3] u.a.) entsprach: Diese Lehre geht von der Selbstregulation der Wirtschaft aus und möchte möglichst auf das Eingreifen des Staates verzichten.

²³ Der Widerspruch, der dem Begriff des aufgeklärten Absolutismus inhärent ist, war damals ebenso zu spüren wie heute: KANT beispielsweise durfte seine Schrift über die Französische Revolution nicht veröffentlichen oder FRIEDRICH DER GROSSE sagte: „Räsoniert worüber ihr wollt, aber gehorcht.“ HERDER drückte dies treffende so aus: Freiheit zu denken und Sklaverei zu handeln.

5.2.1 Eine neue Regierungsweise

Die Veränderung, welche der Absolutismus unter dem Einfluss der Aufklärung erfährt, betrifft vor allem die Art und Weise die Aufgabe des Herrschers zu betrachten. Bis dahin hatte der Staatsapparat allein im Dienst des Herrschers zu stehen und der Erreichung seiner Ziele zu dienen.

In der Folge einer allgemeinen, gesamteuropäisch zu beobachtenden Mentalitätsänderung unter dem Einfluss des Naturrechts in allen Bereichen der Gesellschaft erkennt der Herrscher²⁴ nun als seine Aufgabe das Wohl der Untertanen. Er bezeichnet sich als der „erste Diener des Staates bzw. des Volkes“. Immerhin bleiben die Untertanen aber weiterhin Untertanen („Alles für das Volk, aber nichts durch das Volk.“).

Im Zusammenhang mit dieser Mentalitätsänderung ergeben sich zudem Reformen der Justiz und des Strafvollzugs. Und es entsteht der Wunsch nach einer Kodifikation des gesamten Rechts, um der Willkür der Anwälte und Richter ein Ende zu machen: man erhofft sich von der Zusammenfassung des Rechts in einem Gesetzbuch Rechtssicherheit (vgl. unten 9.4.3).

5.2.2 Die Lehre des Sozialvertrages

Die rechtliche Legitimation bzw. die rechtlichen Argumente für den aufgeklärten Absolutismus findet man in der Lehre des Gesellschaftsvertrags.²⁵ Der Herrscher bezieht nach dieser Lehre seine Macht nicht mehr von Gott, sondern aus einem Vertrag mit seinen Untertanen.

Der Herrscher soll nur jene Befugnisse ausüben, welche ein für jeden Einzelnen sicheres Zusammenleben ermöglicht. In diesem Sinne hat die Idee des Staats- bzw. Gesellschaftsvertrages den Raum geschaffen, der später den Liberalismus ermöglicht (vgl. Rechtsgeschichte II, 7.2.2). Der aufgeklärte Absolutismus war zwar noch ein Absolutismus, doch zeigte er bereits die Züge des Kommenden: Die Ablehnung des Dirigismus, faktische Aufgabe des Merkantilismus zugunsten der Physiokratie²⁶, rudimentäre Elemente der Vertragsfreiheit usf.

²⁴ Herrscher des aufgeklärten Absolutismus: FRIEDRICH II. VON PREUSSEN (der Grosse); MARIA THERESIA; JOSEF II. VON ÖSTERREICH; KATHARINA DIE GROSSE u.a.

²⁵ Die Menschen der *societas naturalis* – in der das natürliche friedliche Zusammenleben durch das Aufkommen von ungleich verteiltem Eigentum gestört ist – übertragen einen Teil ihrer Souveränität auf den Herrscher, damit er das Zusammenleben in der nun bürgerlichen Gesellschaft (*societas civilis*) regle.

²⁶ PHYSIOKRATIE: Die Physiokraten entwarfen ein System der Volkswirtschaftslehre, das von der natürlichen Harmonie der Wirtschaft ausging. Entsprechend sollte die bestehende (unvollkommene) Ordnung (*Ordre positif*) durch staatliche Gesetze der natürlichen (vollkommenen) Ordnung (*Ordre naturel*) angenähert werden. Die einzig wirtschaftlich produktive Klasse bilden die landwirtschaftlich Tätigen; die Klasse der Grundeigentümer erwirtschaftet zwar keine Güter, setzt aber die an sie abgeführten Grundrenten in Umlauf und vermehrt so den Reinertrag; sie soll dem Staat für politische Aufgaben zur Verfügung stehen; die unproduktive Klasse schliesslich umfasst alle ausserhalb des agrarischen Bereichs Tätigen (Handwerker, Händler). [Angaben aus MTL] Dazu auch: KÖLZ, S. 45 ff.

5.2.3 Aufgeklärter Absolutismus und Revolution

Es fragt sich, ob der aufgeklärte Absolutismus nicht schliesslich zu denselben Resultaten geführt hätte wie die Französische Revolution (liberté, fraternité, égalité)?

Tatsächlich dachten die aufgeklärten Monarchen an Reformen z.B. bezüglich der Abschaffung von Privilegien, Monopolen und auch von Unfreiheit und Hörigkeit. Unterschiedliche Klassen und Stände passten nicht in das Programm des aufgeklärten Absolutismus und seiner Theorie des Gesellschaftsvertrages, die von der Gleichheit der Untertanen ausging. Zudem hätte erst die Gleichheit der Untertanen eine wirkliche Rechtsvereinheitlichung ermöglicht.

Auf der andern Seite wurde die Idee des Gesellschaftsvertrages von den zwei beteiligten Seiten, dem Volk und dem Monarchen, je verschieden ausgelegt. Der Monarch anerkannte zwar die Lehre des Gesellschaftsvertrages, vertrat aber die Meinung, die an ihn übertragene Souveränität sei endgültig an ihn übergegangen, d.h. vom Volk nicht wieder zurückzufordern. Das Volk auf der andern Seite erachtete den Gesellschaftsvertrag als widerruflich. Dem Herrscher sollte die Macht wieder entzogen und er selber abgesetzt werden können. Dies entsprach der Entwicklung in Frankreich und insofern erschien die Revolution als Notwendigkeit.

§6 Die Kirche im Zentrum der Gesellschaft

6.1 Die christliche Welt des Mittelalters

Die Gesellschaft des Mittelalters fügte sich einer vorgegebenen Ordnung. Sie fügte sich der allgegenwärtigen Präsenz der Kirche. Die Kirche war nicht nur in den religiösen Dingen gegenwärtig, sondern sie war auch eine politische, soziale und kulturelle Macht. Als im 5. Jahrhundert die Germanen nach Süden zogen und die alte Welt der Antike (und mit ihr ihre Werte und Metaphern) unterging, blieb allein die Kirche als Brücke zwischen der alten und der mittelalterlichen Welt bestehen. Im Schosse der Kirche wurden Bruchstücke, Werte, Wissen, Kunst und Philosophie der Antike „hinüber gerettet“.

6.2 Zur kulturellen und sozialen Bedeutung der Kirche

Die Kirche ist sogar die entscheidende kulturelle Macht des Mittelalters. Die von ihr entwickelten Lehren, insbesondere die Scholastik (Thomismus), waren nicht nur theologische Lehren, sondern umfassende Wissenschaftstheorien, die sich mit allen denkbaren Themen beschäftigte.²⁷

Andere bedeutende kulturelle Leistungen der Kirche waren etwa die Verschriftlichung des mündlichen Rechts, die Vervielfältigung von (auch antiken) Schriften in den Klöstern und damit deren Erhalt.

Auch im sozialen Bereich war die Kirche nicht wegzudenken: hier übernahm sie (vor allem durch ihre Orden: die Benediktiner, Franziskaner usf., die auch kulturell und wirtschaftlich von Bedeutung waren, wichtige Bereiche wie Armenpflege, Krankenbetreuung usf.

Um ihre Leistungen zu finanzieren, bedurfte die Kirche grosser Einnahmen, die ihr u.a. in Form von Erbschaften und Vermächtnissen zuflossen. Die Erträge (und nur diese) ihres Vermögens wurden dann für ihre sozialen Aufgaben verwendet. Die ihr zugekommenen Güter allerdings behielt die Kirche in ihrer „toten“ Hand (*manus mortua*) und häufte auf diese Art im Laufe der Zeit ein immenses Vermögen an.

Diese dem freien Wirtschaftskreislauf entzogenen Güter waren dann vor allem in 19. Jahrhundert ein Dorn im Auge der Wirtschaftstheoretiker. Auf diese oder jene Weise (z.B. mit dem Argument der nun vom Staat und nicht mehr von der Kirche zu finanzierenden Erziehung und Bildung) wurde in der Folge der Kirche ihr Vermögen entzogen (vgl. Rechtsgeschichte II, 11.3.2 A).

²⁷ So war z.B. der erste Jurist, der sich mit Preisbildung befasst hat, THOMAS VON AQUIN.

6.3 Die Beziehung zum Staat: Belege einer gegenseitigen Anziehungskraft

6.3.1 Zur Zeit der Karolinger

Die Zeit der Karolinger (7. bis 9. Jh.) war für die kulturelle Ausprägung Europas von grosser Bedeutung. In dieser Zeit können erste Ansätze für das Eindringen der Kirche in den staatlichen Bereich, aber auch solche der staatlichen Einflussnahme auf die Kirche beobachtet werden.

Während der Regierungszeit der Merowinger (5. bis 7. Jh.) gewinnt die Verwaltung bzw. gewinnen die Hausmeier (*maior domus*) zunehmend an Einfluss auf Kosten des Königs. Die Macht der Hausmeier wird am Ende so gross, dass der letzte merowingische König mit dem Einverständnis des Papstes – mit dessen Einverständnis es allein möglich war, eine neue, nach aussen legitime Dynastie zu begründen – ins Kloster geschickt und an seiner Stelle der Hausmeier, PIPPIN²⁸, zum König gesalbt wird.²⁹

Die Unterstützung des Papstes war aber nicht umsonst zu haben. Der neu gesalbte König hatte sich nun – als *defensor ecclesiae* – seinerseits für die Belange der Kirche einzusetzen. U.a. bat der Papst ihn um Hilfe gegen die Langobarden. PIPPIN besiegte diese, behielt die zurückeroberten Gebiete jedoch nicht für sich, sondern schenkt sie dem Papst. Diese Schenkung markiert den Beginn des Kirchenstaates (*patrimonium petri*).

Die Kirche konnte zwar den Schutz des Königs in Anspruch nehmen, auf der andern Seite wurde sie dadurch aber vom ihm abhängig, was ihm einen grossen Einfluss verschaffte. Der König (insbes. KARL DER GROSSE) war bestrebt, aus der Kirche eine fränkische Kirche zu machen. Beispielsweise erliess der König – in direkter Konkurrenz zum Papst – Kirchengesetze und berief Synoden zu kirchlichen Angelegenheiten ein.

6.3.2 Auch in nachkarolingischer Zeit (Eigenkirchenrecht)

Die nach der Auflösung des karolingischen Reiches im Deutschen Reichsgebiet regierenden Dynastien (im 10. bis 12. Jahrhundert: Sachsen, Franken, Salier) haben keine konkurrenzlose Machtposition inne, sie müssen das Reich nach aussen und zugleich die innere Ordnung verteidigen. Wenn sie sich des Einflusses der Kirche bedienen wollen, müssen sie diesen über Umwege (z.B. das Eigenkirchenrecht) zu erreichen versuchen, da ihnen die direkte Verfügung über die Kirche versagt ist.

Eigenkirchenrecht bedeutet, dass ein Fürst (z.B. auch der König), der aus seinem Vermögen ein Kirchengebäude hatte errichten lassen, auch über die – als seine Beamten – darin tätigen Kleriker bestimmen konnte. Die Kirche war zwar für die Weihe des Gebäudes zuständig, aber der Fürst ernannte den Pfarrer und setzte ihn in „seiner“ Kirche ein (Laieninvestitur).

Auf diese Weise erhielten die betreffenden Fürsten Einfluss auf die kirchliche Organisation, wurden selber Teil dieser Organisation. Solange dies nur auf der Ebene niedriger Fürsten und nicht im grossen Stil passierte, hatte die Kirche keinen Grund, sich über

²⁸ Vater KARLS DES GROSSEN.

²⁹ Zum Ganzen vgl. DTV-WELTGESCHICHTE, S. 121 f.

den weltlichen Einfluss innerhalb ihrer eigenen Organisation Sorgen zu machen. Allerdings errichteten auch einflussreichere Fürsten und gar Könige eigene, grössere Kirchen, die nicht nur lokale Bedeutung hatten und die nicht nur eines einfachen Pfarrers bedurften, sodass bald auch Äbte und Bischöfe von weltlichen Herrschern ernannt wurden. Durch diese Unterhöhnung der kirchlichen Struktur begann die Kirche, den Einfluss auf die Erfüllung ihrer eigenen Aufgabe zu verlieren.

Dagegen erhob sich Widerstand; zuerst innerhalb der Kirche. Die Kirche hatte sich die für sie fatale Entwicklung gefallen lassen müssen, weil ihre inneren Strukturen nur ungenügend gefestigt und organisiert waren. Dies erforderte zunächst eine innere Reform der Kirche. Insbesondere die cluniazenische Bewegung (ausgehend vom Kloster Cluny) setzt sich dafür ein. Sie ging vor allem gegen die Simonie (Übertragung von geistlichen Würden und Ämtern gegen Geld) und gegen die Priesterehe (Forderung nach Ehelosigkeit der Priester, Zölibat) vor.

Nachdem die Reformbewegung innerhalb der Kirche erstarkt und ein ehemaliger Abt von Cluny Papst geworden war, entbrannte zwischen der Kirche und den deutschen Fürsten der Streit um die Einsetzung kirchlicher Würdenträger durch Laien (Laieninvestitur).³⁰

6.3.3 Investiturstreit und Wormser Konkordat 1122

Dieser sog. Investiturstreit wurde mit dem Wormser Konkordat zwischen Kaiser und Papst beigelegt. Für den Papst hatte die Schwierigkeit darin gelegen, dass er zwar auf der einen Seite die Laieninvestitur verbieten, doch auf der andern Seite nicht die von den weltlichen Fürsten gestifteten Kirchen verlieren wollte.

Das Resultat war ein Kompromiss. Die Wahl der Kleriker sollte in Zukunft nach dem kanonischen Recht erfolgen, was der Kirche ermöglichte auf die Eignung und Fähigkeit der Gewählten Einfluss zu nehmen. Nach der Wahl erfolgt die Investitur (z.B. für Bischöfe mit Ring und Stab) in das kirchliche Amt. Und erst anschliessend folgte die weltliche Einsetzung mit Zepter in die für den kirchlichen Würdenträger bestimmten Güter.³¹

Diese in ihrer Struktur feudale Beziehung zwischen Kaiser und Bischöfen wird zur massgeblichen Form der Beziehung. Die kirchlichen Würdenträger sind nun nicht mehr direkt dem Kaiser unterstellte Beamte, sondern – ebenso wie die weltlichen Fürsten – Lehensmänner des Kaisers.

6.3.4 Die Zweischwerterlehre

Die Zweischwerterlehre (auch: Zweigewaltenlehre) ist eine symbolische Lehre über das Verhältnis der beiden Gewalten Kirche und Staat, welche die Vorherrschaft des Priestertums vor dem Königtum betont und die Kirchenpolitik des Frühmittelalters bestimmte. Etwa seit dem 11./12. Jahrhundert wurde das Herrschaftssymbol des Schwertes in die Zweigewaltenlehre eingebracht: Das weltliche Schwert des Kaisers erhält seine Gewalt vom geistlichen Schwert des Papstes.

³⁰ Zum Ganzen vgl. DTV-WELTGESCHICHTE, S. 141 (links unten), 147 f.

³¹ Dazu vgl. DTV-WELTGESCHICHTE, S.148.

Die weltliche Macht interpretierte die Zweischerterlehre indessen etwas anders: Die Kirche und der Kaiser haben ihre Schwerter beide direkt von Gott erhalten; die Kirche ist zwar „Steigbügelhalter“ der weltlichen Macht, aber die Herrschaft des Kaisers legitimiert sich selbständig.

6.4 Vom kirchlichen Beitrag zum profanen Rechtsleben

6.4.1 Entstehung einer Wissenschaft des kirchlichen (kanonischen) Rechts

In der ersten Hälfte des 12. Jahrhunderts erlebten die Wissenschaften, darunter auch die Rechtswissenschaft, in Oberitalien an der Universität von Bologna eine eigentliche Renaissance. Parallel zum weltlichen wurde das kanonische Recht gelehrt und weiterentwickelt (vgl. unten 13.1.3).

GRATIAN verfasste – im Auftrag des Papstes, die rechtliche Tradition der Kirche in einem Werk zusammenzufassen – nach scholastischer Methode um 1140 ein Lehrbuch (das sog. *decretum Gratiani*) des kanonischen Rechts, das zum Kern der bis 1918 wichtigsten kirchlichen Rechtsquelle, des *corpus iuris canonici* (des gesammelten päpstlichen Rechts), und der kanonischen Rechtswissenschaft wurde.

Daneben arbeitete gleichzeitig die Schule der Glossatoren am *corpus iuris civilis* (insbesondere an den Digesten) und unterzog diese Kompilation mithilfe der theoretischen Mittel der Scholastik einer grundlegenden theoretischen Verarbeitung, auf der dann die spätere Rechtstheorie des gesamten europäischen Kontinents aufgebaut werden konnte. Damit wird das Gedankengut der klassischen römischen Juristen neu erschlossen.

6.4.2 Praktische Auswirkungen gelehrter – prozessualer Art

Insbesondere im Prozessrecht entwickelte die kanonische Rechtswissenschaft eine grosse Kompetenz. Sie beschäftigte sich früher mit dieser Materie als die profane Rechtslehre. Den Grund kann man darin finden, dass die Kirche schon zu dieser Zeit über eine eigene, gut funktionierende Gerichtsbarkeit verfügte, welche der weltlichen überlegen war. Jedes Bistum verfügte über ein Gericht, und alle diese Gerichte waren einheitlich organisiert. Es gab überall Kleriker, die als Juristen tätig und Fachleute waren.

Der kanonische Prozess war ein schriftlich geführter Zweiparteienprozess. Er hielt sich an bestimmte Verhandlungsmaximen, die bis heute im Prozessrecht ihre Geltung behalten haben (z.B. Verhandlung allein über die in der Streitschrift aufgeführten Punkte, bestimmte Fristen). Die Urteile wurden schriftlich abgefasst und ihre Durchsetzung konnte überall verlangt werden, wo es kirchliche Gerichte gab.

Die Kirche hatte das denkbar stärkste Mittel der Rechtsdurchsetzung zur Verfügung: die Drohung mit der Exkommunikation. Die Exkommunikation war das schlimmste, was einem Menschen des Mittelalters passieren konnte. Sie bedeutet den Ausschluss aus der Gemeinschaft, den Ausschluss von den Sakramenten und nicht zuletzt den Ausschluss von einem ewigen Leben nach dem Tode. Den weltlichen Gerichten dieser Zeit

hingegen mangelte es an genügenden Vollzugsmöglichkeiten. Es fehlte an geeigneten Organen, welche die Macht zur Durchsetzung der Gerichtsurteile gehabt hätten. Stattdessen blühte die Fehde, welche aber nicht dem Recht zum Durchbruch verhalf, sondern meist dem Stärkeren.

Weil die kirchlichen Gerichte demnach mehr Rechtssicherheit versprachen, war es Gang und Gäbe, auch in privatrechtlichen Verträgen die Klausel aufzunehmen, dass im Streitfall ein kirchliches Gericht die Streitsache zu entscheiden habe. Die kirchliche Gerichtsbarkeit amtete insofern als eine frei gewählte Schiedsgerichtsbarkeit (*iudex amicus*).

6.4.3 Das Bekenntnis zur Gesetzgebung

Innerhalb der Kirche und der kanonischen Rechtswissenschaft entwickelte sich schon im 12. Jahrhundert jene Rechtsquellenlehre, welche im Bereich des weltlichen Rechts erst im 18. Jahrhundert entsteht: Die Gleichsetzung des Rechts mit den vom Papst erlassenen Gesetzen, d.h. eine voluntaristische Rechtsquellenlehre.

Für die Kirche war das von unten sich entwickelnde Gewohnheitsrecht unbrauchbar. Die hierarchische Struktur der Kirche erforderte geradezu ein von oben gegebenes, vom Papst gesetztes Recht. Das *corpus iuris canonici* – als Sammlung des gesamten päpstlichen Rechts – zeugt von dieser Entwicklung.

Insofern gab es also schon vor dem 18. Jahrhundert Rechtsgebiete, in denen nicht mehr das Gewohnheitsrecht, sondern gesetztes Recht zur Anwendung kam.

6.4.4 Modellhafte Bedeutung einzelner kanonischer Lehrer für die spätere, profane Gesetzgebung

Die Präsenz der Kirche auch in der Rechtswissenschaft blieb nicht ohne Auswirkungen auf die profane Rechtslehre. Einige der kirchlichen Rechtsinstitute erwiesen sich auch für das weltliche Recht als brauchbar und wurden später übernommen:

- Die individualistische Grundtendenz des Privatrechts ist vorgezeichnet in der Lehre von der Individualität der Seele jedes Einzelnen (vgl. Rechtsgeschichte II, 8.2.1 Fn. 93).
- Die Idee einer rechtlichen Verselbstständigung von Stiftungen und Anstalten findet sich im 19. Jahrhundert bei der Konstruktion der juristischen Person wieder (vgl. Rechtsgeschichte II, §9).
- Die Beschäftigung der Kirche mit dem Unsichtbaren (der Seele, der Angst, dem Gewissen usw.) führt zu einer gewissen Prädisposition für das Unsichtbare auch im Zusammenhang mit rechtlichen Vorgängen. So konnte die Kirche schon früh neben dem Real- auch den Konsensualvertrag (vgl. Rechtsgeschichte II, 8.2.1) gelten lassen oder im Strafrecht auf *dolus* und Absichten abstellen.

§7 **Feudalismus von unten: Die Lage der Bauern**

Im Folgenden soll die Entwicklung des Feudalismus aus der Sicht derjenigen betrachtet werden, die ganz zuunterst in der sozialen Pyramide standen. Dies waren die Bauern; sie waren unfrei, waren Hörige („zu einem Grundherrschaftsgehörige“), waren an ihr Stück Boden gebunden.

Zugleich waren die Bauern die einzigen, welche produzierend tätig waren. Sie waren verantwortlich für die Versorgung der Gesellschaft, bzw. jeweils ganz konkret: für die Versorgung ihres Grundherrn mit den nötigen Lebensmitteln.

Dies bedeutete ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis (Treueverhältnis): auf der einen Seite waren die Bauern auf die Überlassung des Bodens durch den Grundherrn angewiesen (Leihe des Bodens), und auf der andern Seite war der Grundherr von ihrer Tätigkeit abhängig (Dienste, [Natural-] Abgaben), sodass ihm auch gewisse soziale Obliegenheiten zukamen („Noblesse obligé“ [vgl. auch Rechtsgeschichte II, 7.4.2]).

7.1 **Die mittelalterliche Grundherrschaft³²**

7.1.1 **Zum allgemeinen Begriff**

Die Grundherrschaft definiert sich als Inbegriff der einem Herrn – einem freien Grundherrn – zustehenden Eigentums- und Herrschaftsrechte über Grund und Boden und über die dort lebenden und bewirtschaftenden Menschen.

Zwei Arten von Rechtsbeziehungen sind charakteristisch für dieses Verhältnis:

- Die leihweise Überlassung des (mittelalterlichen³³) Eigentums (d.h. des Bodens) durch den Grundherrn an den Bauern;
- und die Ausübung von Rechten aus der Herrschaftssituation.

Diese Rechtsbeziehungen sind gekennzeichnet durch die Verknüpfung privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Elemente (welche Unterscheidung damals allerdings noch nicht bekannt war [vgl. Rechtsgeschichte II, §4]). Die Leihe des Bodens war privatrechtlicher, die Unterstellung der Leute unter die Gerichtsbarkeit des Grundherrn und die Abgaben öffentlich-rechtlicher Natur.

7.1.2 **Erscheinungsformen**

Die Grundherrschaft (i.w.S.) unterschied sich je nach Gebiet und Bodenbeschaffenheit. Vorherrschend sind zwei Erscheinungsformen:

³² vgl. auch DTV-WELTGESCHICHTE, S. 126; SENN, S. 88 ff.

³³ Das Eigentum des Grundherrn ist kein solches im heutigen Sinne: denn er selbst hat den Grund ebenfalls von einem Lehensherrn zur Nutzung erhalten. Es könnte von einem horizontal geteilten Eigentum gesprochen werden (d.h. Unterteilungen in Ober- und Untereigentum usf. [vgl. Rechtsgeschichte II, §10]).

A) Gutsherrschaft

Die Gutsherrschaft ist vom 15. bis ins 19. Jahrhundert besonders im Nordosten (in Polen, den ostpreussischen Gebieten, aber auch in Holland) zu finden. Die geografischen und klimatischen Bedingungen erfordern eine extensive Bewirtschaftung des Bodens. Typisch für die Gutsherrschaft ist, dass das unzerteilte Gut als Eigenbetrieb des Gutsherrn bezüglich der Bewirtschaftung vollständig unter seiner zentralen Leitung und Organisation steht.

Die Bauern arbeiten in Leibeigenschaft auf dem meist ausgedehnten Gut des Gutsherrn und haben – um auf dem Gut ihre Unterkunft und ihr Auskommen zu erhalten – Fronarbeit und Abgaben (Kopfsteuern, Maritagia [Heiratssteuern] u.ä.) zu leisten. Das Element der Gebrauchsüberlassung von Boden gegen Abgabe ist von untergeordneter Bedeutung, im Vordergrund stehen die Pflichten aus des Herrschaftsverhältnis.

Ursache für die Ausbildung der Gutsherrschaft waren u.a. die umfangreiche Rodung und Neuerschliessung, die Aneignung herrenlosen Landes und schliesslich die Rationalisierung der Landwirtschaft. Hinzu trat nach dem 30jährigen Krieg ein systematisches Einbeziehen bisher freier Bauerngüter in die Gutsherrengüter (sog. Bauernlegen). Nach der Bauernbefreiung (vgl. unten 7.4) wurden politische und soziale Rechte der Gutsherrn zwar weitgehend abgeschafft, doch blieb ihre wirtschaftliche Vorrangstellung (als Grossgrundbesitzer) bestehen.

B) Eigentliche Grundherrschaft (Grundherrschaft i.e.S.)

Die Grundherrschaft – wie sie als Modell der feudalen Beziehung zwischen Grundherrn und Bauern im Weiteren allein noch betrachtet werden soll – kommt vor allem im Süden und Westen vor (Süddeutschland, Schweiz, Österreich, Italien). Der Grund und Boden des Grundherrn ist in seinen Eigenbetrieb und in an Bauern zur Leihe überlassene Hufen unterteilt.

Diese Hufen sind nicht allein auf weiter Flur gelegen, sie sind in Dorfgemeinschaften zusammengefasst, die keiner zentralen Leitung durch den Grundherrn unterstehen, sondern in Selbstorganisation (Vereinigung der Bauern in sog. Markgenossenschaften) betrieben werden.

Innerhalb seiner Grundherrschaft hat der Grundherr nicht nur wirtschaftliche und soziale Vorrechte, ihm obliegt auch die Gerichtsbarkeit. Die Bauern schulden dem Grundherrn die herrschaftlichen Abgaben (Abgaben aus der Herrschaftsbeziehung: Frondienst usf.) und die Abgaben aus der Leihe von Grund und Boden (Zins).

7.1.3 Grundherrschaft als feudale Einrichtung

Das Bedürfnis der optimalen Nutzung des Bodens bestimmt die gesellschaftliche Struktur. Im Zentrum der Gesellschaft steht die bodenabhängige Produktion von Lebensmitteln und die Selbstversorgung. Die Bauern sind von der Überlassung (Leihe) von Grund und Boden abhängig und der Grundherr ist abhängig von der Produktion der Bauern. Dies bedingt ein gegenseitiges Treueverhältnis. Nicht nur die Bauern haben dem Grundherrn Abgaben zu leisten, den Grundherrn treffen auch bestimmte soziale Obliegenheiten den Bauern gegenüber („Noblesse obligé“ [vgl. oben nach §7 und Rechtsgeschichte II, 7.4.2]).

Der Grundherr wiederum erhält sein Gut vom König als Lehen, der von jenem ebenfalls wieder Abgaben und Dienste erwartet. Im Laufe der Zeit entwickeln sich Lehen (*beneficium*) und Leihe (*praecarium*) zu unentziehbaren, vererblichen Rechtspositionen (vgl. oben 4.2.1 und unten 7.1.4A).

7.1.4 Zur spätmittelalterlichen Entwicklung

In der Zeit vom 12. bis ins 15. Jahrhundert verbesserte sich die Lage der Bauern beständig. Dies lässt sich anhand einiger Indizien feststellen:

A) Erstrecken der Leihdauer

Im Frühmittelalter war die Leihe von Grund und Boden präkaristischer Art, d.h. jederzeit widerrufbar. Im Laufe der Zeit entwickelte sie sich zur Leihe auf Zeit und noch später zur Leihe auf Lebenszeit. Endlich (ab dem 15. Jahrhundert) traf man die Leihe gar in der Form der Erbleihe an. Die Feudalbeziehung zum Grundherrn war vererblich geworden (vgl. Rechtsgeschichte II, 10.3.2). Die Bauern waren nun in der Situation, sich „ihres“ Bodens sicher zu sein.

Diese Entwicklung war beeinflusst von der Tatsache, dass in den Städten von Anfang an die Erbleihe bekannt war und bedeutete demnach eine Anpassung an diese städtische Praxis.

B) Erweiterung der Verfügungsfreiheit

Auch bezüglich der Verfügungsbefugnis veränderte sich die Situation zugunsten der Bauern: hatte zuerst allein der Grundherr das Recht über seinen Grund und Boden zu verfügen, nahm die Sicherheit der Besitzverhältnisse für die Bauern auch insofern zu, als sie am Ende selber über Grundstücksverfügungen bestimmen konnten, sofern der neue Besitzer die Pflichten gegenüber dem Grundherrn übernahm. Dem Grundherrn war nur noch eine Handänderungssteuer abzuliefern. Dies lag daran, dass sich das Interesse des Grundherrn – aufgrund der allgemeinen Änderung von der Natural- zur Geldwirtschaft (vgl. oben 2.3) – zunehmend nur noch auf Geld bezog.

C) Commutatio

Ursprünglich schuldete der Bauer dem Grundherrn seine Abgaben in Naturalien, d.h. in den auf dem überlassenen Boden gewonnenen Erzeugnissen. Im Spätmittelalter (15. Jahrhundert) wurden diese Naturalabgaben zunehmend durch Geldleistungen ersetzt. Mit dem Aufkommen der städtischen Märkte und der Geldwirtschaft wurde es den Bauern möglich, ihre Waren in Geld umzusetzen. Gleichzeitig war es auch den Grundherren zunehmend besser möglich, ihre notwendigen Lebensgrundlagen (Lebensmittel, Stoffe usw.) auf ebendiesen Märkten gegen Geld zu erlangen. Und zwar dann, wenn sie diese brauchten und nicht nur dann, wenn ihre Lehensleute solche gerade produziert hatten. Die Naturalabgaben (ausgenommen der Zehnten) werden im Laufe der Zeit gänzlich durch Geldabgaben ersetzt.³⁴

³⁴ Eine Ausnahme bildet die Kirche, die ihre Abgaben nie in Geldleistungen annimmt. Dies u.a. wegen des Zinsverbotes. Allerdings wird ihr diese Haltung gegen die allgemeine Entwicklung schliesslich im 19. Jh. zum Verhängnis. Vgl. schon oben: 6.2.

D) Fixierung der Geldleistung

Zugleich mit dem Übergang zur Geldabgabe besteht die Tendenz, auch die Höhe dieser Abgabe zu fixieren. Die Bauern erhalten dadurch Sicherheit über den Umfang der von ihnen zu leistenden Dienste und sind deshalb in der Lage freier zu wirtschaften. Was sie aus eigener Initiative zusätzlich erwirtschaften können, gehört ihnen.

Weil auch das Mittelalter die Geldentwertung (Inflation) kennt, verbessert sich die Lage der Bauern noch einmal. Denn die fixierten Abgaben werden im Verhältnis immer kleiner. Durch die Fixierung der Geldleistungen enteignen sich die Grundherren sozusagen selber.

7.2 Wodurch wurden diese Änderungen hervorgerufen?

Die oben (vgl. 7.1.4) beschriebenen Veränderungen des feudalen Systems sind eigentlich die Folgen der Krise dieses Systems, welches in seiner ursprünglichen Form gerade nicht auf der Geldwirtschaft beruht. Die Geldwirtschaft und die übrigen Entwicklungen haben zur Folge, dass die Bauern schliesslich faktisch frei sind und selber wirtschaftlich tätig sein können.

7.2.1 Ostkolonialisierung als Konkurrenzunternehmen

Bis ins 13. Jahrhundert nahm die Bevölkerung in Europa zahlenmässig stark zu, sodass von einer Bevölkerungsexplosion gesprochen werden kann. Das führte zur Besiedlung der bislang unbewohnten ostelbischen Gebiete^{35, 36}. Um diese Gebiete besiedeln zu können, musste erst gerodet und der Boden fruchtbar gemacht werden. Die Bauern, die dorthin zogen und diese Aufgaben übernahmen, erhielten Zugeständnisse; sie konnten sich als Gegenleistung als freie Bauern dort niederlassen und hatten nur noch die aus dem Herrschaftsverhältnis zum Grundherrn fliessenden Abgaben zu leisten. Dies drückt sich aus in der Redewendung: „Rodung macht frei!“. Ausgangspunkt dieser Entwicklung bildete ein Vertrag des Erzbischofs von Hamburg mit niederländischen Kolonisten, in welchem diesen freies Eigentum und persönliche Freiheit versprochen wurde.³⁷

7.2.2 Die Antworten der historischen Demografie

Die Zunahme der Bevölkerung bis ins 13. Jahrhundert führte – trotz intensiver Bemühung um Urbarisierung neuen Landes z.B. durch den Zisterzienserorden – zu Lebensmittelknappheit und Unterernährung. Die derart geschwächten Menschen (insbesondere die Bauern) war anfälliger für Krankheiten. Die grosse Pest von 1347-1350 raffte fast die Hälfte der europäischen Bevölkerung dahin. Ganze Landstriche wurden wieder

³⁵ Frühere Bezeichnung für deutsche, speziell preussische Gebiete östlich der Elbe; beherrscht von den konservativen ostdeutschen Grossgrundbesitzern. [Angabe aus MTL]

³⁶ Vgl. DTV-WELTGESCHICHTE, S.170 f.

³⁷ Ähnliches ist auch in der Gegend der Schweiz zu beobachten: z.B. die Oberwalliser Bauern, die sog. Walser, welche im 13. Jahrhundert in bisher unbewohntes, hoch gelegenes Gebiet der Alpensüdseite und ins Einzugsgebiet des Rheins zogen. [Angaben aus MTL]

unbewohnt und verwilderten. Die Grundherren waren darauf angewiesen, die ihnen verbliebenen Bauern zu halten und sie nicht zu einem andern Grundherrn wegziehen zu lassen, wofür sie ihnen bessere Bedingungen boten.

7.2.3 Die Anziehungskraft der Stadt: „Stadtluft macht frei!“

Eine grosse Anziehungskraft übten auch die Städte aus, die mit ihrem rechtlichen Sonderstatus den unfreien Bauern mehr Freiheit versprachen: wer ein Jahr und einen Tag unangefochten in der Stadt lebte, war frei („Stadtluft macht frei!“). Diejenigen, welche ihre Freiheit auf diese Weise erlangt hatten, mussten keinem Grundherrn mehr Abgaben leisten („Keine Henne fliegt über die Stadtmauer!“).

Tausende von Bauern verliessen das Land und zogen in die Städte, wo sie zu freien (aber oft mittellosen) Bürgern wurden. Das führte zwischen den Städten und den Grundherren zu einer Konkurrenz, die bei den Grundherren gewisse städtefeindliche Regungen hervorrief.

7.2.4 Zusammenfassung

Durch alle diese Entwicklungen gehen der Grundherrschaft vom 13. bis ins 15. Jahrhundert Arbeitskräfte und Abgaben verloren; die Grundherren mussten, wollten sie neue Bauern auf ihre Güter bringen bzw. die bisherigen halten, den Bauern Zugeständnisse machen und mehr Rechte einräumen.

7.3 Der Bauernkrieg von 1525 und die Folgen

Trotzdem die Situation der Bauern sich bis ins 15. Jahrhundert ständig verbessert hatte, kam es zu Bauernaufständen, bei deren Niederschlagung ca. 100'000 Menschen ums Leben kamen.^{38, 39}

7.3.1 Warum revoltieren die Bauern?

Erklärungen, weshalb die Bauern, obwohl es ihnen besser ging, zu revoltieren begannen, gibt es einige. Zwei sollen hier näher untersucht werden:

Zum einen kann man sagen, dass gerade durch das Abfallen der engen Ketten und die grössere Sicherheit sie erstmals die Möglichkeit zur Selbstreflexion hatten; erst durch die Zugeständnisse (welche das Abhängigkeitssystem aber erhalten wollten) wurden sie sich ihrer Situation erst richtig bewusst. Revolutionen finden in Zeiten statt, in denen es den Leuten etwas besser geht, wenn sie nicht um das nackte Überleben kämpfen müssen (TOCQUEVILLE). In eine ähnliche Richtung zielt die Erklärung eines sich in dieser Situation erstmals entwickelnden Klassenbewusstseins, dass ihnen ermöglichte sich zu solidarisieren und zu revoltieren (MARX/ENGELS).

Ebenfalls beachtenswerte Argumente ergeben sich aus ökonomischer Sicht. Die Bauern waren nun zwar in der Lage, ihre wirtschaftliche Tätigkeit unabhängig(er) vom Grund-

³⁸ Die Bauernaufstände in der Schweiz fanden ca. 100 Jahre später statt.

³⁹ Zum Ganzen vgl. DTV-WELTGESCHICHTE, S. 232 f.; STÖRIG, S. 290 f.

herrn zu betreiben, doch gerieten sie in eine neue Abhängigkeit von Geld- und Kreditgebern (Lombarden, städtisches Patriziat), welche ihnen Geld für die Bewirtschaftung ihrer Güter ausliehen. Je nach Ernteertrag konnten sie die Kapitalzinsen erbringen – oder gerieten noch mehr in Abhängigkeit des Geldgebers: sie mussten Hypotheken aufnehmen, Kühe verpfänden, mehrere (bis zu 100!) Ernten im Voraus verkaufen oder verpfänden, künftige Kälber an Zahlung geben usf. Die Freiheit vom Grundherrn erwies sich oft nur als „Scheinfreiheit“. Die feudale Abhängigkeit verwandelte sich in eine wirtschaftliche.

7.3.2 Die bäuerlichen Postulate

Im Frühjahr 1525 veröffentlichten die Bauern 12 Postulate, welche teilweise gegensätzliche Forderungen enthielten. Einige zielten auf die Beibehaltung des Bestehenden, andere auf die Änderung der aktuellen Situation.

A) Die Berufung auf das alte Recht

Das Erscheinen des Absolutismus und der Territorialstaaten brachte für die Bauern insofern Einschränkungen mit sich, als diese neuen Herrscher und Landesherren begannen, früher der allgemeinen Nutzung zugängliche Gebiete als ihr eigen zu betrachten und die Nutzung zu begrenzen bzw. für sich allein in Anspruch zu nehmen.⁴⁰

Infolge solcher Beschränkungen beriefen sich die Bauern auf ihre alten Rechte, welche ihnen diese Nutzungen erlaubt hatten. Das feudale System war immerhin ein zweiseitiges Abhängigkeitsverhältnis gewesen, anders das absolutistische: dieses war nur noch ein Herrschaftsverhältnis „von oben nach unten“.

In ihrem Aufstand gegen die neuen Ansprüche ihrer Landesherren waren den Bauern die freien Schweizer Bauern oftmals das Vorbild, weil sich diese auch schon Ansprüchen von Herrschern widersetzt hatten: zwei Jahrhundert vorher hatten sie die habsburgischen Herrscher zurückgedrängt und nur 50 Jahre zuvor die Burgunder besiegt. Dadurch war bei den Bauern von 1525 eine fast mythische Vorstellung eines freien Bauerntums entstanden.

B) Die Berufung auf das göttliche Recht (Naturrecht)

Die Reformation⁴¹ (und in ihrer Folge die Verbreitung des Evangeliums in deutscher Sprache) brachte allgemein die Gleichheit der Menschen vor Gott ins Bewusstsein. Ein Gedanke, der sich mit der faktischen Situation der Bauern wenig vertrug.

Die Reformatoren hielten zunächst zu den Bauern und unterstützten ihre Anliegen. Während ZWINGLI bei dieser Haltung blieb, änderte LUTHER seine Ansicht: er forderte in seiner „Ermahnung zum Frieden“ zuerst beide Seiten (Fürsten und Bauern) zur Mäßigung auf, dann – als sich ein Ende des Aufstandes nicht abzeichnete – erschien sein „Wider die mörderischen und räuberischen Rotten der Bauern“, ein harter Aufruf an die

⁴⁰ Beispielsweise die Nutzung von Wäldern, welche den Bauern Baumaterial und Heizstoffe lieferten, sollte plötzlich nicht mehr erlaubt sein; oder es sollte nur noch der Herrscher bestimmen können, wer eine Mühle an einem Fluss zu betreiben habe; eben solches bezüglich der Jagt und der Fischerei usf.

⁴¹ Zu deren Ablauf vgl. DTV-WELTGESCHICHTE, S. 230 ff.

Fürsten zur Vernichtung der Bauern aus Sorge um die von Gott eingesetzte Obrigkeit, der man politisch zu gehorchen habe.

7.3.3 Zum konkreten Ablauf

Der Bauernaufstand richtete sich primär gegen die Landesherren (nicht gegen die Grundherren). 1524 begann der Bauernaufstand in Waldshut und Stühlingen (nahe der heutigen Schweizergrenze) und breitete sich 1525 bis nach Thüringen und Oberösterreich aus. Den Bauern fehlten allerdings einheitliche Ziele, Planung und Führung. Nach Anfangserfolgen artete die Erhebung in Plündern, Morden und Brandschatzen aus. Sie erlitten eine blutig Niederlage, bei der an die 100'000 Bauern ums Leben kamen.⁴²

7.3.4 Die unmittelbaren Folgen: Eine rückläufige Entwicklung

Die Folge des Bauernaufstandes und seiner Niederschlagung war eine „Zementierung“ der bestehenden Agrarverfassung bis ins 19. Jahrhundert. Teilweise wurden zugestandene Freiheiten sogar rückgängig gemacht. Viele Bauern wurden zu leibeigenen Sachen ihrer Grundherren (Arbeitszwang und Schollengebundenheit) und waren politisch rechtlos – ohne das gegenseitige Treue- und Abhängigkeitsverhältnis des früheren feudalen Systems.

Dies trifft vor allem die Gebiete der freien Bauern im Osten; ihre Güter werden in neue Gutsherrschaften überführt und sie selbst in die Leibeigenschaft geführt. Zusätzlich werden die Gutsherrschaften durch das sog. „Bauernlegen“, d.h. das Einbeziehen weiterer Bauernbetriebe in das Gut, vergrößert.

7.4 Die spätere Entwicklung im Zeichen der Bauernbefreiung

7.4.1 Bauernschutzgesetzgebung als Prolog

Erst in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts lassen sich wieder Tendenzen zur Befreiung der Bauern bzw. vorerst Gesetze zu ihrem Schutz feststellen. Der Einbezug der Bauern in die Gutshöfe hatte zwar den Gutsherren Mehreinnahmen gebracht, aber nicht den Landesherren; sie hatten sogar an Einnahmen verloren, weil die Bauern nicht mehr direkt an sie Steuern entrichteten und die Grundherren an die Landesherren keine Abgaben zu entrichten hatten. Aus diesem Grund wurden Praktiken wie das „Bauernlegen“ verboten und Erleichterungen verfügt (Abbau des Frondienstes).

7.4.2 Aufklärung und Bauernbefreiung

Die Aufklärung und das Naturrecht (1750-1850), die von der Gleichheit und Freiheit der Menschen ausgehen, haben auch Einfluss auf die Stellung der Bauern. Diese wird

⁴² Vgl. DTV-WELTGESCHICHTE, S. 232 f.

merklich verbessert, indem die Leibeigenschaft aufgehoben und ihnen ihr Grund und Boden als Eigentum überlassen wird.⁴³

Zugleich mit der Aufklärung ist das Aufkommen eines neuen (landwirtschaftlichen) Wirtschaftssystems zu verzeichnen: die Physiokratie.⁴⁴ In der Landwirtschaft werden neue Methoden der Bewirtschaftung wie die Stallhaltung und die Düngung der Felder eingeführt. Methoden, für welche die genossenschaftliche Bewirtschaftung (Allmenden, Dreifelderwirtschaft usf.) des Bodens ungeeignet ist („Freie Bauern auf freiem Boden.“ [vgl. auch unten 7.4.4]).

7.4.3 Persönliche Befreiung: Aufhebung der Leibeigenschaft

Im Westen – beeinflusst durch die Ideale der Reformation und der christlichen Glaubenslehre von der Gleichheit der Menschen – wurde die Leibeigenschaft im Verlauf des 15./16. Jahrhunderts aufgehoben. Im Osten (Preussen/Österreich-Ungarn) blieb die Leibeigenschaft bis ins 18. Jahrhundert bestehen, wohl als Folge der Entwicklung nach den Bauernaufständen (vgl. oben 7.3 und 7.3.4), obwohl auch hier aufgeklärte Herrscher regierten. In Österreich-Ungarn hob erst JOSEF II. (der Sohn MARIA THERESIAS) die Leibeigenschaft auf. In Preussen fand die Abschaffung der Leibeigenschaft im Zuge der HARDENBERG'schen Reformen statt.^{45,46} Um 1830 ist die Leibeigenschaft im deutschen Sprachraum im grossen und ganzen abgeschafft. Durch diese Eingriffe in das feudale System beginnt sich dieses langsam (in Gegensatz zu Frankreich, wo dies mit einem Schlag, der Revolution, geschah) aufzulösen, da es ohne gewisse grundlegende Voraussetzungen (z.B. Schollengebundenheit, Abhängigkeitsverhältnis) nicht weiter existieren kann.

7.4.4 Dingliche Befreiung, scil. Entfeudalisierung des Eigentums (1780-1850)

Nicht nur die neuen Nutzungsarten (vgl. oben 7.4.2), sondern auch der – mit dem durch das Aufkommen des Individualismus und der klassischen ökonomischen Ideen entstehenden neuen Eigentumsverständnis verbundene – Einsatz des Bodens als Objekt von Verfügungen, als Grundlage für Kredite und Kapital bedingen eine Individualisierung und Vereinheitlichung des Eigentums (als Gegensatz zum zersplitterten feudalen Eigentum mit Ober- und Untereigentum usf. [Rechtsgeschichte II, 10.3.2]).

Die Individualisierung des Eigentums bedingt die Auflösung und Ablösung der alten auf dem Boden lastenden Herrschaftsrechte, der Bodenzinse und der kollektiven genossenschaftlichen Mitbenutzungsrechte (Entfeudalisierung). Das Eigentum sollte nur noch

⁴³ Vgl. DTV-WELTGESCHICHTE, S. 311.

⁴⁴ Vgl. Fn. 26.

⁴⁵ In Preussen entstand zudem 1794 die erste Naturrechtskodifikation, das „Preussische Allgemeine Landsrecht“ (ALR), welche allerdings die bestehenden Zustände zum Gesetz machte (vgl. Rechtsgeschichte II, 3.2.4).

⁴⁶ HARDENBERG KARL AUGUST FÜRST VON (1750-1822), seit 1810 Staatskanzler in Preussen, setzt sich dafür ein, den preussischen Staat vom aufgeklärten Absolutismus zum Liberalismus zu führen: Abbau der ständischen Zunftverfassung zugunsten der Gewerbefreiheit (1810), Judenemanzipation (1812), Regulierungsdikte zur Ablösung der Grundherrschaft (1811 und 1816). [Angaben aus MTL]

einer Person zustehen, sollte die ganze Sache erfassen und einheitlich sein.⁴⁷ Dieser Prozess (in Frankreich geht er revolutionär vor sich, in der Schweiz reformerisch) ist in Europa zwischen 1780 und 1850 überall (mit unterschiedlich befriedigenden Resultaten) zu beobachten.

A) Die entschädigungslose Beseitigung der Reallasten

In der Verfassung der Helvetik⁴⁸ (1798-1803) war die Entfeudalisierung ein wichtiges Thema. Die alten feudalen Rechte wurden entschädigungslos aufgehoben und den Bauern das Eigentum an ihrem Boden zugesprochen. Diese Art der Entfeudalisierung scheiterte allerdings in den meisten Kantonen der helvetische Republik an den bestehenden Strukturen (die aufzuheben gerade das Ziel war). Allein in Genf und z.T. in der Waadt war ihr Erfolg beschieden.

B) Die entgeltliche Ablösung der Reallasten

In den übrigen Kantonen erfolgte die Entfeudalisierung erst in der Regenerationszeit⁴⁹ (ab 1830), welche in den meisten Kantonen eine liberale Erneuerung und neue bürgerliche Verfassungen zur Folge hatte. Zwar wird den Bauern das Eigentum an ihrem Grund zugesprochen, aber die bestehenden alten Rechte müssen gegen Entschädigung abgelöst werden. Die dadurch entstehende Verschuldung der Bauern hat Folgen bis ins nächste Jahrhundert, z.T. bis heute. Die Bauern gerieten, weil sie für die Ablösung der alten Rechte auf Kredite und Hypotheken der reiche Bürger und Patrizier angewiesen waren, in neue Abhängigkeiten.⁵⁰

7.4.5 Die politische Befreiung

Der Abschaffung des feudalen Systems fielen zugleich dessen Einrichtungen wie die Ausübung der Gerichtsbarkeit durch den Grundherrn oder den Fürsten zum Opfer. Für diese musste der neue bürgerliche Staat Ersatz schaffen, wozu Geld nötig war, das er über Steuern, insbesondere Vermögenssteuern einzubringen versuchte, da auch die Abgaben (Zehnten usf.) abgeschafft waren.

Die Bauern unterscheiden sich rechtlich nicht mehr von den übrigen Bürgern, doch in Anbetracht ihrer neuen Abhängigkeiten fragt es sich, ob tatsächlich Gleichheit herrscht.⁵¹

⁴⁷ Zum neuen bürgerlichen Eigentumsbegriff und zum Folgenden vgl. Rechtsgeschichte II, §10, insbes. 10.3.3 f. und 10.7.

⁴⁸ KÖLZ, S. 59 ff., 98 ff.

⁴⁹ KÖLZ, S. 209 ff., 459 ff., insbes. 319 ff., 327 ff. und 511 ff.

⁵⁰ Vgl. QUELLEN II, 235 f.; Rechtsgeschichte II, 10.3.3.

⁵¹ Dazu vgl. Rechtsgeschichte II, 7.4.

§8 Das Aufkommen der Stadt

8.1 Zum rechtlichen Begriff der Stadt

8.1.1 Die Stadt als etwas, was „hinzukommt“

Bedeutende Städte gab es zwar schon früher (Athen, Rom, Köln usw.); im frühen Mittelalter verliert die Stadt jedoch ihre politische und wirtschaftliche Vorrangstellung, sie ist vielleicht noch Sitz des Bischofs, im Süden Sitz des Grafen: die königlichen Residenzen der Merowinger befinden sich noch in Städten, diejenigen der Karolinger auf dem Lande.

Zudem waren die frühen Städte blosse Ballungszentren, einfach Orte grosser Bevölkerungsdichte gewesen (Stadt im siedlungshistorischen Sinn). Im Hochmittelalter begannen die Städte jedoch, sich gegenüber der Landschaft anders zu entwickeln. Die Stadt wurde zu einem Gebiet, innerhalb dessen Grenzen anderes Recht galt. Die Stadt erhielt einen Sonderstatut. Sie setzte sich von der feudalen mittelalterlichen Welt ab bzw. setzte sich in Konkurrenz dazu. Diese Spannung zeigt sich z.B. im Bau von Stadtmauern.

8.1.2 Das „neue Recht“, das in der Stadt gilt

Zum einen war das Stadtrecht in formeller Hinsicht anders als das übrige Recht: es war geschriebenes Recht (Stadtstatut). Und andererseits kannte es auch inhaltliche Unterschiede. Es zeichnete sich eine Tendenz zur genossenschaftlichen Selbstverwaltung ab. Und schon in der mittelalterlichen Stadt waren Ansätze von persönlicher Freiheit, Berufsfreiheit und von Wirtschaftsfreiheit zu finden. Wer in der Stadt lebte, war (nach einem Jahr und einem Tag) frei, musste keinem Grundherrn mehr Abgaben oder Frondienste leisten („Stadluft macht frei!“ versus „Landluft macht eigen!“). Man unterstand auch einer andern Gerichtsbarkeit.

8.1.3 Eine Initiative der Kaufleute

Die Kaufleute hatten unter den Gruppen, welche in der Stadt um Rechte kämpften, eine bedeutende Rolle. Sie waren der Motor der Entwicklung eines eigenen städtischen Rechts (Rechtsgeschichte II, 5.2). Anders als die Bauern und die meisten Grundherren waren die Kaufleute nicht lokal gebunden. Sie hatten ein anderes Selbstverständnis und breitere Kenntnisse, denn ihre Tätigkeit brachte es mit sich, dass sie mobil waren und andere Völker und Kulturen kennen lernten. So ist es weiter nicht erstaunlich, dass die Kaufleute für sich ein freiheitlicheres Recht forderten als es bis dahin üblich war. Insbesondere die Fernhändler forderten Bewegungsfreiheit, eigene städtische und auf ihre Bedürfnisse ausgerichtete Gerichte sowie Rechtssicherheit für ihre Geschäfte.

8.1.4 Zur sogenannten Renaissance des Handels im 12./13. Jahrhundert

Aus der zuerst nur kleinen Gruppe der Kaufleute wurde im Zuge der sog. Renaissance des Handels⁵² im 12./13. Jahrhundert ein Bevölkerungsteil, der zunehmend an Bedeutung gewann.

A) Die Bedeutung der Kreuzzüge

Die Kreuzzüge⁵³ sind nicht allein theologisch motiviert. Sie dienen auch dazu, die vielen Ritter, die sich bewähren wollen, „für einen guten Zweck“ zu beschäftigen und dadurch die Fehde⁵⁴ einzudämmen, welche im Mittelalter eine effektive Plage war. Und sie dienen der Erschliessung und Sicherung von Handelswegen. Auf den Schiffen der Kreuzfahrer waren nicht allein Ritter, sondern auch viele Kaufleute, die aus den Ländern des Orients Güter nach Europa bringen wollen. Die Kreuzzüge werden zu einem grossen Teil von den wichtigen Handelsstädten Oberitaliens (Venedig, Genua) finanziert.⁵⁵

B) Das Aufkommen des Fernhandels und der Ausbau des Wegsystems

Von diesen grossen Handelsstädten müssen die aus dem Osten importierten Güter von den Kaufleuten in die übrigen Gebiete Europas transportiert werden, was den Ausbau der Handelswege bedingt: das Strassennetz Norditaliens wird ausgebaut, Flüsse (z.B. der Rhein) werden schiffbar und Pässe (z.B. am Gotthard) gangbar gemacht.

C) Die Entstehung der Märkte

Um die Produkte zu verkaufen, müssen Marktplätze entstehen, wo sich Händler und Käufer treffen können. Die Städte als Treffpunkte (z.B. am Sonntag beim Kirchgang, an Wallfahrtsorten) sind dazu natürlich geeignet, weshalb die Städte die Funktion als Marktplatz übernehmen.

8.1.5 Stadt und Markt

Für den Markt und die Handelstätigkeit verlangen die Kaufleute von den Städten ihrer Tätigkeit entsprechende Regeln: d.h. Marktrecht und Marktgerichtsbarkeit, welche aus dem angestammten Herrschaftsrecht herausgelöst, effizienter und schneller sind (vgl. Rechtsgeschichte II, 5.2). Die Stadt muss auch Sicherheit gewähren, da nur in sicherer Atmosphäre gute Geschäfte gemacht werden können. Und die Kaufleute verlangen von der Stadt die Gewährung umfassender Bewegungsfreiheit.

⁵² Renaissance deshalb, weil schon in der Antike unter den Griechen und Römern ein blühender Osthandel existiert hatte.

⁵³ Vgl. dazu: DTV-WELTGESCHICHTE, S. 151 ff.

⁵⁴ Vgl. DTV-WELTGESCHICHTE, S. 157, 197, 219. FEHDE, im Mittelalter tätliche Feindseligkeit bzw. Privatkrieg zwischen Einzelpersonen, Sippen oder Familien zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen; Bestrebungen zur Eindämmung der Fehde; im Ewigen Landfrieden von 1495 absolutes Verbot. [Angaben aus MTL]

⁵⁵ Vgl. DTV-WELTGESCHICHTE, S. 183 rechts.

Was für die Kaufleute bloss Voraussetzung ihrer Tätigkeit ist, hat auch für die andern Bewohner der Städte seine Anziehungskraft, sodass diese ebenfalls jene Rechte für sich zu beanspruchen beginnen, welche die Kaufleute für ihre Tätigkeit erhalten haben. Die Stadt erhält damit durch dem Einfluss der Kaufleute ein allgemeines Recht, das eine freiere Qualität aufweist als das Recht in der übrigen mittelalterlichen Welt.⁵⁶

8.1.6 Definition der Stadt im rechtshistorischen Sinne (Die Stadt als rechtlicher Sonderbezirk)

„Stadt als ein mit Marktrecht, Immunität und eigenem Gerichtssprengel ausgestatteter Ort, mit politischer Selbstverwaltung durch die Bürger, der sich vom Land durch Um-mauerung trennt.“

8.1.7 Die oberitalienische Stadt als Modell

A) Die Erlangung der Selbstverwaltung

Die oberitalienischen Städte (insbes. Venedig, Florenz, Genua, Mailand, Bologna) haben schon früh (10./11. Jh.) als Zentren der Handels (Ausgangspunkt der Kreuzzüge) und der Wissenschaft (Jurisprudenz an der Universität von Bologna) eine besondere Stellung eingenommen. Diese rechtliche Sonderstellung (z.B. Selbstverwaltung) konnte nur entstehen, indem den angestammten Stadtherren (den Bischöfen und Fürsten) ihre weltlichen Rechte durch die Stadtbürger (insbes. die Kaufleute) entzogen wurden.

B) Das Scheitern der kaiserlichen Restaurationspolitik

Die nun autonomen Städte beginnen, die Güter, die an sich kaiserliche Lehen an die Stadtfürsten gewesen waren, und Rechte selber in ihrem Sinne zu verwalten. Kaiser FRIEDRICH I. BARBAROSSA lässt sich von vier Rechtsgelehrten (*quattuor doctores* [vgl. unten 13.1.3]) der Universität von Bologna ein Inventar der ihm zustehenden Rechte und Güter erstellen (*constitutio de regalibus*). Als er die Städte am Reichstag auf den Ronkalischen Feldern (1158) auffordert, diese ihm zustehenden Reichsgüter und 48 Reichsrechte (Regalien) zurückzugeben, widersetzen sich die Städte (Lombardischer Bund) dem Kaiser und besiegen ihn militärisch (vgl. oben 4.2.1).

C) Der Sieg von 1176 und der Konstanzer Friedensvertrag 1183

Als FRIEDRICH endgültig gegen den Bund der lombardischen Städte verloren hat, kommt es 1183 zum Friedensvertrag, worin der Kaiser den Lombardischen Bund anerkennt und den Städten die Regalien innerhalb der Stadtmauern überlässt.

8.1.8 Städte im Reichsgebiet

Die oberitalienischen Städte mit ihrer Selbstverwaltung und eigenen Statuten beeinflussen die Städte nördlich der Alpen. Aufgrund der städtefeindlichen Politik des Kaisers

⁵⁶ Dies veranlasste das 19. Jahrhundert die Städte als Keimzellen und Vorkämpfer der liberalen Freiheit zu sehen. Sie übersehen aber anderes, z.B. das Zunft- und Genossenschaftswesen, welches es in den Städten auch gab.

und seiner Fürsten verläuft die Entwicklung langsamer als im Süden; die meisten Städte bleiben unter der Herrschaft ihrer Stadtfürsten, nur die reichsunmittelbaren Städte, d.h. diejenigen, die direkt dem Kaiser unterstellt sind, geniessen etwas mehr Freiheit und entwickeln sich zu Orten mit rechtlicher Sonderstellung (z.B. Bern, Basel, Zürich, Luzern, Nürnberg).

8.2 Genossenschaft versus Herrschaft

Das herrschaftliche Prinzip bereitete sich immer mehr aus, zuletzt in der Form des Absolutismus (vgl. oben §5). Gleichzeitig war aber auch die entgegengesetzte Entwicklung zu beobachten, z.B. in der Auseinandersetzung der Stadtbevölkerung mit ihren Stadtherren. In der Stadt wurde die angestammte obrigkeitliche Herrschaft durch eine genossenschaftliche Selbstverwaltung abgelöst.

8.2.1 Der Kampf gegen den Stadtherrn

Die rechtliche Situation der Städte (insbesondere nördlich der Alpen) unterscheidet sich zunächst nicht von derjenigen der Landgebiete. Die Stadt und ihre Bewohner sind einem Stadtherrn untertan, dessen Stellung sich nicht von derjenigen eines Grundherrn unterscheidet. Im 12./13. Jahrhundert (in den oberitalienischen Städten 200 Jahre früher) beginnen die Stadtbürger, sich gegen ihren Stadtherrn aufzulehnen; sie fordern dieselben Rechte wie sie auch den Fernhändlern und Kaufleuten eingeräumt worden sind (vgl. oben 8.1.5). Sie wollen selber gemeinschaftlich die Herrschaftsrechte (z.B. die Gerichtsbarkeit) des Stadtherren ausüben.

In dem Moment, da der Stadtherr die Stadt verlässt (oder der Bischof auf seine weltlichen Herrschaftsansprüche verzichtete), entsteht erst eigentlich die Stadtgemeinde als eine Körperschaft mit eigenem Recht (vgl. aber Rechtsgeschichte II, 9.3.2).

8.2.2 Die aristokratische Ratsverfassung

Nach erkämpfter Unabhängigkeit können aber nur wenige die Früchte des Kampfes ernten: Im Rat der Stadt können nicht alle Bürger (bzw. Vertreter aller Bürgergruppen) Einsitz nehmen, nicht alle werden als ratsfähig anerkannt. Dieses Recht nehmen vor allem die Initianten der Erhebung gegen die Stadtherren, die Kaufleute, Bankiers, Patrizier und die reichen Grundbesitzer in der Stadt für sich in Anspruch, welche die Stadtstatuten in ihrem Sinne errichten. Die Mehrheit der Stadtbürger, insbesondere die Handwerker, obwohl auch am Kampf beteiligt, bleibt ausgeschlossen. Echte Demokratie oder Selbstverwaltung war auch nach der Entmachtung der Stadtherren nicht entstanden.

Die Handwerker begannen im Gegenzug, sich in Zünften zu organisieren, welche die handwerkliche Wirtschaftsordnung regelten (Zwangsverbände zur Kontrolle, Planung und Lenkung der gewerblichen Produktion: Qualität, Preis, Absatz, Verdienst). Die Handwerker waren aber auch weiterhin von den Kaufleuten, welche die Rohstoffe lieferten und für den Absatz der handwerklichen Produkte sorgten, abhängig. Besonders, weil ihnen durch die städtischen Regeln untersagt war, selber an auswärtige Händler zu

liefern oder an Dritte direkt zu verkaufen. Der Konflikt zwischen der aristokratischen Stadtregierung und den Zünften war vorprogrammiert.

8.2.3 Der Übergang zur „demokratischen“ Zunftverfassung

In einigen Städten kam es zu eigentlichen Zunftrevolutionen; die Handwerker, die Tuch- und Leinenweber wehrten sich gegen die in der Stadt herrschenden Familien: In Zürich wurde 1336 die Hälfte des Stadtrates ausgewechselt, bis anhin ratsfähige Familien wurden aus dem Rat geworfen und durch Zunftvertreter (z.B. RUDOLF BRUN⁵⁷) ersetzt. Bis dahin war Zürich vorwiegend von reichen Kaufleuten (Konstaflern) regiert worden, die durch ein Zunftverbot versucht hatten, die aufstrebenden Handwerker unten zu halten. Nach der Revolte flohen die mächtigsten und widerspenstigsten Mitglieder der alten Regierung nach Rapperswil, von wo aus sie gegen Zürich während 14 Jahren einen Kleinkrieg führten. Schliesslich wollten sie BRUN gewaltsam beseitigen, was dieser erfuhr und darauf hin das damals österreichische Rapperswil zerstörte. Aus Furcht vor der Rache Österreichs schloss sich Zürich in der Folge (1351) dem Bund des Eidgenossen an.

Auch in andern Städten wurden zum Teil nach und nach alle angestammten ratsfähigen Familie aus dem Rat entfernt und der Rat vollständig mit Zunftmeistern besetzt. Damit gingen sie genauso herrschaftlich vor, wie vorher die Kaufleute und Patrizier. Es ist allerdings zu beobachten, dass in Städten mit vollständiger Zunftregierung die wirtschaftliche Entwicklung in der Folge zu stagnieren begann (im Gegensatz zu früheren Zeiten unter der Regierung der reichen Kaufleute).

8.2.4 Eine abschliessende Würdigung

Diese Entwicklung kann – auch wenn sie auf den ersten Blick so erscheinen könnte – nicht als eigentliche Demokratisierung der Regierung in den Städten angesehen werden. Denn einerseits wurden die Patrizier und Kaufleute z.T. ganz aus der Regierung ausgeschlossen und auf der andern Seite erhielten die unteren Schichten (Gesellen, Arbeiter, Tagelöhner) auch weiterhin keinen Vertretungsanspruch.

Die Zunftregierungen vertraten vor allem die Interessen des Mittelstandes (der Handwerksmeister) und nicht diejenigen der ganzen Stadtbevölkerung. Tendenziell ist wieder eine Aristokratisierung der Stadtregierungen zu beobachten, sodass zwischen Städten mit Zunftregierungen (z.B. Zürich) und solchen mit Regierungen aus Kaufleuten und Patriziern (z.B. Bern) nur noch wenig Unterschiede auszumachen sind.

⁵⁷ BRUN RUDOLF (1300-1360); Bürgermeister von Zürich. Stürzte 1336 v.a. mit Handwerkern den primär vom Kaufmannsstand getragenen Rat Zürichs; wurde nach erzwungener Verfassungsänderung auf Lebzeiten gewählter Bürgermeister. [Angaben aus MTL]

8.3 Die Entstehung von Stadtstaaten

8.3.1 Ausbildung eines städtischen Territoriums nördlich und südlich der Alpen

Vom Mittelalter bis in die Neuzeit führt der Umgang der Städte mit ihrem Umland zu ständigen Konflikten. Zum einen ist das Umland für die Versorgung der Stadt notwendig, und andererseits führen Ansprüche der Städte und die Abwanderung der ländlichen Bevölkerung in die Stadt zu Spannungen mit den Grundherren. Die Städte hatten die Tendenz ihren Hoheitsbereich auszudehnen u.a. durch Pfahlbürger, d.h. ausserhalb der Stadt ansässige Bürger unter städtischem Recht, oder einfach durch militärische Annexion.

Die Bauern in den Gebieten, welche unter die Herrschaft der Städte kommen, werden nicht frei, sondern werden – wie sie früher Untertanen der Grundherren waren – Untertanen der Städte, welche sie verpflichten, ihre Produkte auf dem städtischen Marktplatz zu verkaufen. Die städtische Landesherrschaft folgt dem feudalen System.

In Italien ist die Entwicklung zu Stadtstaaten mit grossen Territorien die Regel; nicht so im Norden, hier können sich die meisten Städte weniger frei entfalten (vgl. oben 8.1.8). Dies gelingt allein den reichsunmittelbaren Städten, in denen eine „bürgerliche“ Machtübernahme möglich war: Basel, Bern (als dem grössten Stadtstaat nördlich der Alpen), Luzern (mit den Entlebuch) und Zürich.

8.3.2 Zum alten Bernischen Stadtstaat⁵⁸

Ein typisches Beispiel zur allmählichen Ausdehnung der städtischen Landesherrschaft ist der bernische Twingherrenstreit. Die Stadt Bern siedelte viele Pfahlbürger ausserhalb des Stadtgebietes an, um dieses auszudehnen; sie musste aber lange auf die Grundherren der Umgebung Rücksicht nehmen, bis es ihr schliesslich gelang den Fürsten ausserhalb der Stadt ihr Recht aufzuzwingen und deren Gebiete selbständig zu besteuern.

Nach den Burgunderkriegen (zweite Hälfte des 15. Jahrhunderts) konnte die Stadt Bern ihr Territorium massgeblich erweitern indem sie sich langsam die umliegenden Gebiete (die Waadt, den Aargau) untertan machte und sich zum grössten Stadtstaat nördlich der Alpen entwickelte. Das nun für nahezu das gesamte Territorium einheitliche Recht wird von Stadtschreibern erstmals schriftlich festgehalten.

Dies dauert bis zur Französischen Revolution, in deren Folge mit der Mediationsakte (1803) die feudalen Rechte der Stadt aufgehoben werden (die Waadt und der Aargau werden eigene Kantone). Die Stadt Bern ist ein Symbol, das für die alte Eidgenossenschaft steht und auch für die alte feudale Welt.

8.3.3 Politische Entwicklung in den Stadtstaaten

In der Zeit des Absolutismus wurde auch in den Stadtstaaten die Herrschaftsgewalt der Stadt bzw. ihrer Regierung verabsolutiert. Die Macht ging hier nicht von einem Fürsten

⁵⁸ Zur Illustration der Zeit vgl.: Berns grosse Zeit – Das 15. Jahrhundert neu entdecken, Bern 1999.

aus, sondern von der Stadt selbst. Das umliegende Territorium und die darauf ansässigen Menschen waren für die Stadt da, sie arbeiteten und produzierten nur für sie. Die Produkte des Landes mussten zuerst auf dem städtischen Markt angeboten werden, eine Konkurrenz zum städtischen Gewerbe durfte auf dem Land nicht entstehen. Die Stadt versuchte, der Landschaft die eigene, städtische Rechtsordnung aufzuzwingen und das bisher geltende Gewohnheitsrecht zu verdrängen, welches deshalb mehr und mehr als ein Recht der Unabhängigkeit angesehen wurde.

§9 *Rechtsquellen in der Geschichte oder Rechtsquellen der Vergangenheit und der Gegenwart*

9.1 Einige methodische Überlegungen

9.1.1 Auch noch Rechtsquellen der Gegenwart?

Jede Rechtsordnung muss sich über das anzuwendende Recht Rechenschaft geben. Sie muss bestimmen, welches Recht anzuwenden ist (vgl. Art. 1 ZGB: Gesetz, Gewohnheitsrecht, Richterrecht, Lehre). Die (aus heutiger Sicht) absolut vorherrschende Rechtsquelle ist das geschriebene Gesetz. Diese Sichtweise hat sich seit dem 19. Jahrhundert gefestigt. Vorher hatte ein anderes Verständnis der Rechtsquelle bestanden. Welche Rechtsquelle als die zentrale angesehen wird, ist – ebenso wie der Inhalt des Rechts – geschichtlich bestimmt und Veränderungen unterworfen.

9.1.2 Jede Rechtsquelle ist bloss Fragment

Jede Rechtsquelle ist nur eine von vielen möglichen, ist nur das Fragment einer Gesamtrechtsordnung. Neben dem Gesetz gab und gibt es immer anderes, z.B. ungeschriebenes Recht, das Geltung hat, und umgekehrt gab und gibt es geschriebenes Recht, das unwirksam ist. Es lässt sich demnach keine gültige Aussage machen über eine Gesellschaft allein durch die Betrachtung ihrer geschriebenen Gesetze. Schon TOCQUEVILLE hat gesagt, es könne sich schwer täuschen, wer seine Zeit nach dem Recht seiner Zeit beurteile.⁵⁹

Erschwerend kommt hinzu, dass in früherer Zeit, als das Gewohnheitsrecht das primäre Recht war, dieses geltende Recht auch in andern Quellen kaum erwähnt wird. Erwähnt wird nur, was neu geregelt worden ist, was bislang keiner gewohnheitsrechtlichen Regelung unterworfen war.

9.1.3 Auch Recht an sich ist bloss Fragment

Das Recht selbst ist auch nur eine Fragment einer gesellschaftlichen Gesamtordnung, die ausser dem Recht weitere Sozialisations- und Disziplinierungsmittel kennt (etwa Sitte und Moral).

9.1.4 Die Chance des Rechtshistorikers

Es bedarf, um etwas über das Recht einer Zeit zu erfahren, auch der Auseinandersetzung mit den übrigen geschichtlichen Verhältnissen. Gerade dafür ist der Rechtshistoriker prädestiniert.

⁵⁹ QUELLEN I, 122.

9.2 Das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle

9.2.1 Das „gute alte“ Recht

Seit der Begründung der Historischen Rechtsschule (vgl. 17.2.2) um SAVIGNY (vgl. 17.2.1) und EICHHORN ist eine bestimmte Sicht auf das Recht vorherrschend. Diese Schule setzte sich vor allem mit dem Recht als einem gewordenen System auseinander. Aus ihrer Sicht war das Recht des Mittelalters ein aus der Praxis gewachsenes Rechtssystem; die Pflicht zur Befolgung dieses Rechts folgte aus der durch konstanten Anwendung sich entwickelnden allgemeinen Rechtsüberzeugung, d.h. der Ansicht, dass die von Alters her bewährte und gepflegte Übung die rechte sei: „altes Recht ist gutes Recht“.

Noch heute definiert sich das Gewohnheitsrecht als durch lang andauernde Übung und allgemeine Rechtsüberzeugung getragenes Recht.

9.2.2 Gewohnheitsrecht oder Rechtsgewohnheiten?

Das – lange prägende – Bild, das sich die Historische Schule vom Gewohnheitsrecht gemacht hat, ist seinerseits beeinflusst von der Sichtweise der mittelalterlichen, kanonischen Juristen (im 11./12. Jahrhundert), welche das Recht nach den Methoden der Bibellexegese zu ermitteln suchten. Deren Sicht des Rechts entsprang dem christlichen Denken (geprägt von AUGUSTINUS und THOMAS VON AQUIN). Alles ist von Gott gegeben, dem Menschen (insbesondere dem Juristen) kommt nur die Aufgabe zu, das schon immer bestehende Recht, in den Gewohnheiten (*consuetudo*) der Menschen richtig zu erkennen (vgl. schon oben 2.6.1).

Heute ist eine etwas andere Sichtweise vorherrschend: man spricht im Zusammenhang mit dem frühen mittelalterlichen Recht nicht mehr von Gewohnheitsrecht, sondern von Rechtsgewohnheiten. Der von den mittelalterlichen Kanonisten geprägte Begriff des Gewohnheitsrechts impliziert in gewisser Weise ein einheitliches Rechtssystem und beeinflusst die Sichtweise schon in bedeutender Weise. Man kann sich nämlich fragen, ob in der Zeit des frühen Mittelalters – also vor dem Auftauchen der christlichen Kanonik – sich die Menschen schon ein auf diese Weise geprägtes, juristisches Bild von „ihrem“ Recht gemacht haben? Waren die befolgten Regeln nicht vielmehr einzelne Rechtsgewohnheiten, einzelne Sanktionen und Verhaltensmuster für bestimmte Begebenheiten, die zusammen kein geschlossenes Rechtssystem ergeben.

Diese These stützt sich u.a. auf die Forschung der Anthropologie, der Ethnologie und der Soziologie, die sich mit „Rechtssystemen“ ursprünglicher Kulturen in Australien und Afrika auseinandergesetzt haben. Und sie stützt sich auch auf Aussagen des Rechtssoziologen EUGEN EHRlich, der gesagt hat, Recht entstehe nicht in den Büchern, sondern ergebe sich aus gesellschaftlich regelmässigem Verhalten⁶⁰ in bestimmten Situationen.

⁶⁰ SEELMANN, §2 N. 31.

9.2.3 Eine schriftliche Aufzeichnung

Die schriftliche Aufzeichnung von Gewohnheitsrecht ist keine selbstverständliche Entwicklung – kein Zeichen eines natürlichen Fortschritts (dazu vgl. 2.6.1 und 2.4.1), wie wir dies heute sehen würden. Das Gewohnheitsrecht war über Jahrhunderte oder gar Jahrtausende mündlich überliefert worden und wurde nun in einer Zeit, in der die meisten Leute weder lesen noch schreiben konnten, plötzlich schriftlich festgehalten. Ein solcher Schritt deutet auf einen starken gesellschaftlichen Umbruch hin.

9.2.4 Die Aufzeichnung des germanischen Stammesrechts

Rechtliche Aufzeichnungen der germanischen Stämme (*leges barbarorum*) erfolgen im Zeitraum zwischen dem 5. und dem 9. Jahrhundert.⁶¹ Primär sind sie bei denjenigen Stämmen zu finden, welche die Völkerwanderung mitgemacht haben (z.B. den Westgoten), aber – zeitlich später – auch bei den andern Stämmen.

Der Grund, warum die germanischen Stämme begannen ihr Recht (bzw. das Recht ihrer Unterworfenen [vgl. unten A]) aufzuzeichnen, liegt wohl weniger in der Angst davor, ihr Recht gegenüber dem überlegenen römischen Recht zu verlieren⁶² (wie dies die Historische Rechtsschule annahm), sondern vielmehr in einzelnen, je nach Stamm verschiedenen, konkreten Momenten (z.B. ökonomischen Veränderungen, kriegerischen Auseinandersetzungen, Festhalten von Privilegien, Rechtssicherheit). Ausserdem – auch dies spricht gegen die Annahme der Historischen Schule – liessen die Langobarden (vgl. unten B) ihr Recht von romanistisch geschulten Klerikern in lateinischer Sprache aufzeichnen; durch die Erfassung des langobardischen Stammesrechts in lateinischen Begriffen war wohl kaum die Voraussetzung für eine Bewahrung der langobardischen Tradition gegeben. Vielmehr veränderte die Aufzeichnung nicht nur die Form des Rechts, sondern auch seinen Inhalt – wie dies stets bei Übersetzungen in eine andere Form bzw. Sprache geschieht. Einige dieser Aufzeichnungen sind für die europäische Rechtsentwicklung von grosser Bedeutung:

A) *Lex romana visigothorum* (506)

Hierbei handelt es sich um das Recht, welches die Westgoten für ihre römischen Untertanen vorsahen. Es war zugleich – bis ins 12. Jahrhundert, als das *Corpus iuris civilis* „wiederentdeckt“ wurde (vgl. 13.1.2) – die einzige Rechtschrift, die römisches Recht festhielt.

Die *lex romana visigothorum* diente deshalb den Anhänger der Historischen Rechtsschule, allen voran SAVIGNY als Beweis für die konstante Anwendung und Überlieferung (*translatio*) des römischen Rechts durch das ganze Mittelalter hindurch.

⁶¹ Für das Westgotenreich sind das Gesetz des Königs Eurich (Codex Euricianus, um 475) und die *Lex Romana Visigothorum* (oder *Breviarium Alaricianum*, 506) zu nennen; vermutlich für das Ostgotenreich THEODERICHS D. GR. das *Edictum Theodorici* (Mitte des 5. Jh.); für das Burgunderreich die *Lex Burgundionum* und die *Lex Romana Burgundionum* (Ende des 5. Jh.).

⁶² Was umso weniger plausibel klingt, wenn man bedenkt, dass das römische Recht in dieser Zeit schon ziemlich degeneriert war, und dass die germanischen Stämme als Sieger und nicht als Besiegte in die Gebiet des ehemaligen römischen Reiches kamen und sich deshalb eher nicht gegen einen übermässigen kulturellen Einfluss wehren mussten.

B) *Edictus Rothari* (643)

Beim *edictus Rothari* handelt es sich um die erste grössere Aufzeichnung des Rechts der in Norditalien angesiedelten Langobarden (Gesamtüberblick über ihr Stammesrecht). Diese Aufzeichnung diente als Grundlage für die später (im 8. Jahrhundert) in Pavia entstehende Rechtsschule, wo sie kommentiert und glossiert wurde. Die Langobarden waren damit auch der einzige der germanischen Stämme, der Rechtswissenschaft betrieb. Nicht nur das Stammesrecht wurde festgehalten, später folgte die Aufzeichnung des Lehensrechts (11. Jahrhundert: *libri feudorum*).

Von Bedeutung sind diese langobardischen Aufzeichnungen für die europäische Rechtsentwicklung deshalb, weil sie zugleich mit dem *Corpus iuris civilis* an der Universität von Bologna bearbeitet und später zusammen mit dem *Corpus iuris civilis* (wenn nicht gar als Teil desselben) überall in Europa rezipiert wurden.

9.2.5 Aufzeichnungen in karolingischer Zeit

Eine zweite Welle der Aufzeichnung germanischen Stammesrechts geht auf KARL DEN GROSSEN zurück: er liess das Recht derjenigen Stämme, die er erobert hatte aufzeichnen, um sich ein Bild von diesen Stämmen machen zu können und um seinen Beamten, die er zur Verwaltung der Untertanengebiete bestellte, Grundlagen für ihre Verwaltungstätigkeit zu geben.

9.2.6 Die Aufzeichnung des Gewohnheitsrechts im 12./13. Jahrhundert

Mit der Aufzeichnung des Gewohnheitsrechts (*consuetudo*) der Kirche durch GRATIAN (*Decretum Gratiani* von 1140 [vgl. unten 9.3.3]) begann eine Welle von rechtlichen Aufzeichnungen in ganz Europa: teils amtlicher, teils privater Natur. Diese Aufzeichnungen begannen, auch vor Gericht Anwendung zu finden, womit aus diesen Aufzeichnungen des Gewohnheitsrechts sich Rechtsbücher entwickelten.

A) Privataufzeichnungen

- Die „coutumes“ von PHILIPPE DE BEAUMANOIR (1283);
- der „Sachsenspiegel“ von EIKE VON REPGOW (1230);
- der „Schwabenspiegel“ von einem Augsburger Franziskaner (1275).

B) Amtliche Aufzeichnungen

- *Constitutum usus* von Pisa;
- *liber consuetudinem Mediolani*;
- und Rechtsaufzeichnungen aus Nordfrankreich, Spanien (Kastilien, Aragon, Navarra) usf.

9.2.7 Das Beispiel der deutschen Rechtsbücher

Im 13. Jahrhundert entstanden im deutschen Sprachraum private Darstellungen des „geltenden Gewohnheitsrechts“. Diese sog. Spiegel (*speculum*) wollten zunächst nur

darstellen, „widerspiegeln“ was es schon gab. Sie wollten eine Darstellung des von Gott gegebenen Rechts sein. Auf der andern Seite flossen in diese Aufzeichnungen die subjektiven Wertungen der Autoren ein, was eine Veränderung des Rechts mit sich brachte.

A) Der Sachsenspiegel (1220/1230)

Der Sachsenspiegel ist das einflussreichste Rechtsbuch des Mittelalters. Es wurde um 1224-1231 vom Richter EIKE VON REPGOW verfasst, der versuchte, die im sächsischen Gebiet geltenden, gewohnheitsrechtlichen Regeln des Staats-, Privat-, Straf- und Verfahrensrechts sowie des Lehensrechts zusammenzufassen. Er hält explizit fest, dass nicht er das in diesem Spiegel enthaltene Recht geschaffen habe. Er führt das von ihm aufgezeichnete Recht zurück bis auf KONSTANTIN und KARL DEN GROSSEN (d.h. Aufzeichnung des „guten alten“ Rechts).⁶³

Der Sachsenspiegel ist von Bedeutung, weil er nicht nur in Sachsen, sondern über das deutschen Reichs- und Sprachgebiet hinaus Beachtung fand. Er wurde von Juristen bearbeitet und auch in andere Sprachen übersetzt. In Thüringen und Anhalt z.B. blieb er bis 1900 (Inkrafttreten des BGB) in Geltung. Die Bearbeitung und der Gebrauch durch die Juristen hatte ausserdem zur Folge, dass in Sachsen keine Rezeption des römischen Rechts stattfand; man bedurfte des gelehrten römischen Rechts nicht, weil man etwas gleichwertiges schon besass.

B) Der Schwabenspiegel (um 1275)

Beim Schwabenspiegel handelt es sich um ein Rechtsbuch (ursprünglich als „Land- und Lehnsrechtsbuch“ bzw. „Kaiserrecht“ bezeichnet) das von einem Augsburger Franziskaner verfasst wurde und besonders im süddeutschen Raum und der Schweiz Verbreitung fand. Anders als der Sachsenspiegel handelt es sich aber nur um eine Aneinanderreihung von Regeln, ohne systematische Durchdringung.

9.2.8 Das Gewohnheitsrecht heute: so etwas wie ein Fremdkörper

Das Gewohnheitsrecht ist heute eingebunden in das geschriebene Recht (vgl. Art. 1 ZGB). In der Praxis hat es jegliche Bedeutung verloren; die Richter versuchen selten, Gewohnheitsrecht zu eruieren und anzuwenden. Unser Rechtsdenken ist geprägt vom Statualismus des Absolutismus und der Aufklärung (vgl. oben 5.1.3), d.h. durch die Rechtsetzung von oben (heute durch den demokratischen Staat).

9.3 Gesetze und Gesetzgebung als Rechtsquelle

9.3.1 Zum Begriff

Über die Existenz von Gesetzen in früheren Epochen lässt sich nur etwas sagen, wenn man den Begriff des Gesetzes definiert. Eine Definition im heutigen Sinne erweist sich

⁶³ QUELLEN I, 132.

aber als wenig nützlich, da sie zu sehr unser heutiges Verständnis widerspiegelt. Es gibt aber einige Elemente, die man als Indizien für die Gesetzeseigenschaft annehmen kann:

A) Abstrakte Formulierung

Nicht einzelne Personen und einzelne Situationen werden von einem gesetzlichen Gebot erfasst, sondern eine unbestimmte Zahl von Leuten in einer ähnlichen bzw. gleichen Situation (d.h. eine generell-abstrakte Norm).

Schon der Bezug auf eine unbestimmte Zahl von Leuten widerspricht der mittelalterlichen Rechtsvorstellungen, nach der Rechte und Pflichten sich immer auf eine persönliche Beziehung zwischen zwei genau bestimmten Personen (Lehensherr und Lehensmann) beziehen.

B) Rechtserneuernde Bedeutung

Gesetze haben immer auch eine Neugestaltung rechtlicher Beziehungen und Anordnungen im Sinn.

Dieses Element widerspricht ebenfalls der mittelalterlichen Realität, in der das Recht stets als dasselbe, göttliche Recht angesehen wird; allein durch neue Interpretation dieses Rechts lassen sich neue Sachverhalte einbeziehen (vgl. oben 2.6.1).

C) Eine „statualistische“ Grundlage

Das statualistische und voluntaristische Moment, d.h. der Erlass von Gesetzen von oben, durch eine dazu legitimierte Gewalt – in welcher Tatsache sich die aktuelle herrschaftliche Situation zeigt –, ist ebenfalls ein Merkmal des Gesetzesrechts.

Auch dieses Element fehlt im Mittelalter über weite Strecken, weil es keinen genügend starken Kaiser gibt, der für sich das Monopol beanspruchen könnte, allein Gesetze zu erlassen.

9.3.2 Ältere Beispiele

- Im römischen Reich hatten die Caesaren die Möglichkeit und die Macht, allein durch ihren Willen Gesetze zu erlassen: die Herrschaftsstruktur in Rom war dafür geeignet (Stellung des Caesaren, *paterfamilias*).

Dieses statualistische und voluntaristische Denken wurde im Rahmen der Rezeption des römischen Rechts auch in das Rechtsdenken des Deutschen Reiches hineingetragen.

- Im karolingischen Reich wurden sog. Kapitularien (Gesetze) erlassen, welche den karolingischen Beamtenstaat regelten. Grafen hätten dieses Recht im ganzen Reich durchsetzen sollen, was aber nicht gelang. Die Stände blieben ihrem Gewohnheitsrecht treu.

9.3.3 Die Gesetzgebung der Kirche: vom *Decretum Gratiani* (1140) zum *Corpus iuris canonici*

Das beste Beispiel für Gesetzgebung (im Mittelalter) liefert aber ohne Zweifel die Kirche, deren hierarchisches System dafür geradezu prädestiniert ist: nachdem GRATIAN

das in der Kirche geltende Gewohnheitsrecht schriftlich festgehalten und systematisiert hat, werden innerhalb der Kirche in den folgenden 150 bis 200 Jahren die Regeln weiter in der Form von Dekreten erlassen, die vom Papst als höchste Instanz (mit Gesetzgebungsmonopol) ausgehen. Die Zusammenfassung aller dieser Dekrete und Erlasse ist das *Corpus iuris canonici*, welches bis in das letzte Jahrhundert für das Kirchenrecht Geltung hatte (vgl. 6.4.1).

9.3.4 Weltliche Gesetzgebung des 13. Jahrhunderts

Was in der Kirche die Regel war, war in der Welt ausserhalb die Ausnahme: Grund dafür war einerseits das fehlende Staatsverständnis und andererseits die kleinräumige Zersplitterung des Rechts.

Zwar gibt es Ausnahmen (vgl. unten A und B), aber „wirkliche“ Gesetzgebung bleibt den absolutistischen Herrschern und der Neuzeit vorbehalten. Alle übrigen sog. Reichsgesetze usf. sind Vereinbarungen und Konkordate des Kaisers mit den Ständen, von deren Zustimmung die rechtlichen Ordnung abhängt.

Dies gilt auch für das von KARL IV. erlassene einheitliche Strafgesetz (*Constitutio criminalis carolina*) von 1532: Es soll im Gebiet der einzelnen Stände nur Anwendung finden, wenn nicht bereits ein besseres Recht vorhanden ist.

A) Das *Liber Augustalis* FRIEDRICHS II. für Sizilien (1231)

Die eine grosse Ausnahme bilden die *constitutiones* von Melfi, die FRIEDRICH II. für Sizilien erliess, um dort einen straffen Beamtenstaat zu konstituieren. Dieser Staat sollte nur durch vom König bezahlte Beamte verwaltet werden. Als Recht durfte nur gelten, was nicht den von FRIEDRICH II. aufgestellten Gesetzen widersprach.

Man kann darin eine Art Vorgriff auf den Absolutismus späterer Tage sehen. Jedenfalls wird die Gesetzgebung FRIEDRICHS II. als grösstes Werk profaner Gesetzgebung im Mittelalter angesehen.

B) Ley de las siete Partidas von ALFONSO EL SABIO (1265)

Diese Gesetze stellen den Versuch dar, sich über das Gewohnheitsrecht der sieben Teilstaaten Spaniens hinwegzusetzen und eine Rechtsvereinheitlichung vorzunehmen. Dies gelingt auch, da ALFONSO sich die Macht zu verschaffen weiss, die es ihm erlaubt, sein Recht durchzusetzen, obwohl sich die Teilstaaten lange wehren.

9.3.5 Die späte Apotheose⁶⁴ der Gesetzgebung im 17./18. Jahrhundert

Rechtsgeschichte II, 3.2.3 f.

Zwischen 1500 und 1800 verändert sich das wirtschaftliche und soziale Umfeld der Gesellschaft; dies hat auch (als Reflex) Auswirkungen auf den Bereich des Rechts und der Rechtsquellen: das geschriebene Gesetz verdrängt das Gewohnheitsrecht und wird zur allein herrschenden Rechtsquelle.

⁶⁴ Verherrlichung, Verklärung.

Von Bedeutung sind insbesondere zwei Erscheinungen: der Absolutismus und die Aufklärung. Sie vertreten Prinzipien (Statualismus und Garantismus [vgl. unten A und B]), ohne welche die Entwicklung zum geschriebenen Gesetz, zur Kodifikation nicht zu verstehen wäre.

A) Gesetzgebung als konkurrenzloses Majestätsrecht (Statualismus)

Auf der Ebene der Politik erobert weitgehend der Absolutismus das Feld und verdrängt die bestehende feudale „Verfassung“. Das von Zersplitterung geprägte feudale System wird abgelöst durch ein Einheitssystem: an der Spitze des Staates steht nur der Herrscher, und er allein bestimmt nach seinem Willen, was Recht und Unrecht ist (d.h. Rechtsetzung als alleinige Kompetenz des Herrschers). Diesen Willen verkündet (*proclamatio*) der Herrscher durch das Gesetz (voluntaristische Rechtsquellenlehre). Das Gesetz (bzw. die Gesetzgebung durch den Herrscher) wird damit zur einzigen Rechtsquelle (Statualismus). Rechtsordnung und Gesetz werden gleichgesetzt: alles andere, früher geltende Recht (Gewohnheitsrecht, Richterrecht, Lehre) tritt damit ausser Kraft. Aus diesem Grund muss das Gesetz vollständig sein, muss alle sich stellenden Fragen regeln (materielle Vollständigkeit).

Für diesen Versuch einer vollständigen Erfassung des gesamten Rechtslebens steht z.B. das Preussische Allgemeine Landsrecht (ALR) mit seinen über 20'000 Artikeln (vgl. Rechtsgeschichte II, 3.2.4). Dieselbe Idee steht auch noch hinter unseren modernen Kodifikationen des Privatrechts: das Gesetz regelt das gesamte Privatrecht, alle nicht geregelten Sachverhalte betreffen entweder Lücken innerhalb des Gesetzes oder sind bewusst nicht geregelt (qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers).

B) Gesetzgebung als Postulat der juristischen Aufklärung

Obwohl Aufklärung und Absolutismus in vielen Belangen gegensätzliche Interessen vertreten, gelangen bezüglich der Rechtsquellenlehre zufälligerweise beide zum selben Resultat. Beide vertraten den Wunsch nach einer möglichst klaren, vollständigen und umfassenden Gesetzgebung.

Die Aufklärer wollten das Recht so einrichten, dass es für die Unterdrückten und Unfreien ein Instrument der Befreiung würde. Die bestehende Rechtsordnung bot aber offenbar keine genügende Rechtssicherheit, die Leute fühlten sich der Willkür der Juristen und Richter ausgeliefert, weil die Rechtsquellen für sie nicht greifbar waren. Das Recht in der Form des geschriebenen Gesetzes würde den Richtern und Juristen die Hände binden, sie wären an die strikte Befolgung des Rechts gebunden. Und die Betroffenen hätten jederzeit die Möglichkeit die richtige Anwendung des Gesetzes zu kontrollieren (Garantismus).

9.3.6 Gesetze im heutigen Recht

Unser Rechtssystem ist vom geschriebenen Gesetz geprägt und beherrscht. Zwar gibt es auch andere Rechtsquellen (Quellenpluralismus), aber diese werden kaum wahrgenommen: z.B. die Moral, die Entscheidungen beeinflusst und zum Gesetz in Konkur-

renz tritt (zunehmende Moralisierung der Gesellschaft)⁶⁵, oder kleine Reste von Gewohnheitsrecht.

Vom Prinzip der Kodifikation wird heute zunehmend abgewichen; das Ideal eines knappen und einheitlichen Gesetzbuches für alle Personen und Sachverhalte ist (auch im Privatrecht) einer Überfülle von Einzelgesetzen für bestimmte Personengruppen und Spezialsachverhalte gewichen (Dekodifikation).⁶⁶

Für die Beschäftigung mit der Geschichte des Rechts birgt die Vorherrschaft des Gesetzes die Gefahr, dass in der Vergangenheit nur nach Gesetzen (und allenfalls Gewohnheitsrecht) geforscht wird, weil wir von unserem System zu sehr geprägt sind, um andere Formen des Rechts zu erkennen.

9.4 Die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle

9.4.1 Einleitung

Die Rechtswissenschaft gibt es zwar schon lange (insbesondere schon zu römischer Zeit oder in Bologna im 12. Jahrhundert, zur Zeit der Renaissance der Rechtswissenschaft), dennoch fällt es uns schwer, sie als eine Rechtsquelle zu erkennen.

Die Rechtswissenschaft war jedoch vom 12. Jahrhundert an bis zum 1.1.1900 (Inkrafttreten des deutschen BGB) eine bedeutende Rechtsquelle – wenn nicht die bedeutendste. Wenn die Rechtswissenschaft heute nicht mehr als Rechtsquelle angesehen wird, so deshalb, weil ihre Bedeutung als Rechtsquelle im 18. und 19. Jahrhundert stark zurückgegangen ist (vgl. 9.4.3).⁶⁷

9.4.2 Schöpferische Bedeutung der *interpretatio*

Die feudale Zeit war von Zersplitterung geprägt (vgl. oben 4.1 ff.). Staat und Recht waren in räumlicher und sachlicher Hinsicht in viele Teilgebiete zersplittert, es gab viele verschiedene Träger von Hoheitsrechten und dementsprechend viele verschiedene „Produzenten“ von Rechtsnormen. Die Rechtsordnung bestand aus einem auf den ersten Blick chaotischen Neben- und Übereinander von gemeinem, königlich und kaiserlichem, fürstlichem und kanonischem Recht sowie Brauchtum und Gewohnheitsrecht. Der entscheidende Beitrag der Juristen zum Recht war die Herstellung einer Ordnung innerhalb dieses Chaos‘ durch die *interpretatio*.

⁶⁵ Beispielsweise wird das Ausnutzen aller Möglichkeiten, Steuern zu sparen, öffentlich missbilligt und als unmoralisch dargestellt, obwohl diese Möglichkeiten völlig gesetzmässig sind. Die Sanktion liegt in der öffentlichen Ächtung. Noch setzt sich das Gesetz gegen die Moral durch; es steigt nur der Druck, das Gesetz zu ändern.

⁶⁶ Dazu mehr bei WALTER HANS PETER, *Splitterndes Privatrecht*, recht 97, S. 1 ff.; SCHLOSSER, S. 225 ff.

⁶⁷ In Art. 1 III ZGB ist nach dem Gesetz, dem Gewohnheitsrecht und dem Richterrecht als Rechtsquellen die Rechtswissenschaft nur am Rande, als Hilfswissenschaft der Rechtsfindung erwähnt. Noch im Entwurf von EUGEN HUBER zum ZGB stand die Rechtswissenschaft als dritte Rechtsquelle anstelle des Richterrechts. EUGEN HUBER hatte damit nur eine damals bestehende Ansicht bestätigt. Im Verlauf der Verhandlungen in den Räten setzte sich jedoch eine andere Ansicht durch und die Rechtswissenschaft wurde zur Hilfswissenschaft degradiert.

Die *interpretatio* – nicht deckungsgleich mit den heutigen Begriffen der Interpretation oder der Auslegung – war die vermittelnde Operation, welche es dem Richter ermöglichte, das auf den vorliegenden Sachverhalt jeweils passende Recht anzuwenden, d.h. aus den vielen verschiedenen Rechtsquellen die richtige herauszufinden.

Der Jurist hat nicht ein bereits vollständiges Gesetz anzuwenden, sondern er ist derjenige, der unter den vielen zersplitterten Rechtsquellen die passende für einen bestimmten Sachverhalt findet; er ist derjenige, welcher entscheidet, welches Recht den Vorzug verdient. Die Rechtsordnung wird durch die Juristen hergestellt. Seine Tätigkeit ist insofern Rechtsschöpfung (*scientia iuris est interpretatio legum*).

Die Einheit des Rechts wird dadurch erreicht, dass die *interpretatio* der Juristen nach bestimmten, einheitlichen Methoden erfolgte, die überall in Europa in der juristischen Ausbildung gelehrt wurden (vgl. unten 13.2.4, 14.3.1).

9.4.3 Die spätere „Enteignung“ des Rechtsgelehrten

Durch den Absolutismus und die Aufklärung vorbereitet (vgl. oben 9.3.5) und durch die Kodifikation des Rechts in Preussen (ALR, 1794), in Frankreich (Code Civil, 1804) und in Österreich (ABGB, 1811) verstärkt, war auch in Deutschland der Wunsch nach einer allgemeinen Kodifikation des Rechts gross.

Über die Kodifikationsfrage war es nach dem Ende der Napoleonischen Kriege (1814) zu einer denkwürdigen Auseinandersetzung gekommen. Den Anlass gab der damals bestehende Rechtszustand. In Deutschland galten im 19. Jahrhundert ganz verschiedene Privatrechtsordnungen, nämlich: französisches, preussisches, bayerisches, sächsisches, österreichisches, dänisches und gemeines, d.h. römisches Recht, Hinzu kam noch eine Fülle sog. Partikularrechte, wie etwa das "Jütisch Low" oder der "Sachsenspiegel". Eine derartige Zersplitterung des Rechts behinderte nicht nur die Entwicklung von Industrie, Handel und Verkehr, sie widersprach auch dem zu Anfang des 19. Jahrhunderts erwachenden Nationalgefühl.

Angefacht wurde die Debatte über die Kodifikation 1814 durch eine Schrift THIBAUTS⁶⁸ „Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“, in welcher er – um dem obengenannten Zustand abzuhelfen – öffentlich dem Wunsch nach einer dem CC und dem österreichischen ABGB entsprechenden Kodifikation des Rechts in Deutschland Ausdruck gab. Diesem Aufruf trat noch im selben Jahr SAVIGNY mit seiner berühmten Schrift: „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“, entgegen, die zum Programm der vom ihm gegründeten Historischen Rechtsschule wurde. SAVIGNY erkannte, dass die Kodifikation des Rechts die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle unnötig machen, dass den Juristen statt der Rechtsschöpfung (*interpretatio*) nur noch die blosse Rechtsanwendung bleiben würde.⁶⁹

⁶⁸ THIBAUT ANTON FRIEDRICH (1772-1840), deutscher Jurist und Musiktheoretiker. Professor in Kiel, Jena und Heidelberg. Sein Eintreten für ein deutsches bürgerliches Gesetzbuch (1814) gab den Anstoss zu einer Gegenschrift F. C. von Savignys, die Programm der Historischen Rechtsschule wurde. [Angaben aus MTL]

⁶⁹ Bereits 1780 hatte der preussische König in einem Dekret – in welchem er seine Anforderungen an das künftige Gesetzbuch festhielt – erklärt: „Die Kodifikation wird viele Juristen brotlos machen. Dies spielt keine Rolle, wenn es gelingt, gute Künstler und Fabrikanten aus ihnen zu machen.“ Die

Dies war bereits im §6 des ALR deutlich erkennbar, der lautete: „Auf Meinungen der Rechtslehrer, oder auf ältere Aussprüche der Richter, soll bey künftigen Entscheidungen, keine Rücksicht genommen werden.“ Die *interpretatio* hatte als Rechtsquelle ausgedient.

Aus dieser Sicht ist die Ablehnung einer Kodifikation durch die Historische Rechtsschule verständlich, denn die Kodifikation des Rechts (d.h. das Gesetzgebungsmonopol der Politik) bedrohte die angestammte Position der Juristen. Die Kodifikation kam einer „Enteignung“ der Juristen bezüglich ihrer rechtsschöpfenden Tätigkeit gleich; den Juristen blieb nur noch die Anwendung des vorgegebenen Rechts.

Bezeichnenderweise zeigt die Entwicklung der Rechtswissenschaft, dass überall dort, wo das Recht kodifiziert wird, die Rechtsausbildung zur reinen Exegenschule „verkommt“ (z.B. „École de l'exegese“ in Paris, „Exegetische Schule des ABGB“ in Österreich). Nur dort, wo noch keine Kodifikation erfolgt war, blieb die Rechtswissenschaft auf einem hohen Niveau bestehen (z.B. in Deutschland, bis zum Inkrafttreten des BGB).

Kodifikation wurde in Preussen – im Zuge einer juristenfeindlichen Bewegung – zur planmässigen Ausschaltung der Juristen eingesetzt.

Dritter Teil: Aus der schweizerischen Rechtsgeschichte

§10 Zum Bundesbrief von 1291

Beim Bundesbrief von 1291 handelt es sich um die erste, einleitende und konstitutive Urkunde der schweizerischen Eidgenossenschaft. Um ihren Inhalt und ihre Entstehung zu verstehen, bedarf es zunächst eines Blickes auf den Kontext und in die (obwohl nur eine kleine Region betreffende) komplexe Vorgeschichte.

10.1 Aus der Vorgeschichte

10.1.1 Die Reichsunmittelbarkeit

Uri (seit 1231) und Schwyz (seit 1240) standen beide in Reichsunmittelbarkeit zum Kaiser. Dies bedeutete eine besondere Beziehung, weil sich der Kaiser damit gleichzeitig verpflichtete, über diese Länder nicht mehr zu verfügen, sie nicht mehr an einen andern Herrscher z.B. zu verpfänden oder sie als Lehen an einen seiner Dienstmänner zu geben. Dies war für die beiden Waldstätten eine privilegierte Situation, die als Zeichen ihrer Stärke angesehen werden kann.

Für diese Vorteile mussten sie allerdings auch gewisse Gegenleistungen erbringen, worunter auch die Befugnis des Kaisers gehörte, einen seiner Beamten (Vogt) in die reichsunmittelbaren Gebiete zu entsenden, die dort den Kaiser als obersten Richter repräsentieren sollten.

10.1.2 Das Interregnum (1254-1273)

Die Zeit des Interregnums (vgl. auch oben 4.2.3) bedeutete für die Waldstätten eine „goldene Zeit“, weil sie reichsunmittelbar waren unter einem Kaiser, den es gar nicht gab. In dieser Zeit treten sie den Beweis an, dass sie sich selbst (genossenschaftlich) zu verwalten vermögen, dass sie selbst die Gerichtsbarkeit aller Stufen zu bewältigen im Stande sind; dass sie also ohne Kaiser und kaiserliche Beamte auskommen. Auf diese Tatsache, welche sich tief in das eidgenössische Bewusstsein einprägt, werden sie sich auch später immer wieder berufen.

10.1.3 RUDOLF I. VON HABSBURG (1273-1291)

Das Interregnum wurde – nachdem die Reichsfürsten in der kaiserlosen Zeit ihre Territorien gefestigt und sich Vorrechte und Privilegien gesichert hatten – beendet durch die Wahl RUDOLFS I. VON HABSBURG zum Kaiser (vgl. auch oben 4.2.3). Jede andere Wahl hätte die Waldstätten kalt lassen können, die Wahl RUDOLFS jedoch – weil er der einzige war, den sie nicht als Kaiser wünschten – musste ein Schock für sie gewesen sein.

RUDOLF VON HABSBURG hatte bereits als Landesherr (*dominus terre*) im Sinn gehabt, eine Territorialherrschaft vom Genfer- bis zum Bodensee errichten: die Waldstätten –

obwohl mitten in diesem Gebiet – hatten aber als reichsunmittelbare Länder nicht in dieses Gebiet einbezogen werden können. Nun, da RUDOLF selber der Kaiser war, bestand die Gefahr, dass er diesen Plan doch noch in die Tat umsetzen würde.

Aus dieser Zeit (1273) könnte deshalb ein erster Bundesbrief stammen, auf den im Bundesbrief von 1291 Bezug genommen und dieser als dessen Bestätigung bezeichnet wird.

10.2 Inhalt des Bundesbriefes

Bemerkenswert ist insbesondere die Tatsache, dass der Bundesbrief schon knapp zwei Wochen nach dem Tode RUDOLFS – noch bevor ein neuer Kaiser gewählt war – abgeschlossen wird. Dies deutet auf bereits vorher bestehende Verbindungen und Verhandlungen hin (vgl. oben 10.1.3).

10.2.1 Allgemeine Bundespflichten

A) Gegenseitige militärische Hilfe

Die drei Waldstätten (neben Uri und Schwyz nun auch Unterwalden) verpflichten sich zu gegenseitiger militärischer Hilfe bei Angriffen von aussen gegen eine der Waldstätten. Diese Verpflichtung ist unbeschränkt, ohne zeitliche oder umfangmässige Einschränkungen, was in späteren Bundesbriefen in dieser Art nicht mehr vorkommt.

B) Schiedsgerichtsbarkeit

Auch wenn die Waldstätte nach aussen geschlossen auftreten, bleiben sie nach innen unabhängig; sie verzichten auf gemeinsame Einrichtungen. Aus diesem Grund verpflichten sie sich, bei Streit untereinander ein Schiedsgericht anzurufen und dessen Urteil anzuerkennen.

Die Einrichtung eines Schiedsgerichts wird unter den Mitgliedern der Eidgenossenschaft zu einer Tradition – in allen späteren Bundesbriefen werden ebenfalls wieder Schiedsgerichte zur Problemlösung unter den Orten bestimmt. Auch wenn die Institution des Schiedsgerichts eine kanonische ist, kann nicht gesagt werden, die Waldstätte hätten unter dem Einfluss von Klerikern diese Einrichtung gewählt: es war wohl in ihrer Situation die einzig mögliche Lösung. Und ebenso erscheint nach aussen das Schiedsgericht als eine typisch eidgenössische Einrichtung; zu stehenden Begriff geworden ist der Ausspruch: „einen Streit nach Schweizer Art erledigen“ zu wollen, welches bedeutet, ein Schiedsgericht anzurufen.

10.2.2 Landfriedensbestimmungen

Eine weitere Bestimmung im Bundesbrief von 1291 betraf die Bekämpfung der schwersten Verbrechen: Raub, Mord und Brandstiftung (d.h. alle Gewaltdelikte, welche den Landfrieden zu gefährden vermochten) sollten gemeinsam angegangen werden. Die Waldstätten waren daran interessiert, ihren Landfrieden zu wahren, weil dies zeigte, dass sie ihre Probleme selber zu lösen im Stande waren.

Ausserdem sollte in Zukunft die eigenmächtige Pfändung untersagt sein: Die eigenmächtige Pfändung (d.h. die Gewohnheit, wonach der Gläubiger zum Schuldner geht und selber ein Pfand, z.B. ein Stück Vieh, mitnimmt) war – ebenso wie die schweren Verbrechen – oft Grund gewesen für Fehden und in ihrer Folge die Verwüstung ganzer Dörfer. Darin zeigt sich wiederum das Bemühen der Waldstätten, ihren Landfrieden zu wahren. Zudem wollte man dadurch die Praxis unterbinden, einen Mitgenossenschafter des Schuldners zu pfänden; dies hatte zwar unter den Bewohner der Waldstätten selbst nicht zu Problemen geführt, die Ausdehnung auf die Mailänder Kaufleute, welche den Gotthardpass überquerten, war aber schlicht auf Unverständnis gestossen. Die Urner sahen die Kaufleute zwar als einheitliche Gruppe (als Genossenschaft), diese selber sahen sich aber keineswegs so und zeigten wenig Lust, für die Schulden anderer zu haften (vgl. unten 11.2.2A). Sie begannen den Gotthardweg zu meiden, was die Einnahmen der Urner schmälerte.

10.2.3 Der Richterartikel

Das eigentliche Kernstück des Bundesbriefes von 1291 bildet aber der Richterartikel, der in seiner Form („Wir“), der feierlichen Tonart und seiner Entschiedenheit vom übrigen Text des Briefes derart abweicht, dass die Annahme nicht fern liegt, dieser Teil sei das eigentlich Neue, während die übrigen Teile schon bestehende (in einem früheren Brief schon enthaltene) Vereinbarungen wiederholten.

Die Bestimmung lautet, die Waldstätte duldeten keine Richter mehr, die nicht aus den Waldstätten selbst stammten, und die ihr Amt gegen Geld ausübten (d.h. dieses gekauft hatten). Mit den fremden Richtern konnten allein die Vögte des Kaisers gemeint sein, denn alle übrigen Richter (jene der höheren und auch jene der niederen Gerichtsbarkeit) waren bereits Leute aus den Ländern selbst und erfüllten die Bedingungen des Bundesbriefes.

Die Anwesenheit der kaiserlichen Beamten, der Vögte, war aber eine direkte Folge der privilegierten Stellung der Waldstätte (vgl. oben 10.1.1). Denn durch die Reichsunmittelbarkeit unterstanden sie direkt dem Kaiser und keinem ortsansässigen Lehensherrn. Und da der Kaiser nicht selbst die Waldstätte verwalten und die oberste Gerichtsbarkeit ausüben konnte, musste er zu diesem Zweck seine Beamten entsenden. Mit dem Richterartikel gehen die Waldstätten also in ihrer privilegierten Stellung noch einen Schritt weiter: sie akzeptieren zwar einen Reichsvogt, aber sie wollen selbst bestimmen, wer dies sein soll.⁷⁰

10.3 Historische Würdigung: Bewahrung oder Revolution?

Zur Beantwortung der Frage, ob der Bundesbrief von 1291 eher einen bewahrenden oder einen revolutionären Charakter hat, ist zum einen zu klären, welche Bedeutung die Leute von damals selber den Sätzen des Briefes gegeben haben, und zum andern ist darauf Rücksicht zu nehmen, wie der Bundesbrief (in seiner Eigenschaft als „Grün-

⁷⁰ Für alle, die es noch nicht gelesen haben: FRISCH MAX, Wilhelm Tell für die Schule, Frankfurt a.M. 1971.

dungsurkunde“ der schweizerischen Eidgenossenschaft) in heutiger Zeit beurteilt wird: Dessen Beurteilung zielt nämlich letztlich auf die Frage nach der Rechtmässigkeit des schweizerischen Bundesstaates überhaupt. 1847/48 fand im Zuge der Gründung der Schweiz eine erste solche Debatte statt, und nach dem ersten Weltkrieg, welcher für die Schweiz eine ZerreiSSprobe bedeutete⁷¹, wieder.

Bewahrung und Revolution, für beides lassen sich im Bundesbrief Anhaltspunkte finden, und es ist meist den Historikern überlassen, ob sie – je nach den aktuell anstehenden Problemen – der einen oder andern Beurteilung den Vorrang geben.

10.3.1 Zeichen der Bewahrung

Die Einleitung spricht für den bewahrenden Charakter des Bundesbriefes; sie bezieht sich auf einen schon bestehenden Bund (vermutlich von 1273), der erneuert werden soll. Dazu enthält der Bundesbrief eine Bestimmung, die jeden anweist, seinem Stande gemäss seinem Herrn nach Gebühr Untertan zu sein und ihm zu dienen. Dies eine Passage, welche der Bewahrung jedenfalls der inneren sozialen Ordnung, der bestehenden Herrschaftsverhältnisse (d.h. der Vorherrschaft einiger mächtiger Familien) das Wort redet. Die bereits erwähnten Bestimmungen über den Erhalt des Landfriedens (vgl. oben 10.2.2), sind ebenfalls dazu bestimmt, innere Zustände (d.h. den Landfrieden) zu erhalten.

Diese Passagen zeigen den Bundesbrief als ein friedfertiges Dokument, dessen Vereinbarungen sich innerhalb der Grenzen des Rechts bewegen, und das den Frieden gewährleisten soll. Damit dem Kaiser kein Grund in die Hände gespielt wird, eingreifen zu können, weil der Landfriede gefährdet würde.

10.3.2 Der Preis der Selbstbestimmung

Auf der andern Seite enthält der Bundesbrief Bestimmungen, welche für seinen revolutionären Charakter sprechen. Insbesondere der Richterartikel ist eine Bestimmung, die gegen das Reich gerichtet ist (vgl. oben 10.2.3). Formell wird zwar am Recht der Reichsunmittelbarkeit festgehalten (Vögte werden an sich akzeptiert), inhaltlich aber wird dieses Recht verletzt (indem die Waldstätten selber darüber entscheiden wollten, wer der Vertreter des Kaisers ist). Es scheint, als hätten die Eidgenossen den Zustand während des Interregnums für sich auch nach der Wahl eines Kaisers weiterführen wollen.

Die Eidgenossen berufen sich aber im Übrigen stets auf die Reichsunmittelbarkeit, wenn es darum geht, Ansprüche anderer Fürsten abzuwehren. Darin zeigt sich ein typischer Zug eidgenössischer Politik: Zwar sehen sie sich als einen Teil des Reiches an, aber sie wollen selber bestimmen, was dies bedeutete, welche Konsequenzen dies haben soll.

⁷¹ Vgl. die Schrift CARL SPITTELEERS – übrigens des einzigen Schweizer Literaturnobelpreisträgers – „Unser Schweizer Standpunkt“, mittels welcher es ihm gelang, die Diskussion über den Zusammenhalt der Schweiz (die welschen Kantone hatte sich auf die Seite Frankreichs gestellt, die Deutschschweizer auf diejenige Deutschlands) wieder entscheidend in Gang zu setzen.

10.3.3 Was ist ausschlaggebend?

Hinter diesen gegensätzlichen Positionen steht die Situation von Ländern, die sich in ihrer Existenz bedroht fühlen (etwa durch die Pläne RUDOLFS [vgl. oben 10.1.3]) und die den Kaiser deshalb herausfordern. Ihre Herausforderung kann Krieg bedeuten, weshalb der Bundesbrief neben dem Richterartikel zugleich eine Verpflichtung zur unbeschränkten gegenseitigen militärischen Hilfeleistung enthält.

Die Möglichkeit des Krieges scheint ihnen durchaus bewusst gewesen zu sein: alle späteren Bundesbriefe enthalten zwar auch Verpflichtungen zur Hilfe, jedoch stets begrenzt auf bestimmte Gefahren und zeitlich sowie umfangmässig eingeschränkt. Die Formel des ewig geltenden Bündnisses verstärkt noch die unbedingte Verpflichtung des Bundesbriefes von 1291 (vgl. oben 10.2.1A), sie scheint also nicht bloss eine Floskel oder das Werk eines klerikalen Schreibers zu sein, der noch schnell die Ewigkeit in diesem Brief festgehalten haben wollte. Die späteren (und andere solche Briefe zur gleichen Zeit) unterscheiden sich in diesem Punkt auffällig.

10.3.4 Zur verfassungsgeschichtlichen Bedeutung dieser Ereignisse

Es gelingt den Eidgenossen, erfolgreich gegen den Territorialisierungsprozess Widerstand zu leisten. Sie sind aber nicht die einzigen, denen diese gelungen ist (auch wenn dies später, z.B. von den Bauern in den Bauernkriegen mit dem Vorbild „der freien Schweizer Bauern“, so dargestellt wird); weitere Beispiele finden sich in Graubünden und im Wallis, im Tirol und bei den drei Tessiner Obertälern (welche bereits 100 Jahre vor den Eidgenossen einen Bund gegen die Lehensherrschaft geschlossen haben). Auch die Entwicklung der Städte ist damit vergleichbar (vgl. oben §8). Die Idee von Bündnissen gegen die Herrschaft und den Widerstand gegen deren Territorialisierung lag in dieser Zeit in der Luft.

Das einzigartige am Bund der Waldstätten war aber, dass sie sich in ihrem Widerstand behaupten konnten, und dass der Bund sich mit der Zeit vergrösserte. Der Bundesbrief zeigt zudem die Möglichkeit auf, ein Land durch die Verbindung von Partikularismus und Demokratie zu organisieren, bzw. Demokratie durch Partikularismus zu erreichen.

§11 Die alte Eidgenossenschaft (1291-1798)⁷²

11.1 Allmähliche Erweiterung und Bestand

11.1.1 Die eigentlichen Orte

Die Eidgenossenschaft besteht zunächst aus einem Bündnissystem von ungleichartigen Bundesverträgen zwischen den verschiedenen souveränen Orten. Zum Kernbündnis von 1291 der drei Orte Uri, Schwyz und Unterwalden stiessen in der Folge weitere Stände.⁷³ Die Erweiterung des ursprünglichen Bundes erfolgte nicht im Sinne eines organischen, planvollen Wachstums, sondern in unplanmässigen Schüben (von drei auf acht und von acht auf dreizehn Orte usf.).

Auch standen nicht grosse politische Grundlinien hinter dem Beitritt der weiteren Orte zum Bund, sondern dieser war vielmehr jeweils durch konkrete, „tagespolitische“ Probleme der Beitretenden motiviert.

- Zürich (1351) trat bei als gerade die Zünfte die Aristokratie von der Macht verdrängt hatten, weil die neuen „Machthaber“ sich vor den Verdrängten fürchteten (vgl. oben 8.2.3). Aus diesem Grund findet sich im Bundesbrief mit Zürich die Pflicht der andern Orte zum Beistand bei inneren Unruhen, Bürgerkrieg und Rebellion.
- Bern (1353) trat bei, weil die Patrizier Angst vor einem Aufstand der Oberländer hatten, welche durch die Obwaldner aufgewiegelt worden waren. Durch den Beitritt der Berner zum Bund (im Bundesbrief verpflichten sich die andern auch zur Hilfe bei inneren Unruhen), werden ebenfalls die Obwaldner, die auch dem Bund angehören, verpflichtet, den Bernern gegen Aufstände beizustehen. Was natürlich den Obwaldnern die Lust am Aufwiegeln der Oberländer vergällt.

Jeder Bundesbrief über den Beitritt eines Ortes steht insofern für sich, als darin spezielle, immer gerade anstehende Probleme der jeweiligen Zeit zu Ausdruck kommen. Dem Bund als ganzem fehlte eine gemeinsame Verfassung, die eine einheitliche Entwicklung ermöglicht hätte.

Nach dem Beitritt Berns besteht der Bund aus vier Land- und vier Städteorten; dieses Gleichgewicht wird während der folgenden mehr als hundert Jahre beibehalten, bis dann in der Folge des Stanserverkommnisses mit der Aufnahme Freiburgs und Solothurns der Ausbau zur dreizehnörtigen Eidgenossenschaft beginnt.

⁷² Zur Geschichte, vgl. DTV-WELTGESCHICHTE, S. 193 rechte Spalte.

⁷³ Uri, Schwyz und Unterwalden (1291); Luzern (1332); Zürich (1351); Glarus und Zug (1352); Bern (1353); Freiburg und Solothurn (1481); Basel und Schaffhausen (1501); Appenzell (1513).

11.1.2 Die zugewandten Orte

Die zugewandten Orte⁷⁴ sind meist an der Peripherie der Eidgenossenschaft gelegen, zwischen dieser und den sie umgebenden Herrschaften. Sie sind insofern in einer schwächeren Position und auf die Hilfe der Eidgenossenschaft angewiesen, als sie in der ständigen Gefahr stehen, von den sie umgebenden Landesherren in deren Gebiete vereinnahmt zu werden. Als Gegenleistung für den Schutz durch die Eidgenossenschaft verpflichteten sie sich zu militärischer Unterstützung der Eidgenossen in Kriegsfällen.

Diese Orte haben keine vollen Mitwirkungsrechte; sie können nicht an der Tagsatzung teilnehmen (allenfalls mit beratender Stimmen bei Beschlüssen, die sie betreffen) und sie erhalten keine Anteile an Eroberungen.

11.1.3 Die gemeinen Herrschaften

Bei den gemeinen Herrschaften handelt es sich um (vor allem im 15. Jahrhundert) gemeinsam von den Eidgenossen eroberte Gebiete.⁷⁵ Die gemeinen Herrschaften hatten für die Eidgenossen zwar auch wirtschaftliche Bedeutung: so wurde etwa das Amt des Vogtes für diese Gebiete an den meistbietenden versteigert, z.T. waren es agrarisch reiche Gebiete oder – wie das Tessin in Bezug auf den Süden – wichtige Verkehrswege. Von überragender Bedeutung waren die gemeinen Herrschaften aber vor allem aus politischen Gründen: sie bildeten den zentralen Faktor für den Zusammenhalt der Eidgenossenschaft (seit der gemeinsame Feind Habsburg weggefallen war). Die Verwaltung der gemeinen Herrschaften bildete oft noch den einzigen Grund, weshalb sich die Vertreter der einzelnen Orte – über die z.T. bestehenden Konflikte zwischen Stadt und Land und zwischen den Konfessionen hinweg – zur Tagsatzung trafen.

11.1.4 Untertanengebiete einzelner Orte

Neben den gemeinen Herrschaften gab es auch noch Untertanengebiete, die nur einem einzelnen Ort zugehörten (z.B. die Waadt und der Aargau zu Bern, die Leventina zu Uri).

11.2 Innere Organisation

11.2.1 Die souveränen Orte

Der Bund der Orte war kein Staat: dieser Bund besass – ausser der Tagsatzung (vgl. unten 11.2.3) – kein Zentralorgan, und es fehlte insbesondere am Abtreten von Souveräni-

⁷⁴ Zu den zugewandten Orten zählen etwa: die Abtei und die Stadt St. Gallen, Gersau, Genf, das Wallis, Graubünden, das preussische Fürstentum Neuenburg, die Abtei Engelberg, Mülhausen, Biel, Rottweil.

⁷⁵ Zu den gemeinen Herrschaften zählen etwa: Baden, die Freien Ämter, Thurgau, die Rheintäler, Sargans, Tessin, Murten, Grandson, Orbe.

tätsrechten an den Bund – ausser den in den verschiedenen Bundesbriefen genannten Pflichten (vgl. unten 11.2.2).⁷⁶

11.2.2 Das gemeineidgenössische Recht

Das gemeineidgenössische Recht umfasst jene Bestimmungen, welche durch die vertraglichen Vereinbarungen in den Bundesbriefen für alle Orte gelten:

- Die (uneingeschränkte), auf eigene Kosten zu leistende, gegenseitige militärische Hilfe;
- das Prinzip der Schiedsgerichtsbarkeit bei Streitigkeiten unter den Orten;
- und die Regelung der gemeinsamen Angelegenheiten nach Vereinbarungs- und nicht nach Mehrheitsprinzip (was bedeutet, dass sich nur an die Abmachung zu halten braucht, wer zugestimmt hat).

A) Pfaffenbrief von 1370⁷⁷

Anlass für den sog. Pfaffenbrief gab der Überfall des Zürcher Grossmünster-Propstes BRUNO BRUN (Sohn RUDOLF BRUNS) auf den Luzerner Schultheissen PETERMANN VON GUNDOLDINGEN im Herbst 1370. Als Zürich gegen den Rechtsbrecher vorgehen wollte, ersuchte dieser Österreich um Hilfe und berief sich auf das Personalitätsprinzip, d.h. als Pfarrer nicht einem weltlichen, sondern dem Kirchengericht zu unterstehen, und, als habsburgischer Edelmann, keinem Gericht der Orte zu unterstehen.

Im Pfaffenbrief von 1370 vereinbarten die Orte

- die Beurteilung von Straftaten nach dem Territorialitätsprinzip; Straftaten seien dort zu beurteilen, wo sie verübt werden (Übergang von der personal zur territorial verstandenen Rechtsauffassung). Auch österreichische Dienstleute hätten den Eidgenossen den Huldigungseid zu leisten, der im Konfliktfall den Vorzug vor anderen Bindungen genießt. Geistliche Personen, die weder Bürger noch Landleute noch Eidgenossen sind, dürfen nur in geistlichen und Ehesachen an ein fremdes bzw. ein kirchliches Gericht gelangen.⁷⁸
- den Ausbau und die Sicherung der Wege über den Gotthard.
- das Verbot der eigenmächtigen Pfandnahme, welches ebenfalls der Sicherung des Gotthardweges dient, da dies in Uri Gang und Gäbe war; künftig sollte die Pfandnahme nur noch gegen den Schuldner⁷⁹ und nur mit einem richterlichen Urteil zulässig sein.

⁷⁶ Staatenbund: Völkerrechtlicher bzw. vertraglicher Zusammenschluss von selbständigen bleibenden Staaten zur äusseren und inneren Friedenserhaltung mit einer dauernden Organisation zur Erlangung dieser Zwecke und mit einem gemeinsamen Auftreten gegen aussen.

⁷⁷ Vgl. QUELLEN I, 162.

⁷⁸ Diese Bestimmung richtet sich gegen die kirchliche Gerichtsbarkeit, insbesondere gegen jene des Bischofs von Konstanz, welcher immer ein Habsburger war.

⁷⁹ Es war in Uri auch Praxis, für Schulden des einzelnen die ganze Genossenschaft haften zu lassen: Dies bekamen auch Mailänder Kaufleute zu spüren, wenn andere Mailänder Kaufleute bei den Urnern Schulden hinterlassen hatten. Dann pfändeten die Urner irgendwelche Mailänder, welche mit den Schuldnern nichts zu tun hatten (ausser auch Mailänder zu sein). Dass dies dem Ruf des Gotthardwe-

- und das Verbot der Fehde.

B) Sempacherbrief von 1393⁸⁰

Gewaltüberschreitung (Brandschatzung, Vergewaltigung) im Sempacher- und Näfelerkrieg gibt Anlass zu einer Vereinbarung über die Kriegführung: Gewaltüberschreitung soll zum Schutz der Frauen, Kinder und Hab und Gut (insbesondere der Kirche) verboten sein (weshalb der Sempacherbrief im Welschland als „l'act de femmes“ bekannt ist).

C) Stanser Verkommnis von 1481⁸¹

Das Stanser Verkommnis ist die wichtigste Vereinbarung der Orte; es wird teilweise auch als Verfassung der Eidgenossenschaft der Neuzeit angesehen. Nach der Aufnahme Berns in den Bund kam es zu einem Stillstand bezüglich der Vergrößerung der Eidgenossenschaft. In dieser Zeit hielten sich die Landorte und die Städteorte die Waage. Die Beziehung der reichen Städte und der in ihrer bestehenden Struktur verbleibenden Landorte war nicht ohne Spannungen: So wurden Untertanengebiete der Städte von den Landorten zum Aufstand aufgewiegelt (z.B. die Bauern im Entlebuch durch den Obwaldner AMSTALDEN), oder es kam zu Konflikten beim Verteilen von Kriegsbeute (z.B. nach den Burgunderkriegen, bei denen die Städte zwar mehr Militär gestellt hatten, die Landorte aber auf einer Verteilung nach Orten bestanden).

Dazu kam, dass Freiburg und Solothurn, die an der Seite der Eidgenossen mitgekämpft hatten, nun in dem Bund aufgenommen werden wollen. Da beide aber Städteorte sind, befürchteten die Landorte, in die Minderheit versetzt zu werden, insbesondere dann, wenn an der Tagsatzung das Mehrheitsprinzip eingeführt werden sollte, was die Städte schon lange fordern. Sie waren nämlich immer wieder bestrebt gewesen, den Bund zu stärken durch die Übertragung von Souveränitätsrechten an die Tagsatzung und die Einführung des Mehrheitsprinzips.

Ein weiterer Streitpunkt war die Verwilderung und Verrohung, die durch die vielen Kriegswirren und den Söldnerdienst eingetreten war; die Landkantone wehrten sich aber gegen das Untersagen des Söldnerdienstes, was dies doch oft die einzige Einnahmequelle vieler Familien (neben dem Vorteil, weniger Mäuler stopfen zu müssen).

An der Tagsatzung von Stans 1481 gerieten die Abgeordneten hart aneinander. Erst nach mahnenden Worten des NIKLAUS VON DER FLÜE (eines Obwaldner Asketen und früheren Landammannes) einigten sich die Orte im Stanser Verkommnis über die Konfliktpunkte:

- Die eroberten Gebiete sollten künftig weiterhin nach Orten verteilt werden, die erbeutete Fahrhabe aber nach den Köpfen der am Kriegszug Beteiligten;
- Freiburg und Solothurn werden in den Bund aufgenommen, es bleibt aber beim Vereinbarungsprinzip (bis 1798);

ges nicht gerade zuträglich war, liegt auf der Hand, weshalb man die Pfändung anderer als der Schuldner selbst verbot.

⁸⁰ Vgl. QUELLEN I, 163.

⁸¹ Vgl. QUELLEN I, 164.

- es wird ein Versammlungsverbot erlassen;
- und ein Verbot der Aufwiegelung der Untertanengebiete durch andere Orte;
- und vereinbart wird die gegenseitige militärische Hilfe bei inneren Aufständen (welche Vereinbarung wichtig ist für die späteren Bauernaufstände, weil sie dazu geführt hat, dass Schwyzer Bauern gegen Berner Bauern kämpfen mussten).

Aufgrund der letzteren Inhalte wird das Stanser Verkommnis auch als „Herrenbund“, als Bund der Herren der Orte angesehen.⁸²

11.2.3 Die Tagsatzung

Die Tagsatzung wurde als „Behörde“ des Bundes erst im 15. Jahrhundert institutionalisiert. Es handelt sich dabei nicht um eine Art Gesandtenkongress, sondern um ein Treffen der Boten der souveränen eidgenössischen Orte.

Die Treffen fanden jeweils in Baden oder in Frauenfeld statt und hatten zumeist die Verwaltung der gemeinen Herrschaften zum Thema. Die Boten mussten sich an die Instruktionen ihrer Orte halten; soweit sie keine Instruktionen hatten, oder ihre Befugnisse nicht ausreichten, musste das Treffen vertagt werden, damit die Boten zu Hause neue Anweisungen empfangen konnten. Gewisse Fragen bedurften zur Klärung und Vereinbarung mehrerer Treffen (da ja, ausser in der Verwaltung der gemeinen Herrschaften, das Vereinbarungs- und nicht das Mehrheitsprinzip galt), oder die Themen fielen aus den Traktanden. Dieses System führte dazu, dass vielen wichtigen Problemen aus dem Weg gegangen wurde oder auf Veränderungen nur langsam reagiert werden konnte. Dies trug mit dazu bei, dass schliesslich 1798 „nur ein paar Franzosen dazu nötig waren, die alte Eidgenossenschaft sang- und klanglos untergehen zu lassen“.

Diese Art der Politik, wie sie die eidgenössischen Orte an der Tagsatzung betrieben, wurde ausserhalb (wo zu dieser Zeit grösstenteils absolutistische Herrschaftssysteme bestanden) nicht verstanden.

11.2.4 Von der Genossenschaft zur Herrschaft

Aber auch in den eidgenössischen Orten (parallel zur Entwicklung auf dem ganzen europäischen Kontinent [vgl. oben §5]) ist in der Neuzeit die Tendenz zur Aristokratisierung festzustellen. Die gleichen politischen Ämter werden immer wieder von Mitgliedern der gleichen Familien besetzt (Oligarchie). Dies ist in den Länderorten wie auch in den Zunftorten, und nicht nur in den Patrizierstädten festzustellen.

Bei alledem darf aber doch nicht übersehen werden, dass sich die Regierungsstruktur der Orte immer noch von derjenigen des Absolutismus unterscheidet; immerhin gibt es Räte, Landsgemeinden u.ä., was zumindest gewissen Teilen der Bevölkerung Beteiligung und den Entscheidungen mehr („demokratische“) Verbindlichkeit und Legitimation verschafft.

⁸² Vgl. QUELLEN I, 168.

11.3 Zum staatsrechtlichen Charakter der alten Eidgenossenschaft

11.3.1 Die allmähliche Lösung vom Reich

Der Bund bzw. dessen einzelne Mitglieder betrachteten sich nach wie vor als Teil des Deutschen Reiches (auch wenn sie sich inhaltlich von ihm gelöst hatten [vgl. oben 10.3.2]). Es war nicht ihr primäres Ziel, sich vom Reich zu trennen.

Die faktische Loslösung vom Reich erfolgte erst nach dem Wormser Reichstag (1495), an welchem auch die eidgenössischen Orte teilnahmen, als die deutschen Stände die Schaffung des Reichskammergerichts und die Einführung einer Kriegssteuer (Reichspfennig) beschlossen. Die Eidgenossen lehnen beides ab: das Reichskammergericht, weil es eine Änderung der Gerichtsstruktur (u.a. die Einstellung professioneller Juristen [vgl. unten 15.2.3]) bedingt und den Weiterzug der in den Orten gefällten Urteile ermöglicht hätte, und die Steuer, weil sie diese nicht bezahlen wollten.

Ihre Weigerung führte in der Folge zum sog. „Schwabenkrieg“, aus welchem die Eidgenossen siegreich hervorgingen und 1499 im Frieden von Basel als „reichsverwandte“ Orte die politische Unabhängigkeit erlangten (d.h. das Deutsche Reich verzichtet auf die Geltung des Reichskammergerichts für die Eidgenossenschaft und auf die Erhebung von Steuern).⁸³

Die formelle Loslösung der Eidgenossenschaft vom Reich erfolgte erst nach dem dreißigjährigen Krieg (Religionskrieg, seit 1618) im Westfälischen Frieden von 1648. Dies dank dem Verhandlungsgeschick JOHANN RUDOLF WETTSTEINS (des „Schweizerkönigs“), welcher im Namen Basels und der Eidgenossenschaft an den Friedensverhandlungen nach dem Krieg teilnahm.⁸⁴

Die Geschichte der Eidgenossen und ihrer Loslösung vom Reich stellt sich nicht als ein Kampf der Eidgenossen gegen das Reich dar, sondern vielmehr als ein allmähliches Desinteresse der Eidgenossen an der Zugehörigkeit zum Reich.

11.3.2 Die alte Eidgenossenschaft als Staatenbund

Nach den Kriterien BODINS war die alte Eidgenossenschaft kein Staat. Zu einem Staat fehlen ein gemeinsames Zentralorgan, ein gemeinsames Heer, eine gemeinsame Kasse und ein gemeinsames Recht.

Auf der andern Seite wurde immer wieder ein besonderes Zusammengehörigkeitsgefühl, ein gemeinsames Staatsgefühl geltend gemacht, das dem Bund der Eidgenossen innewohnte (welches allerdings schwer konkret zu belegen ist). Eine Schicksalsgemeinschaft jedenfalls, die zwischen 1291 und 1798 nach aussen gemeinsam auftrat.

Wenn die Eidgenossenschaft auch kein Staat war, so doch immerhin ein Staatenbund, d.h. eine auf Dauer angelegte, auf Freiwilligkeit beruhende Verbindung souveräner

⁸³ Vgl. auch DTV-WELTGESCHICHTE, S. 192 und 219.

⁸⁴ Die Eidgenossenschaft war zwar am Krieg nicht direkt beteiligt gewesen, jedoch indirekt in Mitleidenschaft und oft nur knapp nicht in das Kriegsgeschehen hinein gezogen worden.

Orte, mit gemeinsamen Organen (Tagsatzung) und gemeinsamer Aussen- und Verteidigungspolitik.

11.3.3 Die Entwicklung zum Bundesstaat im 19. Jahrhundert⁸⁵

Die Ideen der Aufklärung wurden in den eidgenössischen Orten nicht umgesetzt (obwohl bedeutende Theoretiker der Aufklärung wie PESTALOZZI und HALLER aus dem Gebiet der Eidgenossenschaft stammten).

Die von der Aufklärung hervorgebrachten Ideen vom Einheitsstaat, vom allgemeinen Gesetzbuch (Code civil) usf. wurden erst 1798 von den Franzosen im Zuge der Helvetik gewaltsam in die Eidgenossenschaft hinein getragen. Die Helvetik hielt sich allerdings nur für die Dauer von fünf Jahren, sie konnte sich politisch nicht durchsetzen. Ihr folgte 1803 eine abgeschwächte Staatsverfassung (Mediation).

Die Orte der Eidgenossenschaft schlossen erst 1815 (Wiener Kongress, Restauration) einen ersten Bundesvertrag, blieben aber ein aus Einzelrepubliken zusammengesetzter Bund. Zu einem Versuch, den Bund zu stärken und ihm mehr Kompetenzen zu geben, kam es erst wieder ab 1830, als im Zuge der Regeneration (dem liberalen Aufbruch) in vielen Kantonen neue, liberale Verfassungen entstanden.

Als 1848 der Schweizer Bundesstaat entstand (mittelbare, repräsentative Parlamentsdemokratie), stellte sich dieser als Kompromiss zwischen einem Einheitsstaat und dem lockeren Staatenbund dar. Noch standen nicht die Volksrechte und die direkte Demokratie im Vordergrund, dies war erst ab 1860 der Fall.

⁸⁵ Zum Ganzen KÖLZ, S. 5 ff.

§12 Allmenden, Genossenschaften und Gemeinden in der Schweizer Geschichte

12.1 Einleitung

Dieses Kapitel handelt von nicht nur für die Schweizer Rechtsgeschichte typischen Erscheinungen; diese waren vielmehr gesamteuropäisch überall dort zu beobachten, wo auch die Naturalwirtschaft auftrat.

Im Raum der Schweiz treten sie aber in einer Art und Weise auf, die typische Züge der schweizerischen Geschichte verrät: die Lösung von Problemen ohne sie wirklich ganz zu lösen. Aus diesem Grund ist man in der Schweiz noch bis auf den heutigen Tag mit den Auswirkungen bzw. den Überresten (z.B. den Allmendgenossenschaften und den Bürgergemeinden) konfrontiert.

12.2 Naturalwirtschaft und ihre Folgen

12.2.1 Das Grundprinzip der Naturalwirtschaft

Naturalwirtschaft ist nicht nur Wirtschaftsform, sondern auch Mentalität und Weltanschauung (vgl. oben 2.3, 2.5.1, 2.6.3). In wirtschaftlicher Hinsicht steht die Landwirtschaft in ihrem Mittelpunkt: die Naturalwirtschaft (als Wirtschaftsform der Selbstversorgung) bedingt die optimale Nutzung des Bodens, d.h. es muss angebaut werden, was und soviel von der Gemeinschaft benötigt wird. Von der Nutzung hängt das Überleben der Gemeinschaft ab. Wo die Naturalwirtschaft auftritt, findet sich immer auch eine gemeinschaftliche oder genossenschaftliche Gesellschaftsform, weil diese die optimale Nutzung des Bodens ermöglicht bzw. garantiert.

Die Frage des Eigentums und der Verfügung über den Grund tritt neben dem Aspekt der Nutzung völlig in den Hintergrund. Dies sind Fragen, die erst im Zusammenhang mit dem Aufkommen der Geldwirtschaft (vgl. oben 2.1.3, 2.3, 2.4.4, 2.5.2, 7.2) entstehen: wie die andern Güter wird dann auch der Boden als Kapital mobilisiert, was die freie Verfügungsmöglichkeit darüber bedingt.

Die Gesellschaft der Naturalwirtschaft kann zwar sehr wohl zwischen privatem und öffentlichem Eigentum unterscheiden, aber diese Frage ist für die Gewährleistung einer optimalen Nutzung nicht wichtig. Diese Trennung wird deshalb nicht streng vollzogen. Die Ausübung des Sondereigentums erfolgt – wie diejenige des Gemeineigentums – genossenschaftlich.

12.2.2 Sondereigentum und Allmende

Neben dem genossenschaftlichen Eigentum gab es auch im Mittelalter des 11.-13. Jahrhunderts schon Sondereigentum. Solches hatte sich bereits zu karolingischer Zeit herauszubilden begonnen: u.a. dadurch, dass die gleiche Familie während Generationen immer das gleiche Grundstück bearbeitete und bei ihr deshalb ein Bedürfnis nach grö-

serer Sicherheit im Besitz entsteht. Erst mit der Sicherheit, das Grundstück nicht wieder abgeben zu müssen, entsteht der Anreiz zu grösseren Investitionen und langfristiger Pflege des Bodens.⁸⁶ Seit den Beginn des Sesshaftwerdens der Menschen lässt sich beobachten, dass längere Sondernutzung Sondereigentum entstehen lässt.

Die Regeln über den Verkauf von Grundstücken an Fremde (*de migrationis*) der *lex Salica*⁸⁷ schrieben vor, dass derjenige, der sein Grundstück einem Fremden verkaufen will, dies der Gemeinde zu eröffnen habe, worauf diese ihre Zustimmung geben müsse. Die Gemeinde besass also noch Rechte aus der Zeit, als alles noch allen gehörte. Die Zustimmung der Gemeinde zum Verkauf eines Grundstückes bedeutete in vielen Fällen auch den Verzicht auf ihr ebenfalls bestehendes Heimfallsrecht.⁸⁸

Zur Allmende – d.h. zu den Gütern, welche ungeteilt sind und von allen genutzt werden dürfen – auf der andern Seite gehören jene Güter, welche auch ohne Teilung und Sondereigentum eine optimale Nutzung gewährleisten („Wunn [⁸⁹] und Weide, Wald und Wasser“). Zur Teilung der gemeinschaftlichen Güter kommt es meist dort, wo ein grösseres Bevölkerungswachstum zu beobachten ist.

12.2.3 Sondernutzung und genossenschaftliche Nutzung

Sondernutzung und Sondereigentum bzw. Allmende und genossenschaftliche Nutzung sind nicht deckungsgleiche Begriffe. Die Regel bilden vielmehr Mischformen des Privaten und des Genossenschaftlichen.

Da sind zum einen die Sondergüter, die zwar einer bestimmten Person als Eigentum zustehen, jedoch nicht ohne Rücksicht auf die Gemeinschaft genutzt werden dürfen. Das Belieben des Einzelnen ist kaum denkbar, weil das gemeinsame Ziel der optimalen Nutzung nur durch die Beteiligung aller erreicht werden kann. Daraus ergeben sich Beschränkungen (Belastungen, wie das 19. Jahrhundert sagen wird) des Sondereigentums. Beispiele:

- *Flurzwang*: Das Gebiet einer Gemeinde war in drei etwa gleich grosse Zelgen aufgeteilt, wovon eine für die Sommer-, die andere für die Winterfrüchte und die dritte als Brache bestimmt wurde: die Zuteilung wurde jedes Jahr gewechselt, sodass nach drei Jahren jede Zelge je einmal brach gelegen hatte (sog. Dreizelgen- oder Dreifelderwirtschaft). Wessen Grundstück in einer bestimmten Zelge lag, musste sich der von der Gemeinschaft bestimmten Zuteilung fügen und „zelgenkonform“ Früchte anbauen (Art und Zeitpunkt der Aussaat, Ernte usw.).
- *Allgemeines Weiderecht (Gemeinatzung)*: Nach der Ernte steht allen Dorfbewohnern generell das Recht zu, auf allen Grundstücken, auch denjenigen die im Sondereigentum stehen (als hörte im Herbst das Sondereigentum auf ein solches zu

⁸⁶ Vgl. QUELLEN I, 88.

⁸⁷ Vgl. QUELLEN I, 173 b).

⁸⁸ Zu diesen Rechten gehörte – neben dem Recht darüber mitzubestimmen, an wen ein Grundstück verkauft wird – auch das Heimfallsrecht, d.h. die Berechtigung des Gemeinwesens, den Grund für sich zu beanspruchen für den Fall, dass der Erblasser keinen andern Erben hat.

⁸⁹ [Dieser Begriff soll gewonnenes Land bedeuten? Vgl. QUELLEN I, 175.]

sein), ihr Vieh weiden zu lassen. So soll der Boden nach der Ernte einer weiteren Nutzung zugänglich gemacht werden.

Die Allmende auf der andern Seite ist zwar primär zu gemeinschaftlicher Nutzung bestimmt, aber sie öffnet sich auch der Sondernutzung. Teile der Allmende werden abgetrennt und für zwanzig bis dreissig Jahre einzelnen Personen oder Familien zur Nutzung übertragen (*claudere pasculum*). Danach sollen die Güter an die Gemeinschaft zurückfallen. (Die Güter fielen jedoch nicht immer an die Gemeinschaft zurück; durch die Sondernutzung über längere Zeit entstanden oftmals Sonderrechte [Eigentumssplitter]: Sonderrechtsbildende Kraft der Sondernutzung).

12.2.4 Ausgleich als Grundsatz und Lebensprinzip

Der Ausgleich zwischen dem Öffentlichen und dem Privaten bildet die grundsätzliche Regel der Naturalwirtschaft: ohne diesen Ausgleich wäre eine optimale Nutzung der Güter nicht möglich gewesen.

A) Zersplitterung/Vervielfältigung der Nutzungsrechte

Dieser Ausgleich (vgl. auch oben 12.2.2, 12.2.3) führt zu einer Zersplitterung des Eigentums und zu einer Differenzierung der Nutzungsmöglichkeiten am gleichen Grundstück. Es besteht kein einheitliches Eigentum, sondern geteiltes Eigentum (*plura dominia* [vgl. Rechtsgeschichte II, 10.3.2]), welches ein gewolltes Phänomen ist (und nicht – wie es das 19. Jh. sah – eine unglückliche Entwicklung): Jeder sollte überall gewisse Nutzungsrechte haben, sowohl im Tal wie auf den Bergweiden. Relikte davon finden sich auch noch im ZGB: das Notwegerecht, Notbrunnenrechte, Durchleitungsrechte usf.

B) Zwang zur gemeinschaftlichen Wahrnehmung auch der Individualnutzung

Im Sinne der optimalen Nutzung des Bodens ist es auch, dass, wenn auf dem Sondereigentum eines Einzelnen die Früchte reif sind, alle mithelfen, diese zu ernten (wofür ihnen ein Anteil zusteht). Denn der Einzelne allein könnte nicht alle Früchte gewinnen und müsste vielleicht einen Teil verfaulen lassen. Dies kann in einer Gesellschaft, die auf den Boden und dessen Früchte lebensnotwendig angewiesen ist, nicht angehen.

C) Das Gleichgewicht zwischen Sondernutzung und Kollektivnutzung: Symbolische Bedeutung des Überwinterungsprinzips

Eine Beziehung zwischen dem Sondereigentum und der Allmende ergibt sich insofern, als die Alp- und Weideberechtigung als Teil des Sondereigentums im Tal erscheint (Pertinenzierung). Die Grösse der Weideberechtigung im Sommer ergibt sich aus der Anzahl der Tiere, die mit dem Heu des Sondereigentums durch den Winter gebracht werden können (Überwinterungsprinzip, vgl. z.B. §500 ABGB). Dies war nicht nur im Gebiet der Schweiz anzutreffen, sondern diese Regel galt, so oder ähnlich, von Portugal bis nach Russland.

12.2.5 Die Entstehung der Markgenossenschaft

Die Organisation der Gemeinde (d.h. Zeitpunkt der Aussaat, der Ernte, Art der Anpflanzung usf. [vgl. oben 12.2.3]) wurde durch die Markgenossenschaft bestimmt. Die

Markgenossenschaft war demnach diejenige Genossenschaft, welcher die Lösung der wirtschaftlichen Probleme innerhalb der Grenze (*marca*) der Gemeinde oblag: Aufstellen von Regeln, Überwachung und Durchsetzung; Erstellung von gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen (z.B. des Dorfbrunnens, der Mühle oder des Backofens); Unterhalt von Strassen und Brücken; Durchführung der Warentransporte durch das Dorfgebiet.

Diese Art der genossenschaftlichen Einrichtung kam überall vor, nicht nur dort, wo freie Bauern lebten. Auch wo die Bauern Untertanen von Grundherren waren, oblag die Organisation des Gemeindebetrieb solchen Markgenossenschaften: der Grundherr hatte kein Interesse, diese Einrichtung, welche die optimale Nutzung des Bodens garantierte, von welcher auch er abhängig ist, zu stören. Grundherrschaft und Genossenschaft schliessen sich nicht nur nicht aus, sondern sie ergänzen sich sogar (Koexistenz).

Markgenossenschaften gab es deshalb überall in Europa. Aber in der Schweiz entwickelten sie sich in der Folge anders: diese Genossenschaften übernahmen zusätzliche Funktionen und Aufgaben. Sie wurden schon im Laufe des Mittelalters zugleich zur politischen Gemeinde, was eine Vermischung des Wirtschaftlichen mit dem Politischen zur Folge hatte.

12.3 Die politische Gemeinde bis zur Helvetik

Als Erscheinung, die nur im Gebiet der Schweiz zu beobachten ist, gilt die politische Gemeinde. Sie entstand, weil die Markgenossenschaft (vgl. oben 12.2.5) nicht nur ihrer ursprünglichen Kompetenzen ausübte, sondern nach und nach noch andere Aufgaben, insbesondere politische, wahrzunehmen begann. Die Markgenossenschaft übernahm also Verantwortung für das politische Schicksal der Ortschaft – bzw. einer bäuerlichen Gesellschaft, die es geschafft hatte, nicht in einen der umliegenden Territorialstaaten eingegliedert zu werden und sich von ihren Grundherren loszulösen – und wurde damit zur politischen Gemeinde.

12.3.1 Was ist eine politische Gemeinde?

Die politische Gemeinde des Mittelalters ist nicht mit unserer heutigen Gemeinde vergleichbar. Die heutige Definition würde das Wesen der damaligen Gemeinde nicht erfassen.

Die politische Gemeinde des Mittelalters hat sich aus genossenschaftlichen Erscheinungen (z.B. der Markgenossenschaft) herausgebildet, die ursprünglich allein für die Lösung der wirtschaftlichen Probleme zuständig waren, jedoch mit der Zeit auch die Verantwortung für andere, generelle Probleme der Gemeinschaft übernommen haben (Brücken, Strassenbau, Armenfürsorge usw.).

Die Gemeinde ist derjenige Verband, der genügend Macht (Hoheitsrechte, Zwangsgewalt, Gerichtsgewalt usw.) besitzt, die Lösung der anstehenden Aufgaben den Mitgliedern der Gemeinschaft aufzuzwingen und zu gewährleisten (d.h. gewohnheitsrechtliche Entstehung der Gemeinde).

12.3.2 Die Geltung des Einwohnerprinzips

Aufgrund ihrer Entstehung (12.3.1) und aufgrund der früheren, feudalen Struktur (vgl. 2.5.1 ff.) kennt die mittelalterliche Gemeindeorganisation keine Trennung von wirtschaftlichen und politischen Fragen bzw. privatem und öffentlichem Recht.

Das Eigentum (Sonder- oder gemeinschaftliches Eigentum) wird mit der Ausübung der politischen Rechte verbunden; nur wer Eigentümer ist, hat das Recht zur politischen Tätigkeit (d.h. Zensuswahlrecht, als typische Erscheinung dieser Gesellschaft). Im Gebiet der Schweiz dauert diese Erscheinung in manchen Gegenden an bis ins 19. Jahrhundert; bis dann die Verfassung von 1848 endgültig die Trennung von öffentlichem und privatem Recht bringt.

Die mittelalterliche Gemeinde ist trotzdem zunächst Einwohnergemeinde, was bedeutet, dass zur Gemeinde gehört, wer im Gebiet der Gemeinde wohnt (Einwohnerprinzip). Möglich ist dies, weil vorerst genügen Landreserven vorhanden sind, um allen – auch Neuzuzügern – Nutzungs- und Eigentumsrechte (und damit auch politische Rechte) einzuräumen.

12.3.3 In der Neuzeit: Einschränkende Tendenzen

Die Entwicklung der Gemeinde in der Neuzeit ist von einer Aristokratisierung (wie sie in Europa zu dieser Zeit generell zu beobachten ist) geprägt.⁹⁰

Die allgemeine Bevölkerungszunahme hat die Krise des bestehenden Gleichgewichts zwischen Sondereigentum und Allmende zur Folge, weil immer mehr Leute Nutzungsrechte beanspruchen und soviel gemeinschaftliche Landreserven nicht vorhanden sind. Das Einwohnerprinzip (das an sich bloss aufgrund der genügenden Reserven bestanden hat [vgl. oben 12.3.2]) verschwindet zugunsten eines Systems mit (neben der Wohnsitznahme) zusätzlichen Kriterien. Mit Hilfe dieser Kriterien (Eintrittsgebühren, Abstammung, Grundeigentum auf Gemeindegebiet, Eigentum eines Hauses⁹¹ usf.) kontrolliert die Gemeindeobrigkeit die Anzahl derjenigen, welche Nutzungsrechte beanspruchen und am politischen Leben der Gemeinde teilnehmen können (Aristokratisierung: die politische Macht beschränkt sich auf bestimmte Familien usf.).

12.3.4 Erzwungene, aber bloss scheinbare Öffnung

Diese Ausgrenzungsstrategie führte im 16. Jahrhundert dazu, dass es immer mehr Leute gab, die weder wirtschaftlich noch politisch eine Möglichkeit hatten, am Gemeindeleben teilzunehmen. Viel von ihnen waren oder wurden arm und hatten keine Möglichkeit, ihre Situation zu ändern. Diese armen Leute, die Bettler wurden als „Landplage“ angesehen, die man teilweise dadurch aufzuheben versuchte, dass man die Leute aus der Gemeinde abschob (wobei sie dann natürlich wieder einer andern Gemeinde zur Last fielen).

⁹⁰ Vgl. dazu: KÖLZ, S. 13 ff.

⁹¹ Das Kriterium des Eigentums eines Hauses ist in vielen neuzeitlichen Gemeindeordnungen insofern präsent, als diese Vorschreiben, es dürfe auf dem Gebiet der Gemeinde kein neues Haus errichtet werden: die Zahl derjenigen, welche sich politisch betätigen dürfen lässt sich auf diese Weise bequem kontrollieren.

Dass sich um dieses Problem alle eidgenössischen Orte sorgten, ist daraus zu ersehen, dass sich die Tagsatzung eigens mit dem Problem der Armenfürsorge auseinandergesetzt hat. Die Tagsatzung verfügte zwar nicht über eigene Machtmittel, um dieses Problem zu lösen – die Orte waren souverän –, doch gab sie Empfehlungen ab (1551): Jede Gemeinde solle ihre Armen nach ihren Möglichkeiten unterhalten, das Betteln verbieten und keine Leute an die Grenze stellen. Diese Empfehlung war vorerst als Lösung untauglich, da sie keine Kriterien festlegte, welches die Armen einer Gemeinde sind (Wohnsitz? Geburtsort? usf.). Zuletzt wurde ein Stichtag festgesetzt – wer an diesem Tag sich in der Gemeinde aufhielt, der gehörte zur betreffenden Gemeinde.

Auf diese Weise erhielten die Armen zwar ein persönliches Bürgerrecht, doch blieben sie Bürger zweiter Klasse. Denn nach wie vor verfügten sie über kein Vermögen und infolgedessen über keine politische Mitsprache. Faktisch entstanden zwei Kategorien von Gemeindebürgern (Gemeindedualismus); die alteingesessenen, voll berechtigten Bürger und die nicht berechtigten, benachteiligten Gemeindebürger.

12.3.5 Die Neuerungen der Helvetik (1798): Bekenntnis zum Gemeindeindividualismus

Die Helvetik (bzw. die Aufklärer der Helvetik) erkannte in dieser Zweiteilung ein ungerechtes und undemokratisches System, das es abzuschaffen galt. Die Privilegien waren aufzuheben und eine Einheitsgemeinde zu schaffen, welche das ganze bisherige Gemeindeeigentum übernimmt, welche die politische Problemlösung übernimmt und der alle Einwohner angehören. (Es handelte sich hierbei um die Übernahme des französischen Gemeinmodells).

Die Einheitsgemeinde liess sich jedoch nicht durchsetzen, zu stark war der Widerstand der bisher Privilegierten: teilweise wurde das bisherige Gemeindeeigentum – noch vor der Übernahme durch die Einheitsgemeinde – unter die Mitglieder als Privateigentum aufgeteilt, sodass nichts übrig blieb. Auch setzten sie sich mit Klagen an die helvetische Regierung in Aarau zur Wehr.

Die in der Helvetik politisch Verantwortlichen kapitulierten und führten als Kompromisslösung gesetzlich den Dualismus von Einwohner- und Bürgergemeinde ein (der im vor der Helvetik bestehenden System faktisch bereits angelegt war): Die Einwohnergemeinde umfasste alle im Gemeindegebiet wohnhaften Leute, sie war gedacht als politische Gemeinde, die für die Lösung der politische Probleme zuständig sein sollte. Die Bürgergemeinde hingegen umfasste ausschliesslich die früher vollberechtigten, privilegierten Bürger, d.h. jene, die bisher Anteil am Gemeindevermögen hatten; der Bürgergemeinde sollte aber keine politische Funktion mehr zukommen.

Diese Lösung war aber denkbar unglücklich; zum einen zementierte sie die bisher faktisch bestehende Situation und zum andern erhielt damit die Einwohnergemeinde zwar die politischen Rechte, aber keine finanziellen Mittel – diese blieben alle der Bürgergemeinde erhalten (die damit zudem keine Allgemeininteressen mehr zu befriedigen hatte!). Die politische Gemeinde war kaum handlungsfähig. Der Kompromiss erwies sich vielmehr als Kapitulation der Helvetik gegenüber der traditionellen Kräften.

12.4 Weitere Entwicklung der Gemeindeproblematik

12.4.1 Die erzwungene Schaffung der Einwohnergemeinde

Erst nach der Helvetik (inkl. Mediation) und der Restauration – in deren Verlauf alte Zustände wieder hergestellt wurden –, mit der Regeneration⁹² (dem liberaler Aufbruch ab 1830-38 und 1845-47) kam wieder etwas Bewegung in die Gemeindeproblematik: die Regeneration führte zunächst in den nun liberal regierten Kantonen zu Verfassungsreformen und schliesslich zur Bundesverfassung von 1848.

Die liberale Bewegung (und in ihrer Folge die Bundesverfassung) bekannte sich zum allgemeinen Stimm- und Wahlrecht, welche politischen Rechte allein vom Wohnsitz abhängig gemacht werden sollten. Dies bedingte aber die Niederlassungsfreiheit und, als weitere Folge, die Einwohnergemeinde in der ganzen Eidgenossenschaft. Die Bundesverfassung von 1848 verpflichtete zwar faktisch die Kantone dazu, die politische Einwohnergemeinde einzuführen, aber die konkrete Regelung der „Mitanteils- und Korporationsgüter“ wurde in Art. 41 Ziff. 4 der BV von 1848 vollständig den Kantonen überlassen. Damit wurde die für das Mittelalter und die Neuzeit charakteristische Verknüpfung von Eigentum und politischen Rechten (Einrichtungen wie das Zensuswahlrecht usw.) endgültig aufgegeben, aber die Entscheidung, die konkrete Regelung den Kantonen zu überlassen, hatte z.T. fatale Folgen, die noch heute festzustellen sind.

Die Bürgergemeinden und ihr Vermögen wurden aus der politischen Verantwortung entlassen, der früher bestehende politische Auftrag entfiel vollständig (vgl. 12.3).

12.4.2 Die kantonale Gesetzgebung betreffend „Bürgergüter“

In der Literatur werden zumeist drei mögliche Wege beschrieben, wie die Kantone mit den Bürgergemeinden verfahren konnten:

- Vereinheitlichung der Gemeinden (d.h. die Einheitsgemeinde nach dem Vorbild der Helvetik);
- „Privatisierung“ der Bürgergemeinden: die Bürger werden privatrechtliche Miteigentümer am Bürgergemeindevermögen (d.h. ebenfalls Verschwinden der Bürgergemeinde);
- Beibehalten des Gemeindedualismus.

Bezeichnenderweise hat sich kein Kanton für die erste Lösung, nur gerade zwei oder drei für die zweite und alle übrigen Kantone für die letzte Lösung entschieden: die Bürgergemeinde wurde in den meisten Kantonen – bis heute – als öffentlich-rechtliche Bürger- oder Burgergemeinde (Bern) beibehalten.

12.4.3 Die strukturelle Ambivalenz der Bürgergemeinde

Offenbar handelt es sich bezüglich der Beibehaltung der Bürgergemeinden um einen sog. guteidgenössischen Kompromiss? Zum einen erfüllt er die Erwartungen der Bürgergemeinden und zugleich die Erwartungen der Allgemeinheit, weil die Güter der

⁹² Vgl. dazu: KÖLZ, S. 209 ff.

Bürgergemeinden nicht vollständig „privatisiert“, sondern weiterhin für öffentliche Zwecke eingesetzt werden.

A) Das öffentlich-rechtliche Moment

Die meisten Bürgergemeinden sind als juristische Personen des öffentlichen Rechts konstituiert. Die Güter stehen der juristischen Person zu und sind in deren öffentlichem Sinn zu verwenden.

B) Das privatrechtliche Moment: Bürgergemeinde als Form einer versteckten Privatisierung

Auf der andern Seite sprach schon die Verfassung von 1848 von „Mitanteils- und Korporationsgütern“, welches oft auch der Meinung der Bürger entspricht, die sich vielmehr als Miteigentümer (im Sinn des Privatrechts) der Güter der Bürgergemeinde sehen denn als Mitglieder einer juristischen Person.

Dies zeigt sich auch in andern Belangen: Die Bürgergemeinden lassen sich von den Kantonen keine Kriterien zur Aufnahme neuer Mitglieder vorschreiben; und sie wollen über die Art der öffentliche Widmung ihrer Güter selber entscheiden. Die Güter werden zwar zum Wohl der Allgemeinheit eingesetzt, jedoch wollen sich die Bürger bei der Entscheidung über die Verwendung von derselben Allgemeinheit nicht kontrollieren oder hineinreden lassen (was bei Gütern, die teilweise bis zu drei Vierteln der ganzen Kantonsfläche ausmachen, nicht ganz unbedenklich ist). Die Bürger wollen entscheiden, was gut oder schlecht für die Öffentlichkeit ist.

Dass die Bürger sich nicht als Mitglieder einer juristischen Person, sondern als Miteigentümer sehen, und dass sie keine öffentliche Aufsicht über ihre Tätigkeit dulden wollen, weist darauf hin, dass jenseits des öffentlich-rechtlichen Gewandes der Bürgergemeinden, dem privatrechtlichen Aspekte in der Realität wohl der Vorzug gegeben wird.

Vierter Teil: Aus der Geschichte der Rechtswissenschaft

§13 Die mittelalterliche Renaissance des Rechts

13.1 Äusserer Ablauf

13.1.1 Warum „Renaissance“?

Gegenüber der Wendung „Renaissance des Rechts“ sind Vorbehalte durchaus angebracht: Ist es möglich, dass ein (geistiges) Phänomen stirbt und viel später an einem andern Ort, zu einer andern Zeit, in einer andern Situation und zur Lösung ganz anderer Probleme wiederersteht? Kann das neue mit dem alten identisch sein?

Die Metapher der Wiedergeburt suggeriert eine Kontinuität⁹³ des Rechts bzw. der römischen Rechtswissenschaft, die im Verlaufe der ersten zweieinhalb Jahrhunderte u.Z. eine Hochblüte erlebte und im 5. Jahrhundert – mit dem Einzug der Germanen in Rom und der Ablösung durch germanisches und Vulgarrecht – untergeht.^{94, 95}

Und trotzdem ist der Begriff in gewisser Hinsicht korrekt: das 12. Jahrhundert selbst versteht seine neu erblühende Rechtswissenschaft bewusst als Anknüpfung an die römische Rechtswissenschaft.

Dies ist vor allem deshalb möglich, weil das Recht sich wieder so verwirklicht, wie es in Rom bestanden hatte, d.h. die Rechtswissenschaft als eigentliche Quelle des Rechts.⁹⁶ Und weil das Recht anhand der Texte des *Corpus iuris civilis* (insbesondere anhand der Digesten) gelehrt wurde.⁹⁷

13.1.2 Die „Wiederentdeckung“ der Digesten

Im Gebiet des früheren weströmischen Reiches blieb das *Corpus iuris* weitgehend unbekannt. Hier war die Rechtskultur weitgehend verfallen (Vulgarrecht). Das Vulgar-

⁹³ Zum Kontinuitätsbegriff vgl. WIEACKER, S. 43 f.

⁹⁴ Vgl. auch KASER, S. 3 ff.

⁹⁵ GOETHE über GUIZOTS Vorlesung (frz. Historiker und Politiker): „... Auch das römische Recht, als ein fortlebendes, das gleich einer untertauchenden Ente sich zwar von Zeit zu Zeit verbirgt, aber nie ganz verloren geht und immer einmal wieder lebendig hervortritt, sehen wir sehr gut behandelt, bei welcher Gelegenheit denn auch unserm trefflichen Savigny volle Anerkennung zuteil wird. ...“ (GOETHE zu Eckermann am 6. April 1829).

⁹⁶ KASER, S. 15.

⁹⁷ Das *Corpus iuris* ist eine Textkompilation, welche um 533 im Auftrag des Kaisers JUSTINIAN in Byzanz (Ostrom) erstellt wurde. Es stellt einen Auszug dar aus den Schriften der klassischen Juristen, welche für den praktischen Gebrauch und zur Lösung der Probleme jener Zeit geeignet schienen. Zum *Corpus iuris* vgl. auch: KASER, S. 6 ff; QUELLEN I, 198.

recht ging in die germanischen Rechtsbücher ein und wurde auf diese Weise an das frühe Mittelalter weitergegeben (vgl. oben 9.2.4). Immerhin blieb auch in diesen Überresten die Erinnerung an ein von Juristen ausgebildetes Recht erhalten.

Das Auffinden oder „Wiederentdecken“ der Digesten im 12. Jahrhundert war kein Zufall. Zum einen wurde in dieser Zeit vermehrt über die Antike (z.B. die antiken Philosophen) nachgedacht, wobei im Rahmen dieser Bewegung auch die Frage nach den Wurzeln des Vulgarrechts wieder ins Blickfeld geriet. Und zum andern war gerade Oberitalien (Bologna, Florenz usw.) – wo die Digesten wieder auftauchten – das Zentrum reger Handelstätigkeit; von hier aus wurden die Kreuzzüge organisiert usw. (vgl. auch oben 4.2.1, 8.1.4). Hier entstehen neue rechtliche und gesellschaftliche Probleme, für die es keine vorgegebenen Lösungen oder Paradigmen (Leitbeispiele) gibt. Man wird sich bewusst, was das Recht zu leisten im Stande ist. Die Langobarden waren zudem der einzige der germanischen Stämme, der sich bereits früher mit dem Recht auseinandergesetzt bzw. Rechtswissenschaft betrieben hatte und also über eine diesbezügliche Tradition verfügte.

Die Erinnerung an ein von Juristen ausgebildetes Recht und das Bedürfnis nach der Lösung aktueller Probleme gaben einen geeigneten Rahmen ab für das Wiederauffinden bzw. finden der alten römischen Rechtsquellen, von denen man bereits ahnte, dass sie irgendwo existieren mussten.

13.1.3 Glossatoren und Kanonisten (1100-1250): IRNERIUS, quattuor doctores (MARTINUS, BULGARUS, JACOBUS und HUGO), ACCURSIUS

Zunächst werden die wiedergefundenen römischen Quellentexte von den Glossatoren mit Hilfe der Methoden der Scholastik gedeutet und fortlaufend (d.h. dem ursprünglichen Text folgend) kommentiert (vgl. 6.4.1 a.E.). Widersprüche sollen aufgelöst oder verständlich gemacht werden durch die Herstellung einer „Gesamtharmonie“ innerhalb des *Corpus iuris*. Die Glossatoren beschäftigen sich ausschliesslich mit dem *Corpus iuris*.⁹⁸

Der erste Glossator der aufblühenden Rechtsschule in Bologna war IRNERIUS, der als Rechtslehrer von der Stadt angestellt worden war. Mit der Errichtung einer Rechtsschule waren durchaus praktische Zwecke beabsichtigt: die Juristen sollten helfen die neuen rechtlichen Probleme zu lösen, sie waren im Handelsgeschäft und auch in der Verwaltung einsetzbar.

IRNERIUS folgten die *quattuor doctores* (vgl. auch unten 13.2.2) und, als letzter dieser ersten Generation von Rechtslehrern, ACCURSIUS, der die *Glossa ordinaria* erstellte, ein Sammelwerk mit über 100'000 einzelnen Kommentaren, welches eine Zusammenfassung aller bisherigen Kommentierungen und aller Anmerkungen darstellt.

Gleichzeitig, während an der Rechtsschule von Bologna am *Corpus iuris* gearbeitet wird, lehrt GRATIAN dort (oben 6.4.1, 9.2.6, 9.3.3) kanonisches Recht. Die beiden Rechtsschulen beeinflussen sich gegenseitig, die Studenten besuchen nicht nur die Vorlesungen ihrer eigenen Abteilung, sondern auch die der andern. Nicht nur das profane Recht

⁹⁸ KASER, S. 9.

wird vom kanonischen beeinflusst (vgl. 6.4.2), sondern auch die Kirche profitiert von dieser Zusammenarbeit: sie hat spezielle Probleme, für die es im kanonischen Recht keine Regeln gab, schon früher mit Hilfe römischer Rechtsregeln gelöst.

Später entstanden nach dem Vorbild der oberitalienischen Rechtsschulen solche auch in Frankreich (Orléans, Montpellier, Paris), Spanien (Valencia, Salamanca) und England. Schon bald kann von einem gesamteuropäischen Phänomen gesprochen werden, das im 14./15./16. Jahrhundert zu einer Verallgemeinerung der juristischen Methoden in diesem Raum führt.⁹⁹

Diese Verbreitung fand nicht zuletzt deshalb statt, weil sich auch die Kirche auf das römischen Recht stützte. Und weil ihre Juristen – durch den Austausch unter den Rechtsschulen – ebenfalls im profanen Recht ausgebildet waren.

Im deutschsprachigen Raum geht diese Ausbreitung zunächst nur zögernd voran, und die Eidgenossenschaft bleibt als Insel von dieser Entwicklung überhaupt ausgeschlossen (vgl. unten §15).

13.1.4 Kommentatoren (Consiliatoren), 1250-1400: CINUS DE PISTOIA (+1336), BARTOLUS DE SAXOFERRATO (+1357) und BALDUS DE UBALDIS (+1400)

In einer zweiten Phase beschäftigen sich Rechtslehrer und Juristen mit den römischen Quellen, die gleichzeitig auch in der Rechtsanwendung tätig sind. Sie verfassen für Gerichte Gutachten (*consilia*) und arbeiten in der Praxis.

Ihr Interesse erstreckt sich nicht nur auf das römische Recht, sondern sie sind an einer Systematik (Ordnung, Hierarchie, Konkurrenz der Rechtsquellen [vgl. unten 13.2.3]) der gesamten zur Verfügung stehenden Rechtsquellen interessiert: dem Handelsrecht, dem Gewohnheitsrecht, dem Statutarrecht der Städte usw., was zu einer Verwissenschaftlichung und Aufwertung auch dieser Rechtsquellen und -gebiete führt.

Die bedeutenden Juristen dieser zweiten Phase waren CINUS DE PISTOIA (+1336), Dichterjurist und Freund DANTES; BARTOLUS DE SAXOFERRATO (+1357) und BALDUS DE UBALDIS (+1400). Die beiden letzteren wurden zum Symbol der mittelalterlichen Rechtswissenschaft (vgl. unten 15.1.3 Fn. 109).

13.2 Versuch einer Würdigung

13.2.1 Warum nur ein „Versuch“?

Eine Würdigung dieser „Wiedergeburt“ des römischen Rechts muss aus verschiedenen Gründen nur Versuch bleiben. Wir sind – durch unsere „positivistische Erziehung“ – zunächst skeptisch gegenüber zuviel Auslegung: Im Zentrum unseres Rechts steht das geschriebene Gesetz und nicht die Interpretation; die Gefahr der Disqualifikation („Autoritätsgläubige Juristen“, „Formalismus“, „nur unschöpferische Exegese“ usw.) dessen, was wir nicht kennen und nicht verstehen, ist nicht von der Hand zu weisen.

⁹⁹ KASER, S. 9 f.

Und dann ist die mittelalterliche Jurisprudenz auch gar kein Ganzes, das in einem Zug zu würdigen wäre. Die ganze Entwicklung erstreckt sich über einen Zeitraum von ca. 400 Jahren, beinhaltet mindestens zwei verschiedene Schulen und verbreitet sich über einen grossen Raum (vgl. oben 13.1.3 f.).

13.2.2 Juristen im politischen Kampf

Die Verwissenschaftlichung und die Rechtsausbildung an den Universitäten lässt den Beruf des Juristen entstehen. Die ausgebildeten Juristen finden meist sogleich eine Anstellung. Denn die neuen Probleme der Zeit (oben 13.1.3) bedürfen juristischer Lösungen. Und durch den Einfluss der Juristen und der damit einher gehenden Verrechtlichung vieler Lebensbereiche steigt zugleich ihre Macht und ihr Ansehen; man ist auf sie angewiesen, weil in gewissen dieser Bereiche ohne juristisches Wissen nicht mehr auszukommen ist. Vor Gericht, in der Verwaltung, in der Diplomatie, in der Rechts- und der politischen Beratung wird ihnen mit der Zeit ein faktisches Monopol zuteil (vgl. 2.4.3).

Bald kann auch der Herrscher nicht mehr über diese Sachlage hinwegsehen. Er ist zum einen auf die Juristen angewiesen und auf der andern Seite erhofft er sich durch ihren Einfluss eine Stärkung seiner eigenen Macht.¹⁰⁰ Im Gegenzug erhalten die Juristen (die Lehrer und auch die Studenten) vom Herrscher weitgehende Privilegien wie Schutz auf der Reise u.ä.

Die Juristen waren aber nicht nur auf der Seite des Herrschers zu finden, sondern auch z.B. die oberitalienischen Städte in ihrem Konflikt mit dem Kaiser (vgl. 4.2.1, 8.1.7) liessen sich ihre Position durch juristische Argumente stärken. Die Juristen waren in enger Weise in die politischen Geschehnisse ihrer Zeit verwickelt und bezogen Stellung. Die Beziehung der Rechtswissenschaft zur Politik war eine selbstverständliche. Dass die damalige Rechtswissenschaft *per se* kaiserfreudlich gewesen sei, lässt sich unter diesen Voraussetzungen jedenfalls nicht sagen.

Den Vorwurf, den spätere Zeiten diesen mittelalterlichen Juristen machten, sie wären „Barbaren im Umgang mit den alten Quellen“ gewesen, kann aus damaliger Sicht nicht gerechtfertigt werden. Die mittelalterlichen Juristen waren bedacht auf die Lösung der Probleme ihrer Zeit; sie machten sich die greifbaren Quellen so zunutze wie sie für diese Zweck brauchbar waren. Ihre Sorge war nicht die Erhaltung, Wiederherstellung und Überlieferung des ursprünglichen römischen Rechts für spätere Zeiten.

13.2.3 Rechtsquellen als konzentrische Kreise?

Die Vielfalt und Unterschiedlichkeit der mittelalterlichen Rechtsquellen lässt den Eindruck eines Chaos' entstehen. Es existieren nebeneinander das göttliche Recht (*ius divinum*), das Reichsrecht (vom Kaiser erlassene Gesetze), das Gewohnheitsrecht, das römische bzw. gemeine Recht (*ius commune*), Statutarrecht der Städte, vertraglich ver-

¹⁰⁰ So liess sich z.B. Kaiser Friedrich I. Barbarossa in seinem Konflikt mit den oberitalienischen Städten von den *quattour doctores* eine Liste seiner Privilegien (*constitutio de regalibus*) erstellen und juristisch legitimieren (vgl. auch 4.2.1, 8.1.7).

einbartes Recht, kanonisches Recht usf., ohne dass eine Rangordnung ersichtlich wäre (vgl. auch 2.4.4 und 9.4.2).

Einige Rechtshistoriker vertraten die Meinung, diese verschiedenen Rechtsquellen hätten zueinander in einem Verhältnis gestanden, welches sie mit dem Bild der konzentrischen Kreise anschaulich zu machen suchten: Ein äusserster Kreis wurde von göttlichem Recht gebildet, dann folgten jeweils in einem eigenen Kreis: Reichsrecht, gemeines Recht, kanonisches Recht, Gewohnheitsrecht, Statutarrecht und Vertragsrecht. Jeder dieser Kreise engte den vom jeweils ausserhalb liegenden Kreis belassenen Freiraum weiter ein. Keiner der Kreise überschneidet sich mit einem andern, das Bild zeigt ein sauber, hierarchisch gegliedertes System und es zeigt, wie der Mensch im Mittelalter durch viele rechtliche Vorgaben eingeengt war.

Dieses Bild ist die Antwort auf eine Frage, die nur Juristen stellen können, welche in der Tradition des kodifizierten Rechts stehen, und welche eine Rangordnung unter den verschiedenen Rechtsquellen als einzige Möglichkeit der Systematisierung sehen.

Der mittelalterlichen Realität entspricht dieses Bild überhaupt nicht. Es gibt Rechtsquellen, die nicht in dieses Bild passen wie z.B. das kanonische Recht, das nicht nur zur Lösung kirchlicher, sondern auch profaner Probleme genutzt wurde (vgl. oben 6.4.2). Oder das Reichsrecht, welches faktisch kaum Geltung hatte. Und Rechtsquellen, die gleichzeitig nebeneinander galten.

13.2.4 *Aequitas et interpretatio*

Die Entstehung der mittelalterlichen Rechtssätze kann nicht mit der heutigen Rechtsetzung verglichen werden. Die mittelalterliche Vorstellung war diejenige der Bewahrung der vorgegebenen göttlichen Ordnung; alles Wesentliche wurde als bereits gegeben betrachtet und alles Neue als (verfeinerte) Variation des Bestehenden (vgl. oben 2.6.1). Die Juristen sind zwar die Bewahrer des Bestehenden (gleich römischen Priestern: *sacerdotes*), doch bereiten sie dieses Bestehende so auf, dass es für die Probleme der Zeit nutzbar gemacht werden kann (vgl. 9.2.2).

„Neues“ Recht entsteht nur in der Umwandlung (*transformatio*) des bestehenden. In dieser Umwandlung wird die *aequitas rudis* (die grobe, noch unverarbeitete Billigkeit) zur *aequitas constituto* (zur hergestellten Billigkeit). Erst diese hergestellte, herausgearbeitete Billigkeit stellt positives Recht (*ponere*: enthüllen, darstellen) dar.¹⁰¹ Diese *transformatio* bzw. *interpretatio* ist nicht eine Handlung unter andern, sondern sie ist die eigentliche Tätigkeit des Juristen, die entscheidende Arbeit (*scientia iuris est interpretatio legum*, vgl. auch 9.4.2).

Das Ergebnis dieser Operation kann nicht durch eine logische Ableitung vorhergesagt werden. Sie ist eine schöpferische Tätigkeit (Schöpfung von Recht) des jeweiligen Juristen. Es ist im Mittelalter selbstverständlich, dass verschiedene Juristen aufgrund derselben Quellen zu verschiedenen Ergebnissen kommen können. Das Rechtsverständnis des Mittelalters erträgt Widersprüche und Gegensätzlichkeit eher als die Lehre der Kodifikation. Dies zeigt sich u.a. an der Frage, ob die Städte Statutarrecht erlassen

¹⁰¹ Die Juristen verwendeten für sich und ihre Arbeit die Metapher des Goldschmieds, der aus dem rohen Stoff eine Kelch herstellt – der Stoff bleibt, trotz Formänderung, derselbe.

dürfen, das dem gemeinen Recht widerspricht? Die Antwort der Zeit auf diese Frage war nicht einheitlich: die einen meinten, sie dürften dies nicht tun, die andern sahen die Städte als autonom an und wollten es ihnen freistellen, und eine dritte Meinung wollte ein Abweichen vom gemeinen Recht zwar zulasse, jedoch nicht zu weit.

Die *interpretatio* ist also gar nicht dasselbe wie unser heutiger Begriff der Interpretation: Auslegung soll heute nur dort zur Anwendung kommen, wo der Gesetzestext nicht klar ist. Dieser Ansicht ist man ungeachtet der Tatsache, dass schon das Lesen und Verstehen eines (Gesetzes-)Textes eine Interpretation des Lesers darstellt; dies wird meist verdrängt.

Ebenso wie die Frage, ob geltendes Gesetzesrecht durch Gewohnheitsrecht abgeschafft (*deconsuetudo*) werden kann? Die Frage ist nicht beliebt, obwohl klar sein sollte, dass es möglich ist.¹⁰² Auch die mittelalterlichen Juristen waren nicht einheitlicher Meinung, doch wurde die Frage diskutiert.

13.2.5 Ein wirklich „anderes“ Rechtsquellen-system

Das mittelalterliche Rechtssystem wurde auch gemeinrechtliches Rechtsquellen-system genannt. Dies kann jedenfalls nicht durch die Häufigkeit der Anwendung des gemeinen Rechts erklärt werden: in ca. 60% der Fälle genügt z.B. das statutarische Stadtrecht, in weiteren 15% das Gewohnheitsrecht und dann auch das kanonische Recht für weitere 15%. Die verbleibenden 10% der Fälle, die durch das gemeine Recht gelöst wurden, können kaum namengebend gewirkt haben.

Zwar lässt man die ganze Vielfalt der Rechtsquellen nebeneinander gelten, aber im Moment der Anwendung muss eine Wahl getroffen werden. Diese Auswahl und Auslegung erfolgt durch einheitliche, am römischen Recht, an den Quellen des *Corpus iuris* geschulte wissenschaftliche Instrumente. Die Rechtswissenschaft, die sich am römischen Recht ausgebildet hat, stellt die Begriffe und Vorstellungen zur Verfügung, mit welchen die andern Rechtsquellen ausgelegt werden. D.h. die Sicht – die Brille, durch die sie betrachtet werden – ist eine einheitliche und nicht die Rechtsquellen. Erst auf diese Weise erklärt sich die Benennung als gemeinrechtliches Rechtsquellen-system.

Das mittelalterliche Rechtsquellen-system stellt sich also dar als ein solches, in dem die Rechtswissenschaft durch ihre schöpferische Funktion (vgl. oben 9.4.2, 13.2.4) als Rechtsquelle im Zentrum steht. Sie bleibt dem Recht bis ins 19. Jahrhundert als Zentrum erhalten, bis es durch die neue zentrale Rechtsquelle der Kodifikation verdrängt wird (vgl. 9.4.3 und Rechtsgeschichte II, §2).

13.2.6 Zur Schöpferischen Bedeutung der mittelalterlichen Rechtswissenschaft

Die Frage nach der schöpferischen Bedeutung der mittelalterlichen Rechtswissenschaft ist eine alte Streitfrage, welche schon von SAVIGNY gestellt wurde. Die Frage selbst scheint schon eine Antwort zu beinhalten: nämlich, dass die mittelalterlichen Juristen

¹⁰² Man denke nur an die Unmöglichkeit der Durchsetzung von Ordnungsvorschriften (z.B. Konsum von Haschisch), sobald eine grosse Zahl von Leuten sich nicht mehr an sie hält. Einzige Lösung ist die Änderung der Vorschriften.

nicht schöpferisch tätig gewesen seien, sondern nur schon Bestehendes abgeschrieben hätten. Diese Antwort ergibt sich zwanglos auch aus der Vorstellung einer Wiedergeburt des römischen Rechts (vgl. oben 13.1.1).

Die Belege für eine solche Sicht glaubte man in der Autoritätsgläubigkeit der mittelalterlichen Juristen gefunden zu haben. Für diese Juristen war das *Corpus iuris* etwas, was nicht in Frage gestellt werden konnte, weil es als von Gott gegeben angesehen wurde. Tatsächlich waren die mittelalterlichen Juristen autoritätsgläubig, und es gab die Tendenz das *Corpus iuris* überzubewerten. Doch kann man auch nicht behaupten wir heute wären nicht autoritätsgläubig (schon der Stellenwert, den wir dem geschriebenen Recht einräumen widerlegt dies).

Und gänzlich abwegig wird die These, das Mittelalter sei nicht schöpferisch gewesen, wenn man betrachtet, wie die damaligen Juristen mit den Quellen umgegangen sind: Das *Corpus iuris* war über 800 Jahre früher „in Kraft gesetzt“ worden und bot für die aktuellen Probleme nicht mehr immer adäquate Lösungen (jedenfalls solange man diese Quellen so las, wie sie vor 800 Jahre verstanden worden waren). Zudem hatte sich auch die Denkweise geändert. Die mittelalterlichen Juristen benutzten das *Corpus iuris* wie einen Steinbruch, aus dem sie die für die anstehenden Probleme passenden Blöcke herausbrachen. Und mit dem historischen Material kamen die Juristen zu neuen Lösungen, die nicht mehr diejenigen der Juristen des klassischen römischen Rechts waren. Genauso wie das *Colosseum* in Rom bis ins 18. Jahrhundert als Steinbruch für den Bau anderer Paläste benutzt wurde: Das Zusammenbasteln von Antworten aus zwar vorgegebenen Materialien ergibt trotz allem ein neues Gebäude (vgl. Rechtsgeschichte II, 10.3.2).

Als Beispiel für den freien Umgang des Mittelalters mit den Quellen mag die Kommentierung einer der letzten Bestimmungen des *Corpus iuris* dienen: es ist die *constitutio tanta*.¹⁰³ JUSTINIAN verfügt darin, dass das *Corpus iuris* nicht kommentiert und ausgelegt werden dürfe. Er wusste genau, dass, sobald sich Juristen mit seinem Werk zu beschäftigen beginnen würden, es verändert würde (vgl. oben 9.4.3). Dies aber widersprach seinem Wunsch, ein Werk zu schaffen, das durch viele Jahrhunderte Geltung behalten sollte.

Die Glossatoren (vgl. 13.1.3) kommentierten das *Corpus iuris* dennoch, und sie kommentierten auch diese Bestimmung: dort enthält die Kommentierung zunächst ein langes Lob JUSTINIANS und stellt fest, er habe recht. Dann aber folgt die (gegenwartsbezogene) Bemerkung, dieses Verbot habe jedoch nur dort und so lange einen Sinn, wo der Kaiser – die Quelle des Rechts – selbst anwesend sei. In diesem Falle könne er selbstverständlich nicht dulden, dass jemand sein Recht kommentiere. Aber wo der Kaiser nicht anwesend sei, da müsse das Recht – sozusagen in Stellvertretung des Kaisers! – durch die Juristen ausgelegt und kommentiert werden. „Und in unserer Zeit ist der Kaiser praktisch immer abwesend.“!

Und abgesehen davon ist die Frage nach der schöpferischen Tätigkeit überhaupt falsch gestellt: die mittelalterlichen Juristen wollten gar nicht schöpferisch sein, sondern sie wollten die Probleme ihrer Zeit lösen.

¹⁰³ *In tertia vero congregatione omnia quae de rebus nominantur contulimus, octo libris eis deputatis* (C. 1.17.2). Vgl. QUELLEN I, 205.

13.2.7 Zum Schluss nochmals: Licht und Schatten

Die bleibenden Verdienste der mittelalterlichen Juristen? Bevor man diese Frage beantwortet, muss man noch einmal festhalten: diesen Juristen ging es nicht darum, bleibende Werte für eine künftige Zeit zu schaffen, sondern es ging ihnen ganz konkret um die Lösung ihrer damals aktuellen Probleme. Ob sie dabei auch für die Zukunft Bleibendes geschaffen haben, das beurteilt sich allein danach, ob die nachfolgenden Generationen ihren Werken etwas abgewinnen können.

Die Pflege der Dogmatik durch die Juristen des Mittelalters erscheint uns heute als positiv; weil auch wir dogmatisch denken. Ebenso positiv erscheint uns der Versuch, Konflikte und Auseinandersetzungen mit Hilfe des Rechts zu lösen. Auf der andern Seite zeigt sich Unverständnis an in unseren Augen Chaotischen und Unübersichtlichen des damaligen Rechtssystems. Wir stossen uns am Formalistischen und an der Autoritätsgläubigkeit der Juristen (vgl. auch 13.2.1 und 13.2.6).

Über das Ganze hin gesehen aber hat sich das Rechtssystem, welches im 12.-14. Jahrhundert entstand, lange Zeit bewährt: Das Rechtsquellen-system des gemeinen Rechts blieb erhalten bis zum Beginn der Zeit der Kodifikation (9.4.3). Damals stellten sich neue Probleme und vor allem hatte sich die Einstellung den Juristen gegenüber verändert.

Ob sich das System der Kodifikationen ebenfalls so lange zu halten vermag, wie dasjenige des gemeinen Rechts, mag mit Recht bezweifelt werden. Denn bereits spricht man von Dekodifikation¹⁰⁴, und gewisse Vorgänge können durchaus als Indizien gedeutet werden: z.B. die Regelung wichtiger handelsrechtlicher Fragen ausserhalb des Obligationenrechts in einem Börsengesetz, in einem Fusionsgesetz, in einem Gesetz über die Rechnungslegung, und auf der andern Seite die Konsumentenschutzgesetzgebung (Produkthaftpflicht, Konsumkredit, Pauschalreise-gesetz usf.), welche das bürgerliche Zivilrecht mehr und mehr in die Bedeutungslosigkeit verdrängen („Wozu noch das OR?“).

¹⁰⁴ Dazu mehr bei WALTER, HANS PETER, Splitterndes Privatrecht, recht 97, S. 1 ff.; SCHLOSSER, S. 225 ff.

§14 Die Rezeption der mittelalterlichen Rechtswissenschaft im Reichsgebiet

14.1 Einleitung und Problemstellung

Die Verbreitung der juristischen Methode des gemeinen Rechts, des gelehrten Rechts (*ius docendi mos italicus*), – und mit ihr des materiellen gemeinen Rechts – durch in Oberitalien ausgebildete Juristen in ganz Europa bzw. im Deutschen Reich vollzieht sich in zwei Phasen: zunächst in einer sog. „Frührezeption“ und später in der „Vollrezeption“ (*receptio in globo*), welche letztere aber nur noch das Gebiet des Deutschen Reiches betrifft.

14.1.1 Ein Wort zur Frührezeption

Die in Oberitalien ausgebildeten Juristen (Doktoren beider Rechte) finden im 11. und 12. Jahrhundert allein bei der Kirche und ihrer Gerichtsbarkeit Arbeit: Die Kirche ist in ganz Europa präsent, und an allen Bischofssitzen gibt es Gerichte (Offiziate), die nicht nur in Kirchensachen entscheiden, sondern auch in profanen Angelegenheiten aufgrund privater Rechtswahl (vgl. oben 6.4.1 und 6.4.2).

Diese kirchlichen Gerichte bieten unter dem Einfluss der Methoden des gemeinen Rechts neue Prozessformen: einen schriftlichen Zweiparteienprozess mit Richtern die Juristen sind und einem schriftlichen Urteil, welches überall, wo sich kirchliche Gerichte finden durchsetzbar ist. Damit ist die Rechtssicherheit der kirchlichen Gerichtsbarkeit – die zudem auf das Zwangsmittel der Exkommunikation zählen kann – grösser als diejenige lokaler Schöffengerichte (vgl. 6.4.2).

Diese Gründe verhelfen dem gelehrten römischen Recht, sich mithilfe der Kirche in ganz Europa zu verbreiten.

14.1.2 Ein anderes Wort zur „eigentlichen“ Rezeption

Nach dieser ersten Ausbreitungswelle im Schosse der Kirche verbreitet sich das römische Recht in einer zweiten Phase auch über die weltliche Gerichtsbarkeit (vgl. unten 14.3.2).

Im Gebiet des Deutschen Reiches hält der Siegeszug des gemeinen Rechts bis in die Neuzeit an. Im 14./15./16. Jahrhundert verbreitet sich das gelehrte Recht, seine Methoden und damit auch die Fachjuristen im ganzen Reich und bleibt bis zur Kodifikation die tragende Rechtskultur (zum Begriff des Rechtsquellensystems des gemeine Rechts vgl. oben 13.2.5).

14.2 Allgemeine Betrachtungen zum Rezeptionsbegriff

14.2.1 Rezeption als Vorgang der Kulturwissenschaften

Rezeption bedeutet ganz allgemein die Übernahme von fremdem Gedanken- oder Kulturgut, fremden Normen und Wertvorstellungen sowie Verhaltensweisen durch eine andere Gesellschaft: z.B. die Aufnahme der griechischen Philosophie im Mittelalter, die Übernahme der griechischen Kultur durch die Römer usw. In der Rechtswissenschaft steht der Begriff der Rezeption insbesondere für die Übernahme des römischen Rechts in das deutsche Recht im Mittelalter.

Rezeption ist aber auch der individuelle Vorgang des Empfangens einer Botschaft durch den Einzelnen (z.B. das Lesen eines Buches). Jeder empfängt mit seinen Sinnen, auf dem Hintergrund seiner individuellen Erfahrungen und seines Wissens: Wir entdecken in einem Buch nach 10 Jahren ganz andere Dinge als beim ersten Lesen. Nicht das Buch hat sich verändert, sondern der Leser.

14.2.2 Rezeption in der Rechtsgeschichte

Andere Beispiele für die Rezeption rechtlicher Modelle und Systeme sind: die Übernahme des ZGB in der Türkei; die Ausstrahlung der Historischen Rechtsschule über den deutschen Raum hinaus; die Übernahme des BGB in Südamerika; die Rezeption des Code civil in den linksrheinischen Gebieten des Deutschen Reiches; die Übernahme westlichen Rechts (u.a. deutsches und römisches Recht) in China und Japan; und auch die Übernahme nationalen Rechts in die Institutionen der EU und umgekehrt.

14.2.3 Rezeption als passiver Akt des Empfangens

Rezeption wurde lange Zeit nur als passiver Akt des Empfangens betrachtet, ohne dass sich das Empfangene dabei verändert hätte. Die Betrachtung blieb dabei immer nur auf die Schöpfer des Übernommenen gerichtet. Dieses erhält dadurch einen autoritären Zug, d.h. es soll gleich bleiben und die Empfänger sich daran halten. Insbesondere für die Historische Rechtsschule war diese Einstellung wichtig, weil sich ihre Rechtstheorie (Kontinuität des römischen Rechts [vgl. unten 17.2.3]) dadurch legitimierte. Dem Prozess der Übernahme und der dadurch eintretenden Veränderung des Empfangenen („Der Empfänger bestimmt die Botschaft“) wurde wenig bis keine Beachtung geschenkt.

14.2.4 Rezeption als unvermeidliche Neuschöpfung

Erst in neueren Untersuchungen wird man sich dieses Problems bewusst und verändert die Perspektive der Betrachtung: Auch die Rezeption bedeutet eine Umformung und Neuschöpfung des Übernommenen („produktives Missverstehen“). Eine Norm wird laufend neu interpretiert; sie erhält Bedeutungen, an die bei der Schöpfung niemand gedacht hätte. Die Norm wird aus ihrem zeitlichen Kontext herausgenommen und der eigenen Zeit entsprechend interpretiert. Ein Begriff aus dem 12. Jahrhundert kann im 16. Jahrhundert nicht mehr den gleichen Inhalt haben; und schon die Glossatoren inter-

pretierten die römischen Texte auf ihrem Lebenshintergrund (z.B. kann der Feudalismus des Mittelalters mit dem Eigentumsbegriff des römischen Rechts nicht viel anfangen und muss diesen Begriff selbständig interpretieren [Rechtsgeschichte II, 10.3.2]). Der Begriff bleibt zwar der gleiche, aber sein Inhalt ändert sich in der Zeit.

14.3 Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland

14.3.1 Rezeption als Verwissenschaftlichung

Bei der Rezeption des römischen Rechts im Deutschen Reich war nicht so sehr die Übernahme des Stoffes selbst von Bedeutung, sondern die Entwicklung in der Art des Umganges mit dem Recht. Die wissenschaftlichen Methoden des gelehrten Rechts (und mit ihnen aber auch der Stoff, d.h. das *Corpus iuris*) flossen über die Fachjuristen als Träger dieser Methoden ein in die Anwendung des lokalen Rechts (Übergang vom unangelehrten zum gelehrten Recht [vgl. 2.4.3]). Dieses wurde nicht durch das römische Recht verdrängt, sondern nur in der Auslegung einheitlichen Kriterien unterworfen.¹⁰⁵ Die Übernahme des römischen Rechts hatte also weniger mit einer Unfähigkeit zum Erlass neuen eigenen Rechts zu tun, als vielmehr mit der Notwendigkeit, gelehrte Juristen einzustellen (vgl. 13.2.2, 14.3.2). Und die einzigen wissenschaftlich ausgebildeten Juristen waren diejenigen, welche in Bologna an den römischen Quellen geschult worden waren.

Das römische Recht selbst (als Stoff) war von allgemeiner Geltung, es bezog seine Autorität zum einen aus den Begriffen der *fundata intentio* bzw. der *fundata ratio*, d.h. aus seiner inhärenten Vernunft, aufgrund welcher seine Geltung nicht erst bewiesen zu werden brauchte (anders als die des lokalen Gewohnheitsrechts). Und zum andern herrschte im Mittelalter die Überzeugung, das Römische Reich Deutscher Nation sei die Fortsetzung des römischen Kaiserreiches (*translatio imperii*), dessen Reichsgesetze und vor allem das *Corpus iuris* dürften daher ohne Weiteres in Deutschland Geltung beanspruchen.

Die wirtschaftlich-materielle Grundlage der Rezeption bestand in der ungeheuren Rechtszersplitterung der einheimischen Rechtsordnungen, die in ihrer unwissenschaftlichen und rückständigen Art dem wirtschaftlichen Aufschwung des ausgehenden Mittelalters nicht zu genügen vermochten. Die Rezeption war denn auch eine „Verwissenschaftlichung und Rationalisierung des deutschen Rechtswesens und seiner fachlichen Träger“, der Juristen (vgl. 14.3.3).¹⁰⁶

14.3.2 Zum konkreten Ablauf

In der ersten Phase der Rezeption des römischen Rechts fanden die darin ausgebildeten Juristen nahezu nur Arbeit bei den kirchlichen Gerichten (vgl. oben 14.1.1). Erst im 14.

¹⁰⁵ RUDOLF SOHM (1841-1917, dt. Jurist, war an der Ausarbeitung des BGB beteiligt): „Weil wir der fremden Rechtswissenschaft bedurften, haben wir [auch] das fremde Recht rezipiert.“

¹⁰⁶ Vgl. auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 1.

Jahrhundert, als sich die Territorialstaaten auszubilden beginnen (vgl. oben 3.3.2, 4.2.2 a.E., 5.1), bedürfen die nun absolutistisch regierenden Landesherren (vgl. 5.1.2) für ihre straff organisierten Verwaltungen und Gerichte ebenfalls der Juristen.

Einen bedeutenden Entwicklungs- und Verbreitungsschub brachte die Einrichtung des Reichskammergerichts 1495 (vgl. 4.3.1). Dieses Gericht musste sich zur Hälfte aus Fachjuristen (welche naturgemäss im römischen Recht ausgebildet waren [vgl. oben 14.3.1]) zusammensetzen. Das anzuwendende Recht war das jeweilige lokale oder ersatzweise das römische. Das lokale Recht musste jedoch, damit es vom Gericht angewendet werden konnte, von den Parteien nachgewiesen werden, was, wenn beide Parteien etwas anderes behaupteten, nicht oft gelang, da die lokalen Gebräuche meist gar nicht schriftlich aufgezeichnet worden waren. Deshalb wurde vom Reichskammergericht nahezu ausschliesslich das römische Recht angewendet. Zudem verwendeten die Fachjuristen auch bei der Anwendung lokalen Rechts die Methoden des gelehrten römischen Rechts.

Da das Reichskammergericht in allen deutschen Territorialstaaten Geltung beanspruchte, mussten diese sich in ihrer Gerichtsstruktur anpassen (zur Eidgenossenschaft vgl. aber 11.3.1), was zu einer weiteren Verbreitung des gelehrten Rechts, seiner Methoden und der Fachjuristen führte.

14.3.3 Wozu Verwissenschaftlichung?

A) Rezeption als rechtliche Antwort auf das Aufkommen der Geldwirtschaft?

Eine der Theorien, wieso das Bedürfnis nach einer Übernahme des römischen Rechts entstand, beantwortet diese Frage dahin, dass die aufkommende Geldwirtschaft (Handel, Märkte usf. [vgl. auch 2.3, 2.4.4]) diese Rechts bedurft habe, weil es für die Lösung der damit auftretenden Probleme sehr gut geeignet gewesen sei.

Auf der andern Seite jedoch waren der Handel und das Recht des Handels primär eine Frage des Gewohnheitsrechts der Kaufleute (Usanzen usf.); das römische Recht schieg sich über handelsrechtliche Fragen aus. Und gerade in den Hansestädten blühte der Handel bereits vor der Rezeption des römischen Rechts. Ausserdem war das römische Recht aufgrund seines Ursprungs gar nicht das Recht einer typisch geldwirtschaftlichen Gesellschaft: Rom war noch lange Zeit nach seiner Gründung und dem Erlass der ersten Gesetze (12-Tafel-Gesetz) ein „Kuhdorf“.

B) Rezeption als absolutismusfreundliche Strategie?

Eine andere Erklärung besagt, der Absolutismus habe (für die Verwaltung, die Gerichtsbarkeit usf. [vgl. 5.1.2]) nach einem gelehrten Recht verlangt. Die Juristen hätten durch die Anwendung und Auslegung des Rechts im Sinne des Herrschers dessen Macht verstärkt oder ihm gar die absolute Macht verschafft. Demgegenüber hat aber gerade der französische König seinen absolutistischen Staat ohne römisches Recht (es war in Frankreich nie geltendes Recht) aufbauen können; und im Deutschen Reich galt das römische Recht als das Recht des Kaisers (als Nachfolger der römischen Caesaren: *translatio imperii*), der 1806 dennoch abgesetzt wurde (vgl. 3.1 a.E., 3.3.2, §4).

C) Das Bedürfnis nach einheitlichem Recht?

Für die naturalwirtschaftlich und feudal ausgerichtete mittelalterliche Gesellschaft war die Rechtszersplitterung typisch (und entsprang den Verhältnissen). Man kann nicht sagen, die Leute hätten darunter gelitten (dies ist die Sichtweise späterer Zeiten), der Wunsch nach einem einheitlichen materiellen Recht bestand zum grössten Teil nicht. Es kann aber aufgrund allgemeiner gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Vereinheitlichung und einer langsamen, aber grundlegenden Veränderung der Gesellschaft als ganzer von einem allgemeinen Bedürfnis nach Vereinheitlichung jedenfalls der Rechtsanwendung ausgegangen werden (vgl. auch 2.3, 2.4.4, 5.1.3, 5.2.3 und 9.3.5). Diese wurde durch die in den Methoden des gemeinen römischen Rechts ausgebildeten Juristen erreicht, die alle übrigen Rechtsquellen durch diese vorgegeben „Brille“ betrachteten.

Das Aufkommen der Geldwirtschaft und der Aufbau absolutistischer Staatsstrukturen sind somit nicht die alleinigen Gründe dafür, aber sicher haben sie einen Einfluss auf die Entwicklung.

14.3.4 Eine abschliessende Würdigung

In Bezug auf die Bedeutung der Rezeption stehen sich innerhalb der Historischen Rechtsschule zwei kontroverse Positionen gegenüber (vgl. unten 17.2, insbes. 17.2.7): die Romanisten und die Germanisten.¹⁰⁷ Erste sahen sich in der von ihnen postulierten Kontinuität des römischen Rechts bestätigt, die andern erkannten die Rezeption als eine nationale Katastrophe; das fremde römische Recht habe das nationale deutsche Recht zerstört. Allerdings gab es im Mittelalter kein einheitliches deutsches Recht, jede Vereinheitlichung hätte also (für die meisten Reichsgebiete) eine Entfremdung vom eigenen Recht bedeutet, nicht nur die Übernahme des römischen Rechts. Zudem war das römische Recht das Recht des Kaisers (als Nachfolger der Caesaren: *translatio imperii*), welcher Gesichtspunkt eine allgemeine Übernahme durchaus zu rechtfertigen vermochte.

Der eigentliche Grund, weshalb man das römische Recht bekämpfte, ist darin zu finden, dass man die damit verbundene „Zunft“ der Fachjuristen als die Werkzeuge der Verwissenschaftlichung des Rechts, nicht wollte. Die Verwissenschaftlichung bedeutete nämlich den Untergang des Rechts als Volkskultur und Verwandlung in die Kultur eines bestimmten Standes, der in der Folge gar in den Adel gehoben wurde (vgl. 2.4.3). Die konkreten Auswirkungen waren z.B. das Verschwinden der Laien- und Schöffengerichte. Das Recht wurde plötzlich nur noch von einer bestimmten, spezialisierten Gruppe, den Juristen ausgeübt.

Zur Zeit der Bauernaufstände zeigte sich diese Ablehnung der Juristen insbesondere darin, dass die Bauern den Juristen (den „bösen Christen“) die Schuld daran gaben, ihnen ihre alten Rechte (z.B. das Recht, den Wald nutzen zu können [vgl. Rechtsgeschichte II, 10.2.3]) weggenommen zu haben, indem sie ihre Dienste und die rechtlichen Möglichkeiten den Landesherrn zur Verfügung stellten, um die Eingriffe in die Form der

¹⁰⁷ Erforscher des mittelalterlichen deutschen Rechts (Germanisten) und des römischen Rechts (Romanisten) innerhalb der Historischen Schule.

Produktion und insbesondere die Selbstbestimmung der Genossenschaften zu rechtfertigen (vgl. 5.1.3, 7.3.1 und 7.3.2).

§15 Frührezeption und Rezeption in der Schweiz

15.1 Die Frührezeption

15.1.1 Eine traditionelle Antwort

Fand das gelehrte Recht auch in der alten Eidgenossenschaft Verbreitung? Die traditionelle Antwort auf diese Frage stammt von EUGEN HUBER¹⁰⁸ (Anhänger der germanistischen Richtung der Historischen Schule): Zwar habe es einige ausgebildete Juristen gegeben, einige wenige Begriffe des römischen Rechts seien in das bestehende Recht übernommen worden und natürlich habe die kirchliche Gerichtsbarkeit – wie überall im Reichsgebiet – auch im Gebiet der alten Eidgenossenschaft bestanden (vgl. 14.1.1). Im ganzen seien es aber bloss unbedeutende „Ingredienzen“, ohne weitere Folgen. Zu einer Vollrezeption sei es aufgrund der Abspaltung der Eidgenossenschaft vom Reich (vgl. 11.3.1) nicht gekommen.

15.1.2 Und eine neue Gegenansicht

Erst im Zusammenhang mit der Erforschung der Rezeption des römischen Rechts in ganz Europa (durch FERDINAND ELSENER u.a.) sind neue Erkenntnisse gemacht worden: Zunächst einmal hat man herausgefunden, dass es sehr viele Schweizer Studenten an der Rechtsschule in Bologna gegeben hat (ca. 300 über den ganzen Zeitraum), dann hat es in der Schweiz auch viele Notare gegeben, welche die römischen Begriffe verwendeten und zudem hat man in schweizerischen Klöstern grosse Sammlungen juristischer Literatur gefunden.

HUBER hatte sich offenbar getäuscht: Zeichen der Frührezeption liessen sich überall finden, alles deutete auch auf eine Vollrezeption hin, die aber 1495 plötzlich gestoppt wurde (Stagnationstheorie). Nach dem Friedensvertrag von Basel (1499) hatte die Gerichtshoheit des Reichskammergerichts für die Eidgenossenschaft keine Geltung mehr (vgl. oben 11.3.1). Dadurch war die Schweiz nach 1499 auch von der Rechtsentwicklung im Reich abgeschnitten. Der Prozess der Übernahme fremder Rechtsfiguren verlangsamte sich deutlich, die Gerichte blieben mit juristischen Laien besetzt, und Grundlage der Rechtsprechung blieb das lokale Recht.

15.1.3 Eine kritische Bemerkung

Dieser neueren Forschung gegenüber hat aber eine jüngere Generation von Forschern und Lehrern der Rechtsgeschichte (z.B. CARONI, SOLIVA) eigene kritische Bemerkungen und Deutungen angefügt: Zum einen seien zwar die Fakten (Dokumente der Notare usf.) da, jedoch gebe es Anzeichen dafür, dass die römischrechtlichen Begriffe nicht so verwendet und verstanden wurden, wie sonst üblich (z.B. Verwendung in einem völlig

¹⁰⁸ Vgl. dazu: HUBER EUGEN, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts.

ändern oder falschen Zusammenhang: z.B. wurde Erbvertrag mit *testamentum* übersetzt). Von den 300 Schweizer Juristen seien nur gerade 50 wieder in die Schweiz zurückgekehrt (die dann bei der Kirche eine Anstellung fanden), die ändern haben im Reich Arbeit gesucht, weil in der Eidgenossenschaft keine zu finden war. Und die Bücher in den Klöstern geben noch keine Garantie dafür, dass sie auch tatsächlich gelesen worden sind.

Viele andere Indizien sprechen dafür, dass EUGEN HUBER doch ungefähr richtig lag: Die Ablehnung der kirchlichen Gerichtsbarkeit im Pfaffenbrief (vgl. 11.2.2); die Ablehnung der Juristen überhaupt (betitelt als „Tintenschlecker und Rechtsverdreher“). Ein bezeichnendes Beispiel dafür bietet der sog. Frauenfelder Prozess in einer Erbschaftssache: Die Schöffen verloren – nach unendlichen juristischen Darlegungen des Advokaten einer Partei – die Geduld und erklärten, sie brauchten weder „Bartele noch Baldele“ (vgl. 13.1.4), sie hätten ihre eigenes Recht usf. Nachdem der Advokat hinauspediert worden war, entschied man die Sache entgegen seinen Darlegungen.¹⁰⁹

15.2 Die eigentliche Rezeption (15.-17. Jh.)

15.2.1 Eine tendenzielle Ablehnung

Ist die Eidgenossenschaft nicht ein zu uneinheitliches Gebiet, um eine generelle Aussage über ihr Verhältnis zur Verwissenschaftlichung des Rechts zu machen: die Unterschiede zwischen Stadt und Land, zwischen Nord und Süd, zwischen den Orten und den Untertanengebieten oder Gebieten mit geschriebenem Recht und solchen mit Gewohnheitsrecht?

Trotz dieser teils grossen Unterschiede ist doch in allen Gebieten der Eidgenossenschaft eine tendenziell ablehnende Haltung gegenüber dem gelehrten römischen Recht feststellen.¹¹⁰ Die Eidgenossenschaft schliesst sich der Verwissenschaftlichung des Rechts – wie sie im Reich betrieben wird – nicht an: als eine Insel auf dem europäischen Kontinent, die als einzige sich davon ausschliesst. (Dies als negative Reaktion anzusehen ist die Sichtweise jener, welche die Verwissenschaftlichung als Schritt der Modernisierung betrachten.)

15.2.2 Eine bewusste Ablehnung?

Ausgehend von der ablehnenden Haltung der Eidgenossen muss man die Frage stellen, ob es sich dabei um eine bewusste oder eine instinktive Haltung dem neuen Recht gegenüber gehandelt hat? Wäre es (nur) um die Übernahme der konkreten, materiellen Rechtssätze gegangen, könnte man einen instinktiv ablehnende Haltung diesem neuen,

¹⁰⁹ Zitiert nach WIEACKER, S. 88, Fn. 34: „Höret Ihr, Doktor, wir Eidgenossen fragen nicht nach dem Bartele und dem Baldele und anderen Doktoren. Wir haben sonderbare [=besondere, eigene] Landgebräuch und Rechte.“ Die älteste Version dieses Streits ist abgedruckt in den QUELLEN I, 233. Dazu vgl. auch HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1998, Rz. 1.18.

¹¹⁰ Anders als im Reich, wo zwar die ländlichen Gebiete bis ins 19. Jahrhundert dem gemeinen Recht skeptisch gegenüber standen, es in den übrigen Teilen des Landes aber aufgenommen wurde.

fremden Recht gegenüber annehmen; ein Vergleich von römischrechtlichen Regeln und dem eigenen Recht hatte nie stattgefunden, da man die fremde Ordnung gar nicht kannte. Die Frage ist darüber hinaus eine fiktive, da auch im Reich selbst ein solcher Vergleich nicht stattgefunden hat.

Nimmt man hingegen die Übernahmen als Verwissenschaftlichung der Rechtspflege, d.h. das Aufkommen der Fachjuristen in der Rechtspflege, so erscheint die Ablehnung als eine bewusste, wohlüberlegte Reaktion. Denn die Rezeption hätte Folgen gehabt, welche man nicht wollte (vgl. unten 15.2.3 f.). Die Verwissenschaftlichung hätte das Ende der Volksgerichtsbarkeit bedeutet, die gesamte Rechtsprechung hätte von Fachjuristen ausgeführt werden müssen. Das bisherige, oft ungeschriebene Recht hingegen konnte auch von Richtern verstanden und angewendet werden, die weder lesen noch Latein konnten. Ebenso war das bestehende Recht allen Rechtsunterworfenen bekannt. Die Anekdote vom Frauenfelder Landgericht (15.1.3 a.E.) zeugt bereits von dieser bewussten Ablehnung: Nicht der Inhalt des Rechts wird vom Richter kritisiert, sondern die Methode, die Wissenschaft (und insbesondere ihre Repräsentanten, die Juristen) werden abgelehnt.

15.2.3 Zu den Gründen dieser Ablehnung

Als Grund für diese Ablehnung stand lange die Beziehung der Eidgenossen zum Reich im Vordergrund; diese hatte 1495 die Beschlüsse des Reichstages (u.a. die Schaffung des Reichskammergerichts) abgelehnt. Das Reichskammergericht hätte auch für die Eidgenossenschaft Kompetenzen gehabt, was im Widerspruch stand zum Richterartikel (d.h. die Ablehnung fremder Richter) des Bundesbriefes (vgl. oben 10.2.3), der nach wie vor Geltung beanspruchte. Das führte zum „Schwabenkrieg“, den die Eidgenossen gewannen; im Basler Frieden von 1499 lösten sie sich faktisch vom Reich (vgl. auch oben 11.3.1).

Für viele Rechtshistoriker sind dies die entscheidenden Fakten, welche die ablehnende Haltung der Eidgenossen, die sie dem gelehrten Recht (als Recht des Reiches und des Kaisers) gegenüber an den Tag legten, erklären. Allerdings fragt sich, ob diese Erklärung überzeugend genug ist? Muss die Ablehnung vor diesem politischen Hintergrund gesehen werden; ist das Verhältnis der Eidgenossen zum Reich wirklich entscheidend, wurde alles abgelehnt, was aus dem Reich kam?

Könnte man nicht im Gegenteil annehmen, dass sich das Verhältnis der Eidgenossen zum Reich, gerade weil sie sich faktisch davon getrennt hatten, nach dem Basler Frieden unverkrampfter darstellte als vorher? Indiz dafür ist die Übernahme anderer gesetzlicher Regelungen des Reiches: z.B. die *Carolina*¹¹¹, die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser KARLS V. von 1532. Die *Carolina* wurde zunächst zum Strafgesetz für die Schweizer Soldaten im Ausland bestimmt und war später (bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts) in den meisten Kantonen als subsidiäres Strafrecht anerkannt.¹¹²

Warum war die *Carolina* übernommen worden, und weshalb nicht auch das römische Recht? Die *Carolina* umfasst knapp 200 Artikel und ist in deutscher Sprache verfasst,

¹¹¹ Dazu auch STRATENWERTH, AT I, S. 16 ff.

¹¹² A.M. STRATENWERTH, AT I, S. 16/17.

sie konnte also ohne die Hilfe von Juristen gelesen und angewendet werden, was beim *Corpus iuris* nicht der Fall war. Die Reichsfrage scheint also nicht zentral für die Entscheidung gegen die Übernahme des römischen Rechts gewesen zu sein, sondern vielmehr die Konsequenzen der Übernahme für das eigene Rechtssystem: Die Eidgenossen wollten ihre Rechtsordnung selber im Griff behalten, und sich nicht von einer fremden Rechtslehre, auf welche sie direkt keinen Einfluss hatten, bestimmen lassen.

15.2.4 Republikanische Einstellung und die Folgen

Als republikanische Einstellung und Erfahrung soll hier die eidgenössische Andersartigkeit (das genossenschaftliche Organisationsprinzip) inmitten eines Kontinents, auf dem das monarchische Prinzip vorherrschend war, bezeichnet werden. Das lokal organisierte, genossenschaftliche Prinzip herrscht in der Eidgenossenschaft auch bezüglich der Gerichtsbarkeit: die Rechtspflege ist bis 1798 eine volkstümliche, d.h. eine, an der das Volk direkt als Richter und Geschworene beteiligt war. Die Leute kannten demzufolge das anzuwendende Recht (meist ungeschriebenes Gewohnheitsrecht), ja hielten sich selber für die Quelle des Rechts. Es gab keine Trennung zwischen Erlass und Anwendung von Recht. Es wurde nach „Minne und Recht“, d.h. nicht nach geschriebenem Recht oder vorgegebenen Modellen entschieden. Die Übernahme des römischen Rechts hätte das Ende der genossenschaftlichen Rechtspflege bedeutet. Einer Rechtspflege die auch ohne das römische Recht während 300 Jahre funktioniert hat. Die Prozesse in der Eidgenossenschaft dauerten vielleicht gerade deshalb nicht so lange, weil keine Juristen davon leben mussten.

Die Ablehnung war insofern von vornherein gegeben, weil die Praxis des römischen Rechts den Eidgenossen höchst suspekt gewesen ist. Sie hatten immer das Gefühl, wenn Juristen auftreten, werde ihnen etwas weggenommen. Juristen als „lange Hand eines Herrn“ (vgl. oben 5.1.3, 7.3.2, 14.3.2). Und gerade diejenigen, welche dem römischen Recht kritisch gegenüber standen (insbesondere die französischen Humanisten) haben den Eidgenossen stets attestiert, sie seien den richtigen Weg gegangen.

Auch war es für die Eidgenossenschaft kein Problem, dass ihr Recht in verschiedene lokale Rechte zersplittert und auch kaum schriftlich aufgezeichnet war. Die Bedenken bezüglich der Rechtssicherheit, die man instinktiv heute hegt, hatten sie nicht. Denn das geltende Recht war dank der Kleinräumigkeit allen bekannt, konnte auf die verschiedenen Bedürfnisse abgestimmt werden und die Gerichtsbarkeit wurden von den Mitgliedern der Genossenschaft selber ausgeübt. Im Gegenteil hatte man Bedenken, sich durch die Einführung des gelehrten Rechts vom Recht zu entfremden und dieses nur noch durch die Vermittlung der Juristen anwenden zu können. Dies hätte eine neue Abhängigkeit von einer ganz bestimmten, nicht mehr kontrollierbaren Gesellschaftsgruppe bedeutet, was man nicht wollte.

Ein starkes Indiz für die Annahme, dass ihre republikanische Einstellung die Eidgenossen das römische Recht ablehnen liess, stellt die Rechtsentwicklung in der Republik Venedig dar. Venedig war als einzige (Stadt-)Republik Italiens in der Neuzeit übrig geblieben. Auch dort hatte man das Rechtsquellensystem des römischen Rechts nie anerkannt. Die Stadtherren hatten den Eidruck, sie hätten das Recht im Griff und müssten sich nicht den Juristen ausliefern.

15.3 Folgen der Ablehnung

15.3.1 Die Ausgebliebene Verwissenschaftlichung

Dass die Rechtsentwicklung in der Schweiz andere Wege gegangen ist als in Reich, dass eine Verwissenschaftlichung ausgeblieben ist, erscheint aus dem oben Gesagten (15.2) naheliegend; ebenso wenn man die Ablehnung der Rezeption als Ablehnung der wissenschaftlichen Methode versteht. Nach SAVIGNY blieb das Recht (meist Gewohnheitsrecht) ungeteilt Kompetenz des Volkes (vgl. oben 15.2.4).

Diejenigen Rechtshistoriker (u.a. FERDINAND ELSENER), welche zwar die Frührezeption annehmen, nicht aber eine Vollrezeption, sprechen von einer Stagnation der Rechtsentwicklung, von einem Rückfall in vulgäre Formen der Rechtspflege in der Eidgenossenschaft nach der Ablehnung des Reichskammergerichts (vgl. oben 15.2.3).

Eine solch drastische Deutung der Rechtsentwicklung bzw. eben Rechtsstagnation erscheint aber nur teilweise glaubwürdig, nämlich nur insoweit, als sie auf die Rechtswissenschaft bezogen wird und nicht auf das materielle Recht selbst. Es ist unwahrscheinlich, dass in der Eidgenossenschaft während 300 Jahren nicht dasjenige Recht entwickelt wurde, welches für die anstehenden Probleme nötig war. Keine Gesellschaft hat es jemals nicht geschafft, sich diejenigen Regeln zu geben, die sie für das Zusammenleben brauchte.

Und es gibt im Gegenteil Beispiele dafür, dass die Eidgenossenschaft auch in Hinsicht auf die Rechtswissenschaft keine „juristische Wüste“ geblieben ist, sondern dass einiges passiert ist: Im 15. Jahrhundert wurde in Basel die Universität gegründet, die über eine juristische Fakultät verfügte; die Universitäten Zürich und Bern (gegründet im 18. Jh.) verfügten über einen minimalen Rechtsunterricht – wenn auch vor allem für Theologen und Geistliche; und in der französischen Schweiz (Genf, Lausanne, Neuenburg) wurde im 18. Jh. an den Universitäten von in ganz Europa berühmten Juristen das Naturrecht gelehrt (vgl. unten 16.3.2), d.h. jenes Recht, das nach den Worten ROUSSEAUS zur Revolution führen sollte.

15.3.2 Die „nachgeholte Rezeption“ des 19. Jahrhunderts

Rechtsgeschichte II, 2.3 f.

Eine eigentliche Verwissenschaftlichung des Rechts in der Schweiz fand in der Neuzeit nicht statt. Diese ist erst die Angelegenheit des 19. Jahrhunderts und hat also in der Schweiz keine lange Geschichte.¹¹³ Die Regenerationsbewegung (ab 1830), die für den

¹¹³ „Das lokale Recht der Eidgenossenschaft befand sich bis ins 18. Jahrhundert auf einem bescheidenen wissenschaftlichen Niveau. Dies hing mit dem militärischen Erfolg der Eidgenossenschaft im Schwabenkrieg zusammen. Nach dem Friedensvertrag von Basel (1499) hatte die Gerichtshoheit des Reichskammergerichts für die Eidgenossenschaft keine Geltung mehr. Dadurch war die Schweiz nach 1499 auch von der Rechtsentwicklung im Reich abgeschnitten. Der Prozess der Übernahme fremder Rechtsfiguren verlangsamte sich deutlich, die Gerichte blieben mit juristischen Laien besetzt, und Grundlage der Rechtsprechung blieb das lokale Recht. Erst im 18. Jahrhundert öffnete sich die Schweiz wieder vermehrt dem Ausland, und Schweizer besuchten ausländische Universitäten.“ Zitat aus der NZZ Nr. 3 vom 6.1.99, S. 15: „Ämterkarriere contra Advokatur“ Besprechung des Buches

wirtschaftlichen und politischen Liberalismus, d.h. Rechtsstaat und Verfassung eintrat, steht am Anfang dieser Entwicklung. Eine Reihe von Zürcher Juristen (u.a. FRIEDRICH LUDWIG VON KELLER) – Anhänger der Regeneration – hatten in Berlin bei SAVIGNY studiert und sahen die bestehenden Zustände in der Rechtspflege als unhaltbar an.¹¹⁴ Diese neue Einstellung führte zur Ablehnung des bestehenden Systems: ihnen erschien es als ein System der Willkür, als ein Urteilen nach Lust und Laune (nicht mehr „Minne und Recht“). Sie kritisierten die fehlende Rechtssicherheit und Gewaltenteilung, man forderte von den Richter die Begründung ihrer Urteile. Die früher gerühmten Einrichtungen erschienen jetzt nur noch als schlecht.

Diese neue Einstellung hat die Einführung der Rechtswissenschaft und eine Revolution der Rechtslehre zur Folge: in Zürich und in den andern Kantonen wird das Privatrecht kodifiziert (vgl. unten 17.5.2 f.).¹¹⁵ Aber obwohl diese Verwissenschaftlichung des Rechts stattfand, hat die Rechtswissenschaft in der Schweiz bis heute nicht den gleichen Statut wie z.B. in Deutschland und andern umliegenden Ländern.

So musste beispielsweise die Universität Basel ihr juristische Fakultät in den 50er Jahren des 19. Jahrhunderts schliessen, weil sie keine Studenten mehr hatte; auch die Universitäten Bern und Zürich mussten sich um Studenten bemühen. Und bei der Schaffung des ZGB wusste man, dass dieses eine „Totgeburt“ sein würde, wenn es nicht für Laienrichter verständlich und nicht auch ohne die Hilfe von Juristen anwendbar wäre.¹¹⁶ Die Koppelung von Verwissenschaftlichung des Rechts und Demokratie ist in der Schweiz bis heute nicht richtig vollzogen worden. Noch immer ist das Bild des Laienrichters vorherrschend (sogar an das Bundesgericht könnten Laien gewählt werden, obwohl dies faktisch nicht mehr vorkommt).

Der Begriff der „verspäteten Rezeption“ ist missverständlich. Es ging im 19. Jahrhundert in der Schweiz nicht darum, nun nachträglich das römische Recht zu übernehmen, man entschied sich vielmehr für die Verwissenschaftlichung des Rechts als solche. Die Schweizer Schüler der Historische Schule wollten nicht SAVIGNYS „System des heutigen römischen Rechts“ übernehmen, sondern sie wollten das bereits bestehende Recht systematisieren und kodifizieren. Die Übernahme erfolgte zu einer andern Zeit, in einer andern Situation usf.¹¹⁷

von RENÉ PAHUD DE MORTANGES / ALAIN PRÊTRE: Anwalts-geschichte der Schweiz. Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1998.

¹¹⁴ KÖLZ, S. 360 f.

¹¹⁵ Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1853-1855 von J.C. BLUNTSCHLI (PGB). Vgl. auch Rechtsgeschichte II, 2.3.

¹¹⁶ Immerhin verdankt das ZGB dieser Tatsache seine herausragende Stellung unter den Privatrechtskodifikationen. Es ist das einzige Zivilgesetzbuch, welches konsequent die Fachsprache vermeidet und allgemein verständlich ist.

¹¹⁷ „Der Widerstand gegen den neuen, auf systematischer Bildung beruhenden Berufstyp des Rechtsanwaltes hatte seine Gründe. Patriziat und Zunftaristokratie fürchteten um ihre Ämterkarriere, welche auf Abstammung beruhte. Die Ausbildungsmöglichkeiten für Juristen waren daher in der Schweiz des 18. Jahrhunderts noch völlig ungenügend. Qualifizierte Schulen und Akademien, wie diejenigen in Basel und Genf, waren grundsätzlich nur höheren Gesellschaftsschichten zugänglich. Am Ende des Ancien Régime war die Professionalisierung der Rechtsbeistandschaft in der Schweiz auf einem tiefen Niveau im Vergleich zum Ausland. Die Rechtsbeistände hatten ein geringes gesellschaftliches Ansehen, dem Berufsstand fehlte das Prestige, und die Entwicklung wurde von den herrschenden Schichten gebremst.“

§16 *Naturrecht und Aufklärung*

Das Thema Naturrecht und Aufklärung liegt dem Betrachter am Ende des 20. Jahrhunderts (nicht nur zeitlich, sondern auch inhaltlich) näher als beispielsweise die Antike oder das Mittelalter. Man kann durchaus das Gefühl haben, die Probleme der damaligen Zeit (u.a. die Frage des rechtlichen Individualismus und die Kodifikationsfrage [vgl. Rechtsgeschichte II, §2 und §7]) stimmten zu einem grossen Teil noch mit den unsrigen überein.

Zeitlich lässt sich diese Periode zwischen 1650 und 1800 ansiedeln (vgl. oben 2.1.3). Für die Rechtswissenschaft rechtfertigen sich sogar die konkreten Grenzen von 1661 und 1814: Nämlich 1661 wurde an der Universität Heidelberg der erste Lehrstuhl für Naturrecht errichtet. Inhaber dieses Lehrstuhls war SAMUEL FREIHERR VON PUFENDORF¹¹⁸ (1632-1694), dt. Staats-, Natur- und Völkerrechtstheoretiker, dem die Systematisierung des Naturrechts und des von GROTIUS¹¹⁹ begründeten Völkerrechts zugeschrieben wird. Die Einrichtung dieses Lehrstuhls wirkte als Signal in ganz Europa: Das Naturrecht hörte auf, bloss eine Theorie von Philosophen und Theologen zu sein und erschien nun als geeignet zur Lösung aktueller Probleme.

Das Jahr 1814 auf der andern Seite ist das Erscheinungsjahr der Programmschrift SAVIGNYS: „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ (vgl. oben 9.2.1, 9.4.3 und 17.2.2). Diese Schrift war nicht nur gegen die Idee einer Kodifikation des Rechts gerichtet, sondern sie war zugleich die Verkündung einer neuen Rechtsschule: der Historischen Rechtsschule (vgl. 17.2). „Historisch“ deshalb, weil sie – anders als die

Die Ideale der Französischen Revolution mit der Idee der bürgerlichen Gleichheit wirkten sich auf die Professionalisierung der Rechtsbeistandschaft aus. Zu Beginn der 1830er Jahre schliesslich gewann die liberale Politik Einfluss auf die Ausgestaltung der Advokatur. Ihre Bedeutung und Stellung im Staat wurde zudem durch neue Privatrechtskodifikationen in den liberalen Kantonen aufgewertet, welche die intellektuelle Grundlage für einen wissenschaftlichen Berufsstand bildeten. Durch juristische Bildung und entsprechendes Wissen, nachweisbar durch Examen und Titel, bildete sich eine neue gesellschaftliche Schicht heran, unabhängig von Geburt und Herkunft. Dies stand in Konkurrenz zur traditionellen Idee der Ämterkarriere der Herrschaftsschichten. Der nach 1803 neu entflammende Kampf um Standesprivilegien konnte Ausbildungsvorschriften für die Einnahme öffentlicher Ämter verhindern. Bildungstitel waren für das Richteramt weitgehend entbehrlich, der Nachweis juristischen Wissens blieb daher fast ausschliesslich für die Ausübung der Advokatur interessant. Auch heute müssen die Advokaten eine anspruchsvolle Rechtsanwaltsprüfung bestehen, für die Richter hingegen genügt die politische Karriere. An die Stelle der Ämterkarriere auf Grund der Herkunft ist die Richterkarriere auf politischer Grundlage getreten, offenbar eines der Überbleibsel aus dem Ancien Régime.“ Quelle vgl. Fn. 113.

¹¹⁸ Hauptwerk: *De iure naturae et gentium* (1672: Über Natur- und Völkerrecht). [Angaben aus MTL]

¹¹⁹ GROTIUS HUGO (1583-1645): gilt mit seiner Abhandlung „Freiheit der Meere“ (1609) als einer der Begründer des modernen Naturrechts und als Vater des neuzeitlichen Völkerrechts [Angabe aus MTL]. GROTIUS steht das Recht über dem Staat. Es gibt – neben dem geoffenbarten göttlichen Willen – ein *natürliches* Recht, ein Recht, das aus der von Gott gewollten Natur des Menschen notwendig folgt, nämlich des Menschen als eines vernunftbegabten und gesellschaftsbildenden Lebewesens. Das natürliche Recht bindet nicht nur jeden Menschen, sondern auch die Staaten in Krieg und Frieden. Und gerade das letztere, das Völkerrecht (*ius gentium*), ist der edelste Teil des Rechts. Ihm ist das Werk Grotius vor allem gewidmet. Er gilt als der eigentliche Begründer des modernen Völkerrechts. [STÖRIG, S. 293.]

Aufklärung und die Lehre des Naturrechts – wieder die Bedeutung der Geschichte in den Vordergrund rückte (vgl. 17.1). Diese Schule war Teil des Historismus, jener Bewegung, welche gesamteuropäisch ein bestimmtes Rechtsmodell geprägt hat.

Natürlich sind auch diese Daten in gewisser Weise willkürlich; denn Denker des Naturrechts gab es schon vorher und auch später noch. Gerechtfertigt ist diese Zeiteinteilung aber insofern, als während dieser Zeit generell (d.h. bei Theologen, Philosophen und andern Denkern) die Annahme zu beobachten ist, es gäbe ein Recht, welches jenseits des geschriebenen Rechts Geltung beanspruchen könne. Rechtssätze, welche gelten, ohne je erlassen worden zu sein, welche gar eine Korrektur des bestehenden Rechts fordern.

16.1 Das profane Naturrecht

Für das neuzeitliche Naturrecht ist der Begriff der Profanität von entscheidender Bedeutung. Gerade dieser Begriff unterscheidet das Naturrecht der Neuzeit von Naturrechtsvorstellungen früherer Zeiten (vgl. unten 16.1.2).

16.1.1 Der Wandel des Naturverständnisses: GALILEO GALILEI (1564-1642), RENÉ DESCARTES (1596-1650)

Die Rechtswissenschaft folgt hier (wie auch zu andern Zeiten) einer Art des Denken, das schon früher ausserhalb des Rechts auf andern Gebieten begonnen hat. Entscheidend sind vor allem die Fortschritte in der Physik und in der Philosophie:

- Mit GALILEO GALILEI¹²⁰ beginnt eine Veränderung der Weltsicht, hin zum Bild einer von physikalischen Gesetzen beherrschten Welt. Man brauche die Welt bloss in einzelne Momente zu zerlegen, diese zu systematisieren und ihre Wechselwirkungen zu untersuchen und zu erkennen, um ein vollständiges Bild der Welt zu erhalten und alles erklären zu können. Für GALILEI ist das Wesen der Wirklichkeit durch Zahlenverhältnisse bestimmt. Nur wer die mathematischen Zeichen zu lesen und in Gesetze zu fassen versteht, erlangt objektive Erkenntnis: „Das Buch der Natur ist in mathematischer Sprache verfasst, und die Buchstaben sind Dreiecke, Kreise und andere geometrische Figuren.“ An wissenschaftlicher Erkenntnis sind Vernunft und Beobachtung gleichermaßen beteiligt. Kennzeichnend für seine Methode sind die Zerlegung des zu Beschreibenden in einfache Elemente (Analyse der Erscheinungen); das Aufstellen von Hypothesen; die Überprüfung anhand von Experimenten (auch Gedankenexperimenten); Deduktion von Folgesätzen; das Aufstellen von mathematisch formulierten Naturgesetzen. Die Ausrichtung auf das quanti-

¹²⁰ GALILEI wurde durch die Einführung des (quantitativen) Experiments der Begründer der modernen Naturwissenschaft. Er leitete die Pendelgesetze ab, erfand einen Proportionalzirkel und leitete in reinen Gedankenexperimenten die Gesetze des freien Falls her. Mit dem von ihm konstruierten Fernrohr entdeckte u.a. die Phasen der Venus, die vier ersten Monde des Jupiters sowie die Saturnringe und erkannte, dass die Sternhaufen und die Milchstrasse aus Einzelsternen bestehen. Seine Planetenbeobachtungen machten ihn zu einem Vorkämpfer des heliozentrischen Weltbildes. [Angaben aus MTL]

tativ Messbare und in gesetzlichen Zusammenhängen Beschreibbare ermöglichte den Fortschritt der Naturwissenschaften.¹²¹

- Auf dem Gebiet der Philosophie versucht RENÉ DESCARTES¹²² dasselbe zu tun: Der Mathematiker DESCARTES nimmt die Erfolge der Naturwissenschaft und die Methoden der Mathematik auf: Demnach gilt es, unter Vermeidung aller Vorurteile nur das als wahr anzuerkennen, was sich klar und deutlich erkennen lässt. Die Problemstellungen sind soweit als möglich in Teile zu zerlegen. Vom einfachsten Objekt „gleichsam stufenweise“ zum komplizierteren schreiten. Und durch Aufzählung die Vollständigkeit des Systems sicherstellen.¹²³ Zergliedern, systematisieren und wieder in ein Gesamtbild zusammenführen. Je besser man die Welt in ihren Abhängigkeiten, als System erkennt, desto besser kann man sie verstehen und bewältigen. Die Natur verliert dadurch das Geheimnisvolle, sie wird messbar und erklärbar. DESCARTES versucht, das gesamte Wissen auf eine neue Basis zu stellen und gegen jeden Zweifel abzusichern. Dazu beginnt er bei Null und sucht einen archimedischen Punkt (welchen er im *cogito ergo sum* findet), der absolut unbezweifelbar ist. Dieser dient als Fundament für alle weiteren Betrachtungen, die dann ebenfalls dem Zweifel enthoben sind.

Im 17. Jahrhundert rückt das Zentrum der Welt wieder in die Welt; im Mittelalter befand sich dieses Zentrum ausserhalb der Welt: die Regeln, die Ordnung, der Plan ist von Gott von aussen vorgegeben. Die Welt ist autonom und trägt ihren Grund in sich selbst; und dieser Grund, dieses Zentrum kann vom Menschen erkannt werden.

Die Methoden der Naturwissenschaft und der Philosophie greifen auf die Sozialethik über. Sie machten auch den Menschen als Gesellschaftswesen zum Gegenstand voraussetzungsfreier Beobachtung und Erkenntnis. Man suchte das Naturgesetz der Gesellschaft. Der Mensch erscheint nicht mehr als auf eine ewige Bestimmung entworfenen, ebenbildliches Geschöpf Gottes, sondern als Naturwesen; die Menschheit nicht mehr (wie einst) als Bürgerin einer göttlichen Heilswelt oder (wie später) der geschichtlichen Welt, sondern als Element einer naturgesetzlich begreiflichen Welt. Der moderne Anspruch auf Erkenntnis des Naturgesetzes wird jetzt auf die Natur der Gesellschaft, d.h. auf Recht und Staat erstreckt; auch für diese sollen Gesetze von der unabänderlichen Gewissheit des mathematischen Schlusses formuliert werden. Und wie der logische Zusammenhang der Naturgesetze das System der physischen Welt ergibt, so ergeben die Naturgesetze der sozialen Welt ein geschlossenes System der Gesellschaft, ein „Naturrecht“.¹²⁴

¹²¹ Angaben aus DTV-PHILOSOPHIE, S. 95.

¹²² DESCARTES geht es in seiner Philosophie zunächst um die erkenntnistheoretischen, eindeutig gesicherten Grundlagen menschlicher Erkenntnis. Als unbezweifelbar gewiss gilt die durch methodische Zweifel gewonnene Einsicht des *cogito ergo sum*, d.h. die Selbstgewissheit und Selbständigkeit im Denken. Die Annahme angeborener Ideen, d.h. einer erfahrungsunabhängigen Erkenntnisquelle, führt ihn zum Begriff angeborener bzw. ewiger Wahrheiten, die schliesslich einer apriorisch orientierten Erklärung auch erfahrungsbestimmter Vorgänge dienen sollen. [Angaben aus MTL]

¹²³ Angaben aus DTV-PHILOSOPHIE, S. 105.

¹²⁴ WIEACKER, S. 256 f.

16.1.2 Folgen dieses Wandels für die Rechtswissenschaft

Die Juristen waren für diese neue Weltsicht aufnahmefähig, insbesondere wo Vollständigkeit und Erklärbarkeit zur Sprache kamen, wo von Gesetzen die Rede war, die universell gelten, ohne von Menschen geändert werden zu können. Der Wunsch und die Hoffnung nach einem vollständigen Gesetz, wie es das Naturrecht verspricht, lässt die Juristen sich zum Naturrecht bekennen.

Naturrechtliche Vorstellungen (d.h. die Vorstellung universell geltender Rechte) sind aber keineswegs etwas Neues. Bereits die Griechen und das Mittelalter bekannten sich zu solchen Vorstellungen (z.B. das Recht als von Gott unabänderlich gegeben). Naturrecht hat also bereits eine Tradition, bevor man sich in der Neuzeit erneut dazu bekennt. Der Unterschied besteht jedoch in der Frage nach der Natur. Für die Griechen war die Natur, aus der sich alles ableitete, das Äussere, die vier Elemente; für das Mittelalter war das Bestehende (und sein Recht) von Gott unabänderlich vorgegeben (vgl. oben 2.6.1, 6.1, 9.2.2, 13.2.4). Für die Neuzeit gibt es ein Naturrecht, auch wenn es Gott nicht gibt. Es ist kein theologisches, göttliches Naturrecht mehr, sondern ein menschliches, profanes Naturrecht. Man bezieht sich für die Ableitung der universell geltenden Regeln nicht mehr auf Gott, sondern auf die menschliche Vernunft. Da neue Zentrum der Welt befindet sich im Menschen selbst, seiner Vernunft (*ratio*), mit welcher er die der Natur inhärenten Gesetze zu erkennen in der Lage ist – wobei umgekehrt klar ist, dass diese Gesetze vernünftig sein, d.h. der Vernunft entsprechen müssen.¹²⁵

Die menschlichen Vernunft ist in der Lage, das universell gültige Recht zu erkennen und neues Recht zu schöpfen; der Mensch ist in der Lage, zwischen gut und böse zu unterscheiden. Er ist fähig, sich aufgrund seiner Vernunft über das Bestehende hinwegzusetzen und sich seine Welt selber zu gestalten.

Bisher kam die (göttliche) *ratio* nur im *Corpus iuris* zum Ausdruck; in der Neuzeit wird der Umgang mit den bestehenden Rechtsquellen freier, weil man dazu auch wagt, nein zu sagen oder neue Regeln zu entwerfen. Das Bestehende gerät in Bewegung, die Regeln der Tradition scheinen nicht, nicht ganz oder nicht mehr den neuen Anforderungen und Kriterien der Vernunft zu entsprechen. Das Bestehende wird überprüft und allenfalls durch etwas Neues ersetzt.

16.1.3 Zur Vielfalt der naturrechtlichen Botschaft

Gesamteuropäisch ist das Naturrecht die herrschende Richtung dieser 150 Jahre zwischen 1650 und 1800: „Horden“ von Juristen werden naturrechtlich ausgebildet und Hunderte von Gelehrten beschäftigen sich damit. Durch diese Vielzahl ergibt sich zugleich eine Vielfalt von verschiedenen Richtungen, über die sich nur schwer eine Übersicht gewinnen lässt. Eine Unterscheidung beispielsweise kann nach Ländern vorgenommen werden: deutsches, englisches oder französisches Naturrecht, nach verschiedenen Schulen oder nach zeitlichem Entwicklungsstand der jeweiligen Ausprägung. Keine dieser Unterscheidungen vermag vollständig zu befriedigen. Es herrscht allein ein minimaler Konsens über die folgende (grobe und vielfach durchbrochene) Zweiteilung:

¹²⁵ Trefflich lässt sich dann darüber streiten, welche Gesetze vernünftig sind, was vernünftig heisst!

Auf der einen Seite stehen jene Vertreter des Naturrechts, die sich mehr für die äussere Form des Rechts interessieren und sich für deren Erneuerung einsetzen (Konservative [siehe unten 16.1.4]). Die Unzufriedenheit mit dem bestehenden Recht rühre von seiner Form her, weshalb diese geändert werden müsse: das Recht müsse systematisiert (d.h. das eine aus dem andern abgeleitet: Deduktion), bereinigt und Klarheit geschaffen werden. Grössere Rechtssicherheit entstehe durch die klarere Form.

Die andern begnügen sich nicht mit einer Erneuerung der Form, sie wollen eine Änderung der Substanz, des Inhalts: das Bestehende entspreche nicht der Vernunft (Revolutionäre [siehe unten 16.1.5]). Sie fordern den Erlass neuen Rechts, für sie ist die Sicherheit aus Deduktion und System nicht das Entscheidende, sondern sie legen Wert auf die Gerechtigkeit des Rechts.

16.1.4 Naturrecht als Deduktion „*more geometrico*“

Die eine naturrechtliche Lehrrichtung macht die Deduktion zum Verfahren der Rechtsfindung: von den obersten Prinzipien bis in die letzten Details soll alles aus allem abgeleitet werden können. Das bestehende Recht ist so in einem System zu organisieren, dass sich aus dem einen obersten Prinzip die andern ableiten lassen (Ableitungspyramide). Aus den untersten Prinzipien lässt sich das oberste Ableiten und aus dem obersten die untersten. Die einzelnen Prinzipien (Artikel) eines Gesetzbuches sind Ausfluss dieses obersten Prinzips.

Die wichtigsten Vertreter dieser Richtung sind den auch – neben ihrer Juristentätigkeit – Mathematiker, weshalb die geometrische Figur (Pyramide) als Bild des Rechtssystems keineswegs ein Zufall ist. Auch SAVIGNY bekennt sich später zu einer solchen Betrachtung: er habe das Gefühl, die Schriften von Geometern zu lesen, wenn er die römischen Rechtsschriften lese (vgl. unten 17.3.1). Eine solche Betrachtungsweise macht die Verfasser der Rechtsschriften und Gesetzbücher zu austauschbaren (fungiblen) Leuten, weil auch anderer an ihrer Stelle mit derselben Methode zum gleichen Resultat gekommen wären (wie in der Mathematik). Die Vertreter dieser Richtung sind mit der Substanz, dem Inhalt des Rechts zufrieden, sie streben zur leichteren Zugänglichkeit zum Recht allein eine übersichtliche und systematische Darstellung dieses Rechts an:

PUFENDORF SAMUEL: der Angelpunkt seines Systems ist die *socialitas*, d.h. die Tatsache, dass Recht das Zusammenleben der Menschen zu ermöglichen habe und sich aus dieser Voraussetzung die Pflichten (*officia*) für die Menschen ergeben (d.h. eine äussere Disziplinierung, keine Ethik).

WOLFF CHRISTIAN: war der grosse Meister der Deduktion, der globalen Rechtfertigung; er konnte alles aus allem ableiten. Er sagte: „Was erklärbar ist, ist gut“. Rechtspolitisch: Er ist mit dem geltenden Recht zufrieden, die Naturrechtslehre wird nur dazu benutzt, das bestehende Recht zu legitimieren. Transpositive Legitimation des Bestehenden.

Diese konservativen Naturrechtler waren für die Kodifikation. Vom französischen Code civil wurde etwa gesagt: „Il y a du Wolff dans le Code civil“. Die Vertreter dieser Richtung waren oft an den Höfen der Monarchen tätig. Durch ihre Bekenntnis zum inneren Wert des Bestehenden, und durch die Nutzbarmachung desselben in neuer Form, werteten sie das Bestehende zugleich auf.

16.1.5 Der Wunsch nach inhaltlicher Umgestaltung des Rechts

Auf der andern Seite die revolutionären Vertreter des Naturrechts (Juristen, Theologen, Philosophen: CHRISTIAN THOMASIUS, ADRIEN HELVÉTIUS, MORELLI u.a.) wollten auch inhaltliche Änderungen des Rechts: eine bloße Neuformulierung des bestehenden Rechtszustandes genüge nicht, zentrale Anliegen würden nicht beachtet. Dies Vertreter des Naturrechts sind den Monarchen dadurch jedoch unangenehm.

Sie leiten aus der Vernunft Regeln ab und analysieren das geltende Recht unter diesen Gesichtspunkten. Sie kommen in den meisten Fällen zum Schluss, dass das geltende Recht der Vernunft nicht entspreche (transpositive Bekämpfung bzw. Ablehnung des Bestehenden). Sie lehnen das gemeine Recht, damit auch den Kaiser und die Juristen ab, welche im Rechtsquellen-system des gemeinen Rechts die eigentlichen Schöpfer des Rechts sind.

Das Leben dieser Leute verlief meist in weniger geordneten Bahnen als dasjenige der konservativen Naturrechtsvertreter. Sie leben meist im Exil und nicht am Hofe der Monarchen usw. In Frankreich beispielsweise gab es keinen Lehrstuhl für Naturrecht, weshalb die welsche Schweiz für die Entwicklung in Frankreich sehr wichtig wurde, da hier Naturrechtler arbeiten, schreiben und drucken lassen konnten (vgl. unten 16.3.2) – und nachts die Schriften über die Grenze schmuggelten.

Es gab Naturrechtler dieser Richtung aber auch in England, Italien und Deutschland: In Deutschland z.B. CHRISTIAN THOMASIUS¹²⁶ (1655-1728), der – während konservative Vertreter wie PUFENDORF zwischen Recht und Ethik eine Trennung machten – das Recht als eine Teil der Ethik sah, als etwas, was mitten ins Leben der Menschen gehört. Ebenso war ihm die Privatautonomie nicht vom Recht abgetrennt, dieses sollte dem Menschen auch seine Ziele vorschreiben: z.B. das Streben nach Glückseligkeit.

16.1.6 Die Ambivalenz des Naturrechts

Die Tradition des Naturrechts hat mit der Aufklärung viel gemeinsam: beide genossen einen Bonus insofern wir ihnen heute positiv gegenüberstehen. Regeln, die gelten, ohne erlassen worden zu sein, haben etwas menschliches.

Die Frage bleibt aber stets, was ist unter der Natur zu verstehen sei – und hier gehen die Meinungen beträchtlich auseinander. Aus diesem Grund konnte mit dem naturrechtlichen Argument schon immer alles legitimiert werden, je nach Vorstellung von der Natur, die man zugrunde legte. Skepsis scheint also angebracht.

So konnte z.B. die Gleichheit der Menschen (ROUSSEAU) wie auch deren Ungleichheit (HALLER¹²⁷), der Absolutismus wie die Volkssouveränität oder Anarchie (Herrschafts-

¹²⁶ Prof. in Halle; wichtiger Vertreter der dt. Aufklärung und des Naturrechts, das er wie die Sittlichkeit im Common sense begründet sah, während er das positive Recht als obrigkeitliche Zwangsfestsetzung verstand, er versuchte die Brüchigkeit der Monarchie im deutschsprachigen Raum aufzuzeigen; sein Eintreten für religiöse Toleranz und für die Humanisierung der Strafprozessordnung trug wesentlich zur Abschaffung der Hexenprozesse und der Folter bei. [Angaben aus MTL] Hat als erster deutscher Jurist seine Vorlesungen in deutscher Sprache und nicht in Latein gehalten.

¹²⁷ HALLER, KARL LUDWIG VON (1768-1854): Enkel von ALBRECHT VON HALLER. – Den Ideen der Französischen Revolution stellte er in seinem Hauptwerk „Die Restauration der Staatswissenschaft“ (1816-34), das der Epoche der Restauration den Namen gab, eine altständisch-patriarchale, legiti-

bzw. Gesetzlosigkeit) wie Despotismus (Gewaltherrschaft) naturrechtlich begründet werden.

Es scheint also zu stimmen, dass das Naturrecht schon immer zur Legitimation benutzt wurde. In Europa aber hatte die Naturrechtslehre jener Zeit eine emanzipatorische, rechtsgestaltende Funktion. Denn obwohl die progressiven Vertreter des Naturrechts den herrschenden Schichten unangenehm waren, wurden sie beachtet und hatten Einfluss auf die Entwicklung des Rechts, indem die Aufklärung gerade diese Elemente des Naturrechts übernahm und dessen Ideen, Anregungen und Postulate in die Realität umsetzte. Durch diese Übernahme durch die Aufklärung hört die Zeit des Naturrechts zwar auf, das Naturrecht wird aber von der Aufklärung weitergeführt, weil dieser ein eigenes rechtliches Programm fehlte („la morte et la transfiguration de la loi de nature“).

16.2 Die juristische Aufklärung

16.2.1 Eine einleitende Warnung

Der Begriff des Absolutismus ist für uns negativ besetzt, er macht von vornherein einen schlechten Eindruck. Ganz anders der Begriff der Aufklärung, der schon als Begriff (aufklären, erhellen, illuminieren, Licht der Aufklärung usw.) Pluspunkte macht und positiv besetzt ist. Intuitiv erscheint die Aufklärung als etwas gutes.

Man sollte jedoch die Bewegung der Aufklärung mit neutralen Augen betrachten; nicht alle ihre Anliegen konnte sie verwirklichen, ebensowenig war sie eine linear fort- oder nur aufwärts schreitende Bewegung (vgl. 2.6.1): die Aufklärung war eine umfassende Bewegung (Philosophie, Theologie, Nationalökonomie, Rechtswissenschaft usw.) und daher oft auch in sich selbst widersprüchlich. Zudem wurde sie – als gesamteuropäische Bewegung – in den verschiedenen Ländern sehr unterschiedlich realisiert. Ihr Entwicklung in Europa ist keine einheitliche. Je nach Bedürfnis der jeweiligen Empfänger der Botschaft der Aufklärung wurde sie anders verstanden und umgesetzt („Der Empfänger bestimmt den Inhalt.“).

Beispielsweise die von der Aufklärung propagierte Gleichheit aller wurde nur als formelle und nicht auch als materielle Gleichheit erreicht. Ob dieser zweite Schritt bewusst nicht unternommen wurde, oder ob er sich aus den Umständen nicht ergeben konnte, ist nicht klar (vgl. Rechtsgeschichte II, 7.2.4, 7.4).

16.2.2 Das philosophische Programm

Im Vordergrund der aufklärerischen Bewegung stand die Philosophie; schon von ihrer Wurzel her ist die Aufklärung eine philosophische Bewegung.

„Aufklärung ist der Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit. Unmündigkeit ist das Unvermögen, sich seines Verstandes ohne Leitung eines anderen zu bedienen. Selbstverschuldet ist diese Unmündigkeit, wenn die Ursache

stische Staatstheorie auf christl. Grundlage entgegen, die stark auf den preussischen Konservatismus wirkte. [Angaben aus MTL]

derselben nicht am Mangel des Verstandes, sondern der Entschliessung und des Mutes liegt, sich seiner ohne Leitung eines andern zu bedienen. *Sapere aude!* Habe Mut, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen! ist also der Wahlspruch der Aufklärung. Königsberg in Preußen, den 30. September 1784.“ KANT IMMANUEL (1724-1804), Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?

Individualismus: Die Aufklärung ist die Bewegung des Individualismus, d.h. der hohen Wertschätzung der freien Einzelpersönlichkeit; dieser hat seine Wurzeln zwar schon im Mittelalter (Einmaligkeit der Seele) und in der Renaissance, seine Botschaft wird aber erst zur Zeit der Aufklärung als wirklich relevant betrachtet. Das Individuum soll sich aus hergebrachten Bindungen befreien, es soll die Ketten, die es binden, abwerfen (antivinkulistische Tendenz der Aufklärung). Auf körperschaftliche und soziale Bindungen und Verpflichtungen (Stände, Genossenschaften, Bruderschaften: *corpora intermedia* [vgl. oben §12]) auf einer Stufe zwischen Staat und Bürger soll verzichtet werden. Das feudale Prinzip der alten Welt des Mittelalters geht unter.

Die Befreiung erfolgt durch Wissen: Unfreiheit wird als Resultat des Unwissens betrachtet. Die Aufklärung betreibt die Verherrlichung des menschlichen Verstandes. So z.B. auch KANT, der sagt, man solle den Mut haben sich seines eigenen Verstandes zu bedienen. Die Aufklärer sind überzeugt, dass sich der Mensch nur aus der Unfreiheit lösen kann, wenn er sich seines Verstandes bedient, sich Wissen aneignet und den neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen folgt (optimistische Weltsicht). Dies mutet aber in gewisser Weise auch zynisch an, können doch weite Kreise der Bevölkerung weder lesen noch schreiben, haben also keine Möglichkeit, sich das zu ihrer Selbstbefreiung nötige Wissen selber zu beschaffen.

Freiheit und Gleichheit: Obwohl Freiheit und Gleichheit zum Programm der Aufklärung gehören, haben sich die Aufklärer nie zur restlosen, materiellen Gleichheit aller Menschen bekannt; wohl weil sie nicht realisierbar war. Auf der einen Seite verunmöglicht das Postulat der Freiheit des Einzelnen die vollständigen Gleichheit der Menschen: die freie Entwicklung jedes Einzelnen führt zwingend zu Ungleichheit (vgl. nur die Resultate des freien Marktes! [vgl. Rechtsgeschichte II, 7.4]). Und auf der andern Seite sind die Voraussetzungen nicht für alle gleich. Es gibt natürliche, ursprüngliche Ungleichheit, z.B. an Talent und Intelligenz oder an sozialem Stand. Aber auch Ungleichheit bedingt durch die Rechtsordnung.

Aber immerhin realisiert die Aufklärung die formelle Gleichheit, d.h. Anerkennung jedes einzelnen Menschen als Rechtssubjekt (vgl. Art. 11 ZGB: zentraler Punkt des neuen Privatrechts [vgl. Rechtsgeschichte II, §7]) und die Gleichheit des einzelnen Rechtssubjekts (in der gleichen Situation) vor dem Gesetz. Für die Aufklärung muss die natürlich und rechtlich bedingte Ungleichheit und die anzustrebende Gleichheit zumindest in einem tragbaren Verhältnis stehen.

Angeborene Rechte: Die Anerkennung angeborener Rechte steht in einem engen Zusammenhang mit der Anerkennung des Einzelnen als Rechtssubjekt (vgl. Rechtsgeschichte II, §7). So wie jeder Mensch als Rechtssubjekt anerkannt wird, kommen ihm auch andere unveräußerliche Rechte zu, über die der Staat nicht verfügen darf, die nicht disponibel sind. Die angeborenen Rechte sind die Grenze der staatlichen Tätigkeit.

16.2.3 Das wirtschaftliche Programm

Die im absolutistischen Staat (insbesondere Frankreich) vorherrschende Wirtschaftspolitik des Merkantilismus (vgl. oben 5.1.3, 5.2.2) wird aufgegeben zugunsten des neuen Systems eines Wirtschaftsliberalismus. Die Übertragung der aufklärerischen Ideen auf die Wirtschaft wirkt sich dahingehend aus, dass unter der Devise „Laissez faire et laissez passer!“ eine vom Staat unbeeinflusste, „natürliche Wirtschaftsordnung“ gefordert wird, in der freies Eigentum und Gewerbe, freier Wettbewerb und Handel wirtschaftlichen Aufschwung und Wohlstand verbürgen. Gefordert wird die Abschaffung von Zöllen, Privilegien, Zünften, Grund- und Gutsherrschaft, Feudalabgaben usw.

Eine Richtung der neuen Wirtschaftstheorie ist die Physiokratie¹²⁸: Diese bezweckt als Gegenreaktion auf den Merkantilismus die Wiederaufwertung des Bodens (welcher unter jenem System keine Bedeutung hatte), der die einzige Quelle des gesellschaftlichen Reichtums sei. Nur die Landwirtschaft sei wirklich produktiv, Handel und Gewerbe dagegen „steril“.

ADAM SMITH (1723-90) hingegen sah die Ursache des Wohlstandes in der Arbeit. Aus natürlichem Selbstinteresse würden Güter für den Markt erzeugt, die ihren Tauschwert nach dem „Naturgesetz“ von Angebot und Nachfrage im Marktpreis erhielten. Durch freie Konkurrenz und freien Handel würden sich auch soziale Harmonie und Gerechtigkeit einstellen. Dem Staat bleiben lediglich Schutzaufgaben nach aussen (Verteidigung) und innen (Rechtspflege, Unterhaltung und Verwaltung öffentlicher Einrichtungen). Das epochale, 1776 veröffentlichte Werk „Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations“ (die „Bibel des Kapitalismus“), entwickelt erstmals ein geschlossenes Wirtschaftssystem und begründet die sogenannte Klassische Nationalökonomie, die richtungsweisend für das 19. Jahrhundert wird.

16.2.4 Das strafrechtliche Programm

Das strafrechtliche Programm der Aufklärung steht unter dem Bestreben Moral und Recht zu trennen. Eventuell moralisch verwerfliche Sünden wie Ketzerei, Selbstmord, Hexenwahn oder Homosexualität sind nicht mehr als Delikte zu bestrafen (Säkularisierung des Strafrechts). Das Strafrecht soll nur noch weltliche Delikte (Mord, Körperverletzung, Diebstahl usw.) unter Strafe stellen, welche das Zusammenleben der Gesellschaft gefährden.

Der zweite Punkt des strafrechtlichen Programms der Aufklärung betrifft die Humanisierung der Strafen.¹²⁹ Folter, Körper- und Todesstrafe sollen abgeschafft und an ihrer Stelle die Gefängnisstrafe eingeführt werden. Die Täter sollen zwar nicht unmenschlich behandelt, aber immerhin aus der Gesellschaft entfernt und ausgegrenzt werden.

Aber nicht nur der Wunsch nach Humanisierung ist Triebkraft dieser Umgestaltung des Strafrechts. Ein ebenso wichtiges Argument ist die fehlende Effizienz der bisherigen Bestrafung. Die Körperstrafe beispielsweise sei ineffizient, weil der Bestrafte danach

¹²⁸ Zur Physiokratie vgl. auch Fn. 26.

¹²⁹ Gefordert u.a. von BECCARIA CESARE BONESANA (1738-1794): Italien. Jurist., Prof. in Mailand; Vorkämpfer eines modernen Strafrechts; Gegner von Todesstrafe, Inquisitionsprozess und Folter [Angaben aus MTL]. Vgl. auch STRATENWERTH, Strafrecht AT I, S. 18.

sofort in die Gesellschaft zurückkehre, was dem Schutz der Gesellschaft – als einer der Aufgaben des Strafrechts – zuwiderlaufe. Gleiches gilt für die Todesstrafe: Diese hatte kaum eine abschreckende Wirkung, weil – da sie oft schon für geringfügige Delikte verhängt wurde – sich die Leute aus Unbehagen vor dieser Konsequenz scheuten, die Täter überhaupt anzuzeigen.¹³⁰ Vielmehr solle man die Straftäter aus der Gesellschaft entfernen, d.h. ins Gefängnis einschliessen. Oder geringere, den kleineren Delikten angemessene Strafen vorsehen, die dann aber tatsächlich durchgesetzt würden (effiziente Repressionen).

Ebenfalls abgeschafft werden soll die Schuldhaft. Ein säumiger Schuldner soll nicht ins Gefängnis gesperrt werden bis er zahlt: einerseits verunmöglicht dies endgültig die Rückzahlung der Schulden, denn solange der Schuldner eingesperrt ist, kann er nicht arbeiten und Geld verdienen, und ausserdem muss der Staat für die eingesperrten Schuldner aufkommen.

16.2.5 Das gesetzgeberische Programm

Das Rechtsquellensystem der Aufklärung ist – verglichen mit demjenigen des gemeinen Rechts – ein einfaches: nämlich das Rechtsquellensystem der Gesetzgebung. Diese wird zur einzigen Rechtsquelle, alle andern werden ausser Geltung gesetzt bzw. abgeschafft. Rechts- und Gesetzordnung sollen deckungsgleich sein.

Zum einen ist dies Ausdruck einer positivistischen Haltung bezüglich der „Machbarkeit“ gesellschaftlicher Änderungen durch Gesetzgebung bzw. Gesetzänderung: viele naturrechtliche Postulate werden in der Folge in positives Recht umgewandelt. Umgekehrt sollte einer Änderung in der Gesellschaft eine Änderung des Gesetzes vorausgehen, d.h. sich herausbildende, vom Gesetz abweichende Gewohnheiten sollten nicht akzeptiert werden.

Zum andern führten justizpolitische Wünsche zur Forderung nach Gesetzgebung als einheitlicher Rechtsquelle. Dies ist einerseits die Kritik am bestehenden, zersplitterten Recht (vgl. 13.2.5); es sei diffus, chaotisch, widersprüchlich, jeder könne daraus ableiten, was er wolle, und die Richter und Anwälte entschieden willkürlich. Die Rechtsunterworfenen würden dieses Recht selber gar nicht kennen (weil sie entweder nicht lesen könnten oder kein Latein verstünden). Die Gesetze sollten (in der Sprache des Volkes und nicht Latein!) klar formuliert und unabänderlich sein, d.h. für Rechtssicherheit bürgen. Besonders abgeneigt waren die Aufklärer dem Gewohnheitsrecht. Die Bürger sollten vor Willkür geschützt und die erlangten Rechte verfestigt werden. – In diesen Kontext gehört das Verbot FRIEDRICHS DES GROSSEN, das ALR zu kommentieren, auszulegen oder wissenschaftlich zu bearbeiten. Er wusste genau, dass sich das Recht verändern würde, sobald Juristen sich damit beschäftigten, und dass es dann mit der Klarheit und Übersichtlichkeit vorbei sein würde (vgl. oben 9.4.3 und auch 13.2.6).

Der Wunsch nach der Reduktion der Zahl der Rechtsquellen auf eine einzige und nach Vollständigkeit der zu schaffenden Gesetze liegt nicht weit entfernt vom Ruf nach einer

¹³⁰ So wurden z.B. kleine Diebstähle von Hausangestellten kaum angezeigt und blieben unbestraft – man konnte bei kleinen Delikten gar auf Straflosigkeit zählen.

Kodifikation des Rechts, d.h. nicht nur einer vollständigen Sammlung des geltenden Rechts, sondern einer systematischen Gesamtrechtsordnung.

16.3 Naturrecht und Aufklärung in der Schweiz

16.3.1 Einleitung

Die Aufklärung ist in allen europäischen Staaten anzutreffen. Doch ebenso wie die Aufklärung eine umfassende und breite Bewegung ist, so verschieden ist ihre Erscheinungsweise und Wirkung in den einzelnen Staaten und Gegenden: In Italien und Deutschland war die Aufklärung eine Bewegung von grosser politischer Relevanz. Die Herrscher schlossen sich ihr an und machten Teile davon zu ihrem politischen Programm (insbesondere im Rahmen des aufgeklärten Absolutismus [vgl. 5.2]). In Frankreich hingegen war die Aufklärung als Bewegung bis zur Revolution nie offiziell anerkannt, aber eine sehr vitale Untergrundbewegung.

Als Bewegung gab es die Aufklärung auch in der Schweiz. Aber sie ist nicht vergleichbar derjenigen Frankreichs oder Deutschlands. Es ist hier keine einheitliche Bewegung festzustellen: die welsche Gebiete (Genf, Waadt, Neuenburg) gingen andere Wege als die Deutschschweizer Orte.

16.3.2 Die naturrechtliche Schule der welschen Schweiz

In der Welschschweiz bestand eine Neigung, sich mit dem Naturrecht zu befassen. Hier, in Genf, Lausanne und Neuenburg, wurden bedeutende naturrechtliche Beiträge geleistet; die Lehrstühle für Naturrecht an den dortigen Universitäten waren die einzigen im französischen Sprachraum (in Frankreich war die Lehre des Naturrechts verboten), wodurch sie eine Ausstrahlung bis nach Frankreich hatten.

- BARBEYRAC JEAN¹³¹ (1674-1744): ein Hugenotte, der eine Zeitlang in Berlin (Preussen) lebt, dort Naturrecht hört, später nach Lausanne geht, wo er Naturrecht lehrt (bis die Berner dies verbieten) und nach Holland flieht. Bedeutung im französischen Raum u.a. als Übersetzer und Kommentator der Schriften PUFENDORFS.
- BURLAMAQUI JEAN-JACQUES (1694-1748): Sohn eines Genfer Patriziers. Juristische Studien an der Genfer Akademie. Nach ausgedehnten Studienreisen in Frankreich, Holland, Grossbritannien und Deutschland (dort Schüler BARBEYRACS) ab 1721 Mitglied des Rats der Zweihundert. 1722-1740 Rechtsprofessor an der Genfer Akademie. Zu seiner Zeit berühmter Natur- und Völkerrechtler mit grosser Ausstrahlung im englischsprachigen Raum. Ab 1740 Mitglied des Kleinen Rats, daneben juristische schriftstellerische Tätigkeit. Hauptwerke: „Principes du droit naturel“ 1747, „Principes du droit politiques“ postum 1751.¹³²

¹³¹ Übersetzer der Werke von GROTIUS und PUFENDORF. Er hat seine Übersetzungen mit Anmerkungen versehen, die sich oft an LOCKE orientieren und die übersetzten Werke im Sinne einer liberalen Haltung relativieren. [Angaben aus ROUSSEAU, S. 160]

¹³² Angaben aus KÖLZ, S. 41.

- VATEL EMER DE (1714-1767): Geboren in Couvet, Neuenburg, als Sohn des dortigen Pfarrers. Theologische, philosophische und juristische Studien in Basel und Genf. Ab 1742 Reisen an die Höfe von Potsdam und Dresden. Ab 1746 diplomatischer Vertreter Sachsens und Polens in der Republik Bern. Neben der Wahrnehmung der diplomatischen Aufgaben Wohnsitz in Neuenburg und fruchtbare schriftstellerische Tätigkeit im Bereich des Völkerrechts. Hauptwerk: „Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains“ (1758).¹³³ Sein Einfluss war nicht auf den französischen Sprachraum oder Europa beschränkt, er beeinflusste auch die Schöpfer der Verfassungen der amerikanischen Staaten, die ganze Passagen aus seinem Werk darin übernahmen. DE VATEL hatte ein gutes Gespür für Gründe, auf welche sich abhängige Gebiete stützen können, wenn sie sich von ihrer Abhängigkeit lossagen wollen.

Im Gebiet der welschen Schweiz ist demnach keine Stagnation der Rechtswissenschaft festzustellen – im Gegenteil (vgl. oben 15.3.1).

16.3.3 Naturrechtsforschung in der deutschen Schweiz

Die Frage, wieweit eine naturrechtliche Bewegung auch in der deutschen Schweiz zu beobachten ist, kann – mit Vorbehalten – bejaht werden. Es besteht auch in der deutschen Schweiz eine naturrechtliche Tradition, und es wird über naturrechtliche Fragen nachgedacht. Insbesondere in Bern und Zürich bestehen an den Akademien (für Theologie und Verwaltungsausbildung) Lehrstühle für Naturrecht.

Die Aufgabe dieser Lehrer und ihr Denken hat aber – anders als in der welschen Schweiz – konservierende Funktion: das geltende Recht soll erhalten und nicht geändert werden. Dieses wird als Teil des göttlichen (Natur-)Rechts angesehen und nicht als ein Produkt des Zufalls (transpositive Rechtfertigung, Legitimation), was zu seiner Aufwertung führt.

Dies ist u.a. daran zu beobachten, dass in der Schweiz die grossen Juristen tendenziell gegen das gemeine Recht eingestellt sind und ihre Position zusätzlich naturrechtlich untermauern. Es wird nun auch (in der 2. Hälfte des 18. Jh.) vom vaterländischen Recht, vom ursprünglichen Recht der eigenen Nation gesprochen (vgl. auch unten 17.1). Dies signalisiert eine andere Art der Aufklärung: es gibt auch in der Deutschschweiz die Verbindung von Naturrecht und Aufklärung, aber die Aufklärung hier ist eine, die sich mit der Nation und dem Denken über diejenigen Faktoren, die dieses zersplitterte Land zusammenhalten, befasst. Juristen beginnen, sich rechtsvergleichend mit den verschiedenen Rechtsordnungen der Kantone zu befassen (z.B. J.J. LEU¹³⁴ von Zürich).

¹³³ Angaben aus KÖLZ, S. 41.

¹³⁴ Den vierten Band „Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes“ seiner Untersuchung „System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes“ hat EUGEN HUBER denn auch LEU gewidmet, den er – wohl mit Recht – als den Begründer der Schweizer Rechtsvergleichung und Erforschung der Gemeinsamkeiten der kantonalen Rechte ansah.

§17 **Der Historismus des 19. Jahrhunderts**

17.1 **Vom Naturrecht zum Historismus**

Das Naturrecht (vgl. oben 16.1) gründet auf der abstrakten Natur des Menschen, d.h. das Naturrecht behält sein Geltung an jedem beliebigen Ort zu jeder beliebigen Zeit. So wie das Naturrecht, versteht sich auch die Bewegung der Aufklärung mit ihren Postulaten (Vernunft, Rationalität) unabhängig von jedem räumlichen und zeitlichen Ort.

Die Romantik (1790-1830) betonte als (vor allem literarische) Gegenbewegung zur Rationalität der Aufklärung und zur Klassik stark das Irrationale: Sie versuchte die Kräfte des Gefühls, der Phantasie und des Unbewussten zu wecken. Einem Teil der Romantiker (u.a. ACHIM VON ARNIM, CLEMENS BRENTANO und JAKOB GRIMM, denen SAVIGNY persönlich nahe stand)¹³⁵ ging es auch darum – analog den Kräften des Subjekts – die schöpferischen Kräfte des „tätigen Volksgeistes“ zu belegen, die sich organisch entwickeln und ihren geschichtlichen Eigenwert besitzen sollten. Das Resultat waren Sammlungen der „Äusserungen dieses Volksgeistes“: die Volkslieder, Volksmärchen, Volkssagen und Volksbücher (z.B. die „Kinder- und Hausmärchen“ der Brüder GRIMM).¹³⁶

Die Geschichte wurde nun vermehrt als das Innenleben des nationalen Kulturraums begriffen. Jeder Kulturraum bestimmte sich durch Gemeinsamkeiten wie Ahnen, Sprache, Recht, Lieder, Brauchtum usw. Diese Gemeinsamkeiten gaben einem „Volk“ seine Identität, die den Volksgeist ausmachen.¹³⁷

Durch den Versuch den „Volksgeist“ geschichtlich zu erklären, erfährt die geschichtliche Betrachtung des Bestehenden einen grossen Aufschwung: Der Historismus betrachtet die kulturellen Erscheinungen (u.a. das Recht) unter dem leitenden Gesichtspunkt ihrer historischen Gewordenheit, d.h. Geschichtlichkeit; damit verbunden ist die Betonung von Einmaligkeit und Besonderheit dieser Erscheinungen.¹³⁸ So gesehen erscheint nun auch das Recht als ein von anderen nationalen Rechten unterschiedenes „eigenes“ Recht, als aus der Jahrhunderte alten Tradition des gelehrten, natürlichen und gemeinen Rechts „ausgesondertes“, selbständig gewachsenes Recht (vgl. auch oben, vor 16.1).¹³⁹

Die geschichtliche Dimension der Betrachtung des Rechts geht zugleich auch auf MONTESQUIEU¹⁴⁰ (den Begründer der Rechtssoziologie) zurück, der „Recht“ sowohl als

¹³⁵ SAVIGNY heiratete eine Schwester CLEMENS BRENTANOS; die andere Schwester BRENTANOS, BETTINA, war mit ACHIM VON ARNIM verheiratet. BETTINA BRENTANO unterhielt einen Briefwechsel und mehr mit dem alten GOETHE – jedenfalls so, dass sich die VULPIUS und sie in die Haare gerieten.

¹³⁶ Angaben aus DTV-ATLAS ZUR DEUTSCHEN LITERATUR, S. 177 ff.; DTV-WELTGESCHICHTE, S. 310; MTL; STÖRIG, S. 572; WIEACKER, S. 348 ff.

¹³⁷ SENN, S. 229.

¹³⁸ Zu den Angaben vgl. Fn. 136.

¹³⁹ SENN, S. 230.

¹⁴⁰ SENN, S. 314: CHARLES DE SECONDANT, BARON DE LA BRÈDE ET DE MONTESQUIEU (1689-1755); Adliger und Jurist; Vertreter der französischen Monarchie und Aufklärung. Mit seiner Lehre der Gewaltenthemmung durch Aufteilung der Machtbefugnisse in Gesetzgebung, Gesetzausführung und

umfassende Naturgesetzlichkeit als auch als etwas sieht, was durch ein Netz von orts- und zeitbezogenen Rahmenbedingungen bestimmt ist. Ein Gesetz, wenn es funktionieren soll, müsse den natürlichen und geschichtlichen Bedingungen, unter denen diejenigen Menschen leben, die es befolgen sollen, angepasst sein.^{141, 142} Zwei verschiedene Länder können demnach nicht die gleiche Rechtsordnung haben. MONTESQUIEU lehnte sowohl den Voluntarismus als auch den Universalismus ab. Beeinflusst wurden in Deutschland insbesondere HERDER¹⁴³ und HUGO¹⁴⁴, die ihrerseits SAVIGNY und EICHORN als Begründer der Historische Rechtsschule beeinflussten.

Die Disziplin der (Rechts-)Geschichte erzeugt in der weiteren Folge ein Geschichtsbild der besonderen nationalen Qualitäten. Sie sondert dadurch – meist stillschweigend – die gemeinsamen Elemente (der europäischen Traditionsebene) zwischen den Nationen aus. Genährt durch sozialdarwinistische und rassistische Vulgarismen werden ab der Mitte des Jahrhunderts in allen Staaten Europas in Übertreibung und Perversion der ursprünglichen Bewegung national geprägte Geschichtsbilder „aufgebaut“, um das „nationale“ Selbstverständnis zu stärken. Noch vor Ende des Jahrhunderts etablieren sich nationalistische Ideologien des Imperialismus, welche die höhere oder bessere Berechtigung der eigenen Nation vor der andern legitimieren soll. Erst die verheerenden Folgen der beiden Weltkriege führen zum Abbau dieser Denkhaltungen.¹⁴⁵

Rechtsprechung nach Gesetz legte er die Grundlage der Staatswissenschaft (Gewaltenteilungslehre). Sein (juristisches und historisches) Hauptwerk ist: *L'esprit des loix*, 1748.

¹⁴¹ SENN, S. 227 f.

¹⁴² FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842, Ius Commune, Sonderhefte: Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte 63, S. 182 ff.: Einleitung zu Pandekten, Berlin Sommer 1812: „Entstehung des Rechts. Gewöhnlicher Grundirrtum, das Recht entstehe durch die Willkür von Gesetzgebern, es könne also in jedem Augenblick so oder auch anders seyn, d.h. sein Inhalt sey ganz zufällig ... das positive Recht jedes Volks bildet sich von innen heraus, es entsteht und wächst mit dem Volk selbst, seine erste Entstehung, die Erzeugung seiner Grundideen, eben so geheimnisvoll wie der Anfang aller Völkergeschichte, und nur die Entwicklung dieses ersten Keims einer historischen Ergründung fähig. ... Demnach *ist* das Recht jedes Volks seiner innern Natur nach *Gewohnheitsrecht*, Gesetze können es nicht hervorbringen, wohl aber reinigen, fixieren, erhalten, auch wohl misverstehen und verderben – ihr Einfluss nicht gross, weit grösser der Einfluss der eigentlichen *Jurisprudenz*, so bald diese nicht mehr Gemeingut aller Bürger ist, sondern als eine besondere Kunst oder gar als Wissenschaft getrieben wird ... Wichtige Folge dieser Ansicht: das Recht jedes Volks ist seiner Natur nach in steter Entwicklung und Fortbildung begriffen, ganz wie das Volk selbst in verschiedenen Zeiten durchaus nicht dasselbe ist; nach der entgegengesetzten Ansicht wäre es unbeweglich, solange die Gesetzgebung nicht durch eine neue Gesetzgebung verdrängt wäre. Andere wichtige Folge: da es aus innerem Bedürfnis entsteht, so muss es einen inneren Zusammenhang haben, ein vollständiges Ganze[s] bilden; bey Entstehung durch Willkür wäre das lediglich zufällig, es würde abhängen von dem systematischen oder unsystematischen Geiste des individuellen Gesetzgebers.“ Fortsetzung in Fn. 151.

¹⁴³ HERDER JOHANN GOTTFRIED (1744-1803): Theologe und Geschichtsphilosoph. Wegbereiter der deutschen Klassik (GOETHE/SCHILLER). Geprägt und prägend durch sein historisches Bewusstsein, welches Natur und Geschichte als zusammenhängend betrachtet. Werk: *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*, 1784-91. [Angaben aus SENN, S. 309]

¹⁴⁴ HUGO GUSTAV (1767-1844): Rechtsprofessor in Göttingen. Entwickelte die Göttinger Tradition von dogmatischer, historischer und philosophischer Betrachtung des Rechts, womit die Grundlage für die Historische Rechtsschule gelegt wurde. [Angaben aus SENN, S. 310]

¹⁴⁵ SENN, S. 231.

Der Übergang vom Naturrecht (bzw. der Aufklärung) zum Historismus muss aber nicht als abrupter Wechsel vorgestellt werden: Die neue Strömung übernimmt Tendenzen, die auch schon im Naturrecht enthalten waren oder nimmt solche wieder auf, die es bereits vor der Zeit des Naturrechts gab. Harmonisch zeigt sich z.B. der Übergang in der Deutschschweiz (vgl. oben 16.3.3 am Ende).

17.2 FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY (1779-1861) und die Entstehung der Historischen Schule

17.2.1 FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY: das Leben

FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY: Geboren in Frankfurt am Main. Stammte aus reichsritterlicher, hugenottischer Familie, die aus Frankreich geflohen war und sich in Deutschland niedergelassen hatte. Früh verwaist wuchs er bei seinem Vormund, einem Assessor am Reichskammergericht in Wetzlar, auf. Jurastudium an der Universität Marburg. 1800 Dr. iur. Anschliessend bis 1804 Dozent. Nach ausgedehnten Reisen 1808-1810 Professor für römisches Recht in Landshut, 1810-1842 Rechtsprofessor an der neu gegründeten Universität Berlin. Setzte durch, dass die Grundlage des juristischen Studiums das gemeine Recht wurde und nicht das Allgemeine Landsrecht [für die preussischen Staaten] (ALR). Mit seiner Schrift „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ (1814) und mit der Herausgabe der „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“ (1815-50; mit K.F. EINHORN u.a.) Begründer der „Historischen Rechtsschule“ (Vertreter des romanistischen Zweiges). Ab 1842 Justizminister. Hauptwerke: „Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter“ (6 Bände) 1815-1831, „System des heutigen römischen Rechts“ (8 Bände) 1840-1849.¹⁴⁶

Als in Frankreich 1789 die Revolution ausbrach, war er gerade zehn Jahre alt. Aufgrund der französischen Herkunft seiner Familie und der daraus sich ergebenden regen Teilnahme an den Ereignissen in Frankreich wurde dies zu einem der prägenden Ereignisse seines Lebens. Die ablehnende Haltung gegenüber revolutionärem Umsturz und Terror – die sich aus dem Adelsstand der Familie erklärt – wird sich als Grundbotschaft durch sein ganzes Leben ziehen.

Diese Haltung zeigt sich u.a. in seiner Methodenvorlesung – einer Vorlesung also, die im Grunde erst von Leuten gehalten wird, wenn sie über eine lange Erfahrung verfügen – von 1802: „Man nehme Rücksicht auf die innere Sukzession in der Wissenschaft und nehme so wenig Revolution als möglich an ...“. SAVIGNY traute als Verfechter der Kontinuität dem abrupten Umsturz nicht (darin GOETHE sehr ähnlich, der ebenfalls die Evolution der Revolution vorzog), er ging vielmehr davon aus, dass zwischen den verschiedenen aufeinander folgenden Rechtstheorien stets ein innerer Zusammenhang besteht.

¹⁴⁶ Angaben aus KÖLZ, S. 360 f. und MTL.

17.2.2 Das wissenschaftliche Programm einer „Historischen Schule“

Das Programm der Historischen Rechtsschule ist in Grunde bereits in der Schrift „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ (1814) enthalten. Diese Schrift ist zwar eigenständig insofern sie die Gedanken enthält, die SAVIGNY bereits seit Jahren beschäftigt¹⁴⁷, doch ist sie zugleich eine Antwort auf die Forderung THIBAUTS¹⁴⁸ („Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“) nach einer dem Code civil oder dem österreichischen ABGB entsprechenden Kodifikation für das Deutsche Reich (vgl. auch 9.4.3).

Dem Deutschen Reich, das – anders als Frankreich oder Österreich – noch keine politische Einheit war, sollte gerade die Kodifikation des Privatrechts als ein erster Schritt zur Erlangung dieser Einheit verhelfen. Zudem hätte die Kodifikation des Rechts eine Verschiebung der Form der Rechtsschöpfung zugunsten der Gesetzgebung bedeutet (vgl. 9.4.3, 13.2.5 f.).

SAVIGNY äussert sich dezidiert gegen die Kodifikation und für die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle. Sein Alternative zur Kodifikation ist die Aufwertung der Rechtswissenschaft durch die Errichtung einer Historischen Rechtsschule.¹⁴⁹ Durch das Studium der geschichtlichen Gewordenheit des bestehenden Rechts sollte durch die Rechtswissenschaft die Reform des Rechts, d.h. Anpassung an die Probleme der Zeit, erreicht werden.¹⁵⁰

17.2.3 „Geschichte“ als Weg zur Erkenntnis des Rechts

Die Geschichte hat in der Historischen Rechtsschule eine andere Funktion als bisher. Das Ziel der Schule ist nicht die Pflege der Geschichte; durch die Geschichte soll vielmehr die Betrachtung des geltenden Rechts verändert und die Fortbildung desselben ermöglicht werden: die Schule fordert ein besseres Nachdenken über das positive Recht.¹⁵¹ Die Geschichte ist für SAVIGNY das beste Mittel, der beste Weg der Erkennt-

¹⁴⁷ Vgl. nur Fn. 142.

¹⁴⁸ Vgl. Fn 68.

¹⁴⁹ Wobei SAVIGNY der Begriff der „historischen“ Schule teilweise als arrogant vorgeworfen wurde, als hätte man sich bisher mit der Geschichte des Rechts nicht zu beschäftigen gewusst.

¹⁵⁰ KASER, S. 10.

¹⁵¹ Fortsetzung von Fn. 142: „Entstehung der Rechtswissenschaft – ihr Character nothwendig bestimmt durch die eben beschriebene Entstehung des Rechts – ist sie ein *systematisches Ganze[s]*, weil nur dann die innere Einheit erkannt und ausgesprochen wird, welche dem Recht selbst inwohnt – sie ist *Geschichte*, weil das Recht selbst in steter Bewegung und Entwicklung existirt, folglich auch nur so begriffen werden kann – endlich welches sind ihre *Quellen* zur Erforschung des Rechts? Zwey mögliche Fälle: 1.) das Recht selbst noch lebendig geübt von und in dem Volk, in welchem es entstanden ist – dann diese wirkliche Erscheinung aufzufassen und gereinigt von Misverständniss und Zufälligkeit auf ihre Idee zurück zu führen. Das z.B. ist der Fall noch jetzt bey den germanischen Rechtsinstituten. 2.) oder das Recht dauert fort, aber unter andern Verhältnissen, in anderen Völkern als worin es entstand (Vergleich mit todten Sprachen) – dann die wissenschaftliche Darstellung seines ursprünglichen Lebens nur auf einem viel künstlicheren Wege möglich – *Quellen* sind nunmehr alle historischen Monumente welche aus jenem lebendigen Rechtszustand unmittelbar hervorgegangen sind, und in welchen er sich spiegelt; aus ihnen allein *Anschauung* desselben erhalten. ... Also ist der ganze Weg ... dieser: die juristischen Monumente vollständig zu durchforschen und aus ihnen jenen vergangenen

nis für das geltende Recht. Das Recht sei, gebunden an historische Voraussetzungen, ein aus dem innersten Wesen der Nation und ihrer Geschichte entstandener Teil ihrer Kultur, d.h. das Recht ist Ausdruck des Volksgeistes; es entsteht von selbst und entwickelt sich ähnlich der Fortbildung der Sprache. Damit war es zugleich der voluntaristischen Gesetzgebung entzogen. FRIEDRICH JULIUS STAHL drückte dies so aus: „Nicht die Geschichte des Rechts lernen, sondern das Recht historisch kennen.“

Dabei muss man bedenken, dass zur Zeit SAVIGNYS – anders als heute – das Rechtsquellen-system des gemeinen Rechts noch immer in Geltung war. Das geltende Recht war also nicht ein zu einem bestimmten Zeitpunkt in Kraft getretenes Gesetz, sondern ein irgendwann viel früher entstandenes und bisher nicht untergegangenes Recht. Der Blick geht automatisch nach rückwärts – bis zu den Quellen des Rechts in der römischen Klassik (200 u.Z.). Um diese Kontinuität des Rechts durch die Zeit zu belegen, musste SAVIGNY insbesondere zeigen, dass das römische Recht stets seine Geltung hatte – auch im Mittelalter: dazu dient sein erstes Hauptwerk: „Die Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter“. Diese historische Betrachtung des geltenden Rechts bedeutet also immer zugleich auch die Betrachtung und Vergleichung des ursprünglichen Zustandes mit dem, was sich bewährt hat und schliesslich in der Gegenwart davon „angekommen“ ist.

SAVIGNY war im Grunde überzeugt davon, dass das wirkliche Recht dasjenige der römischen Klassik war und dass sich dieses später nur noch verschlechtert hat, d.h. je näher die verschiedenen Bearbeiter (Glossatoren, Kommentatoren oder auch die Naturrechtler) der Klassik sind, desto besser noch das Recht.

Eine solche Betrachtungsweise wird überflüssig, sobald das System der Kodifikation in Kraft tritt. Das geltende Recht ist dann einfach jenes, das in der Kodifikation, im Gesetzbuch enthalten ist, ohne dass seine Geltung in der Geschichte belegt zu werden brauchte. Der Blick in die Vergangenheit erübrigt sich, die Kodifikation bringt eine einfachere und autoritativere (nur der Staat hat das Rechtsetzungsmonopol) Antwort auf die Fragen nach dem geltenden Recht.

17.2.4 Reform durch das Wirken von Juristen

Obwohl sich THIBAUT und SAVIGNY über den Weg uneins sind, gehen doch beide in dieselbe Richtung: Das Recht soll zum geeigneten Recht für den neuen bürgerlichen Staat, für die neue bürgerliche Gesellschaft werden. Die neue bürgerliche Gesellschaft braucht ein neues Recht, nicht mehr das alte, ständische Recht.

Auch SAVIGNY war also von der Notwendigkeit von Reformen überzeugt, allerdings sollten diese durch die Wissenschaft geleistet werden und nicht durch die Politik. Das Rechtsquellen-system des gemeinen Rechts drehte sich um den Juristen, die Rechtsschöpfung wird den Juristen und der Rechtswissenschaft überlassen. Die Rechtserneuerung erfolgt durch gelehrte Richter, Juristen, Anwälte und Professoren usf., hinter denen aber auch eine Autorität steht: keine staatliche, sondern eine gesellschaftliche.

Rechtszustand in seinem ursprünglichen Leben, d.h. in seiner systematischen Einheit und seiner stetigen historischen Entwicklung darzustellen.“

SAVIGNY sucht das Recht für die neuen bürgerliche Gesellschaft, er will aber auf einem anderen Weg als auf dem der Kodifikation dahin gelangen. Die Rechtserzeugung und Rechtsreform im System der Kodifikation wäre den Politikern überlassen. Im Duell THIBAUT-SAVIGNY treten einander Grundeinstellungen gegenüber: aristokratische Kultur und demokratische Politik, europäische Tradition und junges Nationalgefühl, Wissenschaft und tätige Praxis.¹⁵²

17.2.5 Ein „System“ auf KANT'scher Grundlage

CARONI, Privatrecht, S. 117 f.

SAVIGNY hat als Alternative zur Kodifikation das „System des heutigen römischen Rechts“ – dessen Geltung von der Klassik bis zur Gegenwart er bereits nachgewiesen hat – vorgeschlagen. Seine Alternative war nicht einfach das klassische römische Recht, sondern das römische Recht zu einem der Gegenwart („heutig“) entsprechenden System zusammengefügt. Ein gelehrtes Werk – die Rechtswissenschaft – als Rechtsquelle.

In der Methode, wie SAVIGNY dieses System organisierte, folgte er den Postulaten und Grundlagen KANTS: „Das Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit vereinigt werden kann.“ Dies bedeutet die Trennung von Recht und Moral, d.h. das Recht schreibt dem einzelnen Menschen seine Ziele nicht mehr vor (vgl. oben 16.1.5), sondern überlässt ihm im Rahmen seiner Privatautonomie die Entscheidung über das richtige Handeln. Das Recht nimmt eine bescheidenere Rolle ein, es zieht sich aus dem Bereich der Sitte, aus dem Innersten der Persönlichkeit zurück. Als Aufgabe des Rechts bleibt übrig, gewisse Bedingungen des Zusammenlebens zu garantieren.¹⁵³

Diesen Anschluss SAVIGNYS an KANT wollte man lange nicht sehen, war „VON“ SAVIGNY doch auch Adliger und Grundherr. Dennoch schuf er für die bürgerliche Gesellschaft das modernste Werk der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts auf den Grundlagen von KANTS Postulaten.

17.2.6 Strukturelle Ambivalenz auch der Historischen Schule

Unter dem Begriff „Historische Rechtsschule“ sammeln sich verschiedenste Anliegen. Die Anhänger dieser Schule waren sich untereinander durchaus nicht immer einig. So sind z.B. die Gründe für die Ablehnung der Gesetzgebung sehr unterschiedlich.

Historische Quellen und Werke werden wiederentdeckt. Die Mitglieder der Historischen Rechtsschule sind sich aber nicht einig über die aktuelle Gültigkeit solcher historischer Aussagen.

¹⁵² WIEACKER, S. 395.

¹⁵³ „Der Begriff aber eines äusseren Rechts überhaupt geht gänzlich aus dem Begriffe der Freiheit im äusseren Verhältnisse der Menschen zu einander hervor; und hat gar nichts mit dem Zwecke, den alle Menschen natürlicher Weise haben (der Absicht auf Glückseligkeit), und der Vorschrift der Mittel dazu zu gelangen, zu thun: so dass auch daher dieser letztere sich in jenes Gesetz schlechterdings nicht, als Bestimmungsgrund derselben, mischen muss. [KANT, zitiert nach QUELLEN II, 123 a)]

17.2.7 Romanisten und Germanisten

Grundsätzlich könnte man meinen, dass unter dem Dach der Historischen Schule für beide Richtungen – Romanisten und Germanisten – Platz ist. Tatsächlich arbeiten Vertreter beider Gruppen anfangs zusammen. Mit der Zeit zeigt sich aber immer deutlicher, dass die Unterschiede unüberbrückbar sind.

Wäre das Hauptziel der Schule – was der Name zu unterstellen scheint – wirklich die Erforschung der Rechtsgeschichte gewesen, wäre das anfängliche Bild der Eintracht zwischen Romanisten und Germanisten auf die Dauer ungetrübt geblieben. Da aber in Wahrheit die Romanistik den Anspruch auf eine kulturelle Erneuerung der gesamten Rechtswissenschaft aus der Tradition des römischen Rechts erhob, fiel den Germanisten von Anfang an eine prekäre und verzwickte Rolle zu: Die Romanisten stützten sich auf ein einheitliches, abgeschlossenes Recht, das *Corpus iuris* (inklusive der Kommentare). Dagegen befassten sich die Germanisten mit einem äusserst zersplitterten Recht, das eigentlich gar nicht „ein“ Recht war. Auch war das römische Recht ein gelehrtes Recht, die Quellen der Germanisten hingegen nicht (sondern ungelehrtes Volksrecht). Der wichtigste Unterschied aber war, dass das römische Recht geltendes Recht war, anders als das germanische Recht, das seine Geltung stets neu zu rechtfertigen hatte und sich nicht auf den Geltungsgrund einer *ratio fundata* stützen konnten (vgl. oben 14.3.1 und Rechtsgeschichte II, 6.3). In dieser Lage setzten sie die Verfassungs- und Rechtsquellenforschung fort (wie EICHHORN), gaben sich ganz der liebevollen Erforschung der germanischen und deutschen Rechtsaltertümer hin (wie GRIMM), oder wandten sich den von den Romanisten vernachlässigten Materien des Privatrechts zu: dem Liegenschaftsrecht, dem Handels- und Wertpapierrecht und der Theorie der Verbände, Körperschaften und Gesamthandschaften. Sobald sie aber Ansprüche auf das gesamte Rechtsleben anmeldeten, wurde der Konflikt mit der romanistischen Zivilrechtswissenschaft unausweichlich.¹⁵⁴

Insbesondere stellten die Germanisten die Legitimität der Rezeption des römischen Rechts im deutschen Sprachraum in Frage, ja bezeichneten diese gar als ein durch die gelehrten Juristen verschuldetes „Nationalunglück“, das die Spaltung zwischen „Juristenrecht“ und „Volksrecht“ zu verantworten habe. Und man wird verstehen, wenn sie mit der Erklärung SAVIGNYS, dass die Rezeption des römischen Rechts aus einer inneren Notwendigkeit der Geschichte erfolgt sei, nicht zufrieden waren.¹⁵⁵

17.3 Die Entwicklung zur Begriffsjurisprudenz

Ein Teil der Rechtswissenschaft im Gefolge der Historischen Schule entwickelt unter dem Begriff des rechtswissenschaftlichen Positivismus – unter Übertragung der System- und Begriffsbildung des jüngeren Vernunftrechts (insbes. derjenigen WOLFFS, vgl. oben 16.1.4) auf den gemeinrechtlichen Stoff – eine Rechtsanschauung, welche die Rechtssätze und ihre Anwendung ausschliesslich aus System, Begriffen und Lehrsätzen der Rechtswissenschaft ableitet, ohne ausserjuristischen (etwa religiösen, sozialen oder wissenschaftlichen) Wertungen und Zwecken rechtserzeugende oder rechtsändernde

¹⁵⁴ WIEACKER, S. 403.

¹⁵⁵ WIEACKER, S. 393, 409.

Kraft zuzugestehen. „Ethische, politische oder volkswirtschaftliche Erwägungen sind nicht Sache des Juristen als solchen“, sagte WINDSCHEID (ein Klassiker des rechtswissenschaftlichen Positivismus). Die Rechtswissenschaft entwickelt ein Selbstverständnis als autonomer Wissenschaft mit eigenem Begriffsinstrumentarium. Sie konzentriert sich folgerichtig auf das, was gegeben ist, und das sind die dogmatischen Figuren, Allgemeinbegriffe, Methoden, Systeme und die Kodifikation. Die Rechtfertigung dieser Überzeugung wurde der Rechtslehre KANTS entnommen, nach der die Rechtsordnung Sittlichkeit nicht ist, sondern ermöglicht und daher ein „selbständiges Daseyn“ hat (d.h. Trennung von Recht und Moral).¹⁵⁶

17.3.1 „Rechnen mit Begriffen“

Eine gegebene Rechtsordnung ist nach der Ansicht des rechtswissenschaftliche Positivismus stets ein geschlossenes System von Institutionen und Rechtssätzen, und zwar unabhängig von der sozialen Realität der durch diese Institutionen und Rechtssätze geregelten Lebensverhältnisse. Unter dieser Voraussetzung ist es prinzipiell möglich, alle anstehenden Rechtsfälle allein durch eine logische Operation richtig zu entscheiden, welche den Fall unter das hypothetische Urteil subsumiert, das in einem allgemeinen dogmatischen Lehrsatz (und implizit auch in den rechtswissenschaftlichen Begriffen) enthalten ist.¹⁵⁷ Bereits SAVIGNY verglich die Arbeit der Klassiker mit derjenigen von Mathematikern und Geometern: Die Klassiker hätten mit den Begriffen „gerechnet“. ¹⁵⁸ Damit wird alles Subjektive aus dem Recht entfernt, die Person des Rechtsanwenders wird austauschbar (vgl. oben 16.1.4).

17.3.2 Vom Volksgeist zum Juristenmonopol

SAVIGNYS Begriff der geschichtlichen Kräfte selbst ist von unseren Vorstellungen verschieden. Recht erscheint ihm als Teil der Gesamtkultur. Kultur aber sieht er als geistige Tradition. Wer dies ausser Acht lässt, läuft Gefahr, SAVIGNYS Volksgeist biologisch oder als soziale Realität statt als kulturelle Tradition misszuverstehen.¹⁵⁹ „Volk“ ist also gar nicht die politische und gesellschaftliche Realität der geschichtlichen Nation, sondern ein idealer Kulturbegriff und somit nahezu identisch mit den Richtern und Gelehrten eines Landes.

Ursprünglich habe zwar das Volk, etwa auch durch Priester oder Laienrichter, das Recht selbst verwaltet, aber irgendwann sei dieses zu kompliziert geworden. Dann habe sich ein gelehrter Juristenstand abgesondert, der das Recht ausschliesslich weiter fortgebildet habe.¹⁶⁰ Zur Rechtserzeugung ist nur mehr der wissenschaftlich gebildete Jurist berufen, der als „Organ“ des Volkes ein Monopol für Theorie und Praxis des Rechts erhält.¹⁶¹

¹⁵⁶ WIEACKER, S. 430 f., SENN, S. 244 f.

¹⁵⁷ WIEACKER, S. 433.

¹⁵⁸ KASER, S. 3.

¹⁵⁹ WIEACKER, S. 385.

¹⁶⁰ WIEACKER, S. 391 ff.

¹⁶¹ WIEACKER, S. 399.

17.3.3 Genealogie der Begriffe

Die Erwartung, dass ein solches Verfahren auch zu einer gerechten Entscheidung führe, beruht auf einer weiteren Voraussetzung. Die Rechtsbegriffe (z.B. subjektives Recht, dingliches Recht, Akzessorietät des Pfandrechts, Elastizität des Eigentums) haben nicht nur, wie zu allen Zeiten anerkannt, systematischen, pädagogischen oder semantischen Ordnungswert, kraft dessen sie wie „Rechenpfennige“ oder mathematische Zeichen der fachwissenschaftlichen Verständigung, z.B. in Unterricht oder wissenschaftlicher Urteilsbegründung, dienen, sondern eine unmittelbare Realität. In ihnen haben sich zeitlos gültige Aussagen über richtiges Recht derart verselbständigt, dass ihre logische Anwendung (wie die eines mechanischen Satzes oder einer richtigen physikalischen Formel) notwendig auch wieder zu richtigen (d.h. zur gerechten) Entscheidung führen muss.¹⁶²

Mit dieser Annahme einher geht die andere, dass die Jurisprudenz eine deduktive Wissenschaft sei, wobei die Begriffe und ihre Rangordnung (Begriffsjurisprudenz) im Zentrum stehen. Damit ist auch klar, dass die Juristerei formalistisch aufgebaut sein muss. Der deduktive Umgang mit den Begriffen hat eine Begriffspyramide und die Hierarchie der Begriffe zur Folge; nur was sich ableiten lässt hat innerhalb des Systems Platz (vgl. auch oben 16.1.4). Die Begriffe sind hierarchisch geordnet und lassen sich von den Axiomen aus abwärts lückenlos ableiten; die einzelnen Rechtssätze und Entscheidungen lassen sich ebenso herleiten. Der Jurist soll „die Abstammung eines jeden Begriffes durch alle Mittelglieder, die an seiner Bildung Anteil haben, auf- und abwärts ‚verfolgen‘, die ‚Herkunft‘ eines jeden Rechts bis hinauf zum Begriff des Rechts schlechthin sich zum Bewusstsein bringen und von diesem obersten Rechtsbegriff wieder hinab zu jedem einzelnen (subjektiven) Rechte gelangen“ können.¹⁶³

17.3.4 Auf dem Gipfel der Begriffspyramide

An der Spitze der Begriffspyramide steht der Begriff des reinen Rechts (nicht des Rechts als Wissenschaft sondern als [Rechts-]Beziehung), daraus lassen sich alle übrigen subjektiven und absoluten Rechte, ihre Beziehungen untereinander und zueinander, die Auswirkungen bei Verletzung von Rechten usf. ableiten. Dem Richter bleibt nichts anderes mehr zu tun, als auf einen bestimmten Sachverhalt die richtigen Begriffe anzuwenden und die Entscheidungen zu „errechnen“. Kritiker dieses System karikierten Juristen und Richter in dieser Situation etwa auch als „Subsumptionsautomaten“.

In der extremsten Spielart der Begriffsjurisprudenz steigert sich die Vorstellung der Realität der Rechtsbegriffe zu der nicht mehr zu begründenden ernstlichen Annahme, Rechte und Rechtslagen seien reale Dinge, die den allgemeinen Gesetzen der physikalischen Erfahrung unterlägen. Man erklärt sie etwa für impermeabel (undurchdringlich: wo A ist, kann nicht auch B sein); raumzeitlich gebunden (ein Recht kann nicht zugleich bei A und B sein, sondern nur, sei es auch in einer „juristischen Sekunde“, entweder bei A oder bei B; ein vernichtetes Recht kann nicht noch einmal vernichtet wer-

¹⁶² WIEACKER, S. 433 f.

¹⁶³ WIEACKER, S. 401.

den) oder für elastisch (das Eigentum kehrt nach Wegfall seiner Belastungen in den alten Umfang zurück).¹⁶⁴

17.3.5 Zur Kritik der Begriffsjurisprudenz

Im Vertrauen auf die produktive Kraft der „schöpferischen Konstruktion“ verliert also diese Art von Begriffsjurisprudenz schliesslich aus dem Auge, dass alle Rechtssätze und Begriffe Normen oder Normenkomplexe, also Aussagen über ein rechtliches Sollen, nicht über ein gegenständliches Sein sind.¹⁶⁵ Den Juristen wird vorgeworfen, sie wollten sich aus der sozialen Verantwortung stehlen: Sie müssten im Gegenteil frühzeitig überlegen, welche Folgen das Recht auf die soziale Wirklichkeit haben könne. Das Recht sei dazu da, soziale Probleme zu lösen.¹⁶⁶

Zum andern besteht gegenüber dem grossen Individualismus – der aus der Trennung von Recht und Moral sowie der Zuweisung der letzteren in die Privatautonomie folgt – Skepsis. So wurde beispielsweise der erste Entwurf zum BGB ob seines ausgeprägten Individualismus stark kritisiert: das abstrakte und scheinbar neutrale Privatrecht bedeutete für die wirtschaftlich stärkeren Klassen einen Vorteil auf Kosten der wirtschaftlich schwächeren; denn bei ungleichen Startbedingungen bringe die privatrechtliche Gestaltungsfreiheit als blosser Möglichkeit auf die Dauer diejenigen mit den geringeren Möglichkeiten in wirtschaftliche Unfreiheit. Dieser Kritik wurde in den nachfolgenden Entwürfen Rechnung getragen, sodass in diese der damals gern genannte „Tropfen sozialen Öls“ kam.¹⁶⁷

17.4 Die Entwicklung im 20. Jahrhundert

17.4.1 Die angebliche Zerstörung der früheren Rechtseinheit durch Gesetzbücher

BUCHER EUGEN, Einleitungsreferat am Symposium zu Ehren von Eugen Bucher anlässlich seines 70. Geburtstages, in: FS Bucher, Bern 1999.

Man könnte nun behaupten, durch die Kodifikation sei die frühere Rechtseinheit des gemeinen Rechts zerstört worden. Tatsächlich war die gesamte „Rechtsordnung“ (wenn man in diesem Zusammenhang diesen Begriff verwenden darf?) bis zur Kodifikation des (Privat-)Rechts durch die Klammer des gelehrten römischen Rechts zusammengehalten worden (vgl. dazu oben 13.2.3 ff., 14.3.4). Von einem einheitlichen Recht kann aber dennoch nicht gesprochen werden, da nicht das Recht selbst, sondern die Anwendungsmethode als Rechtsquelle das übergreifende Element darstellte.

Und auf der andern Seite wurde durch die Kodifikation jedes andere Recht bzw. jede andere Rechtsquelle ausser Geltung gesetzt (vgl. auch oben §9), was als Vereinheitlichung des Rechts angesehen werden kann. Nicht von der Hand zu weisen ist aber, dass damit

¹⁶⁴ WIEACKER, S. 434.

¹⁶⁵ Vgl. Fn. 164.

¹⁶⁶ Vgl. Rechtsgeschichte II, 6.2.3.

¹⁶⁷ WIEACKER, S. 456 f. und 470; Rechtsgeschichte II, 7.3 f.

der Blick verstellt worden ist für die „Geltung“ anderer, nun ausserrechtlicher Sozialisations- und Zwangsmittel (Sitte, Moral, Tradition, Gewohnheiten usw.). Zudem bekundet man Mühe mit der Geltung nicht direkt festgeschriebener Rechtsregeln (z.B. die Verfassungskonvention der „Zauberformel“). All dies wird nicht mehr durch eine einheitliche Klammer zu einem Ganzen zusammengefasst.

Der zweite Aspekt unter dem die Kodifikation als Rechtszersplitterung aufgefasst werden könnte, ist der durch die Schaffung nationaler Gesetzbücher bedingte Verlust der gemeinsamen, gesamteuropäischen (römischen) Rechtskultur. Dabei geht jedoch vergessen, dass die Übernahme des römischen Rechts selbst schon durch die jeweils gegebenen Bedingungen je nach Staat eine andersartige war. Die jeweiligen Bedürfnisse bedingten den Inhalt dessen, was und wie übernommen wurde – und natürlich auch, wie sich das Recht jeweils weiter entwickelte. Ein einheitliches europäisches (römisches) Recht hatte es so nie gegeben.

17.4.2 Zum heutigen Neo-Pandektismus

CARONI PIO, Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit, Anmerkungen zum Neo-Pandektismus, ZNR 1994, S. 85 ff.; SCHLOSSER, S. 262 ff.; SCHULZE REINER, Referat am Symposium zu Ehren von Eugen Bucher anlässlich seines 70. Geburtstages, in: FS Bucher, Bern 1999; SCHMIDLIN B., Gibt es ein gemeineuropäisches System des Privatrechts? Beiheft zur Zeitgeschichte für Schweizerisches Recht 16 (1994), S. 33 ff.; WIEGAND WOLFGANG, Back to the Future?, Rechtshistorisches Journal 12 [1993], S. 277 ff.; ZIMMERMANN REINHARD, Referat am Symposium zu Ehren von Eugen Bucher anlässlich seines 70. Geburtstages, in: FS Bucher, Bern 1999;

Mit den neueren Kodifikationen, die das gemeine (und das einheimische) Recht durch die modernen Gesetzbücher ersetzen, wurde das römische Recht aus seinem bisherigen Dienst für die Rechtspflege der Gegenwart entlassen und damit als Gegenstand einer geschichtlichen Erforschung frei. Ausgerüstet mit den Erkenntnismitteln der Philologie, Papyrologie, Epigraphik und der anderen Zweige der Altertumswissenschaften, ist heutzutage die romanistische Wissenschaft in aller Welt um die Erkenntnis des römischen Rechts in seiner historischen Tiefenschichtung bemüht. Sie erforscht die inneren und äusseren Kräfte, die seine Entwicklung bestimmt haben, wie auch seine Beziehungen zu anderen geschichtlichen Rechten.

Die modernen Darstellungen behandeln demgemäss das antike römische Recht als Gegenstand der Geschichte. Sie legen dabei den Schwerpunkt zumeist auf das klassische Recht als die Form seiner reichsten Entfaltung, verbinden damit aber auch Ausblicke auf das Frührecht und auf die nachklassischen Weiterentwicklungen, besonders auf die Synthese im *Corpus iuris civilis*. Durch die textkritische Forschung (Interpolationenkritik), aber auch durch eine verfeinerte geschichtliche Analyse der überlieferten Erscheinungen und daneben durch eine fruchtbare historische Rechtsvergleichung mit andern historischen Rechten (griechische, gräko-ägyptische, altorientalische Rechte, altjüdisches Recht, aber auch die germanischen u.a. Rechte), hat die romanistische Wissenschaft in den letzten Jahrzehnten einen bedeutsamen Aufschwung genommen, in dem sich das geschichtliche Erkenntnisbild in wesentlichen Zügen gewandelt hat.¹⁶⁸

¹⁶⁸ KASER, S. 11.

Seit einigen Jahren treten wieder vermehrt Vertreter der romanistischen Strömung auf, welche fordern, ein künftiges europäisches Privatrecht solle auf den Grundlagen des römischen Recht gebaut werden. Die Pandektisten, die mit dem Erlass der Kodifikationen zu reinen Historikern geworden waren, fordern ihre Rolle als Recht schöpfende Wissenschaftler zurück (vgl. oben 9.4.3).

17.5 Die Historische Schule in der Schweiz

Rechtsgeschichte II, 2.3 f.

17.5.1 Zur Ausstrahlung der Historischen Schule ausserhalb Deutschlands

Die Historische Schule in Berlin hat eine grosse Ausstrahlung auch über die Sprachgrenzen hinaus. Franzosen, Spanier, Italiener, Schweizer u.a. gehen nach Berlin um Recht zu studieren (vgl. oben 9.4.3 am Ende).

Diese Studenten tragen die Ideen der Historischen Schule in die verschiedenen europäischen Länder. Dabei entnehmen sie der Lehre die für die jeweiligen konkreten Verhältnisse nützlichen Elemente und bauen diese in die bestehenden Systeme ein.

17.5.2 Die vielfältigen Gesichter des Historismus in der Schweiz

Trotz der Gründung juristischer Fakultäten in Bern und Zürich studieren viele Schweizer in Berlin bei SAVIGNY. Die Schweiz schien prädestiniert für die Anwendung der Historischen Methode, als Republik hätte sie dem Volksgeist besonders nahe sein müssen. Erstaunlicherweise setzten sich viele dieser Juristen¹⁶⁹ nach der Rückkehr in die Schweiz für Gesetzgebung und Kodifikation ein, was – noch erstaunlicher – von SAVIGNY gutgeheissen wurde.

Der Grund dafür lag darin, dass die Schweiz bis dahin noch keine rechtswissenschaftliche Tradition besessen hatte, für deren Bewahrung man sich hätten einsetzen können. Gesetzgebung war in diesem Fall die einzige Möglichkeit, der Rechtswissenschaft eine grössere Bedeutung zu verschaffen.

17.5.3 Die Verwissenschaftlichung des Rechts

Die Regeneration und die aus ihr hervorgehende Gesetzgebung hatte die Verwissenschaftlichung des Rechts auch in der Schweiz zur Folge. Von zentraler Bedeutung ist dabei die Zürcher Gesetzgebung.

¹⁶⁹ JOHANN BAPTIST REINERT (Solothurn). FRIEDRICH LUDWIG VON KELLER (Zürich). JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI (Zürich): Studium in Deutschland bei Savigny und Eichhorn. Seit Gründung der Universität Zürich (1833) bis 1848 Rechtsprofessor (römische und deutsche Rechtsgeschichte, Zivilrecht). Hernach in München (Privat- und Staatsrecht) und ab 1860 für Staats- und Völkerrecht in Heidelberg. Begründer des heutigen Völkerrechts. Aktiver Politiker (Parlamentarier in Baden). Schuf zusammen mit KELLER das „Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich (1851/52); neben EUGEN HUBER und MUNZINGER der bedeutendste Schweizer Jurist des 19. Jahrhunderts. J. J. BLUMER. PETER C. VON PLANTA (Graubünden).

Die Richter bleiben – gemäss republikanischer Tradition – Laien, was allerdings der Verwissenschaftlichung nicht förderlich war. Den Juristen gegenüber bleibt ein Misstrauen bestehen (vgl. 15.3.2).

finis operis, © by mk. WS 98/99