

FL 62292

OTTO BRUNNER

LAND UND HERRSCHAFT

Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte
Österreichs im Mittelalter

1981

WISSENSCHAFTLICHE BUCHGESELLSCHAFT
DARMSTADT

M 81-17811-9

zulänglich als unvollkommener Vorläufer des bürokratischen Staates der Neuzeit beschrieben werden. So gewinnt man auch hier die Möglichkeit, die Fehde als ein vom Staat zugelassenes Rechtsinstitut zu erklären. Dieser Versuch scheidet daran, daß die „Lehnfähigen“ zwar Fehderecht besitzen, diese aber keineswegs nur Lehen sondern weithin Eigen innehaben. Das Fehderecht gehört ins Landrecht und hat mit dem Lehnrecht nichts zu tun. Die Berufung auf einen allgemeinen, vagen Feudalismusbegriff läßt die Herkunft dieser Überlegungen erkennen. Es ist das am absoluten Staat und der staatsbürgerlichen Gesellschaft der Revolution entwickelte Gegenbild der „Feudalgesellschaft“, in dem sich bequem alles unterbringen läßt, was man am Mittelalter nicht versteht¹⁾.

Joachim Gernhuber hat sicher recht, wenn er das Ziel der Landfriedensbewegung im Aufbau einer Strafrechtsordnung sieht, „in der die Fehde etwas Sekundäres, ein zwar notwendigerweise noch geduldetes, aber doch mit allen Mitteln zu bekämpfendes Übel war.“

Er hat aber ebenso betont, daß „der dualistische Gewaltaufbau“ (von Staatsgewalt und Selbsthilfe) bis ans Ende des Mittelalters bestand, „aktuell repräsentiert durch das Fehderecht der oberen Stände, potentiell durch die Reste der Bußgerichtsbarkeit“²⁾.

Das Kapitel über die Fehde wurde an die Spitze des Buches gestellt, weil es sich hier um einen Komplex von Erscheinungen handelt, der geeignet ist, in die Andersartigkeit des mittelalterlichen „Staates“ unmittelbar einzuführen. Man wird seine Verfassung nur unter Berücksichtigung der Fehde beschreiben können. Dies heißt aber nicht, daß die Fehde dabei, wie mehrfach behauptet wurde, „im Mittelpunkt“ stehen müsse. Der Zentralbegriff der älteren Verfassungsgeschichte ist ja, wie deutlich gesagt wurde, nicht die Fehde sondern der Friede, allerdings ein Friede eigener Art, der „rechte Gewalt“ im Innern kennt. Von hier aus kann man sowohl dem Phänomen der Fehde wie den sie bekämpfenden, schließlich überwindenden Bemühungen um den Landfrieden gerecht werden. Nur muß dabei gefragt werden, was unter diesen Umständen „Staat“ und „Recht“ bedeuten.

¹⁾ Vgl. O. Brunner, Neue Wege d. Sozialgeschichte, 1956, S. 15 ff.

²⁾ J. Gernhuber, a. a. O. S. 227, 231.

II. STAAT, RECHT UND VERFASSUNG

1. „Staat“ und „Gesellschaft“

Unsere Untersuchungen über Friede und Fehde haben zu dem Ergebnis geführt, daß im Mittelalter mit Vorstellungen von Staat und Verfassung zu rechnen ist, die mit dem, was wir mit diesen Worten bezeichnen, nicht übereinstimmen. Wir wenden uns nunmehr der Frage zu, wie unter diesen Umständen der innere Aufbau, die Verfassung jener politischen Gebilde, die wir gemeinhin auch im Mittelalter „Staaten“ nennen, sachgemäß beschrieben werden kann. Unter Verfassung soll hier mit Carl Schmitt der „Gesamtzustand der politischen Einheit und Ordnung“ verstanden werden¹⁾.

Wir müssen fragen: Hat es im Mittelalter einen Staat gegeben, einen modernen Staat²⁾? Wollte man diese Frage verneinen, so ergäbe sich sofort die Frage, welcher Art dann die weltliche Ordnung des Mittelalters war. Denn daß sie nur Nicht-Staat, Unordnung, Chaos und Anarchie, „Faustrecht“ gewesen sei, wird niemand im Ernste behaupten³⁾. Finden sich solche Thesen, so meinen sie gerade, daß es auch im Mittelalter nach der Absicht der Menschen dieser Zeit einen Staat hätte geben sollen, der aber durch den Mißbrauch der feudalen Gewalten immer wieder in Anarchie verfallen sei.

„Staat“ ist ein Begriff aus der politischen Welt der Neuzeit⁴⁾. Er ist aber im 19. Jahrhundert zum „allgemeinen Normalbegriff der poli-

¹⁾ C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 3.

²⁾ Zum geschichtlichen Begriff des modernen Staates vgl. G. v. Below, Die Anfänge des modernen Staates mit besonderem Blick auf die deutschen Territorien. Territorium und Stadt, 1923, S. 161 ff. O. Hintze, Wesen und Wandlungen des modernen Staates. Ders., Die Entstehung des modernen Staatslebens, Sitz.-Ber. d. Berl. Ak. phil.-hist. Kl. 1931, 1932. F. Hartung, Epochen der absoluten Monarchie in der neueren Geschichte. H. Z. 145 (1932), S. 46 ff., auch in Volk und Staat in der dt. Geschichte, 1940, S. 41 ff. E. Kern, Moderner Staat u. Staatsbegriff, 1949.

³⁾ Doch fehlt auch diese Meinung nicht. Ein so einflußreiches Buch wie P. Roths Feudalität und Untertanenverband, 1863, sieht die „gesetzlosen Zustände“ des Mittelalters, die nicht germanisch, sondern aus dem Feudalinstitutionen erwachsen seien, als „mit etwas Cultur bedeckte Barbarei der schlimmsten Art“ an (S. 34). Dazu vgl. man die Darlegungen J. Fickers, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens 1 (1868), S. XX ff.

⁴⁾ A. O. Meyer, Zur Geschichte d. Wortes Staat, Die Welt als Geschichte 10 (1950), S. 229 ff.

tischen Organisationsformen aller Zeiten und Völker" geworden¹⁾, zum Oberbegriff für jedes dauernd geordnete Zusammenleben im politischen Verband²⁾. Er gehört heute noch unserer Begriffssprache an und kann vorläufig nicht entbehrt werden, ohne Gefahr, das Moment der „politischen Einheit und Ordnung“ zu vernachlässigen. In diesem Sinn wird das Wort Staat überall dort zu verwenden sein, wo es kein Mißverständnis hervorruft³⁾ und sein Verhältnis zu konkreteren Begriffen wie Reich oder Land geklärt wird. So wird es auch in Schriften gebraucht, die an sich Wert darauf legen, den geschichtlichen Ort des Staatsbegriffes näher zu bestimmen, auch in dem vorliegenden Buch. Gerhard Sappok⁴⁾ hat, den Anregungen Carl Schmitts und dieses Buches folgend, vorgeschlagen, im frühmittelalterlichen Osteuropa nicht von „Staatsgründungen“, sondern von „Herrschaftsbildungen“ zu sprechen. Doch ist sich Sappok darüber im klaren, daß es nicht genügt, das Wort „Staat“ durch das dem quellenmäßigen Befund allerdings mehr entsprechende Wort „Herrschaft“ zu ersetzen, sondern daß die in Frage kommenden geschichtlichen Gebilde in ihrem inneren Bau zu beschreiben sind. Mit der Ausschaltung des Wortes „Staat“ wäre nichts getan, wenn nicht die bisher Staat, nunmehr „Herrschaft“, „Reich“ oder „Land“ genannten Einheiten genau gekennzeichnet werden. Bleibt man aber bei „Staat“, so muß jeweils präzise angegeben werden, was demgegenüber als „nichtstaatlich“, „unstaatlich“ oder „vorstaatlich“ bezeichnet wird. So betrachtet Th. Mayer⁵⁾ den von Sappok behandelten Vorgang als Übergang von „Konglomeraten von Gaufürstentümern“ zu „einheitlichen Staaten“. Wenn er gleichzeitig darauf verweist, daß sich damit die Westslawen und Magyaren die Grundlage für ihre Nationalstaaten gelegt haben, so wird deutlich, daß hierin dem Gebrauch des Wortes „Staat“ ein historisch-politisches Urteil über die dauernde Wirkung dieser „Staatsgründung“ liegt. Der abstrakte Staatsbegriff ließe sich wohl auf jene „Gaufürstentümer“ anwenden, die „Herrschaftsbildungen“ sind. Wenn sie auch zur Zeit ihrer Entstehung noch nicht Staaten im jüngeren Sinne waren, so sind sie doch zu solchen geworden. Kennzeichnend, daß man sich

¹⁾ C. Schmitt, Staatliche Souveränität u. freies Meer, Das Reich und Europa, 1941, S. 79 ff.

²⁾ E. Kern, a. a. O. S. 51.

³⁾ Vgl. etwa A. Schulte, Der deutsche Staat, Verfassung, Macht und Grenzen, 1933, oder H. Mitteis, Der Staat d. hohen Mittelalters, 1953.

⁴⁾ G. Sappok, Grundzüge der osteuropäischen Herrschaftsbildungen im frühen Mittelalter, Deutsche Ostforschung 1 (1942), S. 20 ff.

⁵⁾ Deutsche Ostforschung 1 (1942), S. 301.

scheut, das Wort „Staat“ auf kurzlebige Gebilde wie das Großmährische Reich anzuwenden.

So ruht denn auch das Interesse an der „Staatlichkeit“ der deutschen Territorien darauf, daß sich in ihnen und nicht im Reich der moderne Staat ausgebildet hat, da diese Staaten den deutschen Bund und das Reich von 1871 bildeten, das ein Bundesstaat war. Heißen diese Gliedstaaten seit 1919 Länder, so sind sie doch Staaten, nichtsovereäne Staaten. In der Redeweise des Alltages und in der politischen und staatlichen Terminologie der Deutschen stellen die Länder den „Staat“ dar.

Eine wesentliche Wurzel des modernen Staates liegt gewiß im Phänomen der „Herrschaft“. Wir werden in der Folge viele Arten von Herrschaft, Obrigkeit kennen lernen. Ihnen allen ist gemeinsam, daß sie Herrschaft im allgemeinsten Sinn sind, d. h. „die Chance Gehorsam für einen bestimmten Befehl zu finden“ (Max Weber). „Gebot und Verbot“, „Zwing und Bann“ erscheinen als der innerste Kern der Herrschaft. Darnach lassen sich die Arten der Herrschaft nicht scheiden, sondern nur nach dem Objekt der Herrschaft. Herrschaft übt man über Völker, Reiche, Länder, über Grund- und Vogtholden usw. Auch in genossenschaftlichen Verbänden wie der Stadt- und Dorfgemeinde wird Herrschaft geübt. Reduziert man alle diese verschiedenen Formen auf das ihnen gemeinsame Element der Herrschaft und die verschiedenen Arten der Abhängigkeit unter einen generellen Begriff der „Gefolgschaft“, so erhält man eine Grundstruktur, die dem Verhältnis von Herrscher und Untertanen im neuzeitlichen Staat so weit zu entsprechen scheint, daß sie als dessen geschichtliche „Wurzel“ angesprochen werden kann. Die Möglichkeit, einen generellen Begriff der „Gefolgschaft“ zu bilden, ist dadurch gegeben, daß alle Herrschaftsbeziehungen auf „Treue“ beruhen¹⁾. Dem gegenüber hat die Darstellung der Struktur der beherrschten Gebilde, die weithin „Genossenschaft“ sind, ihr gutes Recht und es muß nach den geistigen Voraussetzungen gefragt werden, unter denen „Treue“ ein tragendes Strukturprinzip der Verfassung sein kann.

Ein allzuhäufiger und weiter Begriff des Staates trägt die Gefahr in sich, politische Gebilde des Mittelalters, die uns „Staat“ sind, nicht genau genug zu bezeichnen und wesentliche Merkmale, auf denen ihr Bestand ruht, zu vernachlässigen, vor allem aber doch auch Merkmale des modernen Staates auf das Mittelalter zu übertragen²⁾. Etwas

¹⁾ Angesichts der von H. Kuhn, Z. f. RG. 73 (1956), S. 1 ff. nachgewiesenen anderen Arten der Abhängigkeit, bleibt die Frage nach dem gemeinsamen Element der „Treue“ bestehen.

²⁾ Dafür kennzeichnend F. Keutgen, Der deutsche Staat d. Mittelalters, 1918.

anderes ist das durchaus berechnete und in letzter Zeit mit so großem Erfolg ergriffene Unternehmen, den geschichtlichen Wurzeln des modernen Staates im Mittelalter nachzugehen. Ich nenne etwa die neueren Untersuchungen über den Ursprung des modernen Souveränitätsbegriffes und Th. Mayers Arbeiten über den „institutionellen Flächenstaat“. Eine kaum minder wichtige Aufgabe ist die Erforschung des Fortlebens mittelalterlicher Ordnungen und Denkweisen in den neueren Jahrhunderten¹⁾.

Lebt doch die im Mittelalter erwachsene innere Ordnung, wenn auch verändert und erstarrt, vielfach bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts fort und ist erst damals völlig abgetragen worden²⁾. Wenn im folgenden mittelalterlicher und neuzeitlicher Staat einander gegenübergestellt werden, so nicht darum, um den engen genetischen Zusammenhang zu leugnen, sondern um den spezifischen Charakter der mittelalterlichen Staatlichkeit herauszuarbeiten und zu verhindern, daß durch einen angeblich allgemeinen Staatsbegriff verdeckte Merkmale des neuzeitlichen Staates auf das Mittelalter übertragen werden. Wir wissen heute, daß die „Allgemeine Staatslehre“ des 19. Jahrhunderts ihre Begriffe am Modell des monarchisch-konstitutionellen Staates ihrer Zeit gebildet hat und die Gegenüberstellung von „Staat“ und „Gesellschaft“ voraussetzt. So erscheint bewußt oder unbewußt als Idealtypus der Verfassung die „Konstitution“ des 19. Jahrhunderts, der bürgerliche „Rechtsstaat“, der wieder nur im Rahmen des bürokratisch-militärischen Staates, den der Absolutismus geschaffen hat, denkbar ist. Am modernen Staat gemessen erscheint daher der mittelalterliche Staat als „unfertig“³⁾, man spricht von Anarchie oder Chaos und findet vieles an ihm merkwürdig und sonderbar. Der Staat als Machtapparat des Fürsten, dann als „juristische Person“ ist es, der uns in der neueren Staatslehre entgegentritt. Zugleich aber wird das Wort Staat in einem allgemeinen Sinn für den politischen Verband überhaupt oder doch einen sehr weiten Kreis politischer Verbände, etwa der seßhafter Menschen, verwendet. Hier besteht nun jene Gefahr, der so viele Erörterungen über den mittelalterlichen Staat erlegen

¹⁾ Man könnte die von O. Lauffer, *Die Begriffe „Mittelalter“ und „Neuzeit“ im Verhältnis z. deutschen Altertumskunde*, 1936, vorgetragenen Gedanken ohne weiters auch auf die die Verfassungsgeschichte anwenden. Dazu vgl. man die Epochenscheidung bei E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte d. deutschen Strafrechtspflege*, 1951.

²⁾ Sehr instruktiv ist dafür das Buch von H. Rall, *Kurbayern 1745–1801*, 1952.

³⁾ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* 1921, S. 316 ff.

sind, spezifische Merkmale des modernen Staatsbegriffes für den Staat in irgendeinem allgemeinen Sinn in Anspruch zu nehmen. Demgegenüber ist die Scheidung zwischen dem „Staat“ seit dem Absolutismus und dem älteren Begriff der *Respublica*, des Gemeinwesens, festzuhalten, der in der ganzen älteren Denktradition bis an die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert gegeben ist und der etwa in der katholischen Staatslehre, soweit sie ihre ursprünglichen antiken Grundlagen festhält, auch heute noch fortlebt. Läßt sich im 19. Jahrhundert der „Staat“ der Gesellschaft, dem Volk, gegenüberstellen, so heißt es bei Thomas von Aquin und Franz Suarez „*Respublica sive societas civilis sive populus*“, ist die *Respublica* die *societas civilis* oder das organisierte Volk, die von einer einheitlichen, „Politik“ genannten Wissenschaft behandelt werden. *Civilis* ist nicht der Gegensatz zu politisch, dessen Übersetzung es ja ursprünglich war, sondern zu *naturalis*. Der *societas civilis*, der bürgerlichen Gesellschaft steht nicht der Staat, sondern der *status naturalis* des *bellum omnium contra omnes* entgegen. Erst nach der Mitte des 18. Jahrhunderts beginnen sich allmählich Staat und bürgerliche Gesellschaft als eigengesetzliche Organisationsformen zu sondern und die Lehre vom Gemeinwesen, der *Respublica* (*Polis*), die Politik, der bisher die Ökonomie als umfassende Lehre vom Hause zur Seite gestanden hatte, wird in die Zweifelt Staatslehre und Gesellschaftslehre (Soziologie) geschieden, neben denen gleichzeitig die politische Ökonomie, Volkswirtschaftslehre, als Lehre vom Markt im Staatsraum, nicht vom Hause, entsteht¹⁾. In Deutschland schieden sich um die Mitte des 19. Jahrhunderts die Wissenschaften von Staat und Gesellschaft. Es entstehen auf sich stehende Einzeldisziplinen, so daß man von einem „Trennungdenken“ sprechen konnte. Darüber darf man freilich nicht übersehen, daß nur in den historischen Fachwissenschaften vom Typus der Rechts- oder der Wirtschaftsgeschichte jene eindringliche, historische und begriffliche Arbeit geleistet werden konnte, die durch die Beschränkung auf „Eigengesetzlichkeit“ des Objektes der betreffenden Wissenschaft möglich wurde²⁾. Durch die grundlegende Trennung von Staat und Gesellschaft wird der Staat zur „juristischen Form und normativen Ordnung“, die Gesellschaft zur „Trägerin der geistigen und materiellen Werte“. So scheint der Staat entweder ein abstraktes Normensystem oder aber ein „Überbau“, ein Geschöpf der Gesellschaft zu sein. Gleichzeitig aber scheidet dieses Denken zwischen Staat und Recht.

¹⁾ Zur Vorgeschichte P. Joachimsen, *Zur Psychologie d. dt. Staatsgedankens. Die Dioskuren*, Jahrb. f. Geisteswissenschaften 1 (1922), S. 106 ff.

²⁾ O. Brunner, *Neue Wege d. Sozialgeschichte*, 1956, S. 33 ff.

Hier wird der Staat ganz im Gegensatz zur ersten Unterscheidung bloße Macht und Willkür, das Recht Ausformung eines eigengesetzlichen Wertsystems. Da aber das Recht wie von Staat und Politik auch von der Sittlichkeit getrennt wird, so schwebt dieses Wertsystem völlig in der Luft, will man es nicht aus der Willkür staatlicher Satzung entspringen lassen oder bloß als Ausdruck „soziologischer Kräfte“ verstehen. Begreiflich, daß gerade die Rechtswissenschaft und mit ihr die Rechtsgeschichte lange Zeit an einer positivistischen Haltung festhielten¹⁾.

Alle diese verschiedenen Positionen erscheinen nun auch im Bereich der Geschichtswissenschaft. Hier kann der Staat entweder als pure „Macht“, so bei den „politischen“ Historikern, erscheinen, oder aber bei den Verfassungshistorikern entweder in einer konservativen, an die Stellung des Herrschers und seines Verwaltungsapparates anknüpfenden Deutung als „Herrschaft“, „Anstalt“, „Zwangsanstalt“ oder in einem liberalen Sinn als „Genossenschaft“, freie Einung der von der bürgerlichen Gesellschaft umschlossenen Individuen. Diese Begriffe werden auch auf die älteren Jahrhunderte übertragen, sei es, daß sie als allgemein gültig erklärt oder aber, daß sie zur Konstruktion eines Gegenbildes verwendet werden, in dem die älteren Zustände als „unvollkommen“, „unfertig“ erscheinen. Wir haben hier eine Erscheinung vor uns, die uns in der Begriffsbildung der Geisteswissenschaften immer wieder begegnet. An einem konkreten, beschränkten Erfahrungsmaterial werden relativ allgemeine Typenbegriffe gebildet und diese weiter verallgemeinert. Da aber der historische Typenbegriff die Beziehung zu seinem konkreten Ausgangspunkt nicht aufgeben kann, schwebt er ständig in der Gefahr, entweder inhaltsleer zu werden oder historisch einmalige Erscheinungen zu verallgemeinern.

Angesichts dieser Lage haben wir die Frage aufzuwerfen, in welcher Weise die uns beschäftigenden Probleme in der Literatur dargestellt werden.

Es lassen sich zwei Hauptgruppen scheiden. Die Handbücher der Deutschen Rechtsgeschichte und für unser engeres Gebiet der „Österreichischen Reichsgeschichte“ und dann jene Bücher und Aufsätze, die den Titel tragen: „Der deutsche Staat des Mittelalters“. Die zweite Gruppe von Arbeiten trägt einen stark polemischen Charakter: sie alle wollen zeigen, daß es einen „Staat“ im Mittelalter gegeben

¹⁾ E. R. Huber, Die deutsche Staatswissenschaft. Z. f. d. ges. Staatswissenschaft 95 (1935), S. 1 ff. O. Westphal, Bemerkungen über die Entwicklung der allgemeinen Staatslehre in Deutschland. Vom staatlichen Werden und Wesen. Festschr. f. E. Marcks, 1921, S. 26 ff.

habe, und grenzen diesen Staat und seine Verfassung ab gegen Erscheinungen, die nichts mit Staat und Verfassung zu tun haben und die sie der „Sozial- und Wirtschaftsgeschichte“ zuweisen. Diese Abgrenzung ihres Gebietes gegen die „Sozial- und Wirtschaftsgeschichte“ ist dieser Literaturgattung mit den Rechtsgeschichten gemeinsam. Beide gehen von der Voraussetzung aus, daß eine relativ autonome Sphäre „Recht“ oder „Staat“ von der Wirtschaft und den durch diese fundierten sozialen Verhältnissen in derselben Weise wie seit dem 19. Jahrhundert zu sondern sei. Man sollte also erwarten, daß Handbücher der Wirtschafts- und Sozialgeschichte nichts für unser Problem Wesentliches enthalten. Dem ist aber nicht so. Alle Handbücher der Wirtschaftsgeschichte enthalten umfassende rechts- und verfassungsgeschichtliche Abschnitte, die einen sehr erheblichen Teil des Raumes in Anspruch nehmen¹⁾. Das ist diesen Werken nicht selten geradezu zum Vorwurf gemacht worden. Es scheint aber, daß sie ihre Aufgabe ohne Hereinziehung der Rechts- und Verfassungsgeschichte nicht zu lösen vermögen. Auch ein Buch wie etwa Alfons Dopschs „Wirtschaftliche und soziale Grundlagen der europäischen Kulturentwicklung“ (²1922/3) beschäftigt sich ausführlich mit verfassungsrechtlichen Fragen.

Angesichts dieser Sachlage ist die Frage nicht unberechtigt, ob denn überhaupt die Behandlung des inneren Baues der mittelalterlichen Welt eine Scheidung in autonome Sphären „Recht“, „Staat“, „Wirtschaft“ usw. verträgt, wenn man sie in ihrem Funktionieren begreifen will²⁾. Ist doch diese Auseinanderlegung in autonome Kultursphären Ergebnis eines geschichtlichen Prozesses, der, wenn er seine Voraussetzungen auch im Mittelalter hat, doch erst in den neueren Jahrhunderten durchgedrungen ist. Gewiß, für eine Analyse der mittelalterlichen Welt wie jeder vergangenen Kultur ist ihr Auseinanderlegen nach ihren Funktionen und die Durcharbeitung in den Begriffen der für jene Sachbereiche entwickelten geschichtlichen und theoretischen Wissenschaften unentbehrlich. Nur so kann der innere Bau dieser Welt überhaupt verstanden werden. Doch wird man nicht darauf verzichten, die konkreten Gebilde dieser vergangenen Welt in ihren verschiedenen Funktionen als Ganzes zu erfassen. Das Ausgreifen der Rechts- und Verfassungsgeschichte in die Wirtschaftsgeschichte und umgekehrt weist bereits auf die Grenzen der einzelnen Fachwissen-

¹⁾ Vgl. R. Kötzschke, Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters, 1924.

²⁾ Vgl. O. Brunner, Zum Problem der Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, Z. f. Nationalökonomie 7 (1936), S. 671 ff. Über die Stellung der Rechtsgeschichte zwischen Rechts- und Geschichtswissenschaft vgl. H. Mitteis, Vom Lebenswert d. Rechtsgeschichte, 1947.

schaften hin¹⁾). Sie haben auch ihre eigene Aufgabe. Rechtsgeschichte wie Wirtschaftsgeschichte sind ja keineswegs von Historikern im engeren Sinn geschaffen worden, sondern von Juristen und Nationalökonomien. Im Rahmen einer Wissenschaft vom Recht und von der Wirtschaft haben sie ihre selbständige Bedeutung²⁾). Doch ist für den Historiker die Aufgabe noch nicht gelöst, wenn er ihre Ergebnisse einfach hinnimmt, vielleicht aus seiner umfassenderen Quellenkenntnis und schärferen Handhabung der quellenkritischen Methode viele Einzelheiten zurechtrückt und die Ergebnisse der einzelnen historischen Fachwissenschaften übernimmt und zusammenfaßt.

Man darf fragen, ob nicht vielmehr die Gefahr besteht, wesentliche Erscheinungen im Aufbau der mittelalterlichen Welt zu übersehen, weil sie im systematischen Zusammenhang der modernen Fachwissenschaften an einen Ort gehören, von dem aus ihre Bedeutung für die älteren Jahrhunderte nicht gesehen werden kann. Damit ist die Frage einer wesensgemäßen Theorie der mittelalterlichen Welt und der Darstellung ihrer inneren Struktur aufgeworfen. Wie sehr diese Frage zum entscheidenden Problem werden kann, zeigt nichts stärker als das Buch von Ernst K. Winter über Rudolf IV. von Österreich³⁾). Hier wird der Versuch unternommen, „die ausgetretenen Pfade der Universitätstheorie“ zu verlassen und ein soziologisches Buch vorzulegen, das doch letztlich den Anspruch erhebt, über die bloß sammelnde und vorbereitende Arbeit der „Historiker“ zu einer wissenschaftlichen Form historisch-soziologischer Arbeit fortzuschreiten. In breiter Front vollzieht sich hier der Einbruch der theoretischen Wissenschaften, und zwar erfreulicherweise nicht in Gestalt allgemeiner Thesen, die mit dem geschichtlichen Material nur in einem losen Zusammenhang

¹⁾ Sehr aufschlußreich für diese Problematik ist der Aufsatz von O. v. Zwiedinek-Südenhorst, *Historisch-soziologische Untersuchungen zu Mitteis' Wertung des Lehenrechts*. Jbb. f. Nationalökonomie und Statistik 143 (1936), S. 1 ff. Der Nationalökonom Z. wirft dem Juristen Mitteis „eine einseitig juristische Betrachtungsweise“ vor und fordert stärkere Berücksichtigung des Einflusses der wirtschaftlichen Entwicklung. (Dazu Mitteis' Erwiderung in: *Wirtschaft und Kultur*. Festschr. f. A. Dopsch, 1938, S. 567 ff.) Zwiedinek selbst aber geht von den „drei Kategorien Staatsgewalt, Recht und Wirtschaft“, deren „Interdependenz“ es zu erforschen gelte, aus. Inzwischen hat auch W. Kienast den Widerspruch des „politischen“ Historikers gegen Mitteis angemeldet, ihm ist die „Macht“ das Entscheidende. (*Lehnrecht und Staatsgewalt im MA*. H. Z. 158 [1938], S. 9 f.). Mitteis (a. a. O. S. 567 f) hält dagegen am Primat des Rechts fest.

²⁾ Vgl. E. Rothacker, *Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften u. das Problem d. Historismus*. Abh. d. Ak. d. Wiss. u. Lit. in Mainz, geist. u. sozialw. Kl. 1954/6.

³⁾ E. K. Winter, *Herzog Rudolf IV. von Österreich, 1934/36*.

stehen, sondern an einer konkreten, zu den Quellen selbst vordringenden Einzeluntersuchung eines wichtigen Gegenstandes. Es wird nun alles davon abhängen, ob Winter zu einer Theorie der mittelalterlichen Welt gelangt ist. Er geht von der These aus, daß die konstanten Faktoren in der Struktur des Menschen und der Gesellschaft entscheidender seien als die variablen. Die Richtigkeit dieser These wollen wir hier nicht erörtern. Es ist nämlich durchaus die Frage, ob es Winter überhaupt gelungen ist, diese konstanten Faktoren zu ermitteln und wissenschaftlich zu formulieren, von einer ersten, wie er sagt, erkenntnistheoretischen Soziologie zu einer zweiten, historischen, fortzuschreiten. Das muß man verneinen. Denn der soziologische Begriffsapparat, den er unbesehen auf das Mittelalter überträgt, ist ganz der neueren Soziologie entnommen, wesentlich sogar in der Gestalt, wie er in der Mitte des 19. Jahrhunderts ausgebildet wurde. „Soziologie“ aber und die ihr geschichtlich nahestehende Nationalökonomie sind Wissenschaften, die als theoretische Systeme seit dem Ende des 18. Jahrhunderts geformt worden sind¹⁾. Ihre Begriffe sind auf die geschichtliche Situation der Zeit ihrer Entstehung und Weiterbildung bezogen. Sie scheiden daher den „Staat“ von der „Gesellschaft“ und kennen eine relativ autonome Sphäre der Wirtschaft, deren Gesetze erforscht werden können. All das sieht Winter bereits im 14. Jahrhundert als gegeben an, und zwar nicht bloß als erste Ansätze zukünftiger Tendenzen, die im Gesamtgefüge der Zeit noch keine wesentliche Bedeutung haben, sondern als die gegebenen und gar nicht problematischen Grundstrukturen der mittelalterlichen Welt. So gibt es für ihn im Mittelalter einen Staat im neuzeitlichen Sinn; der Landesherr des 12. Jahrhunderts ist „souverän“, es gibt eine Sphäre „Wirtschaft“, in die der Staat regulierend eingreift, indem er Wirtschafts- und Sozialpolitik betreibt. Es gibt Stände, die nichts anderes sind als „soziale Schichten“, „Wirtschaftsmächte“. Kurz und gut, man kann die Welt des 14. Jahrhunderts mit den Kategorien des 19. und 20. Jahrhunderts ausreichend beschreiben und gewinnt dadurch erst eine wissenschaftliche, „soziologische“ Einsicht in Probleme, an denen die Fachhistoriker bisher blind vorbeigegangen sind. Wir werden später Gelegenheit haben, einzelne sachliche Fragen, die Winters Buch zureichend beantwortet zu haben glaubt, zu erörtern. Hier genüge die Feststellung, daß er sich nicht allzuweit von manchen Historikern befindet, wenn er dieselben modernen Begriffe in theoretisch geläuterter Form verwendet, die der Historiker zumeist unbewußt aus der Alltagssprache als allgemeingültig übernimmt.

¹⁾ S. Landshut, *Kritik d. Soziologie. Freiheit u. Gleichheit als Ursprungsproblem d. Soziologie, 1929*. O. Brunner, *Neue Wege d. Sozialgesch.*, 1956, S. 50 ff.

Gerade hier liegt ohne Zweifel das ungewollte Verdienst von Winters Werk. Es führt uns einmal in aller theoretischen Schärfe die Unzulänglichkeit unserer historischen Begriffe vor Augen, die am Modell der Neuzeit gebildet sind. Diese Lage verpflichtet uns zu einer Prüfung der Frage, wie weit die vorhandene Literatur von diesen neuzeitlichen Fragestellungen und Strukturbegriffen bestimmt ist.

2. Verfassungsgeschichte als Geschichte des Verfassungsrechts

Rechtsgeschichte im weitesten Sinn kann entweder als eine Sammlung von „Rechtaltertümern“ in Erscheinung treten, wie sie in großartiger Weise Jakob Grimm als Zeugnisse des romantischen Begriffs vom Volksgeist gesammelt hat, oder in der bekannten Gestalt der Handbücher und Grundrisse der Rechtsgeschichte als dogmatische Darstellung der Rechtseinrichtungen bestimmter Zeiten¹⁾. Dabei wird die autonome Sphäre „Recht“ abgehoben von allen nicht rechtlichen Erscheinungen und diese werden nur insofern behandelt, als sie zur Erklärung der Wandlungen des Rechts etwas beitragen. Die zugrundegelegte Systematik ist dabei der des modernen Staates und der modernen Rechtsordnung nachgebildet. Dieser Aufbau wie die „dogmatische“ Darstellungsweise ergeben sich notwendig aus dem didaktischen Zweck²⁾ dieser Hand- und Lehrbücher. Dienen sie doch in erster Linie der Heranbildung der Juristen, denen sie die geschichtlichen Grundlagen der gegenwärtigen Rechtsordnung vermitteln wollen. Claudius von Schwerin gliedert etwa in seinen „Grundzügen der deutschen Rechtsgeschichte“³⁾ die Darstellung der Germanenzeit in Verfassung, Heerwesen, Rechtspflege, Missetaten und ihre Folgen und Rechtsgang. Vorangestellt aber sind Abschnitte über Volk und Schauplatz, wirtschaftliche Verhältnisse, Ständewesen und Sippe und über die Rechtsbildung. Im Abschnitt Verfassung werden die civitas und ihre Gliederungen, die Landesgemeinde und der Herrscher und die anderen „Beamten“ behandelt. Das ist „Verfassung“ im engeren Sinn, im

¹⁾ E. Rothacker, Die dogmatische Denkform, a. a. O.

²⁾ H. Mitteis in H. Z. 163, S. 275.

³⁾ C. v. Schwerin, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 1934, ² 1941. Die folgenden Zitate entstammen der ersten Auflage. Der Aufbau aller maßgebenden Handbücher der Deutschen Rechtsgeschichte seit Eichhorns Deutscher Staats- und Rechtsgeschichte stimmt damit in den Hauptzügen überein, auch noch H. Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte 1 (1954).

wesentlichen dem Begriff der Konstitution im Sinne des 19. Jahrhunderts entsprechend. Fragen wir aber nach der Verfassung als der Form der politischen Einheit des Volkes, so finden wir schon in einleitenden Kapiteln Dinge, die wir in einer Verfassungsgeschichte nicht entbehren können oder bei denen wir doch zumindest fragen müssen, ob sie nicht wesentliche Elemente der Verfassung sind. So ist im Kapitel über die „wirtschaftlichen Verhältnisse“ von der Markgenossenschaft die Rede, die eine Gewalt über Genossen übt, „die zwar nicht vom Staat abgeleitet, aber auch nicht allein aus privatrechtlichen Gesichtspunkten zu verstehen ist“¹⁾. Trifft dies zu, ist die Frage unumgänglich, welche Stellung diese Gewalt in der Gesamtverfassung einnimmt und welcher Art überhaupt eine Verfassung ist, in der es „Gewalten“ gibt, die weder vom Staat abzuleiten, also im neuzeitlichen Sinn öffentlich-rechtlichen Ursprungs sind, noch aus „privatrechtlichen Gesichtspunkten“ verstanden werden können. Dieselben Überlegungen sind zu den Abschnitten über Stände und über die Sippe anzustellen. Wenn die „Stände“ in Schwerins Buch auf die „wirtschaftlichen Verhältnisse“ folgen, so liegt wohl die Vorstellung zugrunde, daß die Stände eine „soziale“ Schichtung seien, denen primäre wirtschaftliche Unterschiede zugrundeliegen. Aber die germanischen Stände sind „Stände im Rechtssinn“ und mit jenen wirtschaftlichen „Grundlagen“ nicht einfach in Beziehung zu setzen. Wenn die Stände auch durch Besitzunterschiede gekennzeichnet sind, so doch nicht durch diese allein. Jedenfalls sind „Stände“ Gliederungen einer vorauszusetzenden Einheit und das Gliederungsprinzip kann nur aus dieser hergeleitet werden. Es ist ein wesentliches Element ihrer Verfassung²⁾.

Aber auch eine Reihe von Erscheinungen des Rechtslebens, der Begriff der „Missetat“, die Tatsache der Fehde, die Bedeutung der Selbsthilfe im Rechtsgange usf., von Schutz und Schirm, der Immunität setzt ein Gemeinwesen von einer wesentlich anderen Verfassung voraus als jenen neuzeitlichen Staat, dessen Grundbegriffe dieser Systematik offenbar zugrundeliegen. Zu diesen in der „Rechtsgeschichte“ behandelten Materien tritt aber noch die zuerst gesondert behandelte Sphäre des „Privatrechts“. Wir hören, daß es im germanischen Staat neben dem öffentlichen ein privates Strafrecht gegeben habe, ein Strafrecht der

¹⁾ A. a. O. S. 14. Man vgl., wie C. v. Schwerin, Germanische Rechtsgeschichte, 1936, S. 59 ff. im Kapitel „Wirtschaft“ Verfassungsfragen wie die der Muntmannenstellung der Zinsbauern behandelt.

²⁾ Vgl. unten S. 404 ff. Geht man mit C. v. Schwerin, Jbb. f. Nationalökonomie u. Statistik 156 (1942), S. 162 von einer „Bevölkerung“ aus, kommt man naturgemäß zu einem „sozialen“ Begriff des Standes.

Sippe und des Hauses. Die Gewalt des Hausherrn über die seiner Herrschaft Unterworfenen, die *Munt*, ist ein Zentralbegriff des älteren Personenrechtes, das wir gemeinhin dem „bürgerlichen“ oder „zivilen“ Recht zuweisen. Aber auch diese hausherrliche Gewalt muß ihren Ort in der Verfassung haben. Dasselbe gilt von wichtigen Begriffen des Sachenrechtes, vor allem von der Gewere. Gerade im „Deutschen Privatrecht“ tritt ja die Bedingtheit des ganzen Aufbaues dieser Disziplin durch die moderne Rechtssystematik am stärksten zutage, da ja hier zumeist die Dogmatik der Rechtsinstitute für den ganzen Zeitraum des deutschen Rechtes von den Germanen bis zur Gegenwart geboten wird. Da die Jurisprudenz dieser Gegenwart zu dienen hat, kann sie, will sie ihre Aufgabe erfüllen, auch keinen anderen Weg wählen¹⁾. Allerdings ist diese „Gegenwart“ heute eine andere als jene, die diesem System der Rechtsgeschichte zugrunde liegt²⁾. Der übliche Sprachgebrauch täuscht bei der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht eine allgemeingültige Kategorie vor. Denn wenn in neuerer Zeit zwischen öffentlichem und privatem Recht unterschieden wird, so liegt das Prinzip des absoluten Staates „Regierungssachen sind keine Justizsachen“, die Unterscheidung von Verwaltungsrecht und justizförmigem Recht zugrunde³⁾. So sagt Heinrich Mitteis, daß „wir“ (d. h. die Juristen der Gegenwart) die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht stets brauchen werden, „solange wir aus praktischen, in der Justizverfassung liegenden Gründen fragen müssen, ob eine solche Sache auf den Rechts- oder den Verwaltungsweg gehört⁴⁾. Diese moderne Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht deckt sich aber nicht mit der des römischen Rechtes, dem die Formel „*ius publicum*“ und „*ius privatum*“ entnommen ist, sie deckt sich noch weniger mit dem mittelalterlichen Sprachgebrauch, wenn etwa von *mallus publicus* und

¹⁾ Sehr klar spricht dies H. Planitz, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 1925, S. 1 aus, wenn er sagt: „Das deutsche Privatrecht als Rechtsdisziplin hat die Aufgabe, die Begriffe und Vorstellungen aufzuzeigen, die, dem deutschen Kulturbereiche entstammend, zum Aufbau des Gegenwartsrechts mitgewirkt haben.“ Ebenso S. 7: „Wir betrachten als Privatrecht jene Rechtsinstitute, die heute dem Privatrecht angehören.“ H. Brunner hat (Deutsche RG. ² 1, S. VI) die Ausarbeitung seiner Rechtsgeschichte unterbrochen, um das neue Bürgerliche Gesetzbuch zu studieren, „aus der Überzeugung, daß der Rechtshistoriker das geltende Recht als Endprodukt immer vor Augen haben müsse“. Dazu vgl. H. Thieme in Z. f. RG. 62 (1942), S. 57 ff.

²⁾ F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte d. Neuzeit, 1951, S. 317 ff.

³⁾ E. R. Huber, Z. f. d. g. Staatsr. 98, S. 311. S. Rietschel, MIOG. 27 (1906), S. 408 f.

⁴⁾ Lehnrecht und Staatsgewalt, 1933, S. 6. Dazu M. Weber, Wirtschaft u. Gesellschaft ⁴ 2 (1956), S. 387 ff.

privata audientia (Grafengericht und grundherrlichem, Immunitätsgericht) gesprochen wird oder wenn wir von Privatfehden, Privatobrigkeiten reden¹⁾

Privat ist hier alles, was unter dem König, in den Territorien unter dem Landesherrn steht. In diesem Sinn wird der Terminus *privat* in der Urkundenlehre gebraucht, wenn alle nichtköniglichen Urkunden als Privaturkunden bezeichnet werden. Für das frühe und hohe Mittelalter hat Walter Schlesinger gezeigt, daß „*publicus*“ die Rechtssphäre des Königs bezeichnet, gleichgültig welche Rechte darunter begriffen werden²⁾. In dem völlig formalen Begriffspaar öffentlich-privat ist *privat* ja überhaupt nur eine Verneinung. Die Bedeutung der Formel kann nur durch den historisch wechselnden Begriff des „Öffentlichen“ bestimmt werden. Das heißt, zuerst muß die Verfassung eines politischen Gebildes beschrieben sein; erst in dieser Verfassung erhalten die beiden Begriffe ihren Sinn. Die Handbücher beziehen sie, wie wir sahen, ganz bewußt auf die Rechtsordnung des 19. Jahrhunderts. Hier scheinen sie sich zudem mit den beiden Kategorien von Staat und Gesellschaft zu decken³⁾. Nun tritt gewiß in der Rechtsgeschichte diese Tatsache nicht überall scharf genug heraus. In der Hauptsache liegt aber doch ein Mißverständnis der Historiker vor, wenn sie diese Kategorien ohne Bezug auf die Gegenwart auf die von ihnen jeweils behandelte Zeit übertragen und die Bedingtheit dieser Begriffe durch das moderne Rechtssystem vergessen, die den Juristen stets gegenwärtig ist⁴⁾. Die übliche Unterscheidung von öffentlichem

¹⁾ Vgl. unten S. 240 ff.

²⁾ W. Schlesinger, Die Entstehung d. Landesherrschaft 1 (1941), S. 105 ff., 204 f. Ders., Die Landesherrschaft d. Herren v. Schönburg, 1954, S. 168. Die in Österreich, wenn schon nicht entstandene, so doch verwendete *Summa legum* des Raimundus von Wiener Neustadt (her. v. A. Gál 1926., Zur Entstehungsgeschichte vgl. E. Landsberg in Z. f. RG. 47 [1927], S. 821 ff.) gibt in der uns aus Preßburg überlieferten deutschen Übersetzung die Sätze: *Publicum est, quod ad imperium spectat* mit „Das offen ist, welches erstlich gehört zu dem keysertumb.“ *Privatum ius est speciale, quod ad singulorum utilitatem pertinet* mit „Das besunder recht ist ein besunders, welches gehört zu der nutzbarkeit besunderer menschen“ wieder (S. 126). Am Schluß der Behandlung des Personenrechtes im Sinne der Institutionen aber stehen die Kapitel „*de regimine domus*, „*de regimine civitatis*“ und „*de regimine principis*“ (S. 208 ff). Für das Sachenrecht sei auf die ständische Gliederung des Eigentums (unt. S. 404) verwiesen. Der oberösterreich. Landrechtsentwurf von 1571 (F. Klein-Bruckschwaiger in Mitt. d. oberöst. Musealvereins 92 [1947], S. 214 ff.) behandelt das Personenrecht gegliedert nach Ständen und deren Stellung als Obrigkeiten und Untertanen.

³⁾ E. R. Huber, a. a. O. S. 311.

⁴⁾ S. Rietschel, a. a. O. S. 407 ff.

und privatem Recht gewinnt erst einen präzisen Sinn unter der Voraussetzung des neuzeitlichen Souveränitätsbegriffes und der dem souveränen Staat gegenüberstehenden bürgerlichen Gesellschaft. Daher ist das Privatrecht seit dem 18. Jahrhundert zum „bürgerlichen Recht“, zum „Zivilrecht“ geworden¹⁾. Daß man dies meist übersieht, macht die Diskussion über die Anwendbarkeit des Begriffs „öffentlich-rechtlich“ und „privatrechtlich“ so steril. Souveränität ist die Voraussetzung einer einheitlichen Staatsgewalt, das ihr unterworfenen Gebiet ist das Staatsgebiet, die ihr untergebenen Menschen bilden den Untertanenverband, das Staatsvolk. Staatsgewalt, Staatsgebiet und Staatsvolk sind die drei Zentralbegriffe der modernen Staatslehre. Der öffentlich-rechtlichen Sphäre gehören alle Anstalten und Körperschaften an, die eine vom Souverän delegierte Gewalt üben. Das Prinzip der Delegation und des Delegationszusammenhanges ist hier maßgebend. Träger der Souveränität ist der Fürst, bis im aufgeklärten Absolutismus die geistigen Grundlagen des Gottesgnadentums erschüttert werden und in der Revolution die Volkssouveränität sich gegen die Fürstensouveränität erhebt. Diese erscheint nach den Erschütterungen der Revolutionszeit als das „monarchische Prinzip“, demzufolge der Herrscher die Staatsgewalt in seiner Hand vereinigt, sie aber durch eine von ihm erlassene Verfassung „einschränken“ kann²⁾. Da aber in den politischen Bewegungen der Zeit der Gedanke der Volkssouveränität, des Pouvoir constituant lebendig bleibt, kommt es zu einem Kompromiß.

Als Träger der Souveränität erscheint nun der Staat, oberste Anstalt oder Körperschaft, je nachdem man von einer monarchischen oder liberalen Grundhaltung ausgeht. Dieser Staat, der sich von der „bürgerlichen Gesellschaft“ und ihrem in naturrechtlichen Grundlagen wurzelnden Privatrecht der Einzelnen abhebt, wird notwendigerweise als „juristische Person³⁾“ gefaßt, der Herrscher, wie die anderen öffentlich-rechtlichen Anstalten und Körperschaften, als Staatsorgan betrachtet. Angesichts der Gleichartigkeit der verwendeten Wörter liegt es nahe, diesen von der „bürgerlichen Gesellschaft“ geschiedenen, als juristische Person gefaßten „Staat“ des 19. Jahrhunderts mit den älteren Gemeinwesen gleichzusetzen und diesen die Eigenschaften des „Staates“ des 19. Jahrhunderts als des Staates

¹⁾ F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte d. Neuzeit, S. 273 ff.

²⁾ Th. Ellwein, Das Erbe der Monarchie in der dt. Staatskrise. Z. Geschichte des Verfassungsstaates in Deutschland, 1954. Vgl. O. Brunner, Vom Gottesgnadentum zum monarchischen Prinzip. Vorträge und Forschungen 3 (1956), 279 ff.

³⁾ G. v. Below, Der deutsche Staat d. Mittelalters, ² 1, S. 170 ff.

schlechthin zuzuschreiben oder aber alle politischen Verbände, die nicht als juristische Personen angesehen werden können, als patri-
monial, privatrechtlich zu erklären; dies hat bereits Eduard Albrecht, der Begründer der Lehre von der juristischen Person des Staates, getan. Ihr gegenüber sieht sich der Historiker, der den staatlichen Charakter des mittelalterlichen Staates verteidigt, gezwungen, diesen auf die im Sinne des monarchischen Prinzips verstandene Herrschersouveränität zu gründen. Da der Absolutismus die mannigfachen Obrigkeiten in die öffentlichen des Herrschers und die privaten geschieden hatte, kam die Formulierung auf, daß „iurisdictio“ und „imperium“ „in commercium“ gekommen, öffentliche Rechte in privatrechtlichen Formen besessen worden seien¹⁾.

Die Handbücher der Rechtsgeschichte folgen bis zur Gegenwart dem klassischen System des 19. Jahrhunderts. Die große begrifflich-dogmatische Leistung in der Durchdringung des Stoffes und der didaktische Zweck der Einführung der Juristen in die geschichtlichen Grundlagen des gegenwärtigen Rechts sind hier wirksam. Doch wird dieses System als „erschüttert“ bezeichnet. Zahlreiche Einzelarbeiten sind darüber hinausgelangt. Immer stärker tritt die Absicht hervor, nicht bloß die überlieferten Rechtsquellen zu interpretieren, sie wie moderne „Gesetze“ zu behandeln, sondern zuerst einmal nach ihrer tatsächlichen Gültigkeit und Anwendung, nach der „Rechtswirklichkeit“ zu fragen²⁾. Hier treffen sich Rechtshistoriker und Historiker. Doch liegt es in der Struktur ihrer Wissenschaften, daß sich ihr Bereich wohl überschneidet, nie aber ganz decken kann. Andere Fragen sind hier zentral und liegen dort am Rande. Doch vermag der Historiker, der das Gesamtgefüge der Verfassung zu erkennen sucht, um daraus den Ablauf des politischen Handelns zu verstehen, die begriffliche Arbeit des Juristen nicht zu entbehren wie dieser die Rechtsordnung nicht ohne Bezug auf die geschichtliche Wirklichkeit behandeln kann³⁾.

Die Bedingtheit des Aufbaues der mittelalterlichen Verfassungsgeschichte durch eine der Neuzeit entnommene Systematik gilt nun

¹⁾ Daher sprechen um 1600 Vultejus und Knichen (O. v. Gierke, Genossenschaftsrecht 4 (1913), S. 211 ff., F. J. Greneck, Theatrum iurisdictionis, 1752, S. 35 ff. und neuere Forscher von „Veräußerung von Hoheitsrechten“. H. Mitteis spricht von mittelalterlichen Privatrechtseinstituten, die „funktionell öffentliches Recht“ seien (Lehnrecht u. Staatsgewalt, 1933, S. 8 f.).

²⁾ Vgl. H. Mitteis, Vom Lebenswert d. Rechtsgeschichte, 1947, S. 50. K. G. Hugelmann, Stämme, Nation u. Nationalstaat im deutschen M.A. 1955. W. Kienast, Untertaneneid u. Treuevorbehalt, 1952.

³⁾ Vgl. K. S. Bader, Aufgaben u. Methoden d. Rechtsgeschichte, 1951, S. 17, der eine „soziologische Methode“ fordert, die das Recht in seiner sozialen Form erfassen soll.

in besonderem Maße von der österreichischen Verfassungsgeschichte. Die Handbücher der österreichischen „Reichsgeschichte“ folgen in ihrer Anlage durchaus den für sie vorbildlichen allgemeinen Werken über Deutsche Rechtsgeschichte. Ja, sie bewahren eine ältere Form. Denn als „Reichs- und Rechtsgeschichte“ enthalten sie auch eine Geschichte der Staatsbildung, die freilich nichts anderes ist als eine Aufzählung der territorialen Veränderungen durch Erbfall, Teilungen und Friedensschlüsse¹⁾.

Tatsächlich zwingen ja auch die Bedürfnisse des juristischen Unterrichtes eine wesentliche r e c h t s = und nicht verfassungsgeschichtliche Behandlung des Gegenstandes; denn die am 20. April 1893 erlassene Studienordnung der juristischen Fakultäten hat die „österreichische Reichsgeschichte“ als Pflichtfach eingeführt und sie als Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechts erklärt. So ist es ganz natürlich, wenn die an den juridischen Fakultäten gehaltenen Vorlesungen und die große Zahl der um 1895 erschienenen Handbücher ganz wesentlich Geschichte des Verfassungs- und Verwaltungs r e c h t s bieten und den allgemeinen Fragen der Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte nur ein beiläufiges Augenmerk schenken. Zudem verstehen sie unter „öffentlichem Recht“ naturgemäß das, was das 19. Jahrhundert darunter begriff, sie geben eine Geschichte jener Institutionen, die im modernen Staat öffentlichen Rechts sind. Sehr zu beachten ist auch, daß eine solche Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechtes einem ihrer bedeutendsten Vertreter, Arnold von Luschin, nur als Teillösung der umfassenderen Aufgabe einer „österreichischen Reichs- und Rechtsgeschichte“ erschien²⁾. Daher haben sich auch die den juristischen Standpunkt stärker herausarbeitenden Werke von Huber, beziehungsweise Huber-Dopsch und von Luschin durchsetzen können. Die Vorlesungen über deutsche Rechtsgeschichte, die ja als solche wieder wesentlich Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte boten, während das „Deutsche Privatrecht“ davon geschieden in systematischer Form vorgetragen wurde, boten dafür ein unmittelbares Vorbild.

Dieser Betrieb der österreichischen Reichsgeschichte als einer juristischen, einer rechtsgeschichtlichen Disziplin hat nun sehr stark auf die Geschichtswissenschaft gewirkt und sie außerordentlich befruchtet. Von hier aus sind der allgemeinen historischen Arbeit eine Fülle

¹⁾ Vgl. meinen Aufsatz: Das österreichische Institut für Geschichtsforschung und seine Stellung in der deutschen Geschichtswissenschaft MÖIG. 52 (1938), S. 385 ff.

²⁾ A. Luschin v. Ebengreuth, Handbuch der österr. Reichsgeschichte ¹ 1 (1914), S. XIII.

neuer Fragestellungen erwachsen. Die historische Forschung erfuhr eine Durchtränkung mit juristischer Begrifflichkeit, während sich die Rechtsgeschichte aus der voll durchgebildeten historischen Methode eine entscheidende Bereicherung holte. Freilich standen die Historiker dieser Welt juristischer Begrifflichkeit in einer eigentümlich zwiespältigen Haltung gegenüber, halb voll scheuer Achtung im Bewußtsein, trotz aller Bemühung einem großen Sachgebiet doch nicht so Herr werden zu können wie der Jurist selbst, halb aber auch voll Sorge, daß ein volles Eingehen auf die Aufgabe des Rechtshistorikers den Historiker von seinem eigentlichen Thema wegführe, daß eine noch so eingehende Kenntnis der Rechtseinrichtungen doch nicht das Ganze geschichtlichen Lebens zu erfassen vermöge, daß Staat und Verfassung doch letztlich mehr seien als „Rechtsordnung“. So kommt es auf Seite der Historiker zu einem Gegensatz zur „Juristenlehre“, zu einer Verschiebung des Hauptarbeitsgebietes jener Historiker, die um das innere Leben bemüht waren, von der Verfassungs- zur Wirtschaftsgeschichte. Dadurch aber bleibt eben doch die Verfassungsgeschichte Domäne des Juristen und juristisch orientierten Historikers, sie bleibt notwendig ganz überwiegend Geschichte des Verfassungs r e c h t s. Das wirkt sich nun im engeren Arbeitsgebiet des Historikers sehr stark aus: Auch die Historiker wurden an der österreichischen Reichsgeschichte der juridischen Fakultäten geschult. Von hier übernahmen sie ihre Begriffe, die Fragestellungen ihrer Arbeiten, das wissenschaftliche Rüstzeug ihrer Handbücher. So nimmt es nicht wunder, daß auch verfassungsgeschichtliche Werke, die nicht unmittelbar der Rechtsgeschichte dienen, mit deren Begriffsapparat arbeiten. Der ausgezeichnete und durch die Reichhaltigkeit seines Inhaltes einzigartige „Grundriß der Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte des Landes Steiermark“ von Anton Mell (1929/30) zeigt einen Aufbau, der in den Grundlinien mit dem damals modernsten Handbuch der österreichischen Reichsgeschichte, dem von Arnold von Luschin (1914), übereinstimmt¹⁾.

Betrachten wir nun an Hand dieser beiden Bücher die der Darstellung der mittelalterlichen Verfassung zugrundegelegte Systematik. Sie stellen in der Hauptsache das Verfassungs- und Verwaltungsrecht dar. Beide gliedern ihre Darstellung in zwei Hauptabschnitte: Geschichte des öffentlichen Rechts (worunter hier die Verfassung gemeint ist) und Geschichte der Verwaltung. Eingefügt ist beiden Werken an verschiedener Stelle ein Kapitel über „politische und soziale

¹⁾ E. Hellbling, Österreichische Verfassungs- u. Verwaltungsgeschichte, 1956, übernimmt den Aufbau der älteren „Reichsgeschichten“ unverändert, führt aber die Darstellung bis zur Gegenwart fort.

Schichtung der Landesbevölkerung" (Mell), über die „weltlichen Stände der mittelalterlichen Gesellschaft" (Luschin). Dazu sind noch erhebliche Teile der Kapitel über das Verhältnis von Staat und Kirche zu halten. Sie geben im ganzen das Bild der mittelalterlichen „Gesellschaft", gegliedert in Stände, die nach der ganzen Anlage dieser Handbücher dem „Staat", dessen Verfassungsrecht dargestellt werden soll, gegenübersteht. Diese Gesellschaft, diese Stände sind da, scheinbar naturhaft gegeben, und es ist offenbar Aufgabe der Staatsverfassung, diesen natürlichen Gegebenheiten durch eine ihnen entsprechende Rechtsordnung Rechnung zu tragen. Die Grundbegriffe, mit denen hier gearbeitet wird, sind „Staat" und „Gesellschaft", und es wird vorausgesetzt, daß sich auch im Mittelalter Staat und Gesellschaft bei aller Andersartigkeit des mittelalterlichen Staates und der mittelalterlichen Gesellschaft grundsätzlich so scheiden, wie im 19. Jahrhundert zwischen dem Staat und der Gesellschaft geschieden werden kann. Diese Gesellschaft lebt in einem Staat, dessen Verfassung ihr eine bestimmte öffentlich-rechtliche Ordnung gibt. „Verfassung" aber ist ausschließlich die Rechtstellung des Herrschers und die Einschränkung dieser Rechtstellung durch die Stände. Alle anderen Probleme der inneren Ordnung aber werden nicht als verfassungs- sondern als verwaltungsrechtliche Fragen behandelt. Wir dürfen schon hier sagen: Genau so wie im absoluten Staat, wo sich schließlich alles Verfassungsrecht auf den Satz beschränkt, daß alles Recht vom souveränen Herrscher ausgehe und alle innere Ordnung Verwaltung des Staates geworden ist oder zu werden droht. Man erinnere sich etwa der schmächtigen Abrisse des österreichischen „Staatsrechts" aus dem Vormärz, neben denen die Bändereien der verwaltungsrechtlichen Handbücher in der Art Barth-Barthenheims ein Vielfaches an Umfang in Anspruch nehmen¹⁾.

War das auch im Mittelalter so? Man könnte es annehmen, wenn man den Aufbau unserer Handbücher unbesehen hinnimmt. Betracht-

¹⁾ L. E. Graf Barth-Barthenheim, Das Ganze der österreichischen politischen Administration, 1: Die politischen Rechtsverhältnisse, 1838. Das Buch geht von einem dem mittelalterlichen Denken völlig fremden Rechtsbegriff und der Scheidung von politischer Verwaltung und Justiz aus, wobei Barth ausdrücklich erklärt (S. 2), daß die politische Administration der „Erreichung der Gesamtzwecke des Staates" und „nicht zunächst der Realisierung der Idee der Gerechtigkeit" diene, die Justiz dagegen es nur mit den Privatrechten und Pflichten der Einwohner des Staates und der Bestrafung begangener Verbrechen zu tun habe. Vgl. F. Engel-Jánosi, Die Theorie vom Staat im deutschen Österreich. Z. f. öffentliches Recht N. F. 2 (1921), S. 360 ff. und R. Smend, Der Einfluß d. dt. Staats- und Verwaltungsrechtslehre d. 19. Jhts. auf das Leben in Verfassung und Verwaltung. Staatsrechtliche Abhandlungen, 1955, S. 326 ff.

tet man aber die Abschnitte, die sich als Geschichte der Verwaltung vorstellen, so macht man eine erstaunliche Entdeckung: Sie enthalten zum erheblichen Teil nicht Verwaltungs- sondern Verfassungsrecht. Mells „Geschichte der Verwaltung" enthält Abschnitte über Gerichtswesen, Finanzen und Steuerwesen, die in ganz hohem Maße Verfassungs- und nicht Verwaltungsrecht darstellen, ja, die Abschnitte 5–7 des Teiles B, Geschichte der Verwaltung, tragen die Überschrift: Heeresverfassung und Heeresverwaltung, Städteverfassung und Städteverwaltung, Verfassung und Verwaltung der Grundherrschaften. Hier liegt doch offenbar die Vorstellung zugrunde, daß diese verfassungsrechtlichen Teilprobleme wesentlich anderer Art seien, als etwa das Recht des Herrschers und der Stände, das „Verfassungsrecht" in einem eigentlichen und engeren Sinn zu sein scheint. Offenbar sind alle anderen Verfassungseinrichtungen gegenüber dieser eigentlichen Verfassung sekundär, von ihr abgeleitet, und sie können daher mit dem Verwaltungsrecht zusammengeslagen werden¹⁾. So war es ja auch – aber nicht im Mittelalter, sondern im absoluten Staat. Jener engere, das Recht des Herrschers und seine Einschränkung durch die Stände begreifende Verfassungsbegriff entspricht dem Verfassungsbegriff des 19. Jahrhunderts, der „Konstitution". Hier erläßt der absolute Herrscher im Sinne des „monarchischen Prinzips" eine Verfassung, deren wesentlicher Inhalt eine Mitwirkung und Kontrolle durch eine „Volksvertretung", eine Einschränkung seiner absoluten Machtvollkommenheit zugesteht. Kann man aber von einem mittelalterlichen Herrscher überhaupt sagen, er sei „eingeschränkt", da er doch niemals absolut war? So steht hier ein begriffliches System vor uns, das völlig dem 19. Jahrhundert entnommen ist. Ein „Staat" und eine „bürgerliche Gesellschaft", ein absoluter Herrscher, der die innere Ordnung, mag sie im weiteren Sinn verfassungs- oder aber verwaltungsrechtlich zu denken sein, regelt, und der, wie in Österreich 1848/49 und wieder 1860/61, eine ihn einschränkende „Konstitution", eine Verfassung im engeren Sinn erläßt. Das staatsrechtliche Denken war auch in Österreich im 19. und frühen 20. Jahrhundert durch das „monarchische Prinzip" bestimmt. Noch das 1909 erschienene Werk von Friedrich Tezner „Der Kaiser" ist ganz darauf aufgebaut und

¹⁾ Dieselbe Anschauung findet sich schon bei J. Tschinkowitz, Darstellung des politischen Verhältnisses der verschiedenen Gattungen von Herrschaften zur Staatsverwaltung, zu ihren Beamten und Untertanen in den Provinzen Steyermark und Kärnten 1 (1823), S. 1, wo es heißt: „Unter Herrschaften in subjektiver Bedeutung versteht man moralische Personen, welche vermöge einer vom Staatsoberhaupt delegierten Gewalt über andere Staatsuntertanen wegen dem Besitz eines Gutes gewisse eine Oberherrschaft andeutende Rechte ausüben."

bezieht sich für seine Gültigkeit auf den § 57 der Wiener Schlußakte von 1820. Dagegen lehnt es jede Art von Volkssouveränität ab¹⁾.

Man mag einwenden, daß all das ja nur ein ganz allgemeines Begriffsschema sei, daß die Sachkenntnis von Gelehrten vom Range Luschins oder Mells doch so ausgebreitet war, daß sie nicht in weitere Irrtümer verfielen. Gewiß! Ihre eigenen Bücher enthalten Material genug, um weiteren Verwechslungen vorzubeugen. Aber alle jene, die mit der Verfassungsgeschichte nicht näher vertraut sind, werden den seltsamsten Gedanken verfallen. So hält es selbst ein Landeshistoriker vom Range Hans Pirchegggers für möglich, daß Herzog Ernst im Jahre 1412 der Steiermark eine „Verfassung“ gegeben habe. Denn zu diesem Jahre ist uns die älteste bekannte Nachricht über einen steirischen Landtag erhalten und Pirchegger erwägt, ob die politische Lage damals so gewesen sei, daß eine Verfassung durch den Landesfürsten hätte erlassen werden können. Hier wird unter Verfassung eben die „Einschränkung“ des Fürsten durch einen ständischen Landtag verstanden. Das geht aus den Darlegungen Pirchegggers zur Genüge hervor. Zum Überfluß hält er es aber noch für nötig, ausdrücklich zu sagen, daß ständische Verfassung und Konstitution des 19. Jahrhunderts einander nicht völlig entsprächen. Im Grunde sind sie ihm eben doch dasselbe, wenn sie sich auch nicht ganz decken, ist 1412 eine „ständische“, 1848 eine „konstitutionelle“ Verfassung erlassen worden²⁾.

Die Gefahren, die aus diesem künstlich verengten Verfassungsbegriff entspringen, sind beträchtlich. Die ganze weite Sphäre des Verfassungslebens wird in ein falsches Licht gerückt. Ich erinnere einstweilen nur an eines: Die lokalen Gewalten, die im Lande vorhanden sind, Grundherrschaften und Städte, üben Rechte, inhaltlich öffentliche Verfassungsrechte aus, die von dem engeren Verfassungsbegriff des 19. Jahrhunderts her gesehen, als Teile des Verwaltungsrechtes erscheinen. Das war im absoluten Staate tatsächlich ja auch „Verwaltungsrecht“, da alle lokale Gewalt doch durch Duldung oder ausdrückliche Schaffung durch den Herrscher bestand. Das auch für das Mittelalter annehmen, heißt aber, die Voraussetzungen des absoluten Staates unbewußt auf den mittelalterlichen Herrscher über-

¹⁾ A. a. O. S. 8. Über Tezner vgl. unten S. 417 ff.

²⁾ H. Pirchegger, Geschichte der Steiermark 2, S. 145 ff. Ähnlich A. Dopsch, Die ältere Wirtschafts- und Sozialgeschichte der Bauern in den Alpenländern Österreichs, 1930, S. 118 f. über die Landstandschaft der bäuerlichen Gerichtsgemeinden in Tirol. R. Heuberger sagt Z. d. Ferdinandeums III. F. 59 (1915), S. 121 Graf Meinhard II. von Tirol habe das Land geeinigt, aber keine Verfassung geschaffen, vielmehr sich seine Selbständigkeit nicht eingeden lassen.

tragen. Denn es ist bekannt, daß im mittelalterlichen Staat jene öffentlichen Rechte — mögen sie abgeleitet sein oder nicht — von den lokalen Gewalten so behandelt und betrachtet werden, „als ob“ sie „wohlerworbene“, private Rechte wären. Wir haben zudem im ersten Kapitel gesehen, daß diese lokalen Gewalten Fehde und Widerstand üben, daß sie also nicht nur ihr „öffentliches“ Recht nach „privatrechtlichen“ Grundsätzen behandeln, sondern daß sie sich zueinander, ja unter Umständen zum Herrscher in einer Weise verhalten, „als ob“ sie Völkerrechtssubjekte wären. Schon die Notwendigkeit, diese Tatbestände in „Als-ob-Sätzen“ auszudrücken, als Fiktionen zu behandeln, zeigt die Unzulänglichkeit, mit der mittelalterliche Verfassungsfragen in modernen Begriffen ausgedrückt werden müssen.

Es kann nur einen Weg aus dem Irrsal unserer verfassungsrechtlichen Terminologie geben, nämlich ganz prinzipiell nach dem Wesen von Staat, Verfassung und Recht im Mittelalter zu fragen und das Ergebnis dieser Erwägungen nicht bloß in „geistesgeschichtlichen“ Einleitungen zu vergraben, sondern von diesen Erkenntnissen bei der Gesamtdarstellung mittelalterlicher Verfassung und Politik bis in die letzte Einzelheit Gebrauch zu machen. Sonst wird man immer wieder mit scheinbar allgemeingültigen Begriffen arbeiten, die in Wirklichkeit von der geschichtlichen Lage der Neuzeit oder gar nur des 19. Jahrhunderts abgeleitet sind. Nur aus dem Verwaltungsbegriff des absoluten Staates ist es auch verständlich, wenn die einzelnen sachlichen Funktionen des „Staates“, Gesetzgebung, Rechtsprechung, politische Verwaltung, Heerwesen, Finanzen, Wohlfahrtspflege usf. im Zusammenhang dargelegt werden, ohne darauf weiter Gewicht zu legen, daß diese Funktionen zu den einzelnen verfassungsrechtlichen Einheiten in bestimmter, aber ganz verschiedener Beziehung stehen. Gegen eine solche funktionale Betrachtung insbesondere der Verwaltungsaufgaben ist nichts einzuwenden, ja, sie ist unentbehrlich, aber sie darf nicht allein stehen, sondern muß durch eine Darstellung des konkreten Verfassungsgefüges und der Verteilung jener Funktionen in diesem ergänzt werden. Erst die weit fortgeschrittene Zentralisierung im neuzeitlichen Staat macht den Verzicht auf diese Ergänzung möglich. Hier kann man sich auf eine Darstellung der Funktionen und Aufgaben des „Staates“ beschränken.

Gerade die eben erörterte Unmöglichkeit, die lokalen Gewalten ins Verwaltungsrecht abzuschieben, zeigt die Unzulänglichkeit der üblichen Systematik. Denn jene Stände, die scheinbar als naturgegebene „Gesellschaft“ von der Verfassung des Staates vorgefunden werden, sind in Wirklichkeit Gruppen lokaler Gewalten. Ihre Rechte, die sie etwa auf den Landtagen üben, sind nicht aus einer der modernen Konstitution nachgebildeten Verfassung zu verstehen, die nur nicht liberal

sondern ständisch gewesen sein soll, sondern zuerst einmal aus der verfassungsrechtlichen Stellung dieser lokalen Gewalten im Lande zu erklären.

Für eine wirkliche Darstellung des mittelalterlichen Staates und seiner Verfassung sind aber nicht nur erhebliche Teile des Verwaltungsrechts unentbehrlich, sondern es läßt sich auch jene Scheidung von „Staat“ und „Gesellschaft“ nicht aufrecht erhalten; denn in jener „Gesellschaft“ der mittelalterlichen Stände ist bereits ein erhebliches Stück Verfassung beschlossen. Damit wird freilich sehr viel problematisch: so die Beschränkung der Verfassungsgeschichte auf die Geschichte des Herrscherrechts und der ganze Begriff einer „Sozial- und Wirtschaftsgeschichte“ als autonomer Disziplin; vor allem, wenn diese mehr sein will als eine Darstellung der wirtschaftlichen Funktionen der mittelalterlichen Welt, wenn sie nämlich beansprucht, die „Grundlage“, die natürlichen Gegebenheiten der mittelalterlichen „Gesellschaft“ darzustellen, auf denen sich etwa ein „politisch-rechtlicher“ Überbau erheben soll.

Man war sich immer schon bewußt, daß man Verfassungsgeschichte doch nicht allein als Dogmatik positiver verfassungsrechtlicher Sätze darstellen könne; darum schrieb man sozial- und wirtschaftsgeschichtliche Einleitungen. Nur glaubte man, die Dinge als zwei getrennte Sphären von Staat und Gesellschaft darstellen zu können und verfiel so mit dem isolierten und zu eng gewählten Begriff der Verfassung in den Fehler, den man vermeiden wollte. Nicht minder war man sich bewußt, daß Rechtssätze als solche wenig Bedeutung haben, wenn hinter ihnen nicht „Macht“ steht, die sie durchsetzt. Man glaubte aber auch hier, entsprechend der geistigen Lage des späten 19. Jahrhunderts, Recht und Macht säuberlich trennen, „Ethos“ und „Kratos“, positives Recht und naturhafte, im Grunde „böse“ Macht scheiden zu dürfen. So fällt in der Theorie der alte Einheitsbegriff der Politik, der politischen Wissenschaft auseinander in ein positives Staatsrecht und in eine Lehre vom Machtkampf, in eine Geschichte des positiven Verfassungsrechts und in eine politische Geschichte, die nur äußere Geschichte der Machtkämpfe ist; in „Rechtsgeschichte“ und in „Machtsgeschichte“, wie wir zu Beginn des ersten Teiles feststellen mußten. Wer etwa die große Literatur über das Werden der Landeshoheit durchblättert, wird immer wieder betont finden, daß die Landeshoheit rechtlich von den Grafenrechten, also letztlich vom König abzuleiten sei, daß aber zur Verwirklichung dieser Rechte „Macht“ gehört habe. Ob aber nicht zwischen jenen „Grafenrechten“ und dieser Macht ein innerer Connex besteht, ob sich im Mittelalter überhaupt „Recht“ und „Macht“ im neuzeitlichen Sinne trennen lassen, wird nicht gefragt. Wissen wir doch aus der Geschichte von Friede

und Fehde, daß alle Machtausübung, aller Kampf ein Ringen um Frieden und Recht ist und daß in dieser Welt Macht doch überall im Recht gründet.

Es wird hier also zu fragen sein, was denn „Recht“ im Denken des Mittelalters bedeutet hat.

3. Die Rechtsanschauung des Mittelalters¹⁾

Nieman ist sô hêre
sô daz reht zwäre,
wan got is zewäre
ein rehtir rinhâere

Vom Recht²⁾

Deponam vetera, nova iura dictabo.
Der Antichrist im Tegernseer Ludus³⁾.

Nichts ist mittelalterlichem Denken selbstverständlicher, als daß alles Recht in Gott gegründet sei. Aus der ersten Hälfte des 12. Jahrhunderts stammt das Gedicht „Vom Recht“. Ihm ist das „Recht“ identisch mit der göttlichen Schöpfungsordnung. Nicht anders den-

¹⁾ F. Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, H. Z. 120 (1920), S. 1 ff., selbständig 1952. Ders., *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter*, 1914, ² 1954. Dazu U. Stutz, Z. f. RG. 37 (1916), S. 547 ff. W. Schönfeld, *Das Rechtsbewußtsein der Langobarden*. Festschr. A. Schultze dargebracht, 1934, S. 283 ff. A. Hübner, *Vorstudien zur Ausgabe des Buches der Könige*. Abh. d. Ges. d. Wissensch. in Göttingen, phil.-hist. Kl. III/2, 1932, S. 114 ff. H. Fehr, *Das Recht in der Dichtung*, 1931, insbes. S. 522 f. Ders., *Die Staatsauffassung Eikes von Reggau*. Z. f. RG. 37, S. 162 ff. C. v. Schwerin, *Der Geist des germanischen Rechts in H. Nollau, Germanische Wiedererstehung*, 1926. Ders., *Recht bei J. Hoops, Reallexikon der germanischen Altertumskunde* 3, S. 467 ff. G. Tellenbach, *Libertas. Kirche und Weltordnung im Zeitalter des Investiturstreites*. 1936. S. 14 ff. A. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts* 1 (1885), S. 1 ff., 45 ff. E. Graf und M. Diether, *Deutsche Rechtssprichwörter*, 1864, S. 6 ff. K. v. Amira, *Grundriß des germanischen Rechts*, ³ 1913, S. 10 f. G. Neckel, *Kultur der alten Germanen*. Handbuch der Kulturgeschichte I/1, 1934, insbes. S. 43 ff. H. Fehr, *Deutsche RG.* ² 1925, S. 38 ff. H. Hillmann, *Das Gericht als Ausdruck der dt. Kulturentwicklung im Mittelalter*, 1931. H. Fehr, *Die gerechte Vergeltung im Diesseits und Jenseits*. Wirtschaft und Kultur. Festschr. f. A. Dopsch, 1938, S. 591 ff. J. Schmidt, *Das göttliche Recht und seine Bedeutung im deutschen Bauernkrieg*, 1939.

²⁾ A. Waag, *Kleinere altdeutsche Gedichte des 11. und 12. Jhs.*, 1916, S. 70 ff. H. Fehr, *Das Recht in der Dichtung*, S. 75 ff.

³⁾ Her. v. K. Schultze-Jahde, 1932, S. 17.

INHALT

VORWORT

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

INHALT

I. FRIEDE UND FEHDE 1-110

1. Politik und Fehdewesen 1: Machtgeschichte und Rechtsgeschichte 1. Fehde und Raub in der politischen Geschichte 4.

2. Vier Fehdefälle als Einführung in das Problem 11: Fehde des Wenzel Schärowetz von Schärowa gegen König Ferdinand I. 1541 11. Fehde Georgs von Puchheim gegen Kaiser Friedrich III. 12. Fehde der Herren von Liechtenstein gegen Herzog Albrecht III. von Österreich 1934 14. Vertrag zwischen König Siegmund von Ungarn und Herzog Leopold von Österreich über Fehdeführung im Gebiet des Vertragsgegners 1405 15. Diese Vorgänge sind mit den Begriffen des neuzeitlichen Staats- und Völkerrichts nicht zu erfassen 16.

3. Grundbegriffe 17: „Staat“, Eigenmacht, Landfrieden 17. Fehde 19. Friede, Freundschaft, Feindschaft 20. Rache 22. Urfehde 24. Feindschaft und Rache im modernen Rechtsdenken 27. Friede in Haus und Sippe 29. Friede im Lande 30. Die Lehre von der Fehde als Abspaltung der Friedlosigkeit setzt die positive Rechtsordnung im modernen Sinn voraus 31. Fortdauer des Fehdewesens im ganzen Mittelalter 33. Verbot der Fehde 34. Alle Formen von Fehde und Friedlosigkeit sind „Feindschaft“ 36. Bezeichnung der Fehde in den Quellen 37. Lassen sich Krieg und Fehde scheiden? 39. —

4. Fehdeübung und Fehderecht 41: a) *Der Rechtsgrund* 41: Rechte und unrechte, mutwillige Fehde (Raub und Tyrannis) 41. Hinrichtung, „mutwilliger“ Fehdegegner 45. Berufung auf das göttliche Recht 49. — b) *Die Pflicht zur Fehde* 48. — c) *Gerichtliche Klage als Vorbedingung der Fehde* 49: Fehde nicht nur subsidiäres Rechtsmittel 49. Unterbrechung der Fehde durch Klage vor Gericht 50. — d) *Fehdeführende und Fehdeberechtigte* 50: Ritterfehde und Todfeindschaft 50. Volle und beschränkte Fehdefähigkeit 51. Der Kreis der Fehdeführenden: Herrscher, Reichsstände, Adel, geistliche Grundherren, Städte 52. Grenzfehden 54. Fehde gegen den Herrn 55. Freunde, Gönner und Helfer 57. Söldner 58. Pflichten der Freunde und Helfer 61. Todfeindschaft der Bürger und Bauern 62. Die unerlaubte Fehde der Bürger und Bauern 64. Peter Paßler 69. Fehde und bäuerliches Rechtsempfinden 71. — e) *Die Absage* 73: Pflicht zur Ankündigung der Fehde (Absage) 73. Bewahren der Ehre 74. Einhaltung der Frist 75. Absagen der Helfer 76. Vorwurf der „unabgesagten“ Fehde 76. — f) *Die Mittel der Fehdeführung* 77: Tötung 78. Gefangennahme 79. Raub und Brand 80. Raub 84. Brand 86. Huldigung 86. Zusammenhang von Huldigung, Raub und Brand, Brennamt

und Brennrecht in Kärnten 90. — g) Grenzen der Fehdeführung 97: Das Haus 97. Gewalt ohne Recht, Entwerung 96. Das Gotteshaus 98. Die nicht zur Fehde berechtigten 98. Vogteirechte 99. Pflugschaft und Pfandschaft 99. Heerfahrt nach außen 101. Überschreitung der Fehdegrenzen 101. — h) Die Folgen der Fehde 101: Planmäßigkeit 102. Verarmung durch Fehden 103. Auswirkung auf Unbeteiligte, auf die Bauern, Folgen für deren Herren 103. Einfluß auf das Siedlungsbild (Wüstungen) 104. — i) Friede (Sühne) 105: Stillstand 105. Sühne 105.

5. Fehde, Staat und Recht 106: Die Fehde im Urteil der Zeitgenossen 106. Fehde setzt einen anderen als den neuzeitlichen Rechtsbegriff voraus 107. Einheit von Macht und Recht in der Fehde 108. Fehde, Politik und Verfassung 108.

II. STAAT, RECHT UND VERFASSUNG 111—164

1. „Staat“ und „Gesellschaft“ 111: Der neuzeitliche Staatsbegriff 111. Staat und Herrschaft 113. Die Scheidung von Staat und Gesellschaft 115. Politische Geschichte, Rechtsgeschichte, Wirtschaftsgeschichte 116. Die Übertragung moderner staatsrechtlicher und soziologischer Begriffe auf das Mittelalter 118.

2. Verfassungsgeschichte als Geschichte des Verfassungsrechts 120: Den Handbüchern der deutschen Rechtsgeschichte liegt eine neuzeitliche Systematik zugrunde 120. Verfassung hier der Konstitution im Sinne des 19. Jhdts. gleichgesetzt 121. Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht 122. Souveränität 124. Prinzip der Delegation 124. Die juristische Person des Staates 124. Dogmatische Denkform und Geschichte 125. Die Handbücher der österreichischen Reichsgeschichte 125. Scheidung von Staat und Gesellschaft, Verfassung und Verwaltung im Sinne der Neuzeit. Trennung von Recht und Macht 130. Unhaltbarkeit der üblichen Terminologie 132.

3. Die Rechtsanschauung des Mittelalters 133: Gott und das Recht 133. Einheit von Recht und Gerechtigkeit 134. Das religiöse Fundament, „Ewa“ 136. Keine Scheidung von göttlichem und positivem Recht im Denken der Laien 137. Das gute alte Recht 138. Widerstand 140. Das Mittelalter kennt Souveränität nicht 141. Geschichtliche Voraussetzungen dafür 144. Notwendigkeit, die mittelalterliche Verfassung aus der Rechtsanschauung der Zeit zu verstehen 145.

4. Der Streit um den deutschen Staat des Mittelalters 146: Die Unterscheidung von „Patrimonialstaat“ und Staat als juristische Person aus der verfassungspolitischen Lage Deutschlands im 19. Jhd. entstanden 147. Konservative und liberale Richtungen 148. Sohm 149. Below 152. Gierke 156. Seeliger, Waas, Gasser 159. Max Weber 160. O. Hintze 161.

5. Die Aufgabe 163: Die Forderung nach einer quellenmäßigen Begriffssprache 163. Strukturgeschichte 164.

III. LAND UND LANDRECHT 165—239

1. Land oder Landeshoheitsgebiet? 165: Landeshoheit als „einheitliche obrigkeitliche Gewalt“ 166. Das Problem der Landeshoheit in Niederösterreich 170. Was ist ein Land? 178.

2. Das Wesen des Landes 180: Länder und Herrschaften 180. Land und Landrecht 181. Land in der deutschen Rechtssprache 182. Land politische Einheit bodenbebauender Leute 185. Terra, Provincia 188. Die als Land bezeichneten Einheiten 189.

3. Die einzelnen Länder 197: Niederösterreich 197. Oberösterreich 205. Steiermark 207. Kärnten 209. Krain und die Windische Mark 213. Cilli 217. Görz 218. Bayern 220. Passau 223. Salzburg 223. Berchtesgaden 226. Tirol 227. Hinweis auf die Vorlande 231.

4. Grundzüge der Landesverfassung 231. Voraussetzung der Landeshoheit 232: Land, Landrecht und Landvolk 233. Land als Rechts- und Friedensgemeinschaft 234. Der Landmann und sein Haus 238.

IV. HAUS UND HERRSCHAFT 240—356

1. Herrschaft über Bauern (Grundherrschaft) 240: a) Grundherrschaft oder Großgrundbesitz? 240: Öffentliche und private Herrschaft? 242. Dominium und Imperium 244. Grundherrschaft kein nur wirtschaftliches, privates Gebilde 245. Streulage oder Streuung? 248. Grundherrschaft und Landesverfassung 251. Gewere 252. Schutz und Schirm 253. —

b) Das Haus als Kern aller Herrschaft 254: Die Herrschaft nach dem Haus des Herrn genannt 254. Das Haus als Sonderfriedensbezirk 256. Die hausherrliche Gewalt 257. — c) Das Wesen des Herrschaftsverhältnisses 258: Huld 258. Vogtei, Pflege, Gewalt 258. Die Holden 259. Treue 259. Huldigung 262. — d) Schutz und Schirm 263: Nach außen 265. Gegen den Genossen 267. — e) Rat und Hilfe 269: Rat im allgemeinen Sinn 269. Leistungen aus Rat und Hilfe 271. — f) Steuer, Robot und Reise 273: Steuer 273. Die herrschende Lehre über die mittelalterliche Steuer 273. Die Steuer in den einzelnen Ländern 277. Unterschiebung eines neuzeitlichen Steuerbegriffs 289. Steuer ist Hilfe 291. Arten der Steuern 295. Ungeld 297. Robot 298. Gastung 300. Wehrpflicht (Reise) 301. — g) Vogtei 303: Beziehung zwischen Vogtei und Steuer, Robot und Reise 303. Vogtei ist Schutz und Schirm, Herrengewalt 310. Anvogten von Muntmannen 315. Vogtei über Fremde, Inleute und Knechte 316. Vogtei über Inhaber „freier“ Leihen 317. Vogtei über freie Bauern 320. — h) Die Schichtung der Herrschaftsrechte 327. Grundobrigkeit und Dorfbobrigkeit, Verwaltung und Gerichtsbarkeit 328. Unableitbarkeit dieser Rechte 330. Ihr Immunitätscharakter 331. — i) Immunität 333: Herkunft des Rechtsinstituts 334. Immunitätsprivileg ist nicht Delegation öffentlicher Rechte im modernen Sinn 336. Grenze von Haus und Herrschaft gegenüber dem Lande 338. Schutz und Schirm des Immunitätsherrn Voraussetzung 339. — k) Das Gefüge der Grundherrschaft 340: Schichten der Dichtigkeit 340. Grundherrschaft der Landherren 341. — Die geistliche Grundherrschaft 342. Die ritterliche Grund-

herrschaft 343. — 1) *Das Verhältnis von Grundherr und Grundholden* 343: Alle Beziehungen müssen in der Wechselwirkung von Schutz und Hilfe gesehen werden 344. Herr und Bauer in der Dichtung 346. Einfluß von Herren und Bauern auf die bäuerlichen Weistümer 347. Die Bauernkriege 347.

2. *Stadtherrschaft (Herrschaft über Bürgergemeinden)* 349: Stadtherr und Bürgergemeinde 349. Bürger und Bürgergemeinde 352.

3. *Geistliche und weltliche Lehenschaft* 354: Das Patronat 354. Das Lehenswesen 355.

V. LANDESHERRSCHAFT UND

LANDESGEMEINDE 357—440

1. *Die Landesherrschaft* 358: a) *Der Landesherr als Leiter der Landesgemeinde* 359: Richter im oberen Landgericht 359. Heerführer 360. — b) *Der Landesherr als Herr des Landes* 300: Gewere am Lande 361. Vogt des Landes 361. — c) *Der allgemeine Schutz* 363: Schutz des Landfriedens 363. Befestigungsrecht 367. — d) *Blutbann in den unteren Landgerichten, Regalien, Lehenshoheit* 367: Landgericht 367. Regalien 368. Lehenshoheit 370. — e) *Der besondere Schutz* 372. — f) *Kammergut im weiteren Sinn* 374: Prälaten 374. Städte 377. — g) *Kammergut im engeren Sinn* 378. Urbargut 378. Pfliegerichte 379. Juden 382. Gäste 382. Politische Bedeutung des Kammerguts 384. Kammergut und juristische Person des Staates 383. — h) *Der Begriff der Landesherrschaft* 385. — i) *Landesherrschaft und Souveränität* 387. Der Satz „Princeps legibus solutus“ 388.

2. *Das Landvolk* 394: a) *Die Lehre von den mittelalterlichen Ständen* 395: Ständebegriff am Begriff der „Gesellschaft“ im Sinne des 19. Jhdts. orientiert 396. — b) *Die ständische Gliederung des Landes* 404: Herren 405. Ritter und edle Knechte 407. Prälaten 408. Städte und Märkte 409. Bäuerliche Gerichte 410. Grundlage der Landstandschaft 411. Landschaft und Kammergut 412.

3. *Das Verhältnis von Landesherr und Landvolk* 413: a) *Landtag und Landstände nach der herrschenden Lehre* 414: Die übliche Definition setzt den Begriff der Fürstensouveränität voraus 415. Der Streit um das Wesen der Landstände im Vormärz 416. Die Kontroverse Tezner-Rachfahl 417. O. Hintze 421. Vertretung und Repräsentation 422. — b) *Die Erbhuldaigung* 423. — c) *Das gemeinsame Handeln in Gericht und Heer* 425. — d) *Das Miteinanderverhandeln* 426. Rat und Hilfe 426. Der Landtag 430. Verhandlung über Rat und Hilfe 431. Aufgaben der Landtage 434. Stellung der zum weiteren Kammergut zählenden Stände 435. — e) *Die Durchbildung des „Dualismus“ von Landesherr und Landschaft* 437.

4. *Zusammenfassung* 440.

ANHANG

Die Länder in der Österreichischen Monarchie 441—463

I. FRIEDE UND FEHDE

. . . Aristoteles spricht, das etlich weis sprechen und mainen, und spricht es mitsambt in, das freundschaft und krieg ursach sindt der stiftung und störung. Cillierchronik S. 72.

I. Politik und Fehdewesen

Wer die fast unübersehbare historische Literatur über das Mittelalter auch nur auf einem räumlich enger begrenzten Gebiet zu überblicken sucht, dem muß sich bald eine eigentümliche Beobachtung aufdrängen. Wir besitzen ein außerordentlich umfangreiches Einzelschrifttum zu allen Sachgebieten des mittelalterlichen Lebens, über Staat und Verfassung, Wirtschaft und Recht, Kunst und Religion usw. Wir besitzen auch für eine Reihe von Sachgebieten zusammenfassende Handbücher, die unsere Kenntnisse der einzelnen Kulturbereiche zu über-schauen gestatten.

Dem steht aber die Tatsache gegenüber, daß die politische Geschichte von all diesen Errungenschaften keinen rechten Gebrauch zu machen wußte. Man bleibt bei einer rein äußerlichen Darstellung des politischen Geschehens oder, sehr häufig, bei einem bloßen Nebeneinander von politischer und Kulturgeschichte. So vor allem in den Darstellungen der Landesgeschichte¹⁾. Zeitweise konnte man geradezu eine Tendenz zur Isolierung der politischen Geschichte beobachten. Bücher wie Alexander Cartellieris „Weltgeschichte als Machtgeschichte“ und ihre Fortführungen²⁾ wollen Weltgeschichte dadurch zum Range einer Wissenschaft erheben, „daß man sie nichts aussagen läßt, was nicht bewiesen,

¹⁾ An neueren Landesgeschichten kommen für unser Gebiet vor allem in Frage: M. Vancsa, *Geschichte Nieder- und Oberösterreichs* 1 (1905), 2 (1927). H. Pirchegger, *Geschichte der Steiermark* 1² (1936), 2 (1931). Zugleich repräsentiert jedes der beiden Werke einen eigentümlichen Typus. Vancsa gibt wesentlich politische Geschichte im äußeren Sinn, aber gut erzählt und mit kritischem Urteil. Dagegen sind die dazwischen eingestreuten „kulturgeschichtlichen“ Abschnitte recht unzulänglich. Gerade umgekehrt ist Pircheggers Verfahren. Bei ihm tritt die politische Geschichte stark zurück und daher kann die weithin vortreffliche Darstellung der inneren Verhältnisse für das Erfassen der treibenden Kräfte nicht ausgewertet werden. Den Wandel von den Landesgeschichten älterer Art zu den Handbüchern der geschichtlichen Landeskunde kann man sich etwa an O. Stolz, *Geschichte des Landes Tirol* 1 (1955) vergegenwärtigen.

²⁾ A. Cartellieri, *Weltgeschichte als Machtgeschichte* 382—911, 1927. Ders., *Die Weltstellung des deutschen Reichs* 911—1047, 1932. Ders., *Aufstieg des Papsttums* 1047—1095, 1936. Ders., *Der Vorrang des Papsttums zur Zeit der ersten Kreuzzüge* 1095—1150, 1941.